

N. 01049/2016REG.PROV.COLL.

N. 08739/2015 REG.RIC.

N. 08682/2015 REG.RIC.



**REPUBBLICA ITALIANA**

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 8682 del 2015, proposto dalla Società Zema Costruzioni s.r.l., rappresentata e difesa dall'avvocato Lorenzo Lentini, con domicilio eletto presso lo studio del dott. Giuseppe Placidi, in Roma, via Cosseria 2;

contro

Gregorio Costruzioni e Turismo s.r.l., in proprio e quale capogruppo mandataria del costituendo raggruppamento temporaneo di imprese con Icem unipersonale s.r.l. e Leco Contract s.r.l., nonché queste ultime in proprio, rappresentate e difese dall'avvocato Marcello Giuseppe Feola, con domicilio eletto presso Alfredo Placidi in Roma, via Cosseria 2;  
Gruppo Acque s.r.l., rappresentata e difesa dall'avvocato Federico Liccardo, con domicilio eletto presso Massimo Frontoni in Roma, via Guido D'Arezzo 2;  
Comune di Montano Antilia;

nei confronti di

Costruzioni Lombardi s.r.l., in proprio e quale capogruppo mandataria del costituendo raggruppamento temporaneo di imprese con Lombardi s.r.l., rappresentata e difesa dagli avvocato Antonio Brancaccio, Alberto La Gloria, con domicilio eletto presso Antonio Brancaccio in Roma, via Taranto 18;  
Environmental Technologies International s.p.a.;

sul ricorso numero di registro generale 8739 del 2015, proposto dalla Gruppo Acque s.r.l., rappresentata e difesa dall'avvocato Federico Liccardo, con domicilio eletto presso Massimo Frontoni in Roma, via Guido D'Arezzo 2;

contro

Gregorio Costruzioni e Turismo s.r.l., in proprio e quale capogruppo mandataria del costituendo raggruppamento temporaneo con Icem unipersonale s.r.l. e Leco Contract s.r.l., nonché queste ultime in proprio, rappresentate e difese dall'avvocato Marcello Giuseppe Feola, con domicilio eletto presso lo studio del dott. Alfredo Placidi, in Roma, via Cosseria 2;

Zema Costruzioni s.r.l., rappresentata e difesa dall'avvocato Lorenzo Lentini, con domicilio eletto presso lo studio del dott. Giuseppe Placidi, in Roma, via Cosseria 2;  
Costruzioni Lombardi s.r.l., in proprio e quale capogruppo mandataria del costituendo raggruppamento temporaneo con Lombardi Srl, rappresentata e difesa dagli avvocati Antonio Brancaccio e Alberto La Gloria, con domicilio eletto presso il suo studio, in Roma, via Taranto, 18;  
Environmental Technologies International s.p.a.;

nei confronti di

Comune di Montano Antilia;

per la riforma

quanto ad entrambi i ricorsi:

della sentenza del T.A.R. CAMPANIA - SEZ. STACCATA DI SALERNO, Sezione I, n. 2055/2015, resa tra le parti, concernente una procedura di affidamento dei lavori di razionalizzazione, miglioramento e potenziamento del sistema di raccolta e depurazione delle acque reflue nel territorio del Comune di Montano Antilia

Visti i ricorsi in appello e i relativi allegati;

Visti i rispettivi atti di costituzione in giudizio della Gregorio Costruzioni e Turismo s.r.l., Icem s.r.l. unipersonale e Leco Contract s.r.l., della Zema Costruzioni s.r.l. e della Costruzioni Lombardi s.r.l.;

Vista l'ordinanza della Sezione n. 5135 del 17 novembre 2015;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, comma 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 18 febbraio 2016 il consigliere Fabio Franconiero e uditi per le parti gli avvocati Angela Ferrara, su delega dell'avvocato Federico Liccardo, Laura Clarizia, su delega degli avvocati Alberto La Gloria, Antonio Brancaccio, Alberta Milone, su delega dell'avvocato Marcello Giuseppe Feola, e Lorenzo Lentini;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO

1. Il Comune di Montano Antilia indiceva una procedura di affidamento in appalto dei lavori di razionalizzazione, miglioramento e potenziamento del sistema di raccolta e depurazione delle acque reflue nel proprio territorio (bando pubblicato l'8 ottobre 2014). All'esito della selezione mediante il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa sulla base d'asta di € 3.745.280,25 la gara veniva aggiudicata definitivamente alla Gruppo Acque s.r.l. (determinazione n. 25 del 26 febbraio 2015).

