

N. 00794/2013 REG.PROV.COLL.
N. 00850/2012 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia
sezione staccata di Brescia (Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 850 del 2012, proposto da:

CONSORZIO NAZIONALE COOPERATIVE DI PRODUZIONE E LAVORO CIRO MENOTTI, rappresentato e difeso dagli avv. Roberto Fariselli, Mirca Tognacci e Rinaldo Frau, con domicilio eletto presso quest'ultimo in Brescia, via Diaz 9;

contro

CONSORZIO DI BONIFICA DELLA MEDIA PIANURA BERGAMASCA, rappresentato e difeso dall'avv. Antonio Di Vita, con domicilio eletto presso la segreteria del TAR in Brescia, via Zima 3;

nei confronti di

COSTRUZIONI BARRI MARINO DI BARRI SILVANO, rappresentata e difesa dagli avv. Giuseppe Rusconi e Luigi Ferri, con domicilio eletto presso il secondo in Brescia, via Solferino 23;

per l'annullamento

- del verbale del 14 giugno 2012, con il quale il Consorzio di Bonifica ha escluso dalla gara il consorzio ricorrente e ha attribuito alla

controinteressata i lavori di manutenzione straordinaria della rete irrigua e colco consortile del bacino sinistra fiume Serio;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Consorzio di Bonifica della Media Pianura Bergamasca e dell'impresa edile Costruzioni Barri Marino di Barri Silvano;

Visto il ricorso incidentale proposto dall'impresa edile Costruzioni Barri Marino di Barri Silvano;

Viste le memorie difensive;

Visti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 12 giugno 2013 il dott. Mauro Pedron;

Uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Considerato quanto segue:

FATTO e DIRITTO

1. La controversia in esame riguarda la procedura di gara indetta dal Consorzio di Bonifica della Media Pianura Bergamasca per l'affidamento dei lavori di manutenzione straordinaria della rete irrigua consortile (importo stimato € 760.951,44 IVA esclusa). Per l'aggiudicazione la stazione appaltante ha scelto il criterio del prezzo più basso.
2. Con verbale del 14 giugno 2012 la commissione di gara ha escluso dalla gara il consorzio ricorrente (Consorzio Ciro Menotti) e ha provvisoriamente aggiudicato i lavori all'impresa edile controinteressata (Costruzioni Barri Marino).
3. Bisogna precisare che il Consorzio Ciro Menotti raggruppa cooperative di produzione e lavoro ai sensi della legge 25 giugno 1909 n. 422. Di conseguenza, come previsto dall'art. 37 comma 7 del Dlgs. 12 aprile 2006 n. 163, partecipa normalmente alle gare indicando come impresa esecutrice

dei lavori una società consorziata. Nel caso in esame è stata indicata la Cooperativa Serio.

4. La commissione di gara ha escluso il Consorzio Ciro Menotti perché a carico dello stesso sono state iscritte cinque annotazioni nel casellario informatico dell'AVCP. Gli episodi annotati sono i seguenti:

(i) esclusione da una gara indetta dal Comune di Cesena a causa delle ripetute violazioni degli obblighi contributivi di cui si è resa responsabile l'impresa scelta da una società consorziata, che era stata a sua volta indicata dal Consorzio Ciro Menotti come esecutrice dei lavori (l'esclusione è stata impugnata davanti al TAR Bologna: il ricorso è stato dichiarato perento ex art. 82 comma 1 cpa con decreto presidenziale n. 276 del 18 marzo 2013);

(ii) inosservanza delle norme in materia di sicurezza sul lavoro da parte dell'impresa scelta da una società consorziata, che era stata a sua volta indicata dal Consorzio Ciro Menotti come esecutrice dei lavori nell'ambito di un appalto con il Comune di Poirino (il contenzioso con la stazione appaltante è stato però sanato senza risoluzione del contratto);

