



REPUBBLICA ITALIANA
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 252 del 2012, proposto da Cantieri Generali s.p.a., rappresentata e difesa dall'avv. Alberto Zito, con domicilio eletto presso l'avv. Fabrizio Lofoco in Bari, via Pasquale Fiore, 14;

contro

Acquedotto Pugliese s.p.a., rappresentata e difesa dall'avv. Michele Didonna, con domicilio eletto presso il suo studio in Bari, via Calefati, 61/A;

nei confronti di

Igeco Costruzioni s.p.a. e Consorzio fra Cooperative di Produzione e Lavoro, rispettivamente mandataria e mandante di costituenda associazione temporanea d'impresе, rappresentati e difesi dall'avv. Gabriella De Giorgi Cezzi, con domicilio eletto presso l'avv. Giovanna Corrente in Bari, via Celentano, 27;

Faver s.p.a., Impresa Giovanni Putignano & Figli s.r.l., Intini Angelo s.r.l., non costituite;

per l'annullamento

- del provvedimento prot. n. 4026 del 12 gennaio 2012, con il quale Acquedotto Pugliese s.p.a., nell'ambito della procedura aperta per la progettazione esecutiva e l'esecuzione dei lavori e delle forniture necessarie per la realizzazione della condotta adduttrice dal nuovo serbatoio di San Paolo al serbatoio di Secli – Acquedotto del Sinni (terzo lotto), ha escluso l'a.t.i. Faver s.p.a. e contestualmente ha annullato in autotutela l'aggiudicazione definitiva già disposta in suo favore;

- della relazione del responsabile del procedimento prot. n. 3887 del 12 gennaio 2012;

- del provvedimento prot. n. 0011529 del 26 gennaio 2012, con il quale Acquedotto Pugliese s.p.a. ha confermato l'esclusione integrandone la motivazione;

- del provvedimento prot. n. 0013152 del 31 gennaio 2012, con il quale Acquedotto Pugliese s.p.a. ha disposto l'aggiudicazione definitiva dell'appalto in favore dell'a.t.i. Igeco Costruzioni s.p.a., e di tutti i presupposti verbali di gara;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Acquedotto Pugliese s.p.a., Igeco Costruzioni s.p.a. e Consorzio fra Cooperative di Produzione e Lavoro;

Viste le memorie difensive ed il ricorso incidentale;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 11 luglio 2012 il dott. Savio Picone e uditi per le parti i difensori avv.ti

Carlo Tangari (per delega di Alberto Zito), Michele Didonna, Gabriella De Giorgi Cezzi;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con bando pubblicato sulla G.U.R.I. in data 3 giugno 2011, Acquedotto Pugliese s.p.a. ha indetto una procedura aperta per l'affidamento della progettazione esecutiva e dell'esecuzione dei lavori e delle forniture necessarie per la realizzazione della condotta adduttrice dal nuovo serbatoio di San Paolo al serbatoio di Seclì – Acquedotto del Sinni (terzo lotto), di importo complessivo a base d'asta pari ad euro 34.261.970,47, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

All'esito della valutazione delle offerte tecniche ed economiche, l'a.t.i. composta da Faver s.p.a. (capogruppo) Impresa Giovanni Putignano & Figli s.r.l. (mandante), Intini Angelo s.r.l. (mandante) e l'odierna ricorrente Cantieri Generali s.p.a. (cooptata), ha conseguito il punteggio più elevato ed è stata dichiarata aggiudicataria dell'appalto.

Dalla verifica sui requisiti soggettivi di partecipazione è emersa, a carico della Cantieri Generali s.p.a. (impresa cooptata ai sensi dell'art. 95 del D.P.R. n. 554 del 1999), una situazione di irregolarità contributiva nei confronti della Cassa Edile di Lecce, alla data del 26 luglio 2011.

