



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia

Lecce - Sezione Terza

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 361 del 2011, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Consorzio Ravennate Soc Coop, rappresentato e difeso dall'avv. Luigi Mariano, con domicilio eletto presso il suo studio in Lecce, piazzetta Chiesa Greca, 5;

contro

Iacp Lecce, rappresentato e difeso dall'avv. Alessandro Rosato, con domicilio eletto presso il suo studio in Lecce, via Cavour, 10;

nei confronti di

Ecoverde Srl, Consorzio fra Cooperative di Produzione e Lavoro Cons Coop Soc Coop, Services Facility Logistics Sfl Soc Coop, rappresentati e difesi dall'avv. Saverio Sticchi Damiani, con domicilio eletto presso il suo studio in Lecce, via 95 Rgt Fanteria, 9;

per l'annullamento

- della determina dirigenziale n. 930 del 28 luglio 2010, divenuta efficace in data 17 gennaio 2011, comunicata in data 18 gennaio 2011, nella parte in cui l'Istituto Autonomo Case Popolari di Lecce ha approvato l'aggiudicazione definitiva dei lavori di manutenzione ordinaria degli alloggi di ERP in Lecce e provincia in favore dell'ATI Conscoop-Ecoverde-Supernova;
 - dei verbali di gara;
 - ove occorra, della nota IACP del 18 gennaio 2011 con la quale è stata comunicata alla ricorrente l'aggiudicazione definitiva;
 - della relazione del 14 gennaio 2011 del responsabile del procedimento dell'IACP;
- del contratto, ove intervenuto;
- di ogni altro atto presupposto, connesso o consequenziale;
- e per il risarcimento dei danni;
- nonché come da ricorso per motivi aggiunti depositato il 12 aprile 2011, per l'annullamento:
- della nota 22 marzo 2011 n. 931 dello IACP;

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio di IACP Lecce, di Consorzio fra Cooperative di Produzione e Lavoro Cons. Coop, Ecoverde Srl e Services Facility Logistics Soc. Coop;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 9 giugno 2011 il dott. Luca De Gennaro e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Va innanzitutto premesso in fatto:

- con bando del 10 ottobre 2008 l'Istituto Autonomo Case Popolari (IACP) di Lecce ha indetto una procedura aperta per l'affidamento dei lavori di manutenzione ordinaria degli alloggi di ERP in Lecce e Provincia;

- con determina del 9 giugno 2009 la gara è stata aggiudicata all'impresa Manutencoop.

- a seguito di ricorso giurisdizionale, proposto dalla Ecoverde srl quale mandante del raggruppamento "Conscoop- Supernova – Ecoverde", secondo classificato, questo Tribunale con sentenza 596/2010, confermata dal Consiglio di Stato, ha annullato la suddetta aggiudicazione.

- in attuazione del giudicato, la gara è stata aggiudicata con determina n. 930 del 28 luglio 2010 al RTI Conscoop, odierno controinteressato.

- nelle more della stipulazione del contratto, in sede di verifica dei requisiti generali e speciali di cui all'art. 38 e 46 D.lgs. 163/2006, la stazione appaltante ha acquisito il DURC relativo alla Eurotekna srl -

ausiliaria della mandante Supernova del RTI aggiudicatario ai fini dell'attestazione SOA - dal quale sono emerse irregolarità contributive alla data di aggiudicazione.

- la stazione appaltante non ha ritenuto le suddette inadempienze di grave entità e di conseguenza ha definitivamente aggiudicato la gara.

2. Con il ricorso in epigrafe il Consorzio ravennate, terzo classificato nella graduatoria originaria, ha impugnato la aggiudicazione definitiva in favore del RTI Conscoop.

Vengono dedotti i seguenti profili di illegittimità:

- violazione e falsa applicazione dell'art. 38 D.lgs 163/2006, violazione e falsa applicazione dell'art. 49 D.lgs. 163/2006;

- violazione degli artt. 49 e 75 D.lgs 163/2006 e del disciplinare di gara.

2.1 Con motivi aggiunti vengono svolte ulteriori censure avverso gli atti già impugnati e la nota del 22 marzo 2011 con cui lo IACP ha confermato le proprie determinazioni.

3. Si sono costituite le imprese componenti il raggruppamento aggiudicatario e l'Amministrazione chiedendo la reiezione del ricorso.

