

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 11/03/2010

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/29049-subappalti-non-autorizzati-affidati-da-altra-societ-cooperativa-consorziata-del-medesimo-consorzio-ricorrente-nel-corso-di-distinta-procedura-di-gara>

Autore: Lazzini Sonia

Subappalti non autorizzati affidati da altra società cooperativa consorziata del medesimo consorzio ricorrente nel corso di distinta procedura di gara

Tar Campania, Napoli, 12.02.2010 n. 884

subappalti non autorizzati affidati da altra società cooperativa consorziata del medesimo consorzio ricorrente nel corso di distinta procedura di gara

: tenuto conto del mancato rilascio dell'autorizzazione al subappalto ai sensi dell'art. 118 del D.Lgs. 12 aprile 2006 n. 163, tale condotta integra la causa di esclusione (e di conseguenza l'annullamento dell'aggiudicazione e l'escussione della cauzione provvisoria) prevista dall'art. 38, comma 1, lett. f) del D.Lgs. 163/2006 (grave negligenza o malafede nell'esecuzione delle prestazioni affidate dalla stazione appaltante che bandisce la gara).

Non risultano condivisibili le argomentazioni di parte ricorrente che, a sostegno dell'insussistenza di subappalti non autorizzati, rileva che il direttore dei lavori della stazione appaltante non ha riscontrato la presenza nel cantiere di personale estraneo alla cooperativa.

il subappalto di lavorazioni pubbliche è soggetto ad autorizzazione indipendentemente dall'importo delle opere, rilevando, quest'ultimo, ai soli fini della durata massima del procedimento autorizzatorio (di trenta giorni per gli importi più elevati e di quindici giorni per gli altri). A tale conclusione si perviene tenuto conto sia della formulazione testuale dell'art. 18, comma 9, della L. 55/1990 sia dalla semplice constatazione che la rilevanza degli interessi pubblici coinvolti non può restare influenzata dall'importo delle lavorazioni da subappaltare, anche perché esentare da autorizzazione una fascia di subappalti renderebbe di difficile controllo il fenomeno dei frazionamenti abusivi (Consiglio di Stato, Sez. V, 21 novembre 2007 n. 5906).

Con il ricorso in epigrafe n. 2768 del 2009, il Consorzio ricorrente premesso di aver partecipato alla gara indetta dal Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti per l'affidamento dei "lavori di ristrutturazione e adeguamento funzionale dell'immobile demaniale ex Ospedale Civile S. Sebastiano di Caserta sito in Piazza Marconi da destinare a sede del Comando provinciale della Guardia di Finanza di Caserta", impugna il provvedimento meglio specificato in epigrafe con cui la stazione appaltante ha disposto la revoca dell'aggiudicazione provvisoria disposta in suo favore, deducendo i profili di illegittimità di seguito rubricati:

- 1) violazione e falsa applicazione dell'art. 38 del D.Lgs. 12 aprile 2006 n. 163, violazione dell'art. 97 della Costituzione, violazione dei principi del procedimento amministrativo di cui alla L. 7 agosto 1990 n. 241, eccesso di potere per difetto assoluto dei presupposti, difetto di istruttoria e di motivazione nonché contraddittorietà manifesta, illegittimità derivata;
- 2) violazione dell'art. 38 del D.Lgs. 12 aprile 2006 n. 163, dell'art. 97 della Costituzione e dei principi sul procedimento amministrativo di cui alla L. 7 agosto 1990 n. 241, eccesso di potere nella figura sintomatica dell'errore sul fatto presupposto, contraddittorietà manifesta, palese irragionevolezza, ingiustizia grave e manifesta, sviamento, illegittimità derivata.

Con successivo atto di motivi aggiunti la ricorrente attrae nel fuoco delle contestazioni gli atti con i quali la stazione appaltante ha proceduto all'aggiudicazione dell'appalto in favore del raggruppamento temporaneo controinteressato. deducendo illegittimità derivata ed articolando altresì autonomi motivi di diritto quali:

Il consorzio ricorrente conclude con la richiesta di annullamento degli atti gravati e di risarcimento dei danni patiti in conseguenza dell'illegittimità dell'azione amministrativa.

Qual è il parere dell'adito giudice amministrativo?

Il Collegio non condivide le argomentazioni dedotte da parte ricorrente con il primo mezzo di gravame. Invero, dall'esame dei provvedimenti emessi dalla stazione appaltante il 17 novembre 2008 (recante comunicazione di avvio del procedimento di revoca dell'aggiudicazione provvisoria) e il 30 aprile 2009 (revoca dell'aggiudicazione) emerge che il provvedimento impugnato si fonda sull'esistenza di subappalti non autorizzati ai sensi dell'art. 18 della L. 19 marzo 1990, n. 55 (norma applicabile "ratione temporis", in seguito abrogata dall'articolo 256 del D.Lgs. 12 aprile 2006 n. 163 la cui disciplina è confluita nell'articolo 118 del codice degli appalti) affidati, nell'ambito del distinto appalto per la

costruzione della nuova sede del comando dei Vigili del Fuoco di Salerno in località S. Eustachio, dalla consorzata cooperativa Briganti alla GAMMA s.r.l. (oggi GAMMA. s.r.l.) e alla DELTA Group.

Peraltro, nel corso del giudizio l'Amministrazione e le società controinteressate hanno fornito ulteriori prove documentali a sostegno dell'effettivo svolgimento presso il cantiere di S. Eustachio di lavorazioni in subappalto svolte dalla GAMMA s.r.l. in difetto di autorizzazione

inoltre, non è contestato che per tale contratto alcuna autorizzazione è stata richiesta all'Amministrazione ai sensi dell'art. 18 della L. 19 marzo 1990 n. 55. Quindi non è mai stato comunicato alla stazione appaltante il rapporto contrattuale intercorso con la DELTA e non sono stati forniti elementi idonei ad escludere che tale rapporto integrasse un'ipotesi di subappalto non autorizzato.

Da tali documenti emerge quindi l'affidamento di lavorazioni in subappalto in favore della DELTA Group da parte della cooperativa Briganti e non autorizzate dalla stazione appaltante ai sensi dell'art. 18 della L. 55/1990.

Ai sensi della menzionata disposizione "L'impresa che si avvale del subappalto o del cottimo deve allegare alla copia autentica del contratto e la dichiarazione circa la sussistenza o meno di eventuali forme di controllo o di collegamento a norma dell'articolo 2359 del codice civile con l'impresa affidataria del subappalto o del cottimo. Analoga dichiarazione deve essere effettuata da ciascuna delle imprese partecipanti nel caso di associazione temporanea, società o consorzio. La stazione appaltante provvede al rilascio dell'autorizzazione entro trenta giorni dalla relativa richiesta; tale termine può essere prorogato una sola volta, ove ricorrano giustificati motivi. Trascorso tale termine senza che si sia provveduto, l'autorizzazione si intende concessa. Per i subappalti o cottimi di importo inferiore al 2 per cento dell'importo dei lavori affidati o di importo inferiore a 100.000 euro, i termini per il rilascio dell'autorizzazione da parte della stazione appaltante sono ridotti della metà".