2. L'aggiudicazione era quindi impugnata con separati ricorsi al TAR Campania – sez. staccata di Salerno dalle concorrenti seconda, terza e quarta classificata (sulle undici totali), e cioè, nell'ordine, le s.r.l. Gregorio Costruzioni e Turismo, Zema Costruzioni e Costruzioni Lombardi.

3. Previa loro riunione, il giudice di primo grado adito:

- esaminava dapprima il ricorso della Gregorio Costruzioni e Turismo, diretto a censurare sotto vari profili la mancata esclusione dalla gara dell'aggiudicataria e della Zema Costruzioni;
- accoglieva questa impugnazione, sul decisivo rilievo che l'aggiudicataria e la terza graduata non avevano fornito prova della qualificazione del subappaltatore nella categoria di lavori scorporabili a qualificazione obbligatoria OS21 e OS22, di cui entrambe erano prive, in violazione dei principi elaborati dalla giurisprudenza amministrativa con riguardo al c.d. subappalto necessario;
- in conseguenza dell'accoglimento del ricorso della Gregorio Costruzioni e Turismo, dichiarava improcedibile per sopravvenuta carenza d'interesse dapprima l'impugnativa della Zema Costruzioni;

- quindi, con ulteriore statuizione, accertava la sopravvenuta carenza di interesse al ricorso anche della Costruzioni Lombardi, l'esito positivo del quale si fondava, per esplicita prospettazione della di quest'ultima, sull'esclusione (anche) della Gregorio Costruzioni e Turismo;

- inoltre, respingeva le domande della medesima ricorrente vittoriosa di reintegrazione in forma specifica mediante subentro nel contratto e risarcimento dei danni, a causa dell'esito non preventivabile della rideterminazione dei punteggi attraverso il metodo del confronto a coppie, cui l'amministrazione avrebbe dovuto provvedere in esecuzione della pronuncia di annullamento;

- di seguito, soggiungeva che il ricorso della Lombardi Costruzioni, avrebbe comunque dovuto essere dichiarato inammissibile per difetto originario di interesse, dal momento che il suo accoglimento si fondava anche sull'esclusione dalla gara di altra concorrente, la Environmental Technologies International s.p.a., quinta graduata, per non avere presentato le dichiarazioni sul possesso dei requisiti ex art. 38 cod. contratti pubblici e di impegno alla stipula del contratto di fidejussione; circostanza che invece era stata documentalmente provata.

4. Per la riforma della sentenza di primo grado hanno proposto separati appelli la Gruppo Acque e la Zema Costruzioni.

5. La Gregorio Costruzioni e Turismo si è costituita in entrambi i giudizi, riproponendo le censure del proprio ricorso di primo grado assorbiti dal TAR, dirette all'esclusione di entrambe le appellanti.

6. Si è costituita per resistere agli appelli anche la Lombardi Costruzioni, manifestando il proprio interesse alla conferma della pronuncia di primo grado, in vista di un'auspicata esclusione della Gregorio Costruzioni e Turismo da parte della stazione appaltante in sede di riavvio della procedura di gara dopo l'annullamento pronunciato dal TAR.

7. Con ordinanza n. 5135 del 17 novembre 2015 è stata disposta la riunione degli appelli ai sensi dell'art. 96 cod. proc. amm. e la sospensione dell'esecutività della sentenza di primo grado.

