



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 della Campania

(Sezione Ottava)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 539 del 2011, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Fuschini Costruzioni di Fuschini Sergio, rappresentata e difesa dall'avv. Renato Scarlato, con domicilio eletto presso Renato Scarlato in Napoli, viale Gramsci 14 c/o St.Giordano L.;

contro

Comune di Telese Terme in persona del Sindaco p.t., rappresentato e difeso dall'avv. Andrea Abbamonte, con domicilio eletto presso Andrea Abbamonte in Napoli, via Melisurgo,4;

nei confronti di

Nuzzo Costruzioni di Nuzzo Luigi e C. S.a.s.;

per l'annullamento

REVOCA DELL'AGGIUDICAZIONE DEFINITIVA DEI "LAVORI DI REALIZZAZIONE DI UN COMPLESSO POLIVALENTE ECCLESIALE DI TELESE TERME E CENTRO SOCIO-CULTURALE PER I GIOVANI - OPERE DI URBANIZZAZIONE E DI ACCESSO". PROVVEDIMENTO N. 283 DEL 16/12/2010.

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

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Telese Terme in persona del Sindaco p.t.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 18 maggio 2011 il dott. Olindo Di Popolo e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

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

Premesso che:

- col ricorso in epigrafe, Fuschini Sergio, in qualità di titolare dell'omonima impresa individuale Fuschini Costruzioni impugnava, chiedendone l'annullamento, previa sospensione, la determinazione del responsabile dell'Area tecnica – Lavori pubblici del Comune di Telese Terme n. 283 del 16 dicembre 2010, con la quale era stata revocata l'aggiudicazione definitiva (determinazione n. 223 dell'11 settembre 2007) in proprio favore dei “lavori di realizzazione di un

complesso polivalente ecclesiale di Telesse Terme e centro socio-culturale per i giovani – opere di urbanizzazione e di accesso”;

- richiedeva, altresì, il risarcimento per equivalente monetario del danno asseritamente derivante dall’illegittimo operato dell’amministrazione intimata;

- il provvedimento impugnato era stato motivato in base al rilievo che dalla consultazione del casellario informatico istituito presso l’Autorità di vigilanza sui contratti pubblici emerge che la certificazione SOA posseduta ... risulta essere scaduta, relativamente alla sua validità quinquennale, alla data del 20 aprile 2010;

- a sostegno dell’impugnazione proposta, venivano dedotte le seguenti censure: a) illegittimità per violazione dell’art. 7 della l. n. 241/1990; mancata comunicazione di avvio del procedimento amministrativo di secondo grado; b) nullità ex art. 21 septies della l. n. 241/1990 per violazione dell’art. 3, comma 1, della l. n. 241/1990; carenza di motivazione; c) illegittimità per violazione dell’art. 3 della l. n. 241/1990; eccesso di potere in relazione all’insufficiente motivazione del provvedimento; d) illegittimità per eccesso di potere; abnormità dell’esercizio dell’azione amministrativa e del relativo provvedimento;

- in estrema sintesi, il ricorrente lamentava che: - non le sarebbe stato comunicato l’avvio del procedimento di annullamento d’ufficio dell’aggiudicazione definitiva; - non sarebbero state indicate le ragioni di interesse pubblico sottese alla rimozione

dell'aggiudicazione definitiva e prevalenti sul confliggente interesse privato alla sua conservazione, consolidatosi nell'arco temporale trascorso tra il momento di adozione del provvedimento annullato d'ufficio e quello del suo ritiro; - la sopravvenuta inefficacia dell'attestazione SOA costituirebbe vicenda successiva alla conclusione della procedura di affidamento, insuscettibile, come tale, di inficiare quest'ultima;

- in prosieguo, il responsabile dell'Area tecnica – Lavori pubblici del Comune di Telese Terme, con determinazione n. 42 del 9 febbraio 2011 integrava la pregressa motivazione di annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione definitiva dell'appalto de quo, evidenziando che il DURC relativo alla Fuschini Costruzioni era risultato “non regolare” alle date del 27 luglio 2009, del 9 luglio 2010 e dell'11 novembre 2010;

- avverso tale determinazione la ricorrente proponeva motivi aggiunti, sostanzialmente reiterativi delle doglianze avanzate col gravame introduttivo del presente giudizio ed estesi al profilo della irregolarità contributiva, riscontrata a proprio carico soltanto successivamente all'aggiudicazione definitiva;

- con ulteriori motivi aggiunti, la Fuschini Costruzioni impugnava, poi, la determinazione del responsabile dell'Area tecnica – Lavori pubblici del Comune di Telese Terme n. 79 del 28 marzo 2011, recante l'aggiudicazione definitiva della gara controversa in favore della seconda graduata, Nuzzo Costruzioni s.r.l., deducendo, oltre ai

vizi già denunciati con riferimento alle determinazioni n. 283 del 16 dicembre 2010 e n. 42 del 9 febbraio 2011, la disparità di trattamento rispetto alla controinteressata, la cui attestazione SOA, scaduta il 2 dicembre 2009, sarebbe stata ripristinata soltanto in data 5 novembre 2010;