Per tale circostanza, respinte le deduzioni difensive della capogruppo Faver s.p.a., la stazione appaltante ha adottato l'impugnato provvedimento prot. n. 4026 del 12 gennaio 2012, con cui ha disposto l'annullamento in autotutela dell'aggiudicazione e l'esclusione del raggruppamento dalla procedura, incamerando la cauzione provvisoria e segnalando altresì la notizia all'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici. Con successivo provvedimento prot. n. 0011529 del 26 gennaio 2012, anch'esso impugnato con il ricorso principale, la stazione appaltante ha confermato l'esclusione dell'a.t.i. Faver s.p.a. integrandone la motivazione, in riferimento ad altra irregolarità contributiva accertata nei confronti dell'I.N.P.S. di Casarano.

L'appalto è stato poi definitivamente aggiudicato alla seconda classificata a.t.i. Igeco Costruzioni s.p.a., con provvedimento prot. n. 0013152 del 31 gennaio 2012.

Avverso i predetti atti la società ricorrente deduce motivi così rubricati:

1) violazione del paragrafo 2 del disciplinare di gara, violazione dell'art. 95 del D.P.R. n. 554 del 1999, violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione: la situazione di irregolarità contributiva grave e definitiva a carico di un'impresa cooptata, come tale estranea alla costituenda associazione temporanea d'impresе, non potrebbe determinare l'esclusione dell'intero raggruppamento concorrente, ma al più l'impossibilità per la cooptata di partecipare all'esecuzione dell'appalto;

2) violazione dell'art. 38 del D.Lgs. n. 163 del 2006 ed eccesso di potere per difetto d'istruttoria: l'esclusione sarebbe conseguenza automatica dell'emissione di d.u.r.c. irregolari da parte degli istituti previdenziali, per superamento delle soglie percentuali di gravità stabilite dal D.M. 24 ottobre 2007, senza la doverosa motivazione della stazione appaltante in ordine alla gravità dell'inadempimento agli obblighi contributivi.

Si sono costituite, chiedendo il rigetto dell'impugnativa, Acquedotto Pugliese s.p.a. e l'a.t.i. Igeco Costruzioni s.p.a. – Consorzio fra Cooperative di Produzione e Lavoro.

Quest'ultima ha proposto ricorso incidentale, volto a dimostrare l'illegittimità dell'ammissione dell'a.t.i. Faver s.p.a. e, in subordine, l'incongruità dei punteggi ad essa assegnati, per motivi che possono riassumersi come segue:

I) violazione degli artt. 38, 48, 83, 86 e 87 del D.Lgs. n. 163 del 2006, violazione del paragrafo 2 del disciplinare di gara ed eccesso di potere sotto molteplici profili: il disciplinare di gara non consentirebbe di indicare l'applicazione dei contratti collettivi di lavoro e del regime contributivo del settore "Metalmeccanica", poiché l'oggetto prevalente dell'appalto postulerebbe l'iscrizione alla Cassa Edile e l'applicazione del trattamento

economico del comparto “Edilizia”;

II) violazione degli artt. 37, 40, 46, 73 e 74 del D.Lgs. n. 163 del 2006, violazione degli artt. 93 e 95 del D.P.R. n. 554 del 1999 ed eccesso di potere sotto molteplici profili: la suddivisione percentuale delle prestazioni nell’a.t.i. Faver s.p.a., così come indicata nella dichiarazione allegata all’offerta, non sarebbe conforme alla disciplina legislativa e regolamentare in materia di cooptazione negli appalti di lavori pubblici; inoltre, la cooptata Cantieri Generali s.p.a. non sarebbe in possesso della qualificazione SOA nella categoria OG 6 – classifica III, richiesta alle mandanti nella misura minima del 10%;

III) violazione degli artt. 74 e 83 del D.Lgs. n. 163 del 2006, violazione del disciplinare di gara ed eccesso di potere sotto molteplici profili: il progetto esecutivo prodotto dall’a.t.i. Faver s.p.a. presenterebbe gravi lacune ed incertezze sulla localizzazione dei recapiti finali degli scarichi delle acque di lavaggio;

