

N. 00313/2011 REG.PROV.COLL.

N. 02128/2009 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2128 del 2009, integrato da motivi aggiunti, proposto da:
Co.Ge.Pa. Costruzioni Generali Passarelli Spa in persona del legale rappresentante pro tempore, in proprio e nella qualità di capogruppo mandataria del raggruppamento temporaneo di imprese costituendo con Demaco Srl De Martino Costruzioni e C.T. Srl; Demaco Srl De Martino Costruzioni e C.T. Srl in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, tutte rappresentate e difese dagli avvocati Giangiacomo Allodi e Giovanni Allodi, con domicilio eletto presso Maurizio Folli in Firenze, viale Fratelli Rosselli, 51;

contro

la Provincia di Siena in persona del Presidente pro tempore, costituitasi in giudizio, rappresentata e difesa dall'avv. Domenico Iaria, con domicilio eletto presso il suo studio in Firenze, via dei Rondinelli 2;

nei confronti di

Paggi Adelmo Srl in persona del legale rappresentante pro tempore, in proprio e nella qualità di capogruppo mandataria del raggruppamento temporaneo di imprese costituendo con Pro.Ge.Co. Srl e Impresa Costruzioni Tommasoni Srl Unipersonale; Pro.Ge.Co. Srl e Impresa Costruzioni Tommasoni Srl Unipersonale in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, costituitesi in giudizio, tutte rappresentate e difese dagli avvocati Alberto Bruni e Vittorio Biagetti, con domicilio eletto presso il primo in Firenze, via Lamarmora 14;
Cassa Edile della Provincia di Napoli in persona del legale rappresentante pro tempore, costituitasi in giudizio, rappresentata e difesa dagli avvocati Mario Salvi e Antonio Stancanelli, con domicilio eletto presso il secondo in Firenze, via Masaccio 172;

per l'annullamento:

- della nota dell'Amministrazione Provinciale di Siena prot. n. 209322 del 25 novembre 2009, notificata alla CO.GE.PA. S.p.A. in data 4 dicembre 2009, con la quale veniva comunicata, ai sensi dell'art. 79, comma 5 lett. a) del D. Lgs. n. 163/2006, l'avvenuta efficacia dell'aggiudicazione definitiva della gara per l'affidamento dei lavori di realizzazione del tratto Siena (viadotto Monsindoli sulla Grosseto - Siena) - svincolo Monteroni d'Arbia Nord sulla S.R. n. 2 "Cassia" al Raggruppamento Temporaneo di Imprese costituendo tra la Paggi Adelmo S.r.l., la PRO.GE.CO. S.r.l. e la Impresa Costruzioni Tommasoni S.r.l. Unipersonale;

- della determinazione del Dirigente del Servizio Lavori Pubblici, Difesa del Suolo e Assetto del Territorio della Provincia di Siena n. 1063 del 26 giugno 2009, mai comunicata alle società ricorrenti, di aggiudicazione della procedura di gara in esame;

- di tutti i verbali di gara, nella parte in cui hanno disposto l'ammissione alla gara del raggruppamento temporaneo di imprese di cui è capogruppo la Paggi Adelmo S.r.l.;

- di tutti gli atti antecedenti, presupposti, connessi e conseguenti, ivi compresa la nota del Dirigente del Servizio Lavori Pubblici, Difesa del Suolo e Assetto del Territorio della Provincia di Siena prot. n. 132043 del 3 agosto 2009, con cui si invitava il raggruppamento aggiudicatario ad integrare la documentazione presentata in sede di offerta;

giusta motivi aggiunti depositati in data 10 febbraio 2010 per l'annullamento:

- della disposizione del Dirigente del Servizio Lavori Pubblici, Difesa del Suolo e Assetto del Territorio della Provincia di Siena n. 22 dell'11 gennaio 2010, con cui veniva disposta l'esclusione del raggruppamento temporaneo di imprese costituendo tra le società ricorrenti dalla procedura di gara per l'affidamento dei lavori di realizzazione del tratto Siena (viadotto Monsindoli sulla Grosseto - Siena) - svincolo Monteroni d'Arbia Nord sulla S.R. n. 2 "Cassia" ;

- del DURC rilasciato dalla Cassa Edile della Provincia di Napoli in data 6 luglio 2009, relativo alla società DEMACO s.r.l. De Martino Costruzioni, dal quale risulta che l'impresa era irregolare ai fini contributivi al 2 aprile 2009;