Con ordinanza 272/2011 questo Tribunale ha concesso la tutela cautelare.

All'udienza del 9 giugno 2011 il ricorso è stato trattenuto per la decisione.

4. Deve preliminarmente essere respinta l'eccezione di

inammissibilità del ricorso per supposta acquiescenza, dovuta alla mancata contestazione dell'aggiudicazione in favore di Manuntecoop da parte dell'odierno ricorrente.

Al riguardo si osserva quanto segue:

a) la questione dell'assenza dei requisiti in capo al raggruppamento Conscoop è divenuta attuale, e quindi effettivamente lesiva della posizione del ricorrente, solo in occasione dell'aggiudicazione definitiva al RTI Consocoop e della conseguente verifica dei requisiti da parte dello IACP;

b) l'acquiescenza presuppone un comportamento chiaro, univoco e concludente, imputabile al ricorrente, dal quale possa evincersi, senza un ragionevole dubbio, la sua volontà di accettare gli effetti delle determinazioni sfavorevoli;

c) nel caso di specie tale comportamento non è ravvisabile posto che in occasione dell'aggiudicazione a Manuntecoop, la ricorrente era ancora terza in graduatoria e non aveva quindi un interesse attuale al ricorso;

d) la sua inerzia non è dunque segnale inequivoco della volontà di abdicare al diritto di azione spettante.

5. Nel merito il ricorso è meritevole di accoglimento.

5.1 Fondato e assorbente è il primo motivo con cui il ricorrente deduce che la Eurotekna srl, quale impresa ausiliaria della mandante Supernova, non possiede i requisiti di cui all'art. 38 D.lgs. 163/2006 in quanto al momento dell'aggiudicazione definitiva a favore del

raggruppamento controinteressato versava in una situazione di grave irregolarità contributiva

5.2 Va in proposito precisato che:

- la mandante Supernova (ora Services Facility Logistics soc. coop.) del raggruppamento Conscoop ha partecipato avvalendosi dei requisiti della società Eurotekna srl;
- alla data di aggiudicazione definitiva, il 28 luglio 2010, l'impresa ausiliaria Eurotekna, come emerge dagli atti di causa e in particolare dal DURC prodotto in giudizio, versava in una situazione di irregolarità contributiva.

5.3 Ciò posto si rileva che l'art. 38, comma 1, lett. i), D.lgs. n. 163 del 2006 impone che la stazione appaltante, basandosi sulle certificazioni risultanti dal DURC, debba altresì valutare se la violazione riportata nel DURC, in relazione all'appalto o fornitura in questione o alla consistenza economica della ditta concorrente o ad altre circostanze, risulti o no "grave".

Secondo le parti resistenti tale valutazione di gravità da parte della stazione appaltante non sarebbe tutelabile di fronte al giudice amministrativo, in quanto appartenente al merito dell'azione amministrativa.

L'assunto non è condivisibile.

Tale valutazione è il risultato di una scelta discrezionale volta ad accertare in concreto se la violazione degli obblighi contributivi raggiunge una soglia di gravità tale da comportare l'esclusione della

gara.

Ferma la competenza diretta dell'Amministrazione in merito, nei confronti di tale valutazione discrezionale - che è peraltro connessa alla protezione di un bene costituzionalmente rilevante quale il diritto del lavoratore alla copertura previdenziale ex art. 38 Cost.- il principio dell'effettività della tutela giurisdizionale si realizza, a favore del partecipante non aggiudicatario, attraverso il sindacato del giudice amministrativo volto a vagliare estrinsecamente la congruità e la ragionevolezza della decisione di ammissione alla gara e quindi il rispetto delle regole di una gara pubblica, ispirata ai principi di trasparenza e par condicio.

5.4 Sottoposto a tale sindacato, il giudizio dello IACP sulla situazione contributiva della Eurotekna, concluso con un esito di non gravità, non regge un vaglio estrinseco di congruità e ragionevolezza.