IV) violazione degli artt. 37 e 46 del D.Lgs. n. 163 del 2006, violazione degli artt. 2385 e 2386 cod. civ., violazione del disciplinare di gara ed eccesso di potere sotto molteplici profili: il sig. Luigi Ruggiero, amministratore unico della capogruppo Faver s.p.a., avrebbe sottoscritto l’offerta quando era ormai cessato dalla carica societaria;

V) violazione degli artt. 38, 83, 86, 87 e 118 del D.Lgs. n. 163 del 2006, difetto di motivazione e sviamento: in subordine, sarebbero ingiustificati ed eccessivi i punteggi assegnati dalla commissione di gara all’a.t.i. ricorrente per la progettazione tecnica.

La domanda di sospensiva è stata respinta con ordinanza di questa Sezione n. 174 del 7 marzo 2012.

Le parti hanno svolto difese in vista della pubblica udienza del giorno 11 luglio 2012, nella quale la causa è passata in decisione.

DIRITTO

1. Può prescindersi dall’esame del ricorso incidentale proposto dall’a.t.i. Igeco Costruzioni s.p.a. e delle eccezioni di inammissibilità sollevate da Acquedotto Pugliese s.p.a., in quanto il ricorso principale è infondato nel merito e va respinto.

2. Con il primo ordine di censure, la ricorrente afferma che la situazione di irregolarità contributiva (grave e definitiva) a carico di un’impresa cooptata, come tale estranea al costituendo raggruppamento temporaneo d’imprese, avrebbe dovuto comportare non l’esclusione dell’intero raggruppamento ai sensi dell’art. 38 del Codice dei contratti pubblici, ma al più l’impossibilità per la cooptata di partecipare all’esecuzione dell’appalto, tenuto conto del fatto che le tre imprese riunite in a.t.i. avevano comunque coperto per intero, in sede di offerta, le lavorazioni da eseguire (il 40% alla capogruppo Faver s.p.a., il 30% alla mandante Giovanni Putignano & Figli s.r.l. ed il 30% alla mandante Intini Angelo s.r.l.) e le corrispondenti qualificazioni tecnico-economiche.

In contrario, deve innanzitutto rilevarsi che il disciplinare di gara stabiliva in modo chiaro (cfr. pag. 4 – lett. n), con clausola non impugnata dalla società ricorrente, che “... ai sensi e per gli effetti dell’articolo 95, comma 4, del D.P.R. n. 554 del 1999, le imprese cooptate devono possedere i requisiti di cui all’articolo 38 del D.Lgs. n. 163 del 2006 e presentare le dichiarazioni di cui al successivo Capo 2.1”.

Perciò, già avendo riguardo al tenore della menzionata clausola del disciplinare di gara, l’impresa cooptata non poteva essere considerata un soggetto estraneo alla compagine associativa, come tale esonerata dagli obblighi dichiarativi previsti in via generale, senza eccezioni, per i membri del costituendo raggruppamento e, soprattutto, non poteva essere esonerata dalla verifica dell’assenza sostanziale di cause di esclusione ai sensi dell’art. 38 del Codice dei contratti pubblici.

Non avendo l’odierna ricorrente impugnato, per tale parte, la lex specialis di gara, la doglianza risulta inammissibile prima che infondata.

Per completezza, giova inoltre ribadire quanto già argomentato da questa Sezione in tema di cooptazione nelle gare

pubbliche (cfr. TAR Puglia, Bari, sez. I, 27 luglio 2011 n. 1166).

Ai sensi del quarto comma dell'art. 95 del D.P.R. n. 554 del 1999 (applicabile alla gara in esame, bandita pochi giorni prima dell'entrata in vigore del D.P.R. n. 207 del 2010, che comunque non introduce rilevanti novità in materia), sia l'impresa singola sia le imprese che intendono riunirsi in a.t.i., ove in possesso dei requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi richiesti nel bando, possono "associare altre imprese" che siano qualificate anche per categorie ed importi diversi da quelli richiesti nel bando, a condizione che l'ammontare complessivo delle qualificazioni possedute dall'associata minore copra l'importo dei lavori che essa dovrà eseguire e che i lavori che essa eseguirà non superino il 20% dell'importo dell'appalto.

