



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

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2126 del 2010, proposto da:
Caccavale Appalti & Costruzioni s.r.l., rappresentata e difesa dall'avv.
to Antonio Ausiello, con domicilio eletto presso Fiorenzo Calcagnile,
in Bari, viale Peucetia, n. 28;

contro

Comune di Andria, rappresentato e difeso dall'avv.to Giuseppe De
Candia, con domicilio eletto presso Alberto Bagnoli, in Bari, via
Dante, 25;

Autorita' di Vigilanza sui Contratti Pubblici di Lavori Servizi e
Forniture;

nei confronti di

Duemme s.r.l.;

per l'annullamento

previa sospensiva

a) della nota prot. n. 101796, del 23.11.2010, trasmessa via fax in pari data, con la quale si comunica che è stata disposta l'esclusione della ditta Caccavale Appalti & Costruzioni s.r.l. dalla gara, per carenza dei requisiti di cui all'art. 38 co. 1 lett. i) del d.lgs 163/2006 ed è stato deciso di escutere la cauzione provvisoria n. 06/01/01/2321611 del 25.5.2010;

b) della determina dirigenziale n. 2758 del 22.11.10, trasmessa via fax in data 23.11.2010, in uno alla nota sub a), con la quale si è determinato: 1) di revocare l'aggiudicazione provvisoria disposta con verbale del 7.6.2010 nei confronti della Caccavale A. & C. s.r.l. per carenza dei requisiti previsti dall'art. 38 comma 1 lett. i) d.lgs.163/2006, dichiarando la stessa decaduta dall'aggiudicazione provvisoria; 2) di escutere la cauzione provvisoria presentata dalla ricorrente emessa dalla Finanziaria Romana s.p.a. n. 06/01/01/2321611 del 25.5.2010, dell'importo di euro 2.976,00; 3) di procedere alla segnalazione all'A.V.C.P. previste per legge;

c) della nota dell'I.N.P.S. di Nola n. prot. 96570 del 9.11.2010, menzionata nel provvedimento di esclusione sub b), ove intesa ad attribuire ad essa efficacia di gravità dell'irregolarità contributiva ed effetto automatico dell'esclusione, nonché, ove intesa a far discendere da essa l'esistenza di una falsa dichiarazione della ricorrente;

d) del bando di gara capo III 2.1) n. 2), nonché del capo 2.1 disciplinare di gara (che richiama il capo III.2.1) n. 2)); del punto 2 lett. i) del disciplinare (pagg.3-4), in parte qua, se intesi ad attribuire il significato che i concorrenti dovevano rendere dichiarazioni

specifiche di qualsiasi irregolarità e/o violazione contributiva, rimettendo alla stazione appaltante la valutazione di gravità /non gravità;

e) del bando di gara capo III.2.1) n. 2), nonché del capo 2.1 del disciplinare di gara (che richiama il capo III.2.1) n. 2)); del punto 2 lett. f- del disciplinare (pagg.3-4), in parte qua) se intesi a far discendere da tale generica richiesta di insussistenza delle cause di esclusione di cui all'art. 38 d.lgs 163/2006 lett.i) una falsa e/o omessa dichiarazione della regolarità contributiva come causa autonoma di esclusione, e conseguente escussione della polizza e segnalazione all'A.V.C.P.;

g) della nota prot. 110355 del 15.5.2010, trasmessa via fax in pari data (allo studio dello scrivente difensore), con la quale è stato disposto il rigetto della richiesta di annullamento in autotutela della determina dirigenziale n. 2758 del 23.11.2010, presentata da questa difesa, per conto della ricorrente, con istanza del 13.12.2010, prot. 109578 (ai sensi dell'art. 243 bis d.lgs n. 163/2006, come introdotto dall'art. 6 d.lgs n.53/2010);

h) del provvedimento di aggiudicazione provvisoria in favore della società Duemme s.r.l., seconda graduata;

