

Appalto integrato irregolarità contributiva impresa cooptata legittima escussione provvisoria

Autore: Lazzini Sonia

In: Appalti pubblici

Situazione di irregolarità contributiva dell'impresa cooptata: legittimamente la stazione appaltante 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 (sentenza numero 1812 del 25 ottobre 2012 pronunciata dal Tar Puglia, Bari)

N. 01812/2012 REG.PROV.COLL.

N. 00242/2012 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

DIRITTO

1. Può prescindersi dall'esame del ricorso incidentale proposto dall'a.t.i. Controinteressata Costruzioni s.p.a. e dei motivi aggiunti proposti in replica dall'a.t.i. Ricorrente s.p.a., in quanto il ricorso principale è infondato nel merito e va respinto.

2. Con il primo motivo, le società ricorrenti affermano che la stazione appaltante avrebbe illegittimamente deliberato la loro esclusione, sulla base dei d.u.r.c. irregolari emessi dalla cassa Edile di Lecce e dall'I.N.P.S. di Casarano a carico della cooptata ALFA s.p.a., 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 le ricorrenti contestano, in punto di fatto, che la cooptata ALFA s.p.a. fosse 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 ***** il 5 marzo 2012).

Ed anzi, l'esclusione deliberata dalla stazione appaltante risulta viepiù giustificata in relazione alla falsa dichiarazione prodotta in gara dall'impresa (doc. 13 depositato dalla difesa di ***** 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 facente

parte del raggruppamento 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. 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 ALFA 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.

3. Ugual sorte tocca al secondo ordine di censure, con cui le ricorrenti affermano che la situazione di irregolarità contributiva (grave e definitiva) a carico di un'impresa cooptata, come tale estranea al costituendo raggruppamento temporaneo d'impresе, 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 Ricorrente s.p.a., il 30% alla mandante ***** 2 & Figli s.r.l. ed il 30% alla mandante Ricorrente 3 Angelo s.r.l.) e le corrispondenti qualificazioni tecnico-economiche.

In primo luogo, deve rilevarsi che il disciplinare di gara stabiliva in modo chiaro (cfr. pag. 4 - lett. n), con clausola non impugnata dalle società ricorrenti, 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 le odierne ricorrenti 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 depone 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" delinea 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'impres).

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.

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 ALFA s.p.a., la stazione appaltante ha legittimamente escluso l'a.t.i. ricorrente.

Il motivo è perciò inammissibile ed infondato.

4. Infine, va respinto l'ultimo motivo con il quale le ricorrenti affermano 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. Ricorrente s.p.a. di conseguire ugualmente l'aggiudicazione eliminando l'associata ALFA s.p.a., sebbene la presenza di quest'ultima non fosse indispensabile per la qualificazione tecnico-economica del raggruppamento temporaneo.

5. L'infondatezza degli esaminati motivi di impugnazione e la legittimità del provvedimento di esclusione comporta, quale conseguenza, che vanno respinte tutte le ulteriori domande di annullamento (escussione della cauzione provvisoria, segnalazione all'Autorità di vigilanza, aggiudicazione all'a.t.i. seconda classificata) e la domanda risarcitoria.

Sono invece improcedibili, per difetto d'interesse, tanto il ricorso incidentale dell'a.t.i. controinteressata quanto i motivi aggiunti proposti dalle ricorrenti principali in replica al ricorso incidentale.

6. 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 improcedibili i motivi aggiunti ed il ricorso incidentale.

Condanna le società ricorrenti, in solido tra loro, al pagamento delle spese processuali in favore di ***** s.p.a. e dell'a.t.i. Controinteressata Costruzioni s.p.a. - Consorzio fra Cooperative di Controinteressata 2, a ciascuna nella misura di euro 15.000,00 (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:

*****, Presidente

Savio Picone, Primo Referendario, Estensore