## DIRITTO

1. Preliminarmente si conferma la riunione degli appelli disposta con la citata ordinanza cautelare.

2. Passando al merito, come anticipato nell'ordinanza cautelare n. 5135 del 17 novembre 2015, il TAR ha errato nel giudicare fondata la censura del ricorso della Gregorio Costruzioni e Turismo con cui questa ha sostenuto che la Gruppo Acque avrebbe dovuto essere esclusa dalla procedura di affidamento, per non avere indicato in sede di partecipazione alla stessa il nominativo del subappaltatore per le categorie di lavorazioni specialistiche a qualificazione obbligatorie previste dal bando di gara.

Infatti, successivamente alla pronuncia qui appellata l'Adunanza plenaria ha affermato il principio opposto, superando la costruzione teorica del c.d. subappalto necessario su cui si fondava l'obbligo di indicazione del nominativo del subappaltatore in sede di gara, ed affermando che la concorrente qualificata nella categoria di lavori prevalente per l'intero importo del contratto può effettuare tale indicazione in sede di esecuzione dell'appalto (sentenza 2 novembre 2015, n. 9). Pertanto - evidenziato che a questo principio si sono conformate le successive pronunce di questo Consiglio di Stato in materia (Sez. III, 13 gennaio 2016, n. 76; Sez. IV, 9 febbraio 2016, n. 520; Sez. V, 27 gennaio 2016, n. 264, 11 dicembre 2015, n. 5655; Sez. VI, 29 gennaio 2016, n. 367) - questo collegio non può che collocarsi nella medesima linea, essendo sufficiente rinviare integralmente ai sensi degli artt. 120, comma 10, e 74 cod. proc. amm. alle considerazioni in diritto contenute nella pronuncia dell'Adunanza plenaria.

3. Sul punto occorre solo aggiungere che non hanno motivo di porsi i dubbi della Costruzioni Lombardi circa l'applicabilità del principio di diritto ora richiamato anche a procedure di affidamento svoltesi in epoca precedente all'intervento di nomofilachia, come la gara in contestazione nel presente giudizio.

Infatti, come precisato dall'Adunanza plenaria nella medesima sentenza 2 novembre 2015, n. 9, a proposito degli oneri interni per la sicurezza (§ 4 della parte "in diritto"), la pronuncia di nomofilachia ha un contenuto dichiarativo consistente nell'accertamento di una regola di diritto già esistente nell'ordinamento. Da ciò si ricava la piena applicabilità della stessa alle situazioni giuridiche non ancora definite, tra cui quella oggetto del presente giudizio, in cui è ritualmente appellata una statuizione contraria al principio di diritto affermato in sede nomofilattica.

4. A questo punto può essere esaminata la censura riproposta dalla Gregorio Costruzioni ai sensi dell'art. 101, comma 2, cod. proc. amm., volta a sostenere che la Gruppo Acque doveva essere esclusa dalla gara perché priva del requisito di regolarità contributiva ex art. 38, comma 1, lett. i), cod. contratti pubblici, in virtù del d.u.r.c. acquisito dalla stazione appaltante, attestante un debito contributivo dell'aggiudicataria al 4 novembre 2014, data di scadenza del termine per partecipare alla procedura di affidamento.

5. Il motivo è infondato.

Nelle proprie difese rispetto a questo motivo la Gruppo Acque ha dedotto di avere provveduto al pagamento dei contributi previdenziali a suo carico nel rispetto dei termini di scadenza, e cioè il 31 ottobre 2014, mediante il servizio dell'Agenzia delle entrate denominato "cassetto fiscale", ma che tuttavia a causa di un disguido il pagamento non è andato a buon fine. Infatti, con messaggio del successivo 8 novembre 2014 il servizio informatico dell'Agenzia delle entrate ha segnalato che la banca sulla quale il pagamento avrebbe dovuto essere addebitato non vi aveva provveduto. Avuto quindi notizia di ciò il primo giorno lavorativo utile, e cioè il lunedì 10 novembre successivo, essa ha effettuato nuovamente il pagamento, al contempo richiedendo chiarimenti al proprio istituto di credito. Riscontrando la richiesta, con nota in pari data quest'ultimo ha comunicato che l'ordine telematico di addebito non era transitato presso il conto corrente dell'appellante.