i) del provvedimento di aggiudicazione definitiva (mai comunicato né conosciuto);

l) dell'eventuale stipula del contratto di appalto e di tutti gli atti esecutivi inerenti l'espletamento dei lavori (verbale consegna lavori);

m) della nota di comunicazione/segnalazione all'Autorità di Vigilanza

sui contratti pubblici per l'inserimento del provvedimento di esclusione nel Casellario Informativo delle imprese, da parte del Comune di Andria;

n) dell'avvenuta annotazione (non conosciuta) conseguente alla segnalazione del Comune di Andria avente ad oggetto sia l'esclusione della ricorrente sia qualsiasi altro contenuto lesivo degli interessi della ricorrente;

o) di ogni atto presupposto, connesso e consequenziale, non conosciuti né altrimenti comunicato e comunque lesivo degli interessi della ricorrente.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Andria;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore il dott. Paolo Amovilli;

Udito per le parti nell'udienza pubblica del giorno 25 gennaio 2012 il difensore avv. to Giuseppe De Candia;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con determinazione a contrattare n. 916 del 6 maggio 2010, il Comune di Andria ha indetto procedura aperta per l'aggiudicazione dell'appalto dei lavori di "risanamento dei prospetti del palazzo degli uffici e copertura dell'anagrafe", con importo a base d'asta di 241.327

euro e criterio di aggiudicazione del prezzo più basso, di cui all'art. 82 comma 2 lett b) D.Lgs. 163/2006.

La ricorrente è risultata prima classificata con un ribasso del 24,287 % in sede di aggiudicazione provvisoria, seguita dalla Duemme s.r.l., odierna controinteressata.

In data 23 novembre 2010, il Comune di Andria ha comunicato a mezzo fax alla società Caccavale Appalti & Costruzioni che, con determinazione dirigenziale n. 2758 del 22 novembre 2010, era stata disposta la revoca della suddetta aggiudicazione provvisoria, con conseguente escussione della cauzione provvisoria e segnalazione all'Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici per i provvedimenti di competenza.

Il motivo del provvedimento consisteva nella omessa dichiarazione da parte della ricorrente di tutte le violazioni contributive riportate che, a prescindere dal giudizio di gravità, costituiva autonoma causa di esclusione.

In data 13 dicembre 2010, la difesa della ricorrente ha inoltrato alla stazione appaltante l'informativa di cui all'art. 243-bis Codice contratti pubblici, volta all'annullamento in autotutela dei provvedimenti impugnati, respinta dall'Amministrazione con nota del 15 dicembre 2010.

La ricorrente ha impugnato il suddetto provvedimento di revoca dell'aggiudicazione provvisoria, unitamente all'aggiudicazione definitiva e agli ulteriori atti del procedimento di gara in epigrafe indicati, deducendo censure così riassumibili:

I) violazione di legge (art. 38 comma 1, lett i) D.Lgs. 163/2006 in relazione all'art. 48 D.Lgs. 163/2006), violazione *lex specialis*, eccesso di potere (sviamento, carenza di istruttoria, illogicità ed ingiustizia manifesta, difetto di motivazione, arbitrarietà, abnormità, sproporzionalità, erronea presupposizione di fatto e diritto), violazione principio di legalità, buon andamento e imparzialità, artt. 3 e 97 Cost.: la stazione appaltante non poteva dare autonomo rilievo all'omessa dichiarazione della irregolarità contributiva, in assenza di corrispondente puntuale previsione da parte del bando, rimettendo sostanzialmente ai concorrenti la valutazione del concetto di gravità, di per sé opinabile. Di conseguenza, l'omessa pur parziale dichiarazione di irregolarità avrebbe dovuto essere valutata dalla stazione appaltante solo previo necessario giudizio della gravità, non potendosi comunque desumerne la falsità, essendo lasciata ai concorrenti la relativa valutazione;