4.3.4. Non ha pregio l'argomentazione sostenuta dal ricorrente, secondo cui per potersi configurare un subappalto soggetto ad autorizzazione, la stazione appaltante avrebbe dovuto accertare la sussistenza delle condizioni previste dall'art. 18, comma 12, della L. 55/1990 e dall'art. 118, comma 11, del D.Lgs. 163/2006 (impiego di manodopera, quali le forniture con posa in opera e i noli a caldo, se singolarmente di importo superiore al 2 per cento dell'importo dei lavori affidati o di importo superiore ad Euro 100.000 ed incidenza del costo della manodopera e del personale superiore al 50 per cento dell'importo del contratto da affidare).

Dalle considerazioni esposte discende che alcuna carenza di istruttoria è oggettivamente imputabile all'Amministrazione che, dopo aver ricevuto le missive cui le quali le società GAMMA. e DELTA lamentavano il mancato pagamento di lavorazioni svolte in subappalto e dopo aver valutato le controdeduzioni del CONSORZIO RICORRENTE, ha svolto una puntuale attività di riscontro in ordine all'effettiva sussistenza di subappalti non autorizzati mediante acquisizioni documentali e verifiche condotte presso la cooperativa Briganti e le società subappaltatrici, esponendo congruamente le ragioni logico – giuridiche sottese all'atto di revoca dell'aggiudicazione, circostanze che inducono a ritenere adempiuto l'onere motivazionale richiesto dall'art. 38, comma 1 lett. f) del D.Lgs. 163/2006.

Difatti, ai sensi della richiamata disposizione sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, né possono essere affidatari di subappalti, e non possono stipulare i relativi contratti i soggetti che "secondo motivata valutazione della stazione appaltante, hanno commesso grave negligenza o malafede nell'esecuzione delle prestazioni affidate dalla stazione appaltante che bandisce la gara; o che hanno commesso un errore grave nell'esercizio della loro attività professionale, accertato con qualsiasi mezzo di prova da parte della stazione appaltante".

A cura di Sonia Lazzini

Riportiamo qui di seguito la sentenza numero 884 del 12 febbraio 2010, emessa dal Tar Campania, Napoli

N. 00884/2010 REG.SEN.

N. 02768/2009 REG.RIC.



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

sul ricorso numero di registro generale 2768 del 2009, integrato da motivi aggiunti,
proposto da:

Consorzio Ricorrente, rappresentato e difeso dagli avv.ti Raffaella Arcangeli e
Angelo Piazza, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Stefania Terracciano,
in Napoli, viale Gramsci, 19;

contro

Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, rappresentato e difeso
dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Napoli, domiciliato per legge in Napoli,
via Diaz, 11;

nei confronti di

CONTROINTERESSATA di B. Gianni & C. s.n.c., CONTROINTERESSATA
DUE Costruzioni Immobiliari Italiane s.r.l., rappresentate e difese dagli avv.ti
Michele De Cilla e Alfredo Contieri, con domicilio eletto presso Alfredo Contieri
in Napoli, via R. De Cesare 7;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia,

I) con il ricorso introduttivo:

- del decreto provveditoriale n. 6182 del 30 aprile 2009 con cui è stata disposta nei confronti del ricorrente la revoca dell'aggiudicazione dei lavori di ristrutturazione e adeguamento funzionale dell'immobile demaniale ex Ospedale Civile S. Sebastiano di Caserta da destinare a sede del Comando Provinciale della Guardia di Finanza di Caserta;
- di ogni altro atto presupposto, connesso e conseguente, ivi compreso l'eventuale provvedimento di aggiudicazione;
- nonché per la condanna al risarcimento dei danni;

II) con i motivi aggiunti:

- della nota del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti – Provveditorato Interregionale per le Opere Pubbliche prot. 1157 del 4 maggio 2009 con cui la stazione appaltante ha invitato il raggruppamento temporaneo di imprese composto dalle società controinteressate a trasmettere entro i 20 giorni successivi i documenti occorrenti per la stipula del contratto;
- della nota del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti – Provveditorato Interregionale per le Opere Pubbliche prot. 6562 dell'8 maggio 2009 con cui sono state comunicate specificazioni riguardanti il quadro economico dei lavori oggetto dell'appalto.

Visto il ricorso ed i motivi aggiunti, con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti;

Visto l'atto di costituzione in giudizio delle società CONTROINTERESSATA di B. Gianni & C. s.n.c. e CONTROINTERESSATA DUE Costruzioni Immobiliari Italiane S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 11 gennaio 2010 il dott. Gianluca Di Vita e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

Con il ricorso in epigrafe n. 2768 del 2009, il Consorzio Ricorrente (di seguito CONSORZIO RICORRENTE), premesso di aver partecipato alla gara indetta dal Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti per l'affidamento dei "lavori di ristrutturazione e adeguamento funzionale dell'immobile demaniale ex Ospedale Civile S. Sebastiano di Caserta sito in Piazza Marconi da destinare a sede del Comando provinciale della Guardia di Finanza di Caserta", impugna il provvedimento meglio specificato in epigrafe con cui la stazione appaltante ha disposto la revoca dell'aggiudicazione provvisoria disposta in suo favore, deducendo i profili di illegittimità di seguito rubricati:

1) violazione e falsa applicazione dell'art. 38 del D.Lgs. 12 aprile 2006 n. 163, violazione dell'art. 97 della Costituzione, violazione dei principi del procedimento amministrativo di cui alla L. 7 agosto 1990 n. 241, eccesso di potere per difetto assoluto dei presupposti, difetto di istruttoria e di motivazione nonché contraddittorietà manifesta, illegittimità derivata;

2) violazione dell'art. 38 del D.Lgs. 12 aprile 2006 n. 163, dell'art. 97 della Costituzione e dei principi sul procedimento amministrativo di cui alla L. 7 agosto 1990 n. 241, eccesso di potere nella figura sintomatica dell'errore sul fatto presupposto, contraddittorietà manifesta, palese irragionevolezza, ingiustizia grave e manifesta, sviamento, illegittimità derivata.

Con successivo atto di motivi aggiunti la ricorrente attrae nel fuoco delle contestazioni gli atti con i quali la stazione appaltante ha proceduto all'aggiudicazione dell'appalto in favore del raggruppamento temporaneo composto dalle società CONTROINTERESSATA di B. Gianni & C. s.n.c. e CONTROINTERESSATA DUE Costruzioni Immobiliari Italiane s.r.l. deducendo illegittimità derivata ed articolando altresì autonomi motivi di diritto quali:

- 1) violazione e falsa applicazione dell'art. 79 del D.Lgs. 12 aprile 2006 n. 163, violazione dei principi sul procedimento amministrativo di cui alla L. 7 agosto 1990 n. 241 e violazione della direttiva 2007/66/CE;
- 2) eccesso di potere e sviamento per difetto assoluto di motivazione nonché per contraddittorietà manifesta.