- costituitasi in giudizio l'amministrazione intimata, eccepiva l'infondatezza del gravame avanzato ex adverso, di cui richiedeva, quindi, il rigetto;

- il ricorso veniva chiamato all'udienza del 18 maggio 2011 per la trattazione dell'incidente cautelare;

- nell'udienza cautelare emergeva che la causa era matura per la decisione di merito, essendo integro il contraddittorio, completa l'istruttoria e sussistendo gli altri presupposti di legge;

- le parti venivano sentite, oltre che sulla domanda cautelare, sulla possibilità di definizione del ricorso nel merito e su tutte le questioni di fatto e di diritto che la definizione nel merito pone;

Considerato che:

- la valutazione della stazione appaltante in ordine alla gravità o meno dell'irregolarità contributiva emersa a carico della Fuschini Costruzioni non risulta specificamente censurata da parte ricorrente ed esula, quindi, dal thema decidendum proprio del presente giudizio;

- come emerge dal contenuto dell'attestazione della Egmont SOA n. 3118/08/00 del 21 aprile 2005, nonché del DURC del 27 luglio

2009, del 9 luglio 2010 e dell'11 novembre 2010, dopo l'aggiudicazione definitiva (disposta con determinazione n. 223 dell'11 settembre 2007) e prima della stipula del contratto di appalto affidato, la Fuschini Costruzioni risultava sprovvista dei requisiti idoneativi, costituiti, rispettivamente, dalla qualificazione all'esecuzione di lavori pubblici nella categoria OG6, nonché dalla regolarità contributiva richiesta dall'art. 38, comma 1, lett. i, del d.lgs. n. 163/2006;

- in materia di possesso dei requisiti partecipativi, vige il principio secondo cui questi ultimi devono essere posseduti dai concorrenti non solo al momento della scadenza del termine per la presentazione delle offerte, ma anche in ogni successiva fase del procedimento di evidenza pubblica e per tutta la durata dell'appalto; cosicché anche una pur lieve discontinuità durante le varie fasi intermedie non può che riverberarsi, in senso preclusivo, sull'aggiudicazione, sull'affidamento o sulla stipula contrattuale; diversamente opinando, le stazioni appaltanti sarebbero esposte all'alea della perdita e del successivo riacquisto dei requisiti in corso di gara, da parte delle ditte offerenti, mentre deve essere cura di queste ultime mantenere, dalla presentazione dell'offerta fino all'eventuale fase di esecuzione dell'appalto, la qualificazione richiesta dal bando (cfr. TAR Sicilia, Catania, sez. IV, n. 221/2007; TAR Puglia, Bari, sez. I, n. 1334/2010; TAR Abruzzo, L'Aquila, sez. I, n. 112/2011);

- con precipuo riguardo alla prescritta insussistenza di “violazioni

gravi, definitivamente accertate, alle norme in materia di contributi previdenziali e assistenziali”, giova soggiungere che essa si riferisce alla posizione ‘globale e sincronica’, ossia ‘dinamica’, in cui va considerata l’impresa, dapprima concorrente e poi affidataria, nell’ambito del rapporto previdenziale ed assistenziale; nel senso che detta 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 contratto stipulato con la stazione appaltante,

- il requisito in parola deve, pertanto, essere posseduto fin dalla partecipazione alla gara (ossia fin dal momento di presentazione dell’offerta), restando irrilevante – pena, altrimenti, la vanificazione del principio della par condicio – un eventuale adempimento tardivo dell’obbligazione contributiva (Cons. Stato , sez. IV, n. 4817/2005; n. 288/2006; n. 3660/2006; n. 2876/2007; sez. V, n. 5511/2007; sez. VI, n. 344/2009; sez. IV, n. 1458/2009; TAR Abruzzo, Pescara, n. 173/2005; TAR Sardegna, Cagliari, sez. I, n. 155/2006; n. 2324/2006; n. 458/2008; TAR Campania, Napoli, sez. I, n. 6401/2006; TAR Sicilia, Catania, sez. III, n. 2450/2006; sez. IV, n. 235/2007; Palermo, sez. I, n. 1904/2007; Catania, sez. I, n. 1772/2008; TAR Toscana, Firenze, sez. II, n. 8182/2006; n. 715/2007; TAR Lazio, Roma, sez. II ter, n. 4779/2007; TAR Trentino Alto Adige, Trento, n. 8/2008; TAR Emilia Romagna, Bologna, sez. I, n. 3470/2008); non solo: come desumibile anche dal

tenore dell'art. 2, comma 1, del d.l. n. 210/2002, conv. in l. n. 266/2002 (“le imprese che risultano affidatarie di un appalto pubblico sono tenute a presentare alla stazione appaltante la certificazione relativa alla regolarità contributiva a pena di revoca dell'affidamento”), deve essere posseduto pure dopo la procedura di affidamento (ossia dopo la presentazione dell'offerta), e per tutto il tempo in cui l'impresa mantiene rapporti con la stazione appaltante, fino all'estinzione del contratto (cfr. Cons. Stato, sez. IV, n. 2876/2007; TAR Veneto, Venezia, sez. I, n. 1507/2007);

