

TAR Piemonte, sezione seconda, sentenza n. 742 del 19 novembre 2020

Avvalimento – Sostituzione plurima dell’ausiliaria – Legittimità – No limiti

R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 762 del 2020, proposto dalla,
in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli
avvocati, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e
domicilio eletto presso lo studio dell’avv. sito in Roma, piazza

contro

....., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e
difeso dall'avvocato, con domicilio digitale come da PEC da Registri
di Giustizia;

nei confronti

..... S.r.l.s, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata
e difesa dagli avvocati, con domicilio digitale come da PEC da Registri di
Giustizia;

..... S.r.l, S.r.l, S.r.l, S.r.l. non
costituite in giudizio;

per l'annullamento

- dell'aggiudicazione in favore dell'ATI, avvenuta con determina
dirigenziale del 7 agosto 2019, della gara di appalto n. 27/2019 (CUP

C16E18000080002 - CIG 794060280F) relativa al recupero funzionale e consolidamento strutturale dell'edificio scolastico sito in Torino alla via Germonio n. 4, alla luce di vizi sopravvenuti descritti nel corpo del ricorso;

- del provvedimento che ha definito il procedimento di revoca della stessa aggiudicazione, avviato con nota Prot. n. 4411 del 1° settembre 2020, non noto ma di cui la ricorrente è venuta a conoscenza con PEC del Comune del 21 settembre 2020;

- di ogni ulteriore atto e provvedimento prodromico e/o successivo;

nonché per la dichiarazione di inefficacia ex art. 122 del C.P.A. del contratto di appalto, ove stipulato;

e per la declaratoria di subentro nel contratto d'appalto, ove stipulato;

con espressa riserva di domandare il risarcimento dei danni cagionati all'ATI ricorrente in conseguenza della illegittimità degli atti e dei comportamenti oggetto di impugnativa.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di e di S.r.l.s;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore nella camera di consiglio del giorno 10 novembre 2020 il dott. Marcello Faviere e uditi per le parti i difensori mediante collegamento da remoto, ai sensi degli artt. 25, comma 1, del d.l. n. 137/2020 e 4, comma 1, del d.l. n. 28/2020, come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Il ha aggiudicato, con decreto dirigenziale del 7.08.2019, alla ATI un appalto di lavori per il recupero funzionale e consolidamento strutturale di un edificio scolastico (importo a base d'asta di euro 4.420.000,00). L'odierna ricorrente si è qualificata seconda.

Tale aggiudicazione era già stata contestata dalla seconda graduata con ricorso respinto da questo TAR con sentenza n. 1231/2019, confermata dal Consiglio di Stato con sentenza n. 1118/2020.

La seconda classificata, comunque, sostiene che ulteriori e successivi fatti minerebbero la legittimità e l'efficacia del provvedimento in questione.

L'aggiudicataria, in sede di gara, si era avvalsa del Consorzio con riferimento ad alcuni requisiti (in particolare per la SOA e la certificazione di qualità). Tale ausiliario è risultato carente di un requisito di carattere generale e, su richiesta dell'amministrazione (in ultimo con nota del 09.06.2020), è stato sostituito prima dalla s.r.l. e poi, risultando quest'ultima priva dei requisiti richiesti, con la s.r.l. (come da comunicazione della ATI del 16.06.2020).

Di tali eventi la Loris Costruzioni veniva a conoscenza casualmente tanto che con istanza di accesso agli atti del 02.07.2020 chiedeva i documenti afferenti i passaggi procedurali sopra indicati. A seguito di questa e di altre istanze di accesso, rilevando profili di illegittimità nell'aggiudicazione della gara *de qua*, ne chiedeva l'annullamento in autotutela con due diverse istanze, senza conseguire i risultati sperati.

Per quanto qui interessa da tali scambi epistolari emergeva che l'impresa ausiliaria, in sede di controllo dei requisiti di cui all'art. 80 del D.Lgs. n. 50/2016, era risultata non in regola con il pagamento dei contributi previdenziali, come certificato dal DURC non regolare emesso alla data del 26.06.2020 (e dal quale emergevano debiti con INPS, per euro 129.652,00, ed Edilcassa della Regione Sardegna per euro 19.476,09).

In conseguenza di ciò l'amministrazione avviava, in data 01.09.2020, il procedimento di revoca dell'aggiudicazione. La ATI, in sede di osservazioni procedurali, depositava documentazione con cui dimostrava l'intervenuto accordo di rateizzazione dei debiti contributivi tra l'impresa ausiliaria e gli enti previdenziali creditori (conclusi il 15.05.2020 con la cassa Edile ed il 27.05.2020 con l'INPS) nonché i giustificativi dei pagamenti effettuati. L'amministrazione chiudeva il procedimento di revoca determinando di non procedere in tal senso (come risulta dalla comunicazione del 21.09.2020 del Comune indirizzata anche alla, doc. 25 allegato alla memoria del).

2. A valle di tali eventi la ha impugnato gli atti in epigrafe con ricorso avanti questo TAR, notificato in data 21.10.2020, con cui lamenta violazione di legge ed eccesso di potere sotto plurimi profili, proponendo altresì istanza cautelare ed articolando le censure in due distinti motivi.

Si sono costituiti in giudizio il e la controinteressata S.r.l.s il 29.10.2020, depositando memorie e documenti in data 06.11.2020.

Alla camera di consiglio del 10.11.2020, sentiti i difensori delle parti, la causa è stata trattenuta in decisione riservandosi altresì il Collegio la definizione della stessa mediante sentenza in forma semplificata.