II) violazione di legge (art. 38 comma 1, lett i) D.Lgs. 163/2006 in relazione all'art. 8 comma 3 d.m. 24.10.2007 n. 28578), violazione e falsa applicazione della *lex specialis*, eccesso di potere (sviamento, carenza di istruttoria, illogicità ed ingiustizia manifesta, difetto di motivazione, arbitrarietà, abnormità, sproporzionalità, erronea presupposizione di fatto e diritto), violazione principio di legalità, buon andamento e imparzialità, artt. 3 e 97 Cost.: fermo restando il rilievo assorbente della censura sub I), la stazione appaltante avrebbe altresì omesso la doverosa e necessaria valutazione autonoma della gravità, essendo all'uopo insussistente il preteso automatismo rispetto

ai parametri utilizzati dal d.m. 24.10.2007, non attuativo del Codice contratti pubblici; del tutto illegittimo sarebbe pertanto l'acritico recepimento della nota INPS del 2 novembre 2010 prot. 94155, parimenti impugnata;

III) violazione di legge (art. 38 comma 1, lett i) D.Lgs. 163/2006), violazione e falsa applicazione dell'art. 3 l. 241/90, violazione principio di proporzionalità e ragionevolezza, eccesso di potere (sviamento, difetto assoluto di istruttoria e del presupposto, illogicità ed ingiustizia manifesta, difetto di motivazione, arbitrarietà, erronea presupposizione di fatto e diritto, arbitrarietà, omessa comparazione dei contrapposti interessi), violazione principio di legalità, buon andamento e imparzialità, artt. 3 e 97 Cost.: il *modus operandi* dell'Amministrazione sarebbe del tutto censurabile sia sotto il profilo dell'istruttoria effettuata che della motivazione adottata, prescindente dalla gravità della violazione, ed erroneamente incentrato sul "sillogismo" tra irregolarità contributiva ed esclusione dalla gara;

IV) violazione di legge (art. 38 comma 1, lett i) D.Lgs. 163/2006 in relazione all'art. 48 D.Lgs. 163/2006), violazione del principio di tipicità delle esclusioni dalle gare pubbliche, eccesso di potere (sviamento, carenza di istruttoria, illogicità ed ingiustizia manifesta, difetto di motivazione, arbitrarietà, erronea presupposizione di fatto e diritto), violazione principi di ragionevolezza e proporzionalità nonché del principio di massima partecipazione e non discriminazione alle gare d'appalto: nella denegata ipotesi di non accoglimento dell'impugnativa avverso l'esclusione, alle distinte

sanzioni dell'escussione della cauzione provvisoria e della segnalazione all'Autorità di Vigilanza; difetterebbe, innanzitutto, il presupposto della falsità della dichiarazione secondo l'accezione penalistica (art. 495 c.p.), in secondo luogo sarebbe mancante, anche in questo caso, una preventiva valutazione dei fatti oggetto della dichiarazione asseritamente mendace; in via del tutto subordinata, l'irrogazione della triplice sanzione disposta (esclusione dalla gara, escussione della cauzione e segnalazione all'Autorità di Vigilanza) sarebbe riferibile alle sole irregolarità accertate con riferimento ai requisiti di ordine speciale di cui all'art. 48 Codice contratti pubblici, e non già ai requisiti di carattere generale di cui all'art. 38.

Chiede quindi la declaratoria di inefficacia del contratto e l'accertamento del diritto al subentro nell'appalto ed, in subordine, condanna al risarcimento del danno per equivalente, commisurato ai costi di partecipazione, al mancato utile, alla perdita di occasioni contrattuali e al danno c.d. "curriculare".

Si è costituito il Comune di Andria, controdeducendo a tutte le censure *ex adverso* dedotte, ed evidenziando, in particolare, oltre l'oggettiva situazione di irregolarità contributiva alla data di scadenza della presentazione delle offerte, l'infedele dichiarazione da parte della ricorrente in sede di gara, fatto idoneo a costituire autonoma causa di esclusione, alla luce della puntuale disciplina (punto 5 lett. D2) contenuta nel disciplinare di gara. Quanto al profilo della gravità, richiamava l'orientamento giurisprudenziale teso ad individuare nel d.u.r.c. l'atto idoneo ad attestare anche la gravità dell'inadempimento

previdenziale.