Il CONSORZIO RICORRENTE conclude con la richiesta di annullamento degli atti gravati e di risarcimento dei danni patiti in conseguenza dell'illegittimità dell'azione amministrativa.

Si sono costituite in giudizio le società CONTROINTERESSATA di B. Gianni & C. s.n.c. e CONTROINTERESSATA DUE Costruzioni Immobiliari Italiane s.r.l. che replicano alle censure di parte ricorrente e propongono ricorso incidentale avverso il provvedimento di revoca dell'aggiudicazione provvisoria pronunciata in favore del CONSORZIO RICORRENTE (nella parte in cui non è stata ritirata detta aggiudicazione anche per ulteriori vizi di legittimità): deducono violazione e falsa applicazione dell'art. 38 del D.Lgs. 12 aprile 2006 n. 163, violazione dell'art. 18 della L. 19 marzo 1990 n. 55, violazione e falsa applicazione della disciplina in materia di sicurezza nei cantieri edili di cui al D.P.R. 3 luglio 2003 n. 222, violazione e falsa applicazione dell'art. 10 della L. 31 maggio 1965 n. 575 ed eccesso di potere.

Resiste altresì in giudizio il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti che conclude per la reiezione del gravame.

Il Tribunale ha respinto la domanda incidentale di sospensione degli atti gravati con ordinanza n. 1392 dell'8 giugno 2009, riformata in appello dal Consiglio di Stato con ordinanza n. 3749 del 22 luglio 2009.

Alla pubblica udienza dell'11 gennaio 2010 la causa è stata ritenuta in decisione.

DIRITTO

1. La procedura di gara.

1.1. Per la migliore intelligenza della controversia occorre ripercorrere in sintesi le vicende oggetto di causa.

Il Consorzio Ricorrente (di seguito **CONSORZIO RICORRENTE**) ha partecipato ad una gara informale indetta ai sensi dell'art. 17, comma 4, del D.Lgs. 12 aprile 2006 n. 163 (contratti dichiarati segreti o eseguibili con speciali misure di sicurezza) dal Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, Provveditorato Interregionale per le Opere Pubbliche Campania – Molise per l'affidamento dei lavori di ristrutturazione ed adeguamento funzionale dell'immobile demaniale ex Ospedale Civile San Sebastiano di Caserta da destinare a sede del Comando Provinciale della Guardia di Finanza di Caserta.

Giova precisare che, trattandosi di consorzio di cui all'art. 34, primo comma, lett. b) del D.Lgs. 12 aprile 2006 n. 163 (consorzio fra società cooperative di produzione e lavoro costituito a norma della L. 25 giugno 1909 n. 422), il **CONSORZIO RICORRENTE** ha partecipato alla menzionata procedura in nome proprio ma per conto della società cooperativa Edil ALFA a r.l..

1.2. Con nota del 17 novembre 2008 il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, nel comunicare l'aggiudicazione provvisoria dell'appalto in favore del **CONSORZIO RICORRENTE**, lo informava dell'avvio del procedimento di revoca della medesima aggiudicazione, in ragione di subappalti non autorizzati

affidati da altra società cooperativa consorziata del medesimo CONSORZIO RICORRENTE (cooperativa B. di Qualiano) nel corso di distinta procedura di gara relativa a lavori di costruzione della nuova sede del Comando dei Vigili del Fuoco di Salerno, in località S. Eustachio, di competenza della medesima Amministrazione (aggiudicata al CONSORZIO RICORRENTE nel 2000 ed i cui lavori sono terminati nel 2007).

In particolare, premesso che in quel distinto appalto il CONSORZIO RICORRENTE aveva assegnato l'esecuzione della quasi totalità dei lavori (98,667%) alla predetta consorziata cooperativa B., la stazione appaltante rappresentava che:

- in data 15 ottobre 2008 le erano pervenute le istanze delle società F. Costruzioni Elettromeccaniche s.r.l. (di seguito GAMMA., già GAMMA s.r.l.) e DELTA Group s.r.l. con cui lamentavano il mancato pagamento di lavorazioni eseguite in subappalto nel predetto cantiere in S. Eustachio;
- tenuto conto del mancato rilascio dell'autorizzazione al subappalto ai sensi dell'art. 118 del D.Lgs. 12 aprile 2006 n. 163, tale condotta integra la causa di esclusione prevista dall'art. 38, comma 1, lett. f) del D.Lgs. 163/2006 (grave negligenza o malafede nell'esecuzione delle prestazioni affidate dalla stazione appaltante che bandisce la gara).

1.3. Con nota del 21 novembre 2008 il CONSORZIO RICORRENTE, in risposta alla nota ministeriale citata del 17 novembre 2008, deduceva l'insussistenza di subappalti non autorizzati sostenendo che:

- con riguardo al presunto subappalto affidato alla società GAMMA s.r.l. (oggi GAMMA. s.r.l.), la cooperativa B. aveva richiesto l'autorizzazione al subappalto di alcune lavorazioni da parte della menzionata società e, tuttavia, a seguito della mancata presentazione del documento unico di regolarità contributiva (d.u.r.c.) da

parte della ditta aspirante subappaltatrice, l'Amministrazione aveva negato l'autorizzazione;

- in considerazione del tempo trascorso tra la sottoscrizione del contratto di subappalto (10 gennaio 2006) ed il diniego di autorizzazione (9 giugno 2006) e poiché, in pendenza di contratto, la GAMMA s.r.l. si era approvvigionata dei materiali necessari per l'esecuzione del subappalto, la B., esecutrice dei lavori, aveva acquistato i materiali dalla GAMMA s.r.l., corrispondendone il prezzo, come da scrittura privata del 27 dicembre 2006, avente ad oggetto la risoluzione consensuale del subappalto e la stipula di un diverso contratto di compravendita: pertanto, non vi è stato alcun affidamento di lavorazioni in subappalto;

- con riferimento al rapporto con la DELTA Group, tra quest'ultima e la B. s.r.l. era intervenuto un contratto per la mera assistenza tecnica occorrente al montaggio e al collaudo degli impianti tecnici cui facevano riferimento le forniture corrisposte dalla GAMMA, affidamento non costituente subappalto;

- l'inesistenza di subappalti non autorizzati troverebbe conferma nella circostanza che il direttore dei lavori della stazione appaltante, "frequentemente presente in cantiere", non avrebbe mai contestato la presenza di operatori non autorizzati.