(iii) esclusione da una gara indetta dal Comune di Roma per violazione dell'art. 37 comma 7 del Dlgs. 163/2006 a causa della contemporanea partecipazione del Consorzio Ciro Menotti e di una società consorziata (secondo la tesi difensiva si sarebbe trattato di un disguido);

(iv) esclusione da una gara indetta da Abbano spa per violazione dell'art. 34 comma 2 del Dlgs. 163/2006 (nel testo vigente all'epoca) a causa del collegamento sostanziale con l'offerta di un altro concorrente (l'annotazione nel casellario informatico è stata impugnata e risulta sospesa in sede cautelare dal Consiglio di Stato Sez. VI con ordinanza 3 marzo 2009 n. 1141);

(v) risoluzione del contratto di appalto decisa dal Consorzio di Bonifica della Gallura per grave inadempimento (di tale risoluzione è stato chiesto l'annullamento davanti al Tribunale di Tempio Pausania).

5. La commissione di gara ha ritenuto irrilevanti le annotazioni (ii)-(iv) ma ha considerato non superabili le rimanenti.

6. Contro l'esclusione il consorzio ricorrente ha presentato impugnazione con atto notificato il 4 luglio 2012 e depositato il 6 luglio 2012. Le censure cercano di dimostrare la violazione dell'art. 38 comma 1-f-i del Dlgs. 163/2006. La tesi è che le annotazioni iscritte nel casellario informatico dell'AVCP non sarebbero idonee a determinare l'esclusione dalla gara, per la loro irrilevanza o perché contestate in sede giudiziale.

7. La stazione appaltante e la controinteressata Costruzioni Barri Marino si sono costituite in giudizio chiedendo la reiezione del ricorso.

Rilievo delle annotazioni nel casellario informatico dell'AVCP

8. Sulla decisione della commissione di gara questo TAR con ordinanza n. 368 del 1 agosto 2012 ha formulato le seguenti considerazioni, che possono qui essere confermate (e aggiornate) ai fini della decisione del merito.

8.1 Le annotazioni nel casellario informatico non sono escludenti per sé ma in quanto ricadano in una delle ipotesi di esclusione previste dall'art. 38 del Dlgs. 163/2006. Più precisamente, le annotazioni danno efficacia *erga omnes* a fatti escludenti che in origine hanno riguardato una singola stazione appaltante, purché tali fatti corrispondano puntualmente alle categorie dell'art. 38 del Dlgs. 163/2006. Inoltre, anche quando tale corrispondenza sussista, alcune circostanze possono aver perso rilevanza o possono essere diversamente qualificate per via del tempo trascorso e di elementi sopravvenuti: in questi casi è consentito superare l'effetto escludente dell'annotazione, ma è necessaria una specifica motivazione.

8.2 Data l'importanza delle annotazioni, l'omessa indicazione del contenuto delle stesse nella domanda di partecipazione alla gara è causa immediata di esclusione, e se dipende da dolo o colpa grave provoca, una volta annotata, l'interdizione automatica dalle gare per un anno ai sensi dell'art. 38 comma 1-ter del Dlgs. 163/2006. Nello specifico, il Consorzio Ciro Menotti ha

però correttamente seguito la via della trasparenza.

8.3 L'annotazione di gravi infrazioni relative alle norme sulla sicurezza e a ogni altro obbligo lavorativo, nonché alla disciplina previdenziale, costituisce causa di esclusione ai sensi dell'art. 38 comma 1-e-i del Dlgs. 163/2006. Nello specifico, ricade nella suddetta previsione l'annotazione (i). Il ricorso al TAR Bologna contro l'esclusione dalla gara (fatto all'origine dell'annotazione) è stato dichiarato perento, e dunque l'ostacolo giuridico sussiste. Tuttavia, il soggetto che si è reso responsabile della violazione non è il Consorzio Ciro Menotti, e neppure la società consorziata indicata come esecutrice dei lavori, ma un'impresa designata da quest'ultima. Attraverso questa catena di collegamenti la responsabilità del Consorzio Ciro Menotti viene diluita e assume carattere indiretto (negligenza o difetto di vigilanza nella scelta e nella gestione dei collaboratori). Si può quindi ritenere che la violazione delle norme in materia di sicurezza sul lavoro e di contribuzione previdenziale non abbia effetto escludente automatico sul soggetto a monte, non direttamente coinvolto nella gestione dei lavoratori, ma costituisca un indice di inaffidabilità che può assumere rilievo qualora questi inconvenienti si ripropongano con una certa frequenza, evidenziando lacune nell'organizzazione consortile.

