

N. 02786/2011 REG.PROV.COLL.
N. 06419/2010 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

(Sezione Ottava)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 6419 del 2010, proposto da:

CO.TR.ECO. s.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avv. Enrico Soprano, presso cui ha eletto domicilio in Napoli, via Melisurgo, 4;

contro

R.F.I. - Rete Ferroviaria Italiana s.p.a., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avv.ti Bruno Ricciardelli e Michele Roma, con domicilio eletto presso l'avv. Bruno Ricciardelli, in Napoli, piazza G. Bovio, 8;

Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di Lavori Servizi e Forniture, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Napoli, domiciliata per legge in Napoli, via Diaz, 11;

nei confronti di

Consorzio Nazionale Cooperative di Produzione e Lavoro "Ciro Menotti" s.c. p a., Toriello Aniello s.r.l., in persona dei legali rappresentanti p.t.,

rappresentati e difesi dagli avv.ti Ernesto Stajano ed Enrico Attili, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Bartolomeo Della Morte, in Napoli, via Mergellina, 23;

per l'annullamento

della delibera n. 86 del 22 ottobre 2010 recante esclusione dalla procedura di gara indetta da R.F.I. s.p.a. ed annullamento dell'aggiudicazione dell'appalto in favore del Consorzio Ravennate delle Cooperative di Produzione e Lavoro, delle note della stazione appaltante del 27 settembre 2010 e del 25 ottobre 2010, del provvedimento di aggiudicazione dell'appalto in favore del raggruppamento controinteressato, del provvedimento con il quale l'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici ha disposto l'iscrizione nel casellario informatico, di tutti gli atti presupposti, connessi e conseguenti;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di R.F.I. - Rete Ferroviaria Italiana s.p.a., dell'Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici di Lavori, Servizi e Forniture, del Consorzio Nazionale Cooperative di Produzione e Lavoro "Ciro Menotti" e della società Toriello Aniello s.r.l.,

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 4 maggio 2011 il dott. Gianluca Di Vita e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Visto il dispositivo di sentenza n. 2470 del 5 maggio 2011;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Rete Ferroviaria Italiana s.p.a. indiceva una procedura di gara per l'affidamento dei lavori di realizzazione ed adeguamento di sottovia,

passerelle pedonali, viabilità ed altre opere ferroviarie, con importo complessivo di Euro 25.498.000,00.

All'esito delle operazioni concorsuali, veniva stilata la graduatoria finale che vedeva come prime tre graduate: I) l'associazione temporanea di imprese (di seguito a.t.i.) composta da Castaldo s.p.a. e SO.GE.L. s.r.l. (ribasso del 23,307%); II) a.t.i. Consorzio Ravennate delle Cooperative di Produzione e Lavoro Soc. Coop. p a., Rillo Costruzioni s.r.l. e Lavori Generali Contestabile s.r.l. (ribasso del 15,465%); III) a.t.i. Consorzio Nazionale Cooperative di Produzione e Lavoro "Ciro Menotti" e Toriello Aniello s.r.l. (ribasso del 10,382%).

La prima graduata veniva esclusa per anomalia dell'offerta all'esito del sub-procedimento ex art. 86 e seguenti del D.Lgs. 12 aprile 2006 n. 163: il provvedimento di esclusione veniva gravato innanzi al T.A.R. Lazio, Roma, con ricorso iscritto al numero di registro generale 3639/2010.

Con delibera n. 20 del 25 marzo 2010, l'appalto veniva aggiudicato al secondo raggruppamento graduato, condotto dal Consorzio Ravennate.