- del DURC rilasciato dalla Cassa Edile della Provincia di Napoli in data 11 settembre 2009, relativo alla società C.T. s.r.l., dal quale risulta che l'impresa era irregolare ai fini contributivi al 2 aprile 2009;

giusta motivi aggiunti depositati in data 26/04/2010 per l'annullamento:

- della nota del Direttore dell'Area Politiche del Territorio della Provincia di Siena prot. n. 45436 del 15 marzo 2010, con cui veniva richiesta l'escussione della cauzione provvisoria prestata dal raggruppamento temporaneo di imprese costituendo tra le società ricorrenti;

- delle segnalazioni all'Autorità per la Vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture relative alle imprese C.T. s.r.l. e DEMACO s.r.l., trasmesse con nota prot. n. 45415 del 15 marzo 2010;

- della nota del Direttore dell'Area Politiche del Territorio della Provincia di Siena prot. n. 45415 del 15 marzo 2010;

- della determinazione del Dirigente del Servizio Lavori Pubblici, Difesa del Suolo e Assetto del Territorio della Provincia di Siena n. 475 del 23 marzo 2010, con la quale venivano affidati al

raggruppamento aggiudicatario i lavori per lo spostamento di n. 15 interferenze elettriche ricadenti nelle zone oggetto dell'intervento;

giusta motivi aggiunti depositati in data 13 maggio 2010 per l'annullamento:

- del disciplinare di gara, nella parte in cui prevede la possibilità per l'Amministrazione di escutere la cauzione provvisoria prestata dal concorrente, e di segnalare il fatto all'Autorità per la Vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, "qualora non risulti il possesso dei requisiti generali ed i requisiti dell'art. 48 del D. Lgs n° 163/2006" e per l'annullamento di tutti i provvedimenti antecedenti, preordinati, connessi e conseguenti, nonché per la condanna dell'Amministrazione Provinciale di Siena al risarcimento dei danni derivanti dalla mancata aggiudicazione della gara in esame e dal mancato affidamento dei lavori.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Provincia di Siena, delle imprese Paggi Adelmo Srl, Pro.Ge.Co. Srl e Impresa Costruzioni Tommassoni Srl Unipersonale e della Cassa Edile della Provincia di Napoli;

Visto il ricorso incidentale;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visto l'art. 120, co. 9, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 12 gennaio 2011 il dott. Alessandro Cacciari e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La Provincia di Siena ha indetto una procedura aperta per l'aggiudicazione di lavori stradali da effettuarsi con il criterio del prezzo più basso.

La gara, alla quale hanno partecipato venticinque imprese, è stata aggiudicata all'odierna controinteressata in costituendo raggruppamento temporaneo di imprese, mentre le ricorrenti sono risultate collocate al terzo posto della graduatoria. L'impresa seconda classificata è stata poi esclusa dalla procedura sicché le ricorrenti, conseguentemente graduate al secondo posto, con il ricorso principale notificato il 10 dicembre 2009 e depositato il 17 dicembre 2009 hanno impugnato il provvedimento di aggiudicazione.

Lamentano che l'impresa Costruzioni Tommassoni, mandante del raggruppamento, non avrebbe depositato le dichiarazioni annuali per l'imposta sul valore aggiunto relativamente agli anni 2003 e 2004: in tali anni essa operava come ditta individuale e successivamente si è trasformata in società a

responsabilità limitata, sicché con riferimento al biennio suddetto avrebbe dovuto provare la cifra di affari mediante tali dichiarazioni e non con i bilanci societari. A nulla varrebbe la produzione tardiva effettuata su richiesta dell'Amministrazione con nota del 3 agosto 2009, poiché il relativo obbligo di produzione documentale era stabilito dal disciplinare di gara a pena di esclusione.

Le ricorrenti chiedono anche il risarcimento del danno.

2. Successivamente, con disposizione dirigenziale 11 gennaio 2010, n. 22, il raggruppamento ricorrente è stato escluso dalla gara per irregolarità contributiva delle mandanti e per la mancata dichiarazione, da parte della mandataria, di situazioni di controllo societario.

Avverso tale provvedimento sono stati proposti motivi aggiunti notificati il 2 febbraio 2010 e depositati il 10 febbraio 2010; congiuntamente sono stati impugnati i Documenti Unici di Regolarità Contributiva (nel seguito: "DURC") emessi dalla Cassa Edile della Provincia di Napoli attestanti l'irregolarità.