- allorché l'annullamento dell'aggiudicazione definitiva sia disposto per riscontrata insussistenza dei requisiti partecipativi, non è da reputarsi necessaria la comunicazione di avvio del procedimento, non versandosi in ipotesi di nuovo procedimento, ma di comprovazione del possesso dei requisiti dichiarati in gara e poi da dimostrare in vista della stipula del contratto conseguente all'aggiudicazione definitiva (cfr. Cons. Stato, sez. IV, n. 4852/2006);

- nella specie, il Comune di Telese ha, appunto, verificato l'inefficacia dell'attestazione SOA e l'irregolarità contributiva in capo alla Fuschini Costruzioni in sede di controlli finalizzati alla stipula del contratto aggiudicato;

- non era, quindi, necessario l'invio all'impresa ricorrente della comunicazione ex art. 7 della l. n. 241/1990, in quanto il gravato ritiro dell'aggiudicazione definitiva è stato conseguenza immediata e diretta dell'attività di controllo sulla regolarità e veridicità della

documentazione allegata all'offerta ed attestante il possesso dei prescritti requisiti idoneativi;

- ed invero, l'impresa dichiarata aggiudicataria era a conoscenza della circostanza che nei proprio confronti erano in corso i controlli in parola (cfr. note del Comune di Telesse, prot. n. 1079, del 1° agosto 2007, prot. n. 13334, del 22 settembre 2009, prot. n. 6154, dell'11 maggio 2010) ed era, pertanto, in condizioni di partecipare al relativo procedimento;

- peraltro, l'annullamento dell'aggiudicazione definitiva in autotutela non è da ritenersi illegittimo, allorquando – come nel caso in esame – , pur non essendo preceduto dalla comunicazione di avvio del procedimento, il relativo provvedimento risulti fondato su una oggettiva carenza dei requisiti partecipativi in capo al soggetto affidatario, sostanzialmente dimostrata in giudizio dall'amministrazione resistente, ai sensi dell'art. 21 octies della L. n. 241 del 1990 (cfr. TAR Sicilia, Catania, sez. IV, n. 353/2006; TAR Lazio, Roma, sez. III quater, n. 3215/2009).

- stante la natura doverosa e vincolata dell'annullamento dell'aggiudicazione definitiva, a fronte della riscontrata carenza oggettiva dei predetti requisiti partecipativi, le ragioni di pubblico interesse sottese al provvedimento in autotutela impugnato risiedono in re ipsa, ossia nella indefettibile necessità che i lavori affidati siano eseguiti da un operatore economico a tanto professionalmente qualificato, nonché in regola con gli obblighi contributivi (cfr. TAR

Lazio, Roma, sez. II ter, n. 4779/2007);

- fermo restando che la Fuschini Costruzioni, in quanto legittimamente esclusa per assenza dei requisiti idoneativi, non ha interesse a dolersi dell'aggiudicazione definitiva in favore della Nuzzo Costruzioni, non potendo trarre alcun vantaggio o beneficio dall'annullamento giurisdizionale di tale ultimo provvedimento (cfr. Cons. Stato, sez. V, n. 5261/2007; TAR Lazio, Roma, sez. III, n. 7170/2007; TAR Trentino Alto Adige, Trento, n. 60/2009; TAR Sicilia, Palermo, sez. III, n. 8965/2010), la menzionata impresa ricorrente non ha documentato, ai sensi dell'art. 64, comma 1, cod. proc. amm., l'insussistenza, in capo alla controinteressata, dei prescritti requisiti di qualificazione all'esecuzione dei lavori pubblici;

Ritenuto, in conclusione, che:

- stante la ravvisata infondatezza delle censure proposte dalla Fuschini Costruzioni, così come dianzi scrutinate, il ricorso in epigrafe deve essere respinto unitamente alla connessa domanda risarcitoria;

- appare equo disporre tra le parti l'integrale compensazione delle spese, dei diritti e degli onorari di lite;

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Ottava)

definitivamente pronunciando, respinge il ricorso in epigrafe e la connessa domanda di risarcimento del danno per equivalente

monetario.

Compensa interamente tra le parti le spese, i diritti e gli onorari di lite.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 18 maggio 2011 con l'intervento dei magistrati:

Antonino Savo Amodio, Presidente

Alessandro Pagano, Consigliere

Olindo Di Popolo, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 01/09/2011

IL SEGRETARIO

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