Tuttavia, nell'ambito del procedimento di verifica sul possesso dei requisiti generali dichiarati dalle società concorrenti nelle domande di partecipazione, la stazione appaltante contestava al raggruppamento aggiudicatario la violazione dell'art. 38, primo comma, lett. i) del D.Lgs. 163/2006 in quanto, dai documenti unici di regolarità contributiva (di seguito d.u.r.c.) acquisiti, era risultata irregolare la posizione della impresa designata per l'esecuzione dei lavori (CO.TR.ECO. s.r.l.) alla data dell'autodichiarazione prodotta a corredo dell'offerta (22 aprile 2009) e alla data di richiesta del d.u.r.c. da parte della stazione appaltante per la stipula del contratto (30 giugno 2010), per un totale di circa Euro 6.000,00 di debiti contributivi.

Indi, all'esito del contraddittorio svolto con il raggruppamento aggiudicatario, con gli impugnati provvedimenti, la R.F.I. s.p.a. disponeva

l'annullamento della aggiudicazione in favore dell'a.t.i. condotta dal Consorzio Ravennate, l'esclusione della stessa, l'incameramento della cauzione provvisoria e la conseguente segnalazione all'Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici. Infine, l'appalto veniva aggiudicato all'a.t.i. condotta dal Consorzio Nazionale Cooperative di Produzione e Lavoro "Ciro Menotti".

Avverso gli epigrafati provvedimenti insorge la società ricorrente che affida il mezzo di gravame ai seguenti motivi di diritto: violazione e falsa applicazione dell'art. 38 D.Lgs. 163/2006, violazione degli art. 3 e 7 L. 7 agosto 1990 n. 241, violazione dell'art. 27 D.P.R. 25 gennaio 2000 n. 34, violazione della lex specialis di gara, eccesso di potere per falsità dei presupposti, difetto di istruttoria, difetto di motivazione ed illogicità.

Si è costituita in giudizio l'intimata amministrazione che ha eccepito l'incompetenza territoriale di questo T.A.R. e, nel merito, ha concluso per la reiezione del gravame.

Resistono altresì in giudizio il Consorzio Nazionale Cooperative di Produzione e Lavoro "Ciro Menotti", la società Toriello Aniello s.r.l. e l'Autorità per la Vigilanza sui contratti pubblici che replicano nel merito alle censure di parte ricorrente e concludono per la reiezione del ricorso.

Il Tribunale ha sollevato regolamento di competenza con ordinanza n. 61 dell'11 gennaio 2011.

Con ordinanza n. 1837 del 25 marzo 2011 il Consiglio di Stato ha ravvisato la competenza territoriale di questo T.A.R..

Alla camera di consiglio del 4 maggio 2011, fissata per l'esame della domanda cautelare, previo avviso alle parti costituite, la causa è stata trattenuta per la decisione nel merito, accertata la completezza del contraddittorio e sussistendo i presupposti per la decisione in forma semplificata ai sensi degli artt. 60, 74 e 120 del codice del processo amministrativo.

2. Non meritano condivisione i primi tre profili di illegittimità, con cui la ricorrente lamenta la violazione dell'art. 38 D.Lgs. 163/2006 ed il difetto di istruttoria e di motivazione in ordine alla gravità e definitività della irregolarità contributiva, contesta di aver reso una dichiarazione mendace in ordine al possesso del requisito generale, rappresentando altresì di aver prontamente regolarizzato la propria posizione contributiva ed espone che le contestate irregolarità non potevano portare alla esclusione dell'a.t.i. Consorzio Ravennate.

3. Le deduzioni non colgono nel segno.

3.1. Giova rammentare che il Consorzio Ravennate ha partecipato alla gara nella qualità di consorzio fra società cooperative di produzione e lavoro costituito a norma della L. 25 giugno 1909 n. 422, soggetto ammesso ai pubblici appalti ai sensi dell'art. 34, primo comma, lett. b) del D.Lgs. 163/2006 e dotato di soggettività giuridica autonoma.