1.4. Con provvedimento del 30 aprile 2009 il Provveditorato Interregionale delle Opere Pubbliche disponeva la revoca dell'aggiudicazione dell'appalto ritenendo insoddisfacenti le controdeduzioni presentate dal Consorzio, rappresentando che:

- "la presenza di subappalti non autorizzati è provata dalle note in data 21.11.08 e 27.1.09, inviate per conoscenza anche a questo Provveditorato, con le quali l'Avvocato Domenico Marrazzo, legale della società cooperativa B., consorziata esecutrice, ha contestato alla ditta DELTA Group s.r.l. la mancata esecuzione di lavori assunti in virtù di contratto stipulato in data 27.12.2006 nell'ambito del cantiere di cui sopra" (S. Eustachio);

- “la predetta corrispondenza ha dunque consentito di accertare inequivocabilmente l’esistenza di grave negligenza e malafede nell’esecuzione dei lavori di costruzione della nuova sede del comando dei Vigili del Fuoco di Salerno in località S. Eustachio”;
- la precitata condotta illegittima posta in essere dalla cooperativa B. è imputabile anche al CONSORZIO RICORRENTE in considerazione del rapporto organico tra consorzio e cooperative consorziate in virtù del quale le attività poste in essere da queste ultime sono imputabili al soggetto consorzio sul quale ricade anche ogni responsabilità nei confronti dell’Amministrazione committente per eventuali inadempimenti in sede di esecuzione del contratto;
- sussiste quindi la causa di esclusione prevista dall’art. 38, comma 1, lett. f) del D.Lgs. 163/2006.

Con il menzionato provvedimento la stazione appaltante comunicava altresì di aver provveduto a segnalare l’accaduto all’Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici.

Peraltro, occorre evidenziare che, sulla base di tali accertamenti, con nota del 26 marzo 2009 il Ministero delle Infrastrutture rappresentava di avere interessato l’Autorità giudiziaria penale (in relazione alla fattispecie di reato contravvenzionale di subappalto non autorizzato di cui all’art. 21 della L. 13 settembre 1982 n. 646).

2. L’annotazione nel casellario informatico ed il relativo contenzioso.

2.1. In seguito alla segnalazione effettuata dal Provveditorato Interregionale, l’Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici comunicava che in data 25 marzo 2009 era stata inserita un’annotazione nel casellario informatico degli esecutori di contratti pubblici ai sensi dell’art. 27 D.P.R. 25 gennaio 2000 n. 34 nei confronti del Consorzio ricorrente, della cooperativa B. e delle ditte GAMMA. e DELTA Group per il riscontro di “situazioni di subappalto non autorizzato”.

Avverso tale annotazione il CONSORZIO RICORRENTE ha proposto distinto ricorso innanzi al T.A.R. Lazio (R.G. 3460/2009) deducendone l'illegittimità e chiedendone l'annullamento in ragione dell'insussistenza di subappalti non autorizzati e, in ogni caso, dell'inesistenza di qualsivoglia profilo di responsabilità del Consorzio, giusta la riferibilità del preteso illecito esclusivamente alla cooperativa affidataria dei lavori (la B.) e alle ipotetiche subappaltatrici (ditte GAMMA. e DELTA).

2.2. Con sentenza in forma semplificata n. 5222 del 22 maggio 2009 il T.A.R. Lazio ha ritenuto fondato ed assorbente il secondo motivo di ricorso ritenendo che “in difetto di prova circa il coinvolgimento dell'ente associativo nella pretesa stipulazione di contratti di subappalto non assentiti, non sembra possibile ascrivergli la condotta posta a base dell'annotazione” e, per l'effetto, ha annullato in parte qua il provvedimento impugnato per la parte riguardante il CONSORZIO RICORRENTE.

2.3. Avverso la citata pronuncia hanno proposto appello il Ministero delle Infrastrutture e Trasporti e l'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici.

Con decisione della VI Sezione n. 8720 del 24 dicembre 2009 il Consiglio di Stato, pur ritenendo fondato l'appello, ha accolto il ricorso di primo grado proposto dalla CONSORZIO RICORRENTE, ritenendo in particolare che.

- è infondato l'assunto di CONSORZIO RICORRENTE di essere estranea alla fase di esecuzione dell'appalto e dunque alle vicende relative ad eventuali subappalti in quanto “in caso di subappalti non autorizzati, la relativa responsabilità ricade anche sul consorzio aggiudicatario, in quanto soggetto tenuto a chiedere l'autorizzazione, e non solo sui consorziati che stipulano i subappalti in difetto di autorizzazione”;

- l'accoglimento dell'appello impone di passare all'esame dei motivi del ricorso di primo grado che il T.A.R. Lazio ha assorbito, e che sono stati riproposti nel giudizio di appello;

- sono fondati sia il primo motivo del ricorso di primo grado (con cui il Consorzio lamenta insufficiente istruttoria e carenza di motivazione, in quanto non vi era la prova della sussistenza di subappalti non autorizzati) sia il terzo profilo di illegittimità (mancata partecipazione al procedimento di annotazione nel casellario informatico).

3. Il ricorso introduttivo: motivi di gravame.

3.1. Tanto premesso, con il ricorso in epigrafe n. 2768 del 2009, il Consorzio ricorrente impugna il provvedimento di revoca dell'aggiudicazione provvisoria e deduce:

1) l'insussistenza di subappalti non autorizzati, non essendo mai stata riscontrata nel cantiere di Sant'Eustachio la presenza di manodopera estranea alla cooperativa B., con la conseguenza che il provvedimento impugnato sarebbe inficiato da carenza di istruttoria e difetto di motivazione;

2) l'insussistenza di qualsivoglia responsabilità del Consorzio ricorrente, giusta la riferibilità del preteso illecito esclusivamente alla cooperativa B. affidataria dei lavori e alle ipotetiche subappaltatrici (società GAMMA. e DELTA Group): difatti, il CONSORZIO RICORRENTE appartiene alla categoria dei consorzi di produzione e lavoro istituiti a norma della L. 25 giugno 1909, n. 422 e, trattandosi di organismi di servizi a favore delle cooperative, esso opera a favore delle proprie consorziate nella fase di acquisizione delle commesse, affidando successivamente alle stesse l'esecuzione dei lavori, con la conseguenza che unico responsabile di eventuali illeciti commessi nella fase dell'esecuzione delle opere è il "socio assegnatario" dell'attività di realizzazione.

4. Il primo motivo di ricorso: subappalti non autorizzati.

4.1. Il Collegio non condivide le argomentazioni dedotte da parte ricorrente con il primo mezzo di gravame.

Invero, dall'esame dei provvedimenti emessi dalla stazione appaltante il 17 novembre 2008 (recante comunicazione di avvio del procedimento di revoca dell'aggiudicazione provvisoria) e il 30 aprile 2009 (revoca dell'aggiudicazione) emerge che il provvedimento impugnato si fonda sull'esistenza di subappalti non autorizzati ai sensi dell'art. 18 della L. 19 marzo 1990, n. 55 (norma applicabile "ratione temporis", in seguito abrogata dall'articolo 256 del D.Lgs. 12 aprile 2006 n. 163 la cui disciplina è confluita nell'articolo 118 del codice degli appalti) affidati, nell'ambito del distinto appalto per la costruzione della nuova sede del comando dei Vigili del Fuoco di Salerno in località S. Eustachio, dalla consorzata cooperativa B. alla GAMMA s.r.l. (oggi GAMMA. s.r.l.) e alla DELTA Group.

Valgono le seguenti considerazioni.