Con ordinanza n. 77/2011, questa Sezione respingeva l'istanza cautelare, alla luce della violazione commessa e non dichiarata; con ordinanza n.1439/2011, la V Sez. del Consiglio di Stato respingeva l'appello cautelare.

Le parti hanno svolto difese in vista della pubblica udienza del 25 gennaio 2012, nella quale la causa è passata in decisione.

2. Il ricorso è infondato e va respinto.

3. Come è pacifico tra le parti, alla data di scadenza del termine per la presentazione delle offerte (3 giugno 2010) la società Caccavale risulta incorsa in violazioni contributive, come risultante *per tabulas* da attestazione dell'INPS di Nola con nota prot 96570 del 8 novembre 2010, sussistendo inadempimento per una somma pari a 1853,00 euro, a conferma del d.u.r.c. acquisito.

Ritiene la difesa della ricorrente che tale irregolarità non rileverebbe *ex se*, in quanto la sua omessa dichiarazione non potrebbe concretare gli elementi del mendacio, in mancanza di puntuali prescrizioni della *lex specialis* richiedenti l'enunciazione di qualsivoglia infrazione, non potendosi in definitiva valutare come falsa una dichiarazione al più opinabile o errata.

L'assunto non può essere condiviso.

Va infatti evidenziato, come nella fattispecie, contrariamente a quanto pervicacemente sostenuto dalla ricorrente, il disciplinare di gara (punto 5 lett. D2) prevede testualmente che la stazione appaltante può "revocare l'aggiudicazione, qualora accerti in ogni momento, e

con qualunque mezzo di prova, l'assenza di uno o più requisiti richiesti in sede di gara, oppure una violazione in materia di dichiarazioni, anche a prescindere dalle verifiche già effettuate, o la omessa indicazione di violazioni tributarie, fiscali o contributive, in tal caso si procederà all'escussione della garanzia fideiussoria provvisoria.”

Trattasi di prescrizione chiara e puntuale, che impone ai concorrenti, tra l'altro, l'indicazione omnicomprensiva di violazioni contributive, sanzionando con la revoca dell'aggiudicazione la dichiarazione reticente, con contestuale escussione della garanzia.

In presenza di una siffatta disciplina di gara, ne consegue la non veridicità della dichiarazione effettuata dalla ricorrente, all'atto della presentazione dell'offerta, di “essere in regola con gli adempimenti contributivi”.

Invero, per giurisprudenza anche di questa Sezione, è onere del soggetto che concorre all'aggiudicazione di appalto pubblico indicare in sede di domanda di partecipazione tutti gli elementi necessari alla stazione appaltante per la verifica - di sua esclusiva competenza - del possesso dei requisiti generali, non essendo consentite reticenze al riguardo (*ex multis* T.A.R. Emilia-Romagna Parma, sez. I, 24 novembre 2010; n. 502; T.A.R. Puglia Bari, sez I, 8 giugno 2011, n. 845; Consiglio di Stato, sez III, 4 gennaio 2012 n. 8).

Infatti, indipendentemente dal requisito della gravità della violazione, la ricorrente doveva essere innanzitutto esclusa - come effettivamente lo è stata - per la non veridicità della dichiarazione prodotta di “essere

in regola con i doveri contributivi” sussistendo alla data di presentazione dell’offerta una obiettiva situazione di irregolarità previdenziale, definitivamente accertata.