3.2. Tuttavia, pur trattandosi di soggetto con struttura ed identità autonoma rispetto a quella delle cooperative consorziate, il possesso dei requisiti generali e morali ex art. 38 D.Lgs. 163/2006 deve essere verificato non solo in capo al consorzio ma anche alle consorziate, dovendosi ritenere cumulabili in capo al consorzio i soli requisiti di idoneità tecnica e finanziaria ai sensi dell'art. 35 D.Lgs. 163/2006 (secondo cui *“I requisiti di idoneità tecnica e finanziaria per l'ammissione alle procedure di affidamento dei soggetti di cui all'articolo 34, comma 1, lettere b) e c), devono essere posseduti e comprovati dagli stessi, secondo quanto previsto dal regolamento, salvo che per quelli relativi alla disponibilità delle attrezzature e dei mezzi d'opera, nonché all'organico medio annuo, che sono computati cumulativamente in capo al consorzio ancorché posseduti dalle singole imprese consorziate”*).

3.3. La diversa opzione ermeneutica (secondo cui il consorzio potrebbe dimostrare in proprio il possesso dei requisiti, anche di ordine generale, necessari per partecipare alla gara) condurrebbe invero a conseguenze

paradossali in quanto le stringenti garanzie di moralità professionale richieste inderogabilmente ai singoli imprenditori potrebbero essere eluse da cooperative che, attraverso la costituzione di un consorzio con autonoma identità, riuscirebbero di fatto ad eseguire lavori e servizi per le pubbliche amministrazioni alle cui gare non sarebbero state singolarmente ammesse.

3.4. Peraltro, tale interpretazione è smentita dalla prevalente giurisprudenza secondo cui, mentre i requisiti di idoneità tecnica e finanziaria devono essere riferiti al consorzio (come previsto dall'art. 35 D.Lgs. 163/2006), i requisiti generali di partecipazione alla procedura di affidamento previsti dall'art. 38 D.Lgs. 163/2006 devono essere posseduti dalle singole imprese consorziate (Consiglio di Stato, Sez. IV, 27 giugno 2007 n. 3765; Sez. V, 5 settembre 2005 n. 4477; 6 giugno 2001 n. 3185; 30 gennaio 2002 n. 507).

3.5. Tale principio è stato affermato anche dall'Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici, secondo cui *"In virtù del particolare rapporto consortile – rapporto organico - esistente in tale tipologia di consorzi, l'articolo 35 del D. Lgs. n. 163/2006 dispone che i requisiti di idoneità tecnica e finanziaria devono essere posseduti e comprovati dai consorzi stessi e non dalle singole società consorziate che eseguiranno i lavori, mentre i requisiti di carattere morale devono essere posseduti dal consorzio e da ciascuna delle imprese che partecipano al consorzio stesso"* (parere n. 192 del 10 luglio 2008).

4. Ne consegue che il gravato provvedimento di esclusione si fonda legittimamente sul mancato possesso del requisito generale di cui all'art. 38, primo comma, lett. i) D.Lgs. 163/2006 in capo alla CO.TR.ECO., designata per l'esecuzione dell'appalto.

5. Al riguardo, non può dubitarsi dell'esistenza dell'irregolarità contributiva riportata nei d.u.r.c. acquisiti dalla stazione appaltante, recanti un debito contributivo pari a circa Euro 6.000,00.

5.1. Sul punto, è noto che il d.u.r.c. assume la valenza di una dichiarazione

di scienza, da collocarsi fra gli atti di certificazione o di attestazione redatti da un pubblico ufficiale ed aventi carattere meramente dichiarativo di dati in possesso della pubblica amministrazione, assistito da pubblica fede ai sensi dell'articolo 2700 c.c., facente quindi prova fino a querela di falso (Consiglio di Stato, Sez. VI, 6 aprile 2010 n. 1930 e n. 1934; Sez. IV, 12 marzo 2009 n. 1458).

5.2. Ne consegue che, attesa la natura giuridica del d.u.r.c., non residuava in capo alla stazione appaltante alcun margine di valutazione o di apprezzamento in ordine ai dati ed alle circostanze in esso contenute. Inoltre, deve escludersi che le stazioni appaltanti debbano in casi del genere svolgere un'apposita istruttoria per verificare l'effettiva entità e gravità delle irregolarità contributive dichiarate esistenti (con la valenza giuridica della pubblica fede) nel predetto documento (Consiglio di Stato, Sez. V, 24 agosto 2010 n. 5936).