4.2. Il rapporto con la GAMMA s.r.l..

4.2.1. In data 10 gennaio 2006 il CONSORZIO RICORRENTE, per conto della cooperativa consorzata B., inoltra al Provveditorato Regionale delle Opere Pubbliche della Campania l'istanza di autorizzazione al subappalto di fornitura e posa in opera di impianti tecnologici alla ditta GAMMA s.r.l., con importo pari a Euro 750.000,00.

Ai sensi dell'art. 3 del contratto di subappalto stipulato il 10 gennaio 2006, l'oggetto dell'affidamento era costituito dalla realizzazione dell'impianto termico di ventilazione meccanica, impianto idrico – sanitario e gas metano, impianti idrico antincendio ed impianto elettrico asservito agli impianti meccanici, tutti ricadenti nell'ambito dei lavori di costruzione della predetta Caserma dei Vigili del Fuoco in località S. Eustachio (SA).

Con nota del 9 giugno 2006 indirizzata al CONSORZIO RICORRENTE richiedente, il Ministero delle Infrastrutture sospendeva ogni determinazione sulla

richiesta di autorizzazione in attesa di ricevere il d.u.r.c., già richiesto invano con nota del 24 marzo 2006: tale certificazione non è stata mai prodotta dal CONSORZIO RICORRENTE e tale circostanza non è oggetto di contestazione.

Si è visto che, secondo la prospettazione di parte ricorrente, in conseguenza del sostanziale diniego di autorizzazione al subappalto, con scrittura privata del 27 dicembre 2006 (stipulata, quindi, dopo circa sei mesi dal diniego di autorizzazione) la B. e la GAMMA concordavano la risoluzione del contratto e la stipula di un diverso contratto con cui la cooperativa acquistava i materiali necessari per l'esecuzione del subappalto che l'aspirante subappaltatrice aveva comunque fornito nelle more dell'autorizzazione ministeriale.

Sul punto, è opportuno evidenziare che l'asserito ritardo impiegato per l'istruttoria della pratica di autorizzazione del subappalto (che avrebbe indotto le due società ad accordarsi per la cessione dei materiali forniti nel frattempo dalla GAMMA) non appare inequivocabilmente imputabile all'Amministrazione che, come si è visto, già dal marzo 2006 aveva richiesto invano la trasmissione del d.u.r.c. occorrente per la definizione della pratica.

In secondo luogo, si osserva che il ricorrente sostiene che l'insussistenza del subappalto con la GAMMA sarebbe documentalmente comprovato dalla menzionata scrittura privata del 27 dicembre 2006 (relativa alla risoluzione consensuale del contratto di subappalto e di fornitura senza posa in opera dei predetti materiali) ma tale contratto non è stato prodotto alla stazione appaltante, sebbene richiesto più volte dalla medesima (come rilevato nella nota ministeriale del 29 maggio 2009, depositata agli atti di causa il 5 giugno 2009).

Infatti, con nota del 5 dicembre 2008 il CONSORZIO RICORRENTE, pur dichiarando di trasmettere il "documento relativo alla scrittura privata del 27/12/2006 concernente la risoluzione del contratto di sub-appalto del 10/01/2006", si è invece limitato a trasmettere altra e distinta scrittura privata,

sempre del 27 dicembre 2006, stipulata tra B., GAMMA e DELTA Group che, pur richiamando la citata risoluzione consensuale ed il menzionato contratto di compravendita, afferiva a diverso rapporto contrattuale e, in particolare, obbligava la DELTA Group a garantire il funzionamento dei macchinari forniti dalla GAMMA.

Ne consegue che l'Amministrazione non è stata messa in grado di valutare, mediante l'esame della scrittura privata non trasmessa dal CONSORZIO RICORRENTE, il diverso tipo di rapporto contrattuale intercorso tra la B. e la GAMMA, al fine di accertare che fosse effettivamente cessato, in seguito al diniego di autorizzazione, il contratto di subappalto stipulato il 10 gennaio 2006.

4.2.2. Peraltro, nel corso del giudizio l'Amministrazione e le società controinteressate hanno fornito ulteriori prove documentali a sostegno dell'effettivo svolgimento presso il cantiere di S. Eustachio di lavorazioni in subappalto svolte dalla GAMMA s.r.l. in difetto di autorizzazione, quali:

- le denunce di lavoro temporaneo indirizzate dalla GAMMA s.r.l. all'INAIL di Salerno e Benevento concernenti l'impiego di n. 8 lavoratori addetti al cantiere in località S. Eustachio con data di inizio lavori 4 gennaio 2006 (cfr. documenti depositati dalle società CONTROINTERESSATA di B. Gianni & C. s.n.c. e CONTROINTERESSATA DUE Costruzioni Immobiliari Italiane s.r.l. in data 5 giugno 2009);

- le missive del 15 ottobre 2008 con cui la GAMMA. (già GAMMA s.r.l.) e la DELTA Group comunicavano al Provveditorato il mancato pagamento delle lavorazioni eseguite "in subappalto" per la costruzione della nuova sede del Comando dei Vigili del Fuoco di S. Eustachio (cfr. comunicazione di avvio del procedimento di revoca dell'aggiudicazione del 17 novembre 2008): sul punto, occorre precisare che, contrariamente a quanto dedotto dal Consorzio ricorrente, la prova dell'effettivo subentro della GAMMA. alla GAMMA si ricava, tra l'altro,

dalla missiva del Sig. Carmine Mancini del 24 settembre 2007, amministratore unico della GAMMA., che richiama il verbale del 21 marzo 2007 del notaio Massimo Lottini di Napoli, non espressamente contestato dal CONSORZIO RICORRENTE, recante cessione di quote, trasferimento della sede legale, nuova denominazione e sostituzione dell'amministratore unico della predetta società, oltre che dalle dichiarazioni (che saranno esaminate innanzi) rese dagli operai Alfredo Galasso, Giuseppe Coppola, Vincenzo D'Antonio, Valeriano Bosso, Angelo Aprea che attestano di essere stati dipendenti della GAMMA s.r.l., alla quale è in seguito subentrata la GAMMA.;

- la menzionata nota del 24 settembre 2007 a firma del Sig. Carmine Mancini (legale rappresentante della GAMMA. s.r.l., già GAMMA) indirizzata alla cooperativa B., al CONSORZIO RICORRENTE e al Ministero, con la quale, in sede di contabilizzazione parziale dei lavori, attestava di aver già effettuato forniture per Euro 500.037,00 e di aver impiegato manodopera per Euro 161.000,00 (per circa 14.000 ore di lavoro) in relazione al menzionato subappalto non autorizzato, che comprova l'esistenza di un contratto di fornitura con posa in opera dei materiali;

- la dichiarazione resa il 4 giugno 2009 dal Sig. Carmine Mancini secondo cui la società subappaltatrice ha provveduto alla prefabbricazione e posa in opera delle carpenterie relative agli impianti nonché alla fornitura e posa in opera delle tubazioni degli impianti idrici, di condizionamento ed antincendio, coibentazioni delle tubazioni, canalizzazione per il condizionamento, centrali termica, frigorifera, idrica, delle centrali trattamento aria e dell'impianto elettrico al piano terra (cfr. documentazione versata in atti dal Ministero delle Infrastrutture in data 11 settembre 2009);

- le dichiarazioni rese dai Sig.ri Michele Lentini (capocantiere), Alfredo Galasso (operaio tubista), Giuseppe Coppola (operaio tubista), Vincenzo D'Antonio

(operaio tubista), Valeriano Bosso (operaio tubista), Angelo Aprea (saldatore), che attestano di essere stati dipendenti della GAMMA s.r.l. (alla quale è in seguito subentrata la GAMMA.) e di aver svolto lavorazioni presso il cantiere di S. Eustachio per conto della società appaltante B. (cfr. documentazione versata in atti dal Ministero delle Infrastrutture in data 11 settembre 2009).