Con primo motivo le ricorrenti lamentano la mancata notifica delle irregolarità contributive in violazione dell'art. 7 del D.M. 24 ottobre 2007 e la mancata indicazione nei DURC degli importi che le imprese avrebbero omesso di versare; lamentano, inoltre, che la stazione appaltante non abbia effettuato attività istruttoria in ordine all'effettiva entità delle irregolarità asseritamente commesse.

Con secondo motivo lamentano che la stazione appaltante non abbia esplicitato le ragioni per cui ha ritenuto di disattendere le controdeduzioni fornite, ponendo così in essere, a loro dire, un difetto di motivazione nel provvedimento di esclusione gravato.

Con terzo motivo deducono che mentre il collegamento con alcune imprese era già cessato al momento della gara, per il resto essa deteneva partecipazioni di società consortili costituite per l'esecuzione di singoli appalti tra le imprese componenti delle associazioni aggiudicatrici e di un consorzio e non avrebbe potuto qualificarsi, quindi, una situazione di controllo *ex art. 2359 c.c.*

Si sono costituite l'intimata Amministrazione e la controinteressata replicando puntualmente alle deduzioni delle ricorrenti.

La difesa provinciale eccepisce la tardività dell'impugnazione dei DURC poiché le ricorrenti ne avevano avuto conoscenza al 18 dicembre 2009 quando l'Amministrazione chiese chiarimenti in proposito.

La controinteressata eccepisce l'inammissibilità dei motivi aggiunti per la mancata impugnazione del provvedimento attestante l'irregolarità contributiva della DEMACO s.r.l nei versamenti alla Cassa Edile della Provincia di Avellino.

Si è costituita la Cassa Edile della Provincia di Napoli replicando alle censure relative all'asserita irregolarità del DURC.

La controinteressata ha proposto ricorso incidentale, notificato il 29 dicembre 2009 e depositato il 30 dicembre 2009, avverso l'ammissione delle ricorrenti alla gara in questione.

Con ordinanza n. 144 del 24 febbraio 2010 è stata respinta la domanda cautelare.

3. La stazione appaltante, in esito alla fase processuale cautelare, ha poi disposto l'escussione della cauzione provvisoria ed effettuato la segnalazione dell'irregolarità contributiva all'Autorità per la

vigilanza sui contratti pubblici. Avverso tali provvedimenti le ricorrenti hanno proposto un secondo atto per motivi aggiunti, notificato il 16 aprile 2010 e depositato il 26 aprile 2010, lamentando che l'art. 38 del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, non prevede altra sanzione per il mancato possesso dei requisiti generali di partecipazione dichiarati dai concorrenti che l'esclusione dalla gara e che comunque, essendo nel frattempo intervenuta l'aggiudicazione definitiva e scaduta la garanzia fideiussoria, nulla sarebbe dovuto alla stazione appaltante.

Infine, con terzo atto per motivi aggiunti notificato il 6 maggio 2010 e depositato il 13 maggio 2010, è stata impugnata per i medesimi motivi sopradescritti la previsione del disciplinare di gara secondo la quale, in caso di verifica da parte della stazione appaltante del mancato possesso anche dei requisiti generali dichiarati dai concorrenti, si sarebbe provveduto non solo all'esclusione ma anche all'escussione della cauzione provvisoria ed alla segnalazione del fatto all'Autorità di vigilanza.

La stazione appaltante eccepisce tardività dell'impugnazione del disciplinare di gara poiché la lesività delle disposizioni gravate si sarebbe concretizzata al momento dell'esclusione delle ricorrenti dalla gara ed anche perché, a suo dire, alla notificazione dei motivi aggiunti si applicherebbe la dimidiazione dei termini processuali. Nel merito, replica puntualmente alle deduzioni delle ricorrenti.

Con ordinanza n. 448 del 10 giugno 2010 è stata respinta la domanda incidentale di sospensione, ma il provvedimento è stato riformato in sede di appello con ordinanza del Consiglio di Stato n. 4031 del 2 settembre 2010, al fine della fissazione dell'udienza per merito.

All'udienza del 12 gennaio 2011 la causa è stata trattenuta in decisione.

4. La trattazione deve prendere le mosse dal primo ricorso per motivi aggiunti poiché la sua reiezione determinerebbe l'inammissibilità del ricorso originario. In caso di conferma dell'esclusione delle ricorrenti dalla procedura in questione, infatti, l'accoglimento non potrebbe nemmeno soddisfare il loro interesse strumentale alla ripetizione della gara poiché a questa hanno partecipato più di due concorrenti.