Infatti la situazione di irregolarità contributiva della Eurotekna:

- si è prolungata per sette mesi (per il mancato pagamento dei premi dal luglio 2009 al gennaio 2010): non si tratta dunque di violazione occasionale o estemporanea;
- ha riguardato un importo di natura tutt'altro che trascurabile (17.600 euro) sia in termini assoluti che relativi, tenendo conto in quest'ultimo caso, quale valore indicativo di riferimento, di quello stabilito (100 euro) come soglia di gravità dalla disciplina di settore (cfr. art. 8 DM del ministero del lavoro e della previdenza sociale 24 ottobre 2007, che seppure non costituisce atto esecutivo del Codice

dei contratti pubblici contiene un indice normativo a cui il giudice può fare riferimento ai fini del presente sindacato di ragionevolezza)

- è stata regolarizzata solo successivamente all'aggiudicazione definitiva, il 30 settembre 2010, ovverosia oltre un anno dall'inizio della situazione di irregolarità (al riguardo va sottolineata l'irrilevanza dell'adempimento tardivo dell'obbligazione, in quanto la regolarità contributiva è un requisito richiesto dall'art. 38 D.lgs 163/2006 in via dinamica, vale a dire non solo al momento di presentazione delle domande ma per tutto lo svolgimento della gara e al momento della stipulazione del contratto);

- è poi confermata da un successivo DURC del febbraio 2011 dove si dà conto di un debito nei confronti dell'INAIL di circa 350 euro in conseguenza di un pregresso debito di 8.300 euro relativo ai premi 2009-2010, poi regolarizzato per circa 8.000 euro.

In questo quadro non è dunque giustificabile la posizione dell'Amministrazione che non ritiene gravi le riscontrate inadempienze contributive atteso che appare evidente dagli atti di causa la propensione dell'Eurotekna ad eludere in maniera frequente e anche per importi notevoli i propri obblighi in materia previdenziale.

5.5 Va infine precisato che secondo il chiaro disposto dell'art. 49 D.lgs 163/2006 il requisito della regolarità contributiva - al pari degli altri requisiti ex art. 38 D.lgs 163/2006 - è previsto anche per le imprese ausiliarie e ciò in quanto, ai fini della partecipazione alla gara,

è richiesta “una dichiarazione sottoscritta da parte dell’impresa ausiliaria attestante il possesso da parte di quest’ultima dei requisiti generali di cui all’articolo 38”; l’obbligatorietà di una tale dichiarazione presuppone ovviamente la necessità che tali requisiti siano posseduti, al pari delle partecipanti, anche dalle imprese ausiliarie.

Né al fine di ottenere l’ammissibilità dell’offerta, può essere invocata la rinuncia all’avvalimento dell’Eurotekna, posto che tale operazione, comportando una alterazione qualitativa della soggettività giuridica del raggruppamento, contrasterebbe con il principio della immodificabilità dell’offerta.

A ciò aggiungasi che l’ipotetico venir meno dell’avvalimento farebbe venir meno i requisiti di partecipazione per l’impresa ausiliata Supernova e comporterebbe dunque in ogni caso l’inammissibilità dell’offerta del raggruppamento controinteressato: l’impresa ausiliaria avrebbe dovuto dunque risultare in possesso di tutti i requisiti di ordine generale di cui all’art. 38, D.Lgs. n. 163 del 2006; di conseguenza la sussistenza di una sola delle cause di esclusione ivi previste determina la inammissibilità del prestato avvalimento e l’esclusione dall’appalto della raggruppamento Conscoop che di tale istituto si era servito (Cfr. in termini Cons. Stato 1930/2010).

6. In conclusione, il ricorso integrato dai motivi aggiunti deve essere accolto e, per l’effetto, vengono annullati gli atti impugnati. Assorbite le ulteriori censure.

Sussistono giusti motivi per compensare parzialmente le spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia Lecce - Sezione Terza definitivamente pronunciando accoglie il ricorso in epigrafe e, per l'effetto, annulla gli atti impugnati.

Compensa parzialmente le spese di giudizio e condanna in solido lo IACP di Lecce e le parti controinteressate alla rifusione di parte delle spese di giudizio in favore del Consorzio ricorrente, liquidate in euro 7.000 oltre al contributo unificato versato per il ricorso principale e i motivi aggiunti, IVA e CPA

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

Così deciso in Lecce nella camera di consiglio del giorno 9 giugno 2011 con l'intervento dei magistrati:

Rosaria Trizzino, Presidente

Ettore Manca, Consigliere

Luca De Gennaro, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 07/07/2011

IL SEGRETARIO

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