5.3. Quanto al requisito della gravità, deve richiamarsi l'orientamento espresso dal Consiglio di Stato (Sez. IV, 12 aprile 2011 n. 2283; Sez. V, 24 agosto 2010 n. 5936; Sez. VI, 6 aprile 2010 n. 1930 e n. 1934), secondo cui nel settore previdenziale, in considerazione dei gravi effetti negativi sui diritti dei lavoratori, sulla finanze pubbliche e sulla concorrenza tra le imprese derivanti dalla mancata osservanza degli obblighi in materia previdenziale, debbono considerarsi "gravi" tutte le inadempienze rispetto a detti obblighi, salvo che non siano riscontrabili adeguate giustificazioni, come, ad esempio, la sussistenza di contenziosi di non agevole e pronta definizione sorti a seguito di verifiche e contestazioni da parte degli organismi previdenziali ovvero la necessità di verificare le condizioni per un condono o per una rateizzazione.

5.4. In ordine al presunto difetto di motivazione, dall'esame degli atti emerge che la stazione appaltante ha congruamente illustrato la sussistenza dei presupposti richiesti dall'art. 38, primo comma, lett. i) per disporre

l'esclusione dalla gara.

Per convincersene, è sufficiente riportare il contenuto della nota del 25 ottobre 2010 con la quale R.F.I. s.p.a.:

- a sostegno della definitività, rappresentava che *“dalle evidenze fornite da codesto Consorzio (...) non emergono né procedimenti diretti a contestare gli accertamenti degli enti previdenziali, né condoni?”*;

- quanto alla gravità della irregolarità contributiva, esponeva che *“le irregolarità riferite alla CO.TR.ECO. s.r.l. attestate dai DURC acquisiti, scaturiscono da inadempimenti ripetuti, il che connota di gravità le violazioni riscontrate”*.

6. Non rileva infine la regolarizzazione successiva della posizione previdenziale, in quanto l'impresa deve essere in regola con l'assolvimento degli obblighi previdenziali ed assistenziali fin dalla presentazione dell'offerta e conservare tale stato per tutta la durata della procedura di aggiudicazione e del rapporto con la stazione appaltante, restando irrilevante, pena la vanificazione del principio della par condicio, un eventuale adempimento tardivo dell'obbligazione contributiva (Consiglio di Stato, Sez. IV, 20 settembre 2005 n. 4817; 30 gennaio 2006 n. 288; 19 giugno 2006 n. 3660; 31 maggio 2007 n. 2876; Sez. V, 22 ottobre 2007 n. 5511; T.A.R. Napoli, Sez. VIII, 23 luglio 2009 n. 4269). L'opposta interpretazione avrebbe invero l'effetto deleterio di indebolire l'osservanza della normativa in materia previdenziale, che al contrario, pur nell'ambito della normativa settoriale sull'espletamento delle gare, si vuol rafforzare. Le imprese sarebbero quasi incentivate alla violazione di legge, considerando di poter poi provvedere comodamente alla regolarizzazione, con l'effetto vantaggioso di poter scegliere se farlo o meno in funzione dell'utile risultato dell'aggiudicazione, senza il rischio di pregiudizio per il conseguimento dell'appalto.

7. L'infondatezza delle censure dedotte avverso il provvedimento di

esclusione conduce, inoltre, alla reiezione dei profili di illegittimità articolati in via derivata contro l'annotazione nel casellario informatico delle imprese ex art. 27 D.P.R. 25 gennaio 2000 n. 34 e art. 8 D.P.R. 5 ottobre 2010 n. 207.

8. Quanto ai vizi di legittimità dedotti in via autonoma, il Collegio non condivide la censura che si appunta sulla mancata partecipazione della ricorrente al procedimento di annotazione nel casellario informatico.