8.4 Un sospetto circa il consolidarsi di una simile tendenza potrebbe essere individuato nell'annotazione (ii). Tuttavia il fatto che la stazione appaltante non abbia risolto il contratto e abbia invece approvato i lavori attenua l'allarme collegato alla predetta annotazione. Si può anche osservare che le annotazioni (i) e (ii) sono del medesimo periodo (2006) e che violazioni di questa natura non sono segnalate in anni più recenti.

8.5 L'annotazione (iii) relativa alla contemporanea partecipazione a una gara da parte del Consorzio Ciro Menotti e di una società consorziata ricade in astratto nella previsione dell'art. 38 comma 1-m-*quater* del Dlgs. 163/2006, in quanto equivale alla presentazione di offerte imputabili a un unico

centro decisionale. Peraltro proprio il particolare ruolo svolto dal Consorzio Ciro Menotti nei confronti delle società consorziate all'interno delle procedure di gara rende plausibile la tesi che nel caso in questione vi sia stato un semplice difetto di coordinamento. In via generale, si osserva poi che l'effetto escludente di questo tipo di annotazioni in gare successive dovrebbe essere collegato al sospetto di reiterazione di intese con altri concorrenti.

8.6 Poiché la stessa commissione di gara ha giudicato irrilevante l'annotazione (iv), rimane l'annotazione (v), che potrebbe documentare l'esistenza di un grave errore professionale, escludente ai sensi dell'art. 38 comma 1-f del Dlgs. 163/2006. L'annotazione costituisce una base sufficiente per l'esclusione, se il fatto è descritto con chiarezza e non è troppo lontano nel tempo. La proposizione di un ricorso non sospende da sola l'efficacia dell'annotazione: per ottenere questo risultato è necessario che la ditta interessata chieda all'AVCP di registrare la pendenza della lite e di apporre una clausola di provvisoria sospensione degli effetti dell'annotazione.

8.7 La ditta interessata può percorrere anche un'altra strada, ossia può cercare di dimostrare in sede di gara che la risoluzione del contratto o comunque l'episodio annotato nel casellario informatico non ha in concreto un rilievo tale da meritare la qualificazione di errore professionale grave. L'onere della prova è a carico della ditta interessata, ma la stazione appaltante ha l'obbligo di valutare attentamente tutta la documentazione prodotta sull'episodio annotato e di chiedere se necessario chiarimenti e integrazioni (in questo senso si può leggere l'inciso "accertato con qualsiasi mezzo di prova da parte della stazione appaltante" inserito nell'ultima parte dell'art. 38 comma 1-f del Dlgs. 163/2006).

Riesame dell'annotazione (v)

9. Ritenendo assente nello specifico un simile grado di approfondimento,

questo TAR con l'ordinanza n. 368/2012 ha invitato la commissione di gara a ripetere la propria valutazione a proposito dell'annotazione (v), e a esaminare gli atti processuali depositati dal consorzio ricorrente (atto di citazione davanti al Tribunale di Tempio Pausania, perizia del CTU), con facoltà di chiedere anche la produzione degli atti scambiati dalle controparti.