La cosiddetta associazione per cooptazione è essenzialmente finalizzata a consentire l'ingresso nel mercato degli appalti pubblici di soggetti di modeste dimensioni e costituisce pur sempre, dal punto di vista strutturale e formale, una peculiare figura di associazione temporanea di imprese (cfr., in questo senso, Cons. Stato, sez. VI, 18 settembre 2009 n. 5626).

L'impresa cooptata, una volta designata nella fase dell'offerta (ed in ciò risiede la più evidente differenza con l'istituto del subappalto, nel quale viceversa il concorrente non è tenuto ad indicare preventivamente l'identità del subappaltatore), diviene parte integrante del raggruppamento temporaneo d'impresе, anche ai fini dell'assolvimento degli oneri di compilazione dell'offerta imposti dal bando di gara e dell'assoggettamento alla verifica del possesso dei requisiti morali di cui all'art. 38 del Codice.

In questo senso deponе la stessa formulazione letterale dell'art. 95 del D.P.R. n. 554 del 1999 (oggi, dell'art. 92 del D.P.R. n. 207 del 2010), che con la locuzione "associare altre imprese" ovvero "raggruppare altre imprese" delineano una vicenda di tipo associativo, che si perfeziona fin dal momento della presentazione dell'offerta, rispetto alla quale non può ritenersi che l'impresa cooptata rimanga estranea alla stregua di un'impresa subappaltatrice.

Si è osservato, al riguardo, che la fattispecie è caratterizzata dai seguenti elementi:

- il soggetto associante (impresa singola o a.t.i.), che deve avere di per sé tutti i requisiti e le qualificazioni necessarie a concorrere;
- l'impresa associata minore (cooptata), che può possedere una qualificazione anche per categorie e classifiche diverse da quelle richieste dal bando;
- la necessità che i lavori eseguiti dalla cooptata non superino il 20% dell'importo complessivo dell'appalto;
- l'obbligo, per la cooptata, di coprire con le classifiche relative alle qualificazioni possedute l'intero importo dei lavori che essa eseguirà.

Tale regime, rimasto sostanzialmente invariato con l'entrata in vigore dell'art. 92 del D.P.R. n. 207 del 2010, costituisce un'eccezione alla disciplina dettata per le a.t.i. di tipo orizzontale e verticale solo relativamente al possesso dei requisiti speciali di qualificazione, ma non consente di derogare alla necessaria verifica in capo alla cooptata del possesso dei requisiti generali di cui all'art. 38 del Codice.

Che la cooptata debba soddisfare tutti i requisiti soggettivi elencati dal citato art. 38, del resto, discende anche dal fatto che deve trattarsi di impresa in possesso della qualificazione SOA, benché riferita a categorie e classifiche diverse, qualificazione che nel nostro ordinamento presuppone come è noto, ai sensi dell'art. 40, terzo comma, del Codice, il possesso dei requisiti di carattere generale, tra i quali vi è senza dubbio la regolarità contributiva accertata tramite il d.u.r.c. (sul possesso dei requisiti generali da parte dell'impresa cooptata: A.V.C.P., parere n. 27 del 22 luglio 2010, ove si conclude in modo condivisibile nel senso che l'accertamento di irregolarità contributive gravi e definitive a carico dell'impresa cooptata produce la conseguenza dell'esclusione dell'intero raggruppamento temporaneo d'impresе).