8.1. L'argomentazione si infrange contro l'orientamento espresso dalla giurisprudenza amministrativa (Consiglio di Stato, Sez. VI, 24 dicembre 2009 n. 8720) secondo cui, posto che dell'avvio del procedimento di iscrizione nel casellario informatico deve essere notiziato l'interessato, in considerazione delle conseguenze rilevanti che derivano da tale iscrizione, tuttavia, in alcuni casi, si può ritenere che vi siano equipollenti dell'autonomo avviso di avvio del procedimento. Così, si può ritenere che la comunicazione del provvedimento di esclusione al concorrente tenga luogo dell'avviso di avvio del procedimento di iscrizione nel casellario informatico, che ad esso consegue ex lege.

8.2. Tanto si registra nella fattispecie in esame, nella quale, per effetto della previa comunicazione del provvedimento di esclusione dalla gara e di annullamento della pregressa aggiudicazione, non vi è dubbio che la partecipante fosse resa edotta anche delle relative conseguenze, ivi compresa la conseguente segnalazione all'Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici.

8.3. Peraltro, già in sede di partecipazione alla gara, le imprese concorrenti erano consapevoli che le false dichiarazioni sul possesso dei requisiti generali sarebbero state sanzionate con la segnalazione all'Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici: difatti, nel disciplinare di gara (pag. 12), era specificamente previsto che l'esito negativo delle verifiche sul possesso dei requisiti autocertificati nei confronti dell'aggiudicatario dell'appalto

“comporterà l'adozione del provvedimento di annullamento dell'aggiudicazione definitiva, la escussione della cauzione provvisoria e la segnalazione all'Autorità di Vigilanza, ai sensi delle vigenti disposizioni”.

9. Non meritano infine condivisione le doglianze che si appuntano su presunti errori formali contenuti nella gravata annotazione nel casellario informatico, relativi ai riferimenti normativi ivi indicati e alla presunta assenza di rilievi sulla posizione contributiva alla data del 22 aprile 2009, considerato che: I) non vi è dubbio che tale annotazione si riferisca al motivo di esclusione di cui all'art. 38, primo comma, lett. i), tenuto conto del riferimento ai d.u.r.c. rilasciati dai competenti uffici che, evidentemente, attengono al requisito della regolarità contributiva previdenziale ed assistenziale; II) dai d.u.r.c. acquisiti dalla stazione appaltante, è risultata irregolare la posizione della CO.TR.ECO. s.r.l. alla data dell'autodichiarazione prodotta a corredo dell'offerta (22 aprile 2009, come risulta dalla documentazione inviata dalla Cassa Edile di Salerno) e alla data di richiesta del d.u.r.c. da parte della stazione appaltante per la stipula del contratto (30 giugno 2010, come emerge dai d.u.r.c. delle Casse Edili di Salerno, L'Aquila ed Avellino).

10. Conclusivamente, ribadite le svolte considerazioni, il ricorso deve essere respinto. Spese ed onorari di giudizio seguono la soccombenza e vengono liquidati in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Ottava), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna la società CO.TR.ECO. s.r.l.:

- al pagamento delle spese ed onorari di giudizio in favore di R.F.I. - Rete Ferroviaria Italiana s.p.a. che liquida in Euro 2.000,00 (duemila/00);
- al pagamento delle spese ed onorari di giudizio in favore dell'Autorità per

la Vigilanza sui Contratti Pubblici di Lavori Servizi e Forniture che liquida in Euro 2.000,00 (duemila/00);

- al pagamento delle spese ed onorari di giudizio che liquida in complessivi Euro 2.000,00 (duemila/00) in favore del Consorzio Nazionale Cooperative di Produzione e Lavoro "Ciro Menotti" s.c.p.a. e della società Toriello Aniello s.r.l. (Euro 1.000,00 ciascuno).

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 4 maggio 2011 con l'intervento dei magistrati:

Antonino Savo Amodio, Presidente

Alessandro Pagano, Consigliere

Gianluca Di Vita, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 19/05/2011

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)