10. La commissione di gara si è riunita in data 14 settembre 2012 e ha esaminato gli atti della vicenda relativa all'annotazione (v), compresa la sopravvenuta sentenza del Tribunale di Tempio Pausania n. 248 del 2 luglio 2012. In tale sentenza il Tribunale ha dichiarato la correttezza della risoluzione del contratto di appalto, qualificando come negligente la condotta del Consorzio Ciro Menotti per aver comunicato con cinque mesi di ritardo la necessità delle aree di cantiere (il cui reperimento era a carico della stazione appaltante) ai fini della realizzazione dell'opera. In esito al riesame la commissione di gara ha concluso che la negligenza accertata nella predetta sentenza non configura un grave errore professionale. In questo modo è stata posta la premessa per la reintegrazione del Consorzio Ciro Menotti nella graduatoria finale, dove lo stesso, trovandosi al terzo posto, scavalcherebbe l'impresa controinteressata Costruzioni Barri Marino.

Ricorso incidentale

11. A questo punto Costruzioni Barri Marino ha presentato ricorso incidentale con atto notificato il 19 settembre 2012 e depositato il 28 settembre 2012. La tesi di questo ricorso è che il Consorzio Ciro Menotti avrebbe dovuto essere escluso dalla gara (a) per violazione dell'art. 38 comma 1-c del Dlgs. 163/2006, (b) per violazione delle norme sull'inserimento lavorativo dei disabili, (c) per violazione dell'art. 122 comma 7 del Dlgs. 163/2006 sui limiti del subappalto, e (d) perché le valutazioni della commissione di gara effettuate su impulso del TAR sottovaluterebbero la gravità della condotta dell'appaltatore nella vicenda

decisa dal Tribunale di Tempio Pausania con la sentenza n. 248/2012.

12. Su questi sviluppi processuali si possono svolgere le seguenti considerazioni (riprendendo e confermando quanto già espresso nell'ordinanza cautelare n. 472 del 25 ottobre 2012).

Valutazione del grave errore professionale

13. La decisione di qualificare un episodio della storia professionale delle imprese come negligenza o grave errore professionale ai sensi dell'art. 38 comma 1-f del Dlgs. 163/2006 è assistita dall'ampia discrezionalità di apprezzamento riconosciuta alla stazione appaltante. Quest'ultima infatti è l'unico soggetto titolato a individuare il punto di rottura del rapporto fiduciario (v. Cass. civ. SU 17 febbraio 2012 n. 2312). La medesima facoltà spetta alle amministrazioni diverse dall'originaria stazione appaltante, le quali sono chiamate a stabilire, in rapporto alle rispettive esigenze, il significato e il limite di tollerabilità della deviazione rispetto alla corretta condotta contrattuale.

14. Ne consegue che la decisione della commissione di gara, pur essendo stata provocata da un'ordinanza propulsiva di questo TAR, deve ritenersi espressione di una scelta autonoma, non riconducibile alla mera esecuzione del dispositivo cautelare.

15. Diventa quindi concreto e attuale l'interesse di Costruzioni Barri Marino a opporsi mediante ricorso incidentale alla prospettiva del reinserimento del Consorzio Ciro Menotti nella graduatoria finale.

16. Tenuto conto dell'ampia discrezionalità della stazione appaltante nella valutazione dell'errore professionale, come si è appena detto, le censure proposte nel ricorso incidentale in relazione alle valutazioni effettuate dalla commissione di gara nella riunione del 14 settembre 2012 circa la risoluzione contrattuale subita dal Consorzio Ciro Menotti non possono essere accolte. La sentenza del Tribunale di Tempio Pausania individua la negligenza del Consorzio Ciro Menotti nel fatto di non aver

immediatamente rilevato la mancanza delle aree di cantiere e di aver quindi provocato l'affidamento dell'amministrazione circa la fattibilità dell'opera. Se in effetti questo comportamento (che è all'origine del ritardo nell'esecuzione dei lavori) non è facilmente giustificabile in base ai parametri di diligenza con cui viene normalmente valutata la condotta dell'appaltatore, non bisogna però sottovalutare la circostanza che nel progetto non era stata prevista un'apposita area di cantiere presso uno dei due siti interessati dai lavori (depuratore di Olbia). Appare quindi possibile tenere distinti il profilo della negligenza (su cui si basa la sentenza del Tribunale di Tempio Pausania) e il profilo del grave errore professionale (riferibile in questo caso alla progettazione dell'opera, di cui il Consorzio Ciro Menotti non era responsabile).