Non convince, in proposito, la tesi contraria di parte ricorrente, che richiama precedenti giurisprudenziali apparentemente difformi, nei quali in realtà è stato affrontato il diverso problema della concreta qualificazione dell'accordo concluso tra le imprese partecipanti (è la questione affrontata da Cons. Stato, sez. V, 16 settembre 2011 n. 5187, nonché da Cons. Stato, sez. VI, 13 gennaio 2012 n. 11: in entrambe, le affermazioni di portata generale sull'istituto della cooptazione assumono, a ben vedere, il carattere di obiter dicta rispetto alla questione della qualificazione giuridica da attribuire alla forma di partecipazione alla gara dei concorrenti risultati aggiudicatari, in difetto di apposita ed espressa dichiarazione di cooptazione), senza risolvere la questione che qui viene in rilievo, riguardante il necessario possesso da parte dell'impresa cooptata dei requisiti morali di affidabilità ai sensi dell'art. 38 del Codice dei contratti pubblici, pena la mancata ammissione dell'intero raggruppamento.

Né può ritenersi che la stazione appaltante avrebbe dovuto consentire la modificazione in corso di gara della compagine associativa, attraverso l'eliminazione dell'impresa cooptata rivelatasi priva di un requisito soggettivo di ammissione.

E' sufficiente, al riguardo, richiamare l'indirizzo interpretativo ormai prevalente che ha posto precisi limiti alle cosiddette "a.t.i. a geometria variabile", affermando che la sostituzione di un'impresa esecutrice in corso di gara non è ammissibile, se finalizzata a sanare ex post il difetto di un requisito di partecipazione (cfr. Cons. Stato, ad. plen., 4 maggio 2012 n. 8).

Nella fattispecie, non poteva consentirsi all'a.t.i. Faver s.p.a. di conseguire ugualmente l'aggiudicazione eliminando l'associata Cantieri Generali s.p.a., sebbene la presenza di quest'ultima non fosse indispensabile per la qualificazione tecnico-economica del raggruppamento temporaneo.

Discende da quanto detto che il disciplinare di gara, correttamente interpretato secondo la sua formulazione testuale ed alla luce dei principi in materia di cooptazione negli appalti pubblici di lavori, obbligava anche l'impresa cooptata, a pena d'esclusione, a dichiarare il rispetto degli obblighi previdenziali ed assicurativi ed a dimostrare, per tutto il corso della procedura ed ai fini della stipula del contratto, l'assenza di inadempimenti gravi e definitivi. Non avendo a ciò ottemperato la società ricorrente, la stazione appaltante ha legittimamente escluso l'a.t.i. Faver s.p.a.

Il motivo è perciò inammissibile ed infondato.

3. Con il secondo ordine di censure, la società ricorrente afferma che la stazione appaltante avrebbe illegittimamente deliberato l'esclusione sulla base dei d.u.r.c. irregolari emessi dalla cassa Edile di Lecce e dall'I.N.P.S. di Casarano, senza esplicita motivazione in ordine alla gravità dell'inadempimento agli obblighi contributivi.

In contrario, è sufficiente richiamare l'orientamento ormai definitivamente prevalso in giurisprudenza, secondo il quale ai sensi e per gli effetti dell'art. 38, primo comma – lett. i), del Codice dei contratti pubblici, anche nel testo vigente anteriormente al D.L. n. 70 del 2011, la nozione di "violazione grave" in materia contributiva non è rimessa alla valutazione specifica della stazione appaltante, ma si desume dalla disciplina del documento unico di regolarità contributiva: ne consegue che la verifica della regolarità contributiva delle imprese concorrenti è demandata agli istituti di previdenza, le cui certificazioni si impongono alle stazioni appaltanti che non possono sindacarne il contenuto (così, per tutte, Cons. Stato, ad. plen., 4 maggio 2012 n. 8).

D'altronde, il D.L. n. 70 del 2011 (applicabile "ratione temporis" alla gara in esame, il cui bando è stato pubblicato il 3 giugno 2011) ha inserito, nel secondo comma dell'art. 38 del Codice, una previsione volta a dare rilevanza decisiva al d.u.r.c. e ad escludere ogni discrezionalità della stazione appaltante nella valutazione della gravità delle violazioni previdenziali e assistenziali, stabilendo che si intendono "gravi" le violazioni ostative al rilascio del d.u.r.c. di cui all'art. 2, secondo comma, del D.L. 25 settembre 2002 n. 210 e chiarendo, in tali termini, che la

mancanza di d.u.r.c. regolare comporta una presunzione legale assoluta di “gravità” delle violazioni previdenziali a carico dell’impresa concorrente.