3. Il ricorso non è fondato.

4. Con il primo ed il secondo motivo, che si trattano congiuntamente poiché oggettivamente connessi, la ricorrente lamenta l'illegittimità sopravvenuta della aggiudicazione in favore della ATI e l'illegittimità del provvedimento di chiusura del procedimento di revoca per violazione dell'art. 89, commi 1 e 3 del D.Lgs. n. 50/2016, a fronte della dichiarazione mendace dell'ausiliaria s.r.l. sulla propria regolarità contributiva e delle plurime sostituzioni, asseritamente illegittime, delle imprese ausiliarie operate dalla aggiudicataria ed assentite dalla stazione appaltante.

4.1 Quanto alla prima questione la ricorrente sostiene che l'impresa ausiliaria, nella propria dichiarazione sostitutiva (presentata al Comune e datata 15.06.2016, doc. 20 allegato al ricorso), ha dichiarato *“di non aver commesso violazioni gravi, definitivamente accertate, rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse o dei contributi previdenziali, secondo la legislazione italiana”*. Tale dichiarazione sarebbe smentita dal DURC acquisito dalla stazione appaltante e non regolare alla data del 26.06.2020 (doc 18 allegato al ricorso). Per effetto dell'art. 89, comma 1 del Codice dei Contratti Pubblici (che così recita: *“Nel caso di dichiarazioni mendaci, ferma restando l'applicazione dell'articolo 80, comma 12, nei confronti dei sottoscrittori, la stazione appaltante esclude il concorrente e esclude la garanzia”*) l'impresa aggiudicataria andava pertanto esclusa o, comunque, l'aggiudicazione andava revocata a valle del procedimento avviato in data 01.09.2020.

Parte ricorrente, infine, sostiene che a nulla rileverebbe il perfezionamento degli accordi di rateizzazione del maggio del 2020 in quanto l'irregolarità della propria posizione contributiva non poteva che essere nota alla impresa ausiliaria e non poteva che sussistere (visto anche l'ingente posizione debitoria) alla data di presentazione della dichiarazione (nonché di richiesta del DURC).

Tali censure non colgono nel segno.

Dagli atti di causa emerge che gli enti previdenziali creditori hanno accordato la rateizzazione il 15.5.2020 (Cassa Edile) e il 27.05.2020 (INPS) e, in ogni caso, hanno ritenuto sufficienti tali accordi intercorsi considerato che nessuna comunicazione ulteriore è intervenuta tra quelle citate e i pagamenti effettuati. Per quanto riguarda la Cassa Edile, in particolare, i pagamenti sono stati perfezionati tutti in un'unica soluzione il 13.08.2020, in ritardo rispetto alla prima scadenza per il versamento degli accantonamenti riferita al mese di luglio (come prefigurato nella nota del 15.05.2020 citata). Tale ritardo, comunque, non può aver influito sulla regolarità del DURC

chiesto il 26.06.2020 (data in cui il pagamento prefigurato nell'accordo non era comunque dovuto).

Si può sostenere che l'impresa, al momento del rilascio della dichiarazione del 15.06.2020, ben poteva fare affidamento sulla propria situazione di regolarità anche alla luce di quanto previsto dall'art. 2 del DM del 31.01.2015 (recante *Semplificazione in materia di documento unico di regolarità contributiva*) che dispone: “La regolarità sussiste comunque in caso di: a) rateizzazioni concesse dall'INPS, dall'INAIL o dalle Casse edili ovvero dagli Agenti della riscossione sulla base delle disposizioni di legge e dei rispettivi regolamenti [...]”.

Del resto anche l'art. 80, comma 4 del Codice dei Contratti Pubblici, sul piano sostanziale, prevede che “Il presente comma non si applica quando l'operatore economico ha ottemperato ai suoi obblighi pagando o impegnandosi in modo vincolante a pagare le imposte o i contributi previdenziali dovuti, compresi eventuali interessi o multe, ovvero quando il debito tributario o previdenziale sia comunque integralmente estinto, purché l'estinzione, il pagamento o l'impegno si siano perfezionati anteriormente alla scadenza del termine per la presentazione delle domande”.

A ciò soccorre altresì il quadro legislativo del periodo interessato dal rilascio della dichiarazione che, come evidenziato anche dalla Cassa Edile della Sardegna nella nota del 15.05.2020, ruota attorno all'art. 103 del D.L. 18/2020, il cui comma 2, nel testo modificato in sede di conversione dalla legge 27/2020 ed in vigore dal 30.04.2020 (quindi vigente al momento della dichiarazione della s.r.l.), ha disposto che “tutti i certificati, attestati, permessi, concessioni, autorizzazioni e atti abilitativi comunque denominati, in scadenza tra il 31 gennaio 2020 e il 31 luglio 2020, conservano la loro validità per i novanta giorni successivi alla dichiarazione di cessazione dello stato di emergenza” (che all'epoca dei fatti era al 31.07.2020). La difesa di parte resistente ha dimostrato, infatti, che l'impresa era in possesso di un DURC regolare rilasciato il 27.02.2020 (quindi efficace sino al 26.06.2020 ed oltre). L'amministrazione ha poi richiesto nel mese di luglio 2020 un nuovo DURC, anche in forza delle intervenute disposizioni

del D.L. n. 76/2020 (entrate in vigore il 17.07.2020 e che, con riferimento al DURC, ha previsto all'art. 1 comma 10 che: *“in ogni caso in cui per la selezione del