Posto che la correntezza contributiva rileva non solo quale requisito per ottenere l’aggiudicazione bensì per la stessa fase di ammissione (*ex plurimis* T.A.R. Campania Napoli, sez. VIII, 11 dicembre 2009, n. 8693; T.A.R. Puglia Bari, sez. III, 15 aprile 2010, n. 1388) e deve pertanto sussistere sin dal momento della scadenza del termine per la presentazione delle offerte, costituisce autonoma causa di esclusione, indipendentemente dal requisito della gravità della violazione, la presentazione di dichiarazioni non veritiere, sussistendo alla data di presentazione dell’offerta una obiettiva situazione di irregolarità fiscale, definitivamente accertata.

Infatti, allorché il bando, come nella fattispecie, sia preciso e non si limiti a chiedere una generica dichiarazione di insussistenza delle cause di esclusione di cui all'art. 38 Codice contratti pubblici, ma specifichi che vanno dichiarate tutte le condanne penali o tutte le violazioni contributive, la causa di esclusione non è solo quella, sostanziale, dell'essere stata commessa una grave violazione, ma anche quella, formale, di aver omesso una dichiarazione prescritta dal bando (Consiglio Stato, sez. VI, 21 dicembre 2010, n. 9324; T.A.R. Emilia-Romagna Parma, sez. I, 24 novembre 2010, n. 502; T.A.R. Friuli Venezia Giulia Trieste, sez. I, 3 maggio 2010, n. 300; T.A.R. Campania Napoli, sez. I, 3 dicembre 2009, n. 8333).

Tale previsione puntuale della *lex specialis* risponde al rilevante

interesse della stazione appaltante di riservarsi comunque ogni valutazione in merito alla gravità o meno dell'illecito, dovendo il concorrente limitarsi ad indicare quanto richiesto, pena la conseguente infedeltà, reticenza o inaffidabilità della domanda di partecipazione.

D'altronde, lo stesso art. 75 D.P.R. n. 445 del 2000 in tema di autocertificazione, indipendentemente dal richiamo operato nella *lex specialis*, quale norma etero-integrativa (T.A.R. Sicilia Catania 21 luglio 2009, n. 1350), prevede che "qualora dal controllo ... emerga la non veridicità del contenuto della dichiarazione, il dichiarante decade dai benefici eventualmente conseguenti al provvedimento emanato sulla base della dichiarazione non veritiera", cioè, nella specie, dall'ammissione alla gara. (T.A.R. Friuli Venezia Giulia Trieste, sez. I, 3 maggio 2010, n. 300).

Conclusivamente, la falsità della dichiarazione di regolarità contributiva costituisce di per sé motivo di esclusione da una gara d'appalto e la mancanza del requisito della regolarità contributiva non può essere sanata dall'eventuale adempimento tardivo dell'obbligazione contributiva" (T.A.R. Valle d'Aosta, sez. I, 10 marzo 2010, n. 21; T.A.R. Puglia Bari, sez. I, 29 settembre 2008, n. 2249; T.A.R. Lazio Roma, sez. III, 14 agosto 2008, n. 7842; T.A.R. Sicilia Catania, sez. IV, 8 febbraio 2007, n. 235).

Le considerazioni sin qui esposte esonerano il Collegio dall'esame di tutte le ulteriori censure sub I), II) e III) proposte avverso la determinazione n. 2758/2010, non avendo l'Amministrazione altra

scelta che escludere la ricorrente dalla gara e revocare l'aggiudicazione provvisoria.

4. In disparte l'assorbente considerazione dell'autonomo rilievo escludente della dichiarazione infedele, per mera completezza ritiene il Collegio altresì prive di pregio tutte le censure volte a contestare il profilo sostanziale della gravità della violazione contributiva.

Sul punto, benché come noto la questione sia oggetto di orientamenti giurisprudenziali contrapposti, nessuna valutazione era demandata alla stazione appaltante, la quale si è correttamente limitata a prendere atto della certificazione espressa dal d.u.r.c., dato che il D.M. 24 ottobre 2007 attribuisce al d.u.r.c. stesso "l'idoneità ad attestare anche l'entità dell'inadempimento agli obblighi contributivi, ai fini della partecipazione alle gare d'appalto" (*ex multis* di recente Consiglio di Stato, sez V, 16 settembre 2011 n. 5194).