4.3. Il rapporto con la DELTA Group s.r.l.

4.3.1. Con scrittura privata del 27 dicembre 2006 la cooperativa B. sottoscriveva un accordo con la DELTA Group s.r.l. per l'assistenza tecnica specializzata da fornire per il completamento degli impianti idrici, sanitari, antincendio e termo-frigorifero, impianti di ventilazione e aspirazione nonché per l'assemblaggio della centrale termica con relativa fornitura dei materiali eventualmente mancanti. Inoltre, la B. affidava alla DELTA Group l'assistenza tecnica durante le prove di funzionamento e collaudo finale degli impianti idrici interni, la regolazione e l'avviamento dell'impianto di termoventilazione.

Si trattava quindi di lavorazioni parzialmente coincidenti con l'oggetto del contratto di subappalto stipulato il 10 gennaio 2006 con la GAMMA (per il quale era stata richiesta l'autorizzazione ministeriale) che, si ricorda, era tra l'altro costituito dalla realizzazione dell'impianto termico di ventilazione meccanica, impianto idrico e sanitario e gas metano, impianti idrico antincendio ed impianto elettrico asservito agli impianti meccanici (cfr. art. 3).

Ciononostante, non è contestato che per tale contratto alcuna autorizzazione è stata richiesta all'Amministrazione ai sensi dell'art. 18 della L. 19 marzo 1990 n. 55. Quindi non è mai stato comunicato alla stazione appaltante il rapporto contrattuale intercorso con la DELTA e non sono stati forniti elementi idonei ad escludere che tale rapporto integrasse un'ipotesi di subappalto non autorizzato.

4.3.2. Nel gravato provvedimento del 30 aprile 2009, l'Amministrazione ha motivato la revoca dell'aggiudicazione con l'esistenza del subappalto non

autorizzato con la precitata DELTA Group, come comprovata dalle dichiarazioni “confessorie” rese dall’avv. Domenico Marrazzo, legale della società cooperativa B., consorziata esecutrice.

Difatti nelle missive del 27 settembre 2007 (indirizzata alla GAMMA. e al CONSORZIO RICORRENTE), del 20 ottobre 2008 e 27 gennaio 2009 (trasmesse alla DELTA s.r.l. e al CONSORZIO RICORRENTE) il legale rappresentava che, con il predetto contratto del 27 dicembre 2006, la DELTA Group si era impegnata ad effettuare “lavori di completamento” dei menzionati impianti e contestava la mancata ultimazione delle opere.

Nell’ultima nota menzionata del 27 gennaio 2009, il legale della B. rappresentava anche che, stante l’inerzia della DELTA Group s.r.l. la cooperativa “è stata costretta a rivolgersi ad altre società, sostenendo un aggravio di costi, per completare i suddetti lavori”. Neppure per tali ulteriori società e lavorazioni risulta inoltrata la richiesta di autorizzazione ai sensi dell’art. 18 L. 55/1990 e dell’art. 118 del codice degli appalti.

Indi, il Ministero richiedeva chiarimenti alla DELTA Group che, con nota del 20 gennaio 2009 confermava che, a fronte di un credito di Euro 325.800,00 per “assistenza tecnica specializzata come da contratto del 27 dicembre 2006” presso il cantiere di S. Eustachio (cfr. allegata fattura n. 155/2006), la B. aveva provveduto solo al pagamento di Euro 139.305,00, con conseguente saldo a credito (cfr. documenti depositati dalle società controinteressate il 5 giugno 2009).

Non risultano condivisibili le argomentazioni di parte ricorrente che, a sostegno dell’insussistenza di subappalti non autorizzati, rileva che il direttore dei lavori della stazione appaltante non ha riscontrato la presenza nel cantiere di personale estraneo alla cooperativa B..

In senso contrario è sufficiente rilevare che tale soggetto non era assiduamente presente sul cantiere (bensì per due giorni alla settimana, come espressamente

riferito nella relazione riservata del 16 dicembre 2008 allegata al ricorso) e non era pertanto in grado di escludere la presenza di operai di altre imprese nel residuo periodo. Peraltro, la presenza di maestranze esterne è documentalmente provata in quanto si è visto che personale della DELTA Group ha svolto attività di assistenza in esecuzione del contratto del 27 dicembre 2006 come risulta dalla fattura n. 155/2006 di Euro 325.800,00 (non formalmente contestata dal CONSORZIO RICORRENTE) per “assistenza tecnica specializzata come da contratto del 27 dicembre 2006” presso il cantiere di S. Eustachio.

4.3.3. Da tali documenti emerge quindi l'affidamento di lavorazioni in subappalto in favore della DELTA Group da parte della cooperativa B. e non autorizzate dalla stazione appaltante ai sensi dell'art. 18 della L. 55/1990.

Ai sensi della menzionata disposizione “L'impresa che si avvale del subappalto o del cottimo deve allegare alla copia autentica del contratto e la dichiarazione circa la sussistenza o meno di eventuali forme di controllo o di collegamento a norma dell'articolo 2359 del codice civile con l'impresa affidataria del subappalto o del cottimo. Analoga dichiarazione deve essere effettuata da ciascuna delle imprese partecipanti nel caso di associazione temporanea, società o consorzio. La stazione appaltante provvede al rilascio dell'autorizzazione entro trenta giorni dalla relativa richiesta; tale termine può essere prorogato una sola volta, ove ricorrano giustificati motivi. Trascorso tale termine senza che si sia provveduto, l'autorizzazione si intende concessa. Per i subappalti o cottimi di importo inferiore al 2 per cento dell'importo dei lavori affidati o di importo inferiore a 100.000 euro, i termini per il rilascio dell'autorizzazione da parte della stazione appaltante sono ridotti della metà”.

4.3.4. Non ha pregio l'argomentazione sostenuta dal ricorrente, secondo cui per potersi configurare un subappalto soggetto ad autorizzazione, la stazione appaltante avrebbe dovuto accertare la sussistenza delle condizioni previste dall'art.