Né la ricorrente contesta, in punto di fatto, di essere incorsa in plurime violazioni degli obblighi di versamento dei contributi (come provato dai d.u.r.c. del 21 dicembre 2011 e del 23 novembre 2011 – rispettivamente doc. 4 e doc. 9 depositati dalla difesa di Acquedotto Pugliese il 5 marzo 2012).

Ed anzi, l’esclusione deliberata dalla stazione appaltante risulta viepiù giustificata in relazione alla falsa dichiarazione prodotta in gara dalla ricorrente (doc. 13 depositato dalla difesa di Acquedotto Pugliese il 5 marzo 2012), che ha indicato le posizioni previdenziali ed assicurative attive ed ha attestato senz’altro di “essere in regola con i relativi versamenti”.

Va infatti evidenziato che, nella fattispecie, il disciplinare di gara (cfr. pag. 8 – punto 5) non richiedeva una generica dichiarazione di insussistenza di cause di esclusione, ma precisava che “... si intendono gravi le violazioni ostative al rilascio del documento unico di regolarità contributiva di cui all’art. 2, co. 2, del d.l. 25/9/2002 n. 210, conv. con modif. dalla l. n. 266/2002”.

In presenza di una siffatta clausola, la non veridicità della dichiarazione effettuata dalla società ricorrente costituiva di per sé autonoma causa di esclusione.

E’ infatti costante, anche nei precedenti di questa Sezione, l’affermazione del principio secondo il quale è onere del soggetto che concorre all’aggiudicazione di un 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 (cfr. TAR Puglia, Bari, sez I, 8 giugno 2011 n. 845; Id., sez. I, 21 marzo 2012 n. 593).

Pertanto, indipendentemente dal requisito della gravità della violazione, l’a.t.i. di cui faceva parte la ricorrente doveva essere esclusa per la non veridicità della dichiarazione di “essere in regola con i relativi versamenti”, dal momento che alla data di presentazione dell’offerta sussisteva un’obiettiva situazione di irregolarità previdenziale, definitivamente accertata, a carico della Cantieri Generali s.p.a.: infatti, quando il bando impone di dichiarare 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 (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 4 agosto 2009 n. 4906; Id., sez. VI, 21 dicembre 2010, n. 9324; Id., sez III, 4 gennaio 2012 n. 8), in diretta applicazione dell’art. 75 del D.P.R. n. 445 del 2000 in tema di autocertificazione, che prevede che qualora dal controllo effettuato dall’Amministrazione emerga la non veridicità del contenuto della dichiarazione, il dichiarante decade dai benefici eventualmente conseguenti al provvedimento emanato sulla base della dichiarazione non veritiera (nella specie, dall’ammissione alla gara).

Per quanto detto, il motivo è infondato.

4. L’infondatezza degli esaminati motivi di impugnazione e la legittimità del provvedimento di esclusione comporta l’improcedibilità, per difetto d’interesse, del ricorso incidentale dell’a.t.i. controinteressata.

5. Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate nella misura indicata in dispositivo, che tiene conto del valore dell’appalto e della peculiarità di alcune delle questioni trattate.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, in parte lo dichiara inammissibile ed in parte lo respinge. Dichiara improcedibile il ricorso incidentale.

Condanna la società ricorrente al pagamento delle spese processuali in favore di Acquedotto Pugliese s.p.a. e dell’a.t.i. Igeco Costruzioni s.p.a. – Consorzio fra Cooperative di Produzione e Lavoro, a ciascuna nella misura di

euro 10.000,00 (oltre i.v.a., c.a.p. ed accessori di legge).

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

Così deciso in Bari nella camera di consiglio del giorno 11 luglio 2012 con l'intervento dei magistrati:

Corrado Allegretta, Presidente

Savio Picone, Primo Referendario, Estensore

Paolo Amovilli, Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 25/10/2012

IL SEGRETARIO

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