In ragione di queste circostanze la Gruppo Acque sostiene che l'irregolarità contributiva attestata dal d.u.r.c. non le sarebbe imputabile.

#### 6. Le deduzioni dell'aggiudicataria sono fondate su prova documentale.

In particolare, vi è agli atti di causa la comunicazione del "servizio telematico internet" dell'Agenzia delle entrate dell'8 novembre 2014 in cui si rappresenta che il pagamento disposto dalla Gruppo Acque in data 31 ottobre 2014 «è stato inoltrato alla banca», ma questa ha comunicato «in data 07/11/2014 di non aver potuto effettuare l'addebito». La medesima Gruppo Acque ha anche prodotto il chiarimento fornito dal proprio istituto di credito in risposta alla richiesta dell'8 novembre successivo. A questo riguardo, nella nota in data 10 novembre il Banco di Napoli ha riferito che «il flusso telematico del 31/10/2014 (...) non risulta transitato presso in nostri sportelli e pertanto mai addebitato sul Vs. conto corrente di corrispondenza». Infine, l'aggiudicataria ha prodotto il modello f24 redatto lo stesso 10 novembre 2014 per il versamento dei contributi e la ricevuta del "servizio telematico internet" dell'Agenzia delle entrate attestante, questa volta, il buon fine del pagamento. Di ciò si ha ulteriore conferma nella relativa annotazione contenuta nel d.u.r.c. acquisito dalla stazione appaltante ed attestante invece l'irregolarità contributiva al 4 novembre.

7. Tutto ciò premesso, l'Adunanza Plenaria di questo Consiglio di Stato con la sentenza 16 aprile 2012, n. 8, ha enunciato il principio di diritto secondo cui il requisito della gravità dell'irregolarità contributiva previsto dall'art. 38, comma 1, lett. i), cod. contratti pubblici «si desume dalla disciplina previdenziale, e in particolare dalla disciplina del documento unico di irregolarità contributiva; ne consegue che la verifica della regolarità contributiva delle imprese partecipanti a procedure di gara per l'aggiudicazione di appalti con la pubblica amministrazione è demandata agli istituti di previdenza, le cui certificazioni (d.u.r.c.) si impongono alle stazioni appaltanti, che non possono sindacare il contenuto» (nello stesso senso, da ultimo: Sez. III, 10 febbraio 2016, n. 589; Sez. V, 1 ottobre 2015, n. 4591, 23 febbraio 2015, n. 874, 16 febbraio 2015, n. 781, 10 febbraio 2015, n. 681; Sez. VI, 4 maggio 2015, n. 2219).

8. Per contro, diversamente da quanto sostenuto dalle altre parti in causa, l'Adunanza plenaria non ha affermato che il d.u.r.c. è vincolante per quanto riguarda l'ulteriore requisito previsto dalla citata lett. i) dell'art. 38 cod. contratti pubblici, e cioè il carattere definitivo dell'irregolarità contributiva in essa attestata.

In disparte la circostanza che sulla questione vi è una rimessione alla medesima Adunanza plenaria, in particolare sotto il profilo della possibilità di regolarizzare il d.u.r.c. negativo in corso di gara, (Sez. V, ordinanza 21 ottobre 2015 n. 4799), non vi è dubbio che in generale l'attestazione di un fatto fornita da un'amministrazione può essere contestata in sede giurisdizionale in ordine ai presupposti sulla base dei quali il fatto attestato si è verificato. Il che è proprio quanto avvenuto nella presente fattispecie contenziosa, nella quale la Gruppo Acque ha contestato l'esistenza di un'inadempimento contributivo ad essa imputabile e non già la gravità della stessa.

9. La Lombardi Costruzioni ha ulteriormente controdedotto rispetto alle difese della Gruppo Acque, eccependo che quest'ultima non ha fornito la prova che il pagamento del 31 ottobre 2014 sia effettivamente relativo ai contributi previdenziali dalla stessa dovuti, a causa della mancata specificazione della causale e di apposito modello f24.