18, comma 12, della L. 55/1990 e dall'art. 118, comma 11, del D.Lgs. 163/2006 (impiego di manodopera, quali le forniture con posa in opera e i noli a caldo, se singolarmente di importo superiore al 2 per cento dell'importo dei lavori affidati o di importo superiore ad Euro 100.000 ed incidenza del costo della manodopera e del personale superiore al 50 per cento dell'importo del contratto da affidare).

Sul punto, il Consiglio di Stato ha precisato che il subappalto di lavorazioni pubbliche è soggetto ad autorizzazione indipendentemente dall'importo delle opere, rilevando, quest'ultimo, ai soli fini della durata massima del procedimento autorizzatorio (di trenta giorni per gli importi più elevati e di quindici giorni per gli altri). A tale conclusione si perviene tenuto conto sia della formulazione testuale dell'art. 18, comma 9, della L. 55/1990 sia dalla semplice constatazione che la rilevanza degli interessi pubblici coinvolti non può restare influenzata dall'importo delle lavorazioni da subappaltare, anche perché esentare da autorizzazione una fascia di subappalti renderebbe di difficile controllo il fenomeno dei frazionamenti abusivi (Consiglio di Stato, Sez. V, 21 novembre 2007 n. 5906).

5. La causa di esclusione di cui all'art. 38 lett. f) del D.Lgs. 163/2006.

5.1. Dalle considerazioni esposte discende che alcuna carenza di istruttoria è oggettivamente imputabile all'Amministrazione che, dopo aver ricevuto le missive cui le quali le società GAMMA. e DELTA lamentavano il mancato pagamento di lavorazioni svolte in subappalto e dopo aver valutato le controdeduzioni del CONSORZIO RICORRENTE, ha svolto una puntuale attività di riscontro in ordine all'effettiva sussistenza di subappalti non autorizzati mediante acquisizioni documentali e verifiche condotte presso la cooperativa B. e le società subappaltatrici, esponendo congruamente le ragioni logico – giuridiche sottese all'atto di revoca dell'aggiudicazione, circostanze che inducono a ritenere adempiuto l'onere motivazionale richiesto dall'art. 38, comma 1 lett. f) del D.Lgs. 163/2006.

Difatti, ai sensi della richiamata disposizione sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, né possono essere affidatari di subappalti, e non possono stipulare i relativi contratti i soggetti che “secondo motivata valutazione della stazione appaltante, hanno commesso grave negligenza o malafede nell'esecuzione delle prestazioni affidate dalla stazione appaltante che bandisce la gara; o che hanno commesso un errore grave nell'esercizio della loro attività professionale, accertato con qualsiasi mezzo di prova da parte della stazione appaltante”.

5.2. Né occorre a tale fine uno specifico accertamento giurisdizionale in ordine all'affidamento di lavorazioni in subappalto in difetto di autorizzazione.

Difatti, la giurisprudenza amministrativa ha precisato che la menzionata causa di esclusione non ha carattere sanzionatorio, ma è prevista a presidio dell'elemento fiduciario destinato a connotare, sin dal momento genetico, i rapporti contrattuali di appalto pubblico; pertanto, non presuppone il necessario accertamento in sede giurisdizionale del comportamento di grave negligenza o malafede tenuto dall'aspirante partecipante, essendo sufficiente la valutazione che la stessa Amministrazione abbia fatto, in sede per l'appunto amministrativa, del comportamento tenuto in altri e precedenti rapporti contrattuali dal soggetto che chiede di partecipare ad una nuova procedura selettiva (Consiglio di Stato, Sez. VI, 8 marzo 2004 n. 1071; T.A.R. Lazio Roma, Sez. III, 23 giugno 2006, n. 5092).

In senso conforme, l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici ha precisato che il predetto disposto normativo non costituisce una causa di esclusione automatica, dovendosi consentire all'Amministrazione di verificare, come è accaduto nel caso in esame, se l'esame della fattispecie concreta induca a ritenere scarsamente affidabile il soggetto partecipante (parere n. 101 del 9 aprile 2008).

6. Il secondo motivo di ricorso.

6.1. E' parimenti infondato il secondo motivo di gravame con cui il ricorrente deduce l'insussistenza di qualsivoglia responsabilità in capo al CONSORZIO RICORRENTE giusta la riferibilità del preteso illecito esclusivamente alla cooperativa B. affidataria dei lavori e alle ipotetiche subappaltatrici.

Difatti, il Consorzio Ricorrente è un soggetto ammesso ai pubblici appalti ai sensi dell'art. 34, primo comma, lett. b) del D.Lgs. 163/2006 e della L. 25 giugno 1909 n. 422 e dotato di soggettività giuridica autonoma e stabile, diversamente da quanto accade per le riunioni temporanee di imprese, tanto che il rapporto che lega le cooperative consorziate alla struttura consortile è un rapporto di carattere organico.

Esso non è un semplice intermediario tra la stazione appaltante e i consorziati, in quanto è il concorrente alla gara che partecipa e stipula in nome proprio, ancorché nell'interesse dei consorziati, che vanno specificamente indicati.

Quindi i requisiti di partecipazione e di qualificazione devono essere posseduti in proprio dal consorzio ancorché entro certi limiti possono essere utilizzati i requisiti propri dei consorziati.

Da tali dati si desume che è il consorzio, e non i consorziati, l'interlocutore della stazione appaltante, e dunque il soggetto che è responsabile nei confronti della stazione appaltante della corretta esecuzione dell'appalto anche quando non esegue in proprio ma tramite i consorziati, in quanto esso partecipa alla procedura non come mandatario ma ex se come portatore di un interesse proprio, anche se finalisticamente collegato allo scopo mutualistico delle consorziate, destinato ad assumere la veste di parte del contratto, con conseguente assunzione in proprio di tutti gli obblighi, gli oneri e le responsabilità.

Come rilevato dal Consiglio di Stato (Sez. VI, 29 aprile 2003 n. 2183), il consorzio può partecipare alla procedura utilizzando i requisiti suoi propri e, nel novero di questi, facendo valere i mezzi nella disponibilità delle cooperative che

costituiscono, ai fini che qui rilevano, articolazioni organiche del soggetto collettivo, ossia suoi “interna corporis”.

Quindi il rapporto organico che lega le cooperative consorziate, ivi compresa quella incaricata dell'esecuzione dei lavori, si appalesa in modo non dissimile da quello che avvince i singoli soci ad una società ed è tale che le attività compiute dalle consorziate sono imputate organicamente al consorzio, come unico ed autonomo centro di imputazione e di riferimento di interessi.

6.2. Il medesimo consorzio aggiudicatario – appaltatore deve poi curare i rapporti con la stazione appaltante e gli adempimenti amministrativi necessari perché i subappalti possano avere luogo (es. indicazione in sede di offerta, delle parti di opere che si intende subappaltare; deposito dei contratti di subappalto presso la stazione appaltante, etc.).

Difatti, nel caso in questione, il Consorzio ha inoltrato la richiesta di autorizzazione al subappalto per conto della consorziata B. e ha depositato il relativo contratto; anche la successiva corrispondenza in ordine agli elementi documentali necessari (d.u.r.c. della GAMMA s.r.l.) è intervenuta tra stazione appaltante e CONSORZIO RICORRENTE e non già tra stazione appaltante e cooperativa B..