Il ricorso é privo di fondamento.

4.1 Il DURC ha la funzione di attestare il regolare pagamento dei debiti previdenziali da parte delle imprese e sotto questo profilo è qualificabile come un "certificato", che attesta l'esistenza di determinati requisiti in capo al suo titolare fino a dimostrazione di falso. Il DURC è quindi un documento fidefacente delle cui risultanze la stazione appaltante non può che prendere atto senza dovere, né potere, effettuare un proprio sindacato (C.d.S. V, 4 agosto 2010 n. 5213). Lo strumento per contestare le risultanze contenute nel DURC, come per tutti i documenti fidefacenti, è la querela di falso, che nel caso di specie non è stata proposta.

Il decreto del Ministro del Lavoro e della Previdenza Sociale 24 ottobre 2007 regola analiticamente la procedura di rilascio del DURC prevedendo anche, all'art. 8, comma 3, le condizioni al verificarsi delle quali deve ritenersi "grave", ai fini della partecipazione alle gare di appalto, lo scostamento tra le somme dovute e quelle versate. Questo conferma che la stazione appaltante non ha alcun potere di apprezzare e valutare le risultanze del documento e sotto questo profilo risulta quindi infondata anche la censura relativa al difetto motivazionale.

Tale conclusione peraltro non implica che nella fattispecie la partecipazione al procedimento sia inutile poiché l'impresa interessata, ad esempio, può dimostrare l'esistenza di un errore nel rilascio

del documento negativo da parte dell'ente previdenziale esibendo un nuovo documento attestante la regolarità contributiva.

La censura riguardante l'illegittimità nel procedimento di rilascio dei DURC negativi non può poi essere conosciuta da questo Tribunale poiché tale documento viene emesso nell'ambito di un rapporto previdenziale che coinvolge diritti soggettivi e la cui cognizione è rimessa al giudice ordinario (C.d.S. V, 23 gennaio 2008 n. 147).

Non appare pertinente il richiamo alla sentenza del Consiglio di Stato sez. VI, 4 agosto 2009 n. 4907, poiché il caso riguardava una gara di appalto la cui legge speciale richiedeva una generica dichiarazione di non sussistenza di cause di esclusione *ex art. 38, d.lgs. 163/06*.

Nel caso in esame, come correttamente replica la difesa della stazione appaltante, il disciplinare di gara a pag. 12 richiedeva invece di dichiarare, tra l'altro, “di mantenere le posizioni previdenziali ed assicurative” e “di essere in regola con i versamenti dei contributi previdenziali ed assistenziali”. La legge di gara nel caso in esame non autorizzava quindi in alcun modo i concorrenti ad effettuare autonomamente una valutazione circa la gravità o meno dell'incidenza di un eventuale mancato versamento contributivo ai fini della partecipazione alla procedura.

Neppure può ritenersi, poi, che non sia onere di ciascun soggetto passivo del rapporto previdenziale quello di conoscere i propri obblighi in merito e provvedere regolarmente al versamento di quanto dovuto. L'invito alla regolarizzazione da parte dell'ente previdenziale di cui all'art. 7, comma 3, del D.M. 24 ottobre 2007 non ha infatti la funzione di informare l'interessato della propria posizione, bensì di invitarlo a provvedere rapidamente (entro un termine massimo di quindici giorni) al pagamento del debito.

La regolarizzazione postuma, del resto, non porterebbe nemmeno al rilascio di un documento positivo. Il DURC, infatti, serve a certificare la sussistenza o meno della regolarità contributiva in un determinato momento e a tal fine rileva la data di presentazione della domanda di partecipazione alla gara. Il pagamento a posteriori non cancellerebbe pertanto il fatto storico dell'esistenza o meno del debito contributivo in tale data, rilevante per l'ammissione alla gara.

Non vi è prova, inoltre, che nel caso in esame si sia immediatamente provveduto alla regolarizzazione del debito non appena formalizzato dagli Enti previdenziali, e ciò contrariamente al caso di cui al precedente giurisprudenziale richiamato, all'udienza, dalle ricorrenti (Cons. Stato, sez. V, 27 dicembre 2010 n. 9398) che, attenendo ad una fattispecie non sovrapponibile a quella in esame, non appare, per ciò stesso, qui utilmente invocabile.

4.2 L'esclusione è legittima anche sotto un diverso profilo.

Essa, infatti, è stata disposta, oltre che per il motivo sopra menzionato, anche perché la mandataria delle ricorrenti ha omesso di dichiarare le situazioni di controllo societario rispetto ad altre imprese.