Pertanto, l'esclusione della ricorrente, oltre che per dichiarazione reticente, risulta correttamente disposta anche in diretta applicazione dell'art. 38 Codice contratti pubblici primo comma lett i) , vale a dire per carenza del requisito soggettivo della correntezza previdenziale, che costituisce requisito inderogabile - al pari degli altri requisiti generali o morali - per la partecipazione alle procedure di affidamento degli appalti pubblici, nonché per la stipulazione dei relativi contratti.

5. Parimenti prive di pregio sono le doglianze proposte, in via autonoma, nei confronti della duplice "sanzione" della escussione della garanzia provvisoria e della segnalazione all'Autorità di Vigilanza.

Sebbene l'art. 48 D.Lgs. n. 163 del 2006, che prevede la sanzione dell'escussione della cauzione provvisoria e della segnalazione all'Autorità di Vigilanza come conseguenza dell'esclusione dalla gara, si riferisca testualmente alla mancanza dei soli requisiti di capacità economico - finanziaria e tecnico - organizzativa, tuttavia, tale norma deve essere letta in combinato disposto con l'art. 38 dello stesso D.Lgs., il quale prevede l'esclusione dalle gare per tutti i soggetti privi dei requisiti di ordine generale e, conseguentemente, si deve ritenere immanente nell'ordinamento un obbligo generalizzato di segnalare all'Autorità di Vigilanza tutte le false dichiarazioni rese in sede di gara, ivi comprese quelle relative ai requisiti di carattere generale (T.A.R. Friuli Venezia Giulia Trieste, sez. I, 08 aprile 2011, n. 191; T.A.R. Valle d'Aosta Aosta, sez. I, 10 marzo 2010, n. 21; T.A.R. Lazio Roma, sez. III, 03 novembre 2010, n. 33141; Consiglio Stato, sez. V, 20 ottobre 2010, n. 7581).

La legittimità dell'esclusione da una gara d'appalto dell'impresa carente della correntezza contributiva, sin dal momento della richiesta di partecipazione alla gara stessa, comporta conseguentemente la legittimità sia della segnalazione all'Autorità, quale sanzione accessoria e del tutto vincolata all'esito dell'esclusione per accertata inesistenza dei requisiti di legge (*ex multis* T.A.R. Campania Napoli, sez. VIII, 11 dicembre 2009, n. 8693) sia dell'escussione della cauzione provvisoria, preordinata a garantire la serietà ed affidabilità dell'offerta, quale atto del tutto "conseguenziale e necessitato" (*ex plurimis* T.A.R. Lazio Roma, sez. II, 10 febbraio 2010, n. 1854).

Alla luce delle suesposte considerazioni anche le censure sub IV) sono dunque infondate.

6. L'infondatezza dell'azione demolitoria, in quanto pregiudiziale, determina l'inammissibilità delle domande di accertamento dell'inefficacia del contratto stipulato con la controinteressata e del diritto al subentro nel contratto, così come della condanna in subordine al risarcimento per equivalente, stante la piena legittimità, nei limiti delle censure dedotte, del procedimento di gara contestato.

Le spese di lite seguono la soccombenza, secondo dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, così decide:

- respinge la domanda di annullamento;
- dichiara inammissibili le domande di accertamento e di condanna risarcitorie.

Condanna la società ricorrente al pagamento delle spese di lite in favore del Comune di Andria, quantificate in complessivi 5.000,00 euro, oltre agli accessori di legge.

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

Così deciso in Bari nella camera di consiglio del giorno 25 gennaio 2012 con l'intervento dei magistrati:

Corrado Allegretta, Presidente

Savio Picone, Primo Referendario

Paolo Amovilli, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 21/03/2012

IL SEGRETARIO

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