Sicché risulta infondato l'assunto del consorzio ricorrente di essere estraneo alla fase di esecuzione dell'appalto e dunque alle vicende relative ad eventuali subappalti.

6.3. Peraltro, ad analoghe conclusioni è pervenuta anche l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici secondo cui, in virtù del rapporto organico esistente nel vincolo consortile, l'imputazione dei contratti e dei rapporti giuridici, la qualità di appaltatore e la relativa responsabilità, è propria del solo consorzio, unico soggetto su cui ricade, nella sua qualità di formale titolare del rapporto esterno, ogni responsabilità nei confronti del committente (parere n. 101 del 9 aprile 2008).

La medesima Autorità ha inoltre precisato che, attraverso la struttura comune di impresa, il consorzio assume la veste di "procacciatore di contratti di appalto", strumento di supporto tecnico economico e finanziario che svolge detta attività nell'interesse e per conto delle imprese consorziate, tramite l'imputazione dei contratti e dei rapporti giuridici a sé stesso: per questo motivo la qualità di appaltatore, e la relativa responsabilità, è propria del solo consorzio (deliberazione n. 1 del 10 gennaio 2007).

6.4. Argomenti di segno contrario non possono trarsi dall'art. 58, D.Lgs. 3 agosto 2009 n. 106 che ha modificato l'art. 89, lett. i) e i-bis), D.Lgs. 9 aprile 2008 n. 81.

Vi si stabilisce che "impresa affidataria" è l'impresa titolare del contratto di appalto con il committente che, nell'esecuzione dell'opera appaltata, può avvalersi di imprese subappaltatrici o di lavoratori autonomi. Nel caso in cui titolare del contratto di appalto sia un consorzio tra imprese che svolga la funzione di promuovere la partecipazione delle imprese aderenti agli appalti pubblici o privati, anche privo di personale deputato alla esecuzione dei lavori, l'impresa affidataria è l'impresa consorziata assegnataria dei lavori oggetto del contratto di appalto individuata dal consorzio nell'atto di assegnazione dei lavori comunicato al committente o, in caso di pluralità di imprese consorziate assegnatarie di lavori, quella indicata nell'atto di assegnazione dei lavori come affidataria, sempre che abbia espressamente accettato tale individuazione.

In senso contrario, si osserva che tale previsione rileva ai fini degli obblighi di sicurezza nei cantieri temporanei e mobili, non anche ai fini della responsabilità per i subappalti non autorizzati.

Da quanto esposto si desume che in caso di subappalti non autorizzati, la relativa responsabilità ricade anche sul consorzio aggiudicatario, in quanto soggetto tenuto a chiedere l'autorizzazione, e non solo sui consorziati che stipulano i subappalti in difetto di autorizzazione: pertanto, legittimamente l'Amministrazione precedente

ha disposto la revoca dell'aggiudicazione dell'appalto nei confronti del CONSORZIO RICORRENTE per condotte riferibili alla consorziata cooperativa B..

7. I motivi aggiunti.

7.1. Palesemente infondati si appalesano inoltre le doglianze dedotte dal CONSORZIO RICORRENTE con i motivi aggiunti aventi ad oggetto gli atti con i quali la stazione appaltante ha invitato il raggruppamento secondo graduato nella procedura in questione, composto dalle società CONTROINTERESSATA di B. Gianni & C. s.n.c., CONTROINTERESSATA DUE Costruzioni Immobiliari Italiane s.r.l., a trasmettere entro 20 giorni i documenti occorrenti per la stipula del contratto e la relativa aggiudicazione disposta in favore del sodalizio.

7.2. Preliminarmente, per le ragioni esposte, non risultano condivisibili i vizi di illegittimità dedotti con il ricorso introduttivo che, secondo il CONSORZIO RICORRENTE, travolgerebbero in via derivata anche gli atti impugnati con i motivi aggiunti.

7.3. Non coglie nel segno la censura relativa alla violazione dell'art. 79, comma 5, del D.Lgs. 163/2009 per omessa comunicazione dell'aggiudicazione dell'appalto che, secondo l'orientamento espresso da questo Tribunale, non costituisce nell'attuale contesto normativo causa di invalidità dell'aggiudicazione (T.A.R. Campania, Napoli, Sez. I, 2 aprile 2008 n. 1800): viceversa, da tale violazione procedimentale può farsi discendere lo spostamento del dies a quo per l'impugnazione dei relativi provvedimenti (T.A.R. Piemonte, 16 gennaio 2008 n. 32).

7.4. E' inoltre destituita di fondamento la censura relativa alla presunta violazione della c.d. direttiva ricorsi 2007/66/CE (per il divieto di procedere all'aggiudicazione dell'appalto e alla stipulazione del relativo contratto in pendenza del ricorso), tenuto conto che l'operatività delle relative disposizioni è subordinata

al relativo recepimento, previsto dall'art. 44 della L. 7 luglio 2009 n. 88 (legge comunitaria 2008).

7.5. E' infine infondata la censura di eccesso di potere per difetto assoluto di motivazione nonché per contraddittorietà manifesta giacché, per i motivi indicati, la stazione appaltante ha legittimamente proceduto alla revoca dell'aggiudicazione provvisoria disposta in favore del CONSORZIO RICORRENTE ai sensi dell'art. 38, lett. f) del D.Lgs. 163/2006 e all'adozione dei provvedimenti consequenziali individuando il secondo graduato come aspirante aggiudicatario della procedura di gara.

Alla luce di tali considerazioni, il ricorso principale ed i motivi aggiunti si appalesano infondati e devono essere respinti. Non ravvisandosi il presupposto costituito dall'illegittimità dell'azione amministrativa, cade anche la domanda risarcitoria.

8. Ricorso incidentale.

8.1. Il ricorso incidentale proposto dalle società CONTROINTERESSATA di B. Gianni & C. s.n.c. e CONTROINTERESSATA DUE Costruzioni Immobiliari Italiane S.r.l. diviene improcedibile per sopravvenuto difetto di interesse.

9. Spese.

9.1. L'accoglimento dell'appello cautelare e la complessità delle questioni dedotte in giudizio giustificano l'integrale compensazione delle spese ed onorari di causa.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania, definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe n. 2768 del 2009, così provvede:

- respinge il ricorso principale ed i motivi aggiunti proposti dal Consorzio Ricorrente;

- dichiara improcedibile il ricorso incidentale proposto dalle società
CONTROINTERESSATA di B. Gianni & C. s.n.c. e CONTROINTERESSATA
DUE Costruzioni Immobiliari Italiane S.r.l.;

- compensa tra le parti costituite le spese ed onorari di causa.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 11 gennaio 2010 con
l'intervento dei Magistrati:

Antonino Savo Amodio, Presidente

Carlo Buonauro, Primo Referendario

Gianluca Di Vita, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 12/02/2010

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

IL SEGRETARIO