Viene osservato, al riguardo, che, mentre due di queste sono state cancellate dal registro delle imprese ed un'altra è stata incorporata, una quarta ha la forma di consorzio e le altre sono società consortili costituite per l'esecuzione di un singolo appalto; sicché non esisterebbero situazioni rilevanti ai fini della partecipazione alle gare di appalto.

In contrario osserva, peraltro, il Collegio, che il disciplinare, a pag. 12, lett. g), richiedeva chiaramente di elencare le imprese rispetto alle quali la concorrente, ai sensi dell'art. 2359 c.c., si fosse trovata in situazione di controllo diretto, come controllante o controllata; è quindi irrilevante,

come correttamente replica la difesa della stazione appaltante, la forma rivestita dalle società cui la mandataria delle ricorrenti partecipava, poiché la legge speciale obbligava a dichiarare qualunque situazione di controllo senza rimettere ai concorrenti, in questo come nel caso precedente, alcuna valutazione in ordine all'influenza di detta situazione sulla partecipazione alla procedura contestata.

Tale onere di completezza nelle dichiarazioni sostitutive non sembra peraltro eccessivo.

Esso è stato stabilito, infatti, affinché la stazione appaltante potesse avere un quadro esatto e corrispondente al vero di tutte le situazioni potenzialmente rilevanti ai fini della partecipazione alla gara delle concorrenti ed effettuare con cognizione di causa le proprie valutazioni.

4.3 In conclusione, il provvedimento di esclusione è stato legittimamente assunto dalla stazione appaltante, il che comporta la reiezione del primo atto per motivi aggiunti con conseguente inammissibilità per difetto di interesse del ricorso principale e improcedibilità del ricorso incidentale proposto dalla controinteressata.

5. Non possono essere accolti nemmeno il secondo ed il terzo ricorso per motivi aggiunti.

Come correttamente eccepito dalla difesa della stazione appaltante il disciplinare di gara prevedeva espressamente, a pag. 20, terzo capoverso, che in caso di accertamento del mancato possesso dei requisiti anche generali la stazione appaltante non solo avrebbe escluso il concorrente, ma avrebbe anche provveduto all'escussione della cauzione provvisoria e alla segnalazione del fatto all'Autorità per la vigilanza.

Detta previsione era chiara e inequivocabile sicché le ricorrenti ben conoscevano, fin dal momento in cui hanno avuto cognizione dell'esclusione, che si sarebbero verificate tali conseguenze. In tale momento, quindi, la previsione in questione della legge speciale ha assunto carattere lesivo e avrebbe dovuto essere tempestivamente impugnata nel prescritto termine decadenziale.

Il provvedimento di esclusione data 11 gennaio 2010; non vi è prova in atti del giorno in cui è stato ricevuto dalle ricorrenti, ma queste sicuramente ne erano a conoscenza nel momento in cui il ricorso veniva redatto, ovvero il 1° febbraio 2010.

Il ricorso per motivi aggiunti avverso il disciplinare è stato notificato solo il 6 maggio 2010 e pertanto si palesa irricevibile, con conseguente inammissibilità del secondo atto per motivi aggiunti rivolto avverso il provvedimento di esclusione, in base alla regola secondo la quale la legge di gara che contiene clausole direttamente lesive dell'interesse dei concorrenti deve essere autonomamente e direttamente impugnata (C.d.S. A.P. 4 dicembre 1998, n. 1).

6. In conclusione, per le motivazioni sopraesposte devono essere dichiarati inammissibili il ricorso principale e il secondo ricorso per motivi aggiunti; deve essere respinto il primo ricorso per motivi aggiunti e devono essere dichiarati irricevibile il terzo ricorso per motivi aggiunti e improcedibile il ricorso incidentale.

Le spese di causa possono essere integralmente compensate tra le parti anche in ragione dei non omogenei orientamenti giurisprudenziali in materia.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, dichiara inammissibile il ricorso principale e il

secondo ricorso per motivi aggiunti, respinge il primo ricorso per motivi aggiunti, dichiara irricevibile il terzo ricorso per motivi aggiunti e improcedibile il ricorso incidentale.

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Firenze nella camera di consiglio del giorno 12 gennaio 2011 con l'intervento dei magistrati:

Paolo Buonvino, Presidente

Carlo Testori, Consigliere

Alessandro Cacciari, Primo Referendario, Estensore