17. Poiché solo questo secondo profilo ha effetto escludente ai sensi dell'art. 38 comma 1-f del Dlgs. 163/2006 nei confronti delle altre stazioni appaltanti, appare corretta la scelta della commissione di gara di non considerare rilevante, ai fini dell'ammissione alla gara, la risoluzione contrattuale subita dal Consorzio Ciro Menotti.

Subappalto

18. L'art. 122 comma 7 del Dlgs. 163/2006 con riferimento ai lavori di importo complessivo inferiore a € 1.000.000 (come nel caso in esame) ammette il subappalto nel limite del 20% dell'importo. Nell'offerta del consorzio ricorrente si afferma invece che il subappalto per la categoria prevalente OG8 avverrà "*nei limiti di legge consentiti (30%)*".

19. Questa formulazione non può tuttavia costituire motivo di esclusione. È evidente che l'intenzione del consorzio ricorrente è quella di indicare la massima percentuale di subappalto ammessa dalla legge. Il significato dell'offerta non è quindi ambiguo o contraddittorio. Compreso il significato, la riduzione dell'offerta entro i limiti di legge (correzione dell'errore di diritto) è un'operazione interpretativa del tutto legittima, ed è

anche doverosa per la commissione di gara, a tutela del principio di massima partecipazione.

Normativa a favore dei disabili

20. La disciplina che favorisce l'inserimento lavorativo dei disabili (legge 12 marzo 1999 n. 68) ha carattere generale e trasversale, ed è quindi applicabile anche ai consorzi di cooperative che intendano ottenere l'aggiudicazione di appalti pubblici per sé o per le cooperative rappresentate.

21. Agli atti sono state acquisite due visure camerali storiche. Dalla prima (datata 5 settembre 2012) risulta che il consorzio ricorrente aveva nel primo trimestre 2012 un numero di addetti pari a 17, dalla seconda (datata 16 ottobre 2012) risulta che sia nel primo sia nel secondo trimestre 2012 il numero di addetti era pari a 13. Non è chiaro il motivo della diversità dei dati relativi al primo trimestre, ma in via generale appare preferibile fare riferimento al documento più recente, che si presume più aggiornato. Pertanto, non essendo superata la soglia di 15 dipendenti, non sussiste l'obbligo di rispettare le quote di assunzioni previste dall'art. 3 della legge 68/1999.

Dichiarazione di possesso dei requisiti morali

22. Appare invece condivisibile l'argomento del ricorso incidentale relativo alla dichiarazione sostitutiva sui precedenti penali ex art. 38 comma 1-c del Dlgs. 163/2006.

23. Tale dichiarazione, resa ai sensi del DPR 28 dicembre 2000 n. 445 e quindi esposta alla sanzione della decadenza dai benefici ex art. 75 del medesimo testo normativo, doveva necessariamente riguardare tanto gli amministratori del Consorzio Ciro Menotti quanto quelli della consorziata Cooperativa Serio. L'impresa esecutrice dei lavori non può infatti utilizzare il consorzio a cui aderisce come uno schermo per eludere le norme sui requisiti soggettivi di partecipazione alle gare. D'altra parte il ruolo di rappresentanza e garanzia svolto dal consorzio nei confronti delle imprese

associate all'interno della procedura di gara deve sottostare al dovere di trasparenza, in modo che la posizione di contraente sostanziale, ossia di esecutore dei lavori, non sia attribuita a un soggetto che non avrebbe potuto partecipare alla procedura.