#### 10. Anche questi rilievi non sono condivisibili.

Infatti, questa prova ben può essere ricavata sul piano inferenziale, in virtù di presunzioni sufficientemente precise e concordanti ai sensi dell'art. 2729 cod. civ., e nel caso di specie il ragionamento inferenziale si fonda sulla particolare sollecitudine con la quale la Gruppo Acque ha dapprima richiesto i chiarimenti sul mancato buon fine del pagamento e quindi vi ha provveduto nuovamente. Ebbene, in tanto un simile contegno è spiegabile in quanto vi fosse l'esigenza di rispettare una scadenza fondamentale quale appunto quella per il versamento dei contributi previdenziali necessario a rimuovere una causa ostativa alla partecipazione alla procedura di affidamento in contestazione.

Non sono invece configurabili alternative plausibili a questa ricostruzione e cioè che il primo pagamento fosse in realtà riferibile ad altri debiti della Gruppo Acque, non essendo in particolare spiegabile in termini razionali perché questa società si sia prontamente attivata per richiedere delucidazioni sul mancato buon fine del primo pagamento per poi effettuare uno relativo ad altro titolo.

11. Alla stregua delle considerazioni finora svolte, l'irregolarità contributiva attestata nel d.u.r.c. non può essere ascritta ad un fatto imputabile a quest'ultima in base al paradigma generale di cui all'art. 1218 cod. civ., dal momento che la stessa ha inteso rispettare la scadenza della presentazione delle offerte per regolarizzare la propria posizione previdenziale, mentre il mancato perfezionamento del pagamento così effettuato è dipeso da fatti estranei alla propria volontà e capacità di adempiere, come finora accertato. Pertanto, deve escludersi che l'aggiudicataria fosse carente del requisito della regolarità contributiva al momento della partecipazione alla procedura di affidamento in contestazione.

12. In conseguenza del rigetto del motivo così riproposto dalla Gregorio Costruzioni e Turismo deve ritenersi definitivamente consolidata l'aggiudicazione in favore della Gruppo Acque. Infatti, il motivo di impugnazione di questo provvedimento riproposto dalla Zema Costruzioni nel proprio appello è del tutto speculare a quello riproposto dalla ricorrente vittoriosa in primo grado e respinto.

Pertanto, sono improcedibili per sopravvenuta carenza di interesse tanto le ulteriori censure formulate dalla medesima Gregorio Costruzioni e Turismo nei confronti dell'ammissione alla gara della Zema Costruzioni, quanto l'appello di quest'ultima, sia nella parte in cui la stessa censura a sua volta l'ammissione alla gara della ricorrente vittoriosa in primo grado, sia nella parte rivolta a contestare anche l'ammissione della Gruppo Acque per difetto del requisito della regolarità contributiva.

13. Le spese del doppio grado di giudizio vanno poste a carico delle parti soccombenti, e cioè delle tre ricorrenti in prime cure e poste a favore dell'appellante vittoriosa Gruppo Acque, rinviandosi al dispositivo per la relativa liquidazione. Vanno invece compensate tra quest'ultima e l'amministrazione, che la aveva dichiarata aggiudicataria, e nei rapporti tra le parti private reciprocamente soccombenti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sugli appelli riuniti, come in epigrafe proposti, così provvede:

- accoglie l'appello della Gruppo Acque s.r.l.;
- respinge i motivi di ricorso riproposti dalla Gregorio Costruzioni e Turismo s.r.l.;
- dichiara conseguentemente improcedibile l'appello della Zema Costruzioni s.r.l.;
- condanna le s.r.l. Gregorio Costruzioni e Turismo, Zema Costruzioni e Costruzioni Lombardi, in solido tra loro, a rifondere alla Gruppo Acque s.r.l. le spese del doppio grado di giudizio, liquidate complessivamente in € 10.000,00, oltre agli accessori di legge;
- compensa le spese nei rapporti tra quest'ultima ed il Comune di Montano Antilia e nei rapporti tra le società soccombenti.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 18 febbraio 2016 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Sandro Aureli, Consigliere

Fabio Franconiero, Consigliere, Estensore

Raffaele Prospero, Consigliere

Oreste Mario Caputo, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

II 16/03/2016

IL SEGRETARIO

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