24. Nello specifico, il Consorzio Ciro Menotti ha perfettamente ottemperato alla prescrizione di indicare i precedenti penali degli amministratori in carica e cessati da meno di un anno, come richiesto dall'art. 38 comma 1-c del Dlgs. 163/2006, mentre la Cooperativa Serio ha ommesso di estendere la dichiarazione al vicepresidente cessato il 9 agosto 2011, ossia da meno di un anno (la lettera di invito è del 24 gennaio 2012). In effetti, non si è trattato soltanto di un'omissione: la dichiarazione del legale rappresentante della Cooperativa Serio afferma espressamente nell'allegato 1 che non vi sono soggetti cessati dalla carica nell'anno antecedente alla trasmissione della lettera di invito, circostanza che pacificamente non corrisponde alla realtà.

25. L'incompletezza e la non veridicità delle dichiarazioni sui precedenti penali degli amministratori rappresentano difetti che, pur essendo di natura formale, conducono all'esclusione dalla gara, sia per violazione dell'art. 38 comma 2 del Dlgs. 163/2006 sia in conseguenza del disposto dell'art. 75 del DPR 445/2000 (v. CS Sez. V 28 settembre 2012 n. 5133; TAR Brescia Sez. II 5 giugno 2012 n. 994; TAR Brescia Sez. II 12 aprile 2011 n. 533).

26. Non sembra possibile garantire nel caso in esame il potere di soccorso ex art. 46 comma 1 del Dlgs. 163/2006 sotto forma di completamento della dichiarazione presentata, in quanto la dichiarazione della Cooperativa Serio ha preso in considerazione il caso degli amministratori cessati escludendone l'esistenza. Non è quindi riscontrabile una situazione di incertezza o di ambiguità causata dalla lettera di invito o da altre circostanze oggettive. Al contrario, sia il Consorzio Ciro Menotti sia la Cooperativa Serio hanno strutturato le rispettive dichiarazioni avendo

chiaramente presente lo schema dell'art. 38 del Dlgs. 163/2006, ma nella dichiarazione della Cooperativa Serio si afferma una circostanza non vera. Il potere di soccorso dovrebbe quindi estendersi fino alla rettifica della dichiarazione, ma in questo modo sarebbe alterata la *par condicio* dei concorrenti.

27. Per le suddette ragioni non è possibile utilizzare nel caso in esame l'impostazione, in sé condivisibile, fatta propria da TAR Milano Sez. I 15 gennaio 2013 n. 123 nel rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia.

Conclusioni

28. Essendo stato accolto uno dei motivi del ricorso incidentale, il ricorso principale (nonostante l'esame favorevole esposto sopra) diventa inammissibile, tanto nella parte impugnatoria quanto relativamente alla domanda di risarcimento. Di conseguenza si consolida la posizione di aggiudicatario assunta originariamente da Costruzioni Barri Marino.

29. Per quanto riguarda le spese di giudizio, la complessità della vicenda ne consente l'integrale compensazione, sia nel ricorso principale sia in quello incidentale. In effetti, la posizione delle parti si è evoluta in modo sostanziale durante lo svolgimento del presente giudizio, e la stazione appaltante ha potuto confermare l'aggiudicazione a favore di Costruzioni Barri Marino solo in base ad argomenti diversi da quelli utilizzati inizialmente, e per effetto del ricorso incidentale. Appare quindi ragionevole che ciascuna parte sostenga gli oneri della propria difesa.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia sezione staccata di Brescia (Sezione Seconda)

definitivamente pronunciando:

- (i) accoglie il ricorso incidentale, come precisato in motivazione;
- (ii) dichiara inammissibile il ricorso principale, come precisato in motivazione;

(iii) compensa integralmente le spese di giudizio tra le parti.

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

Così deciso in Brescia nella camera di consiglio del giorno 12 giugno 2013

con l'intervento dei magistrati:

Giorgio Calderoni, Presidente

Mauro Pedron, Consigliere, Estensore

Stefano Tenca, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 23/09/2013

IL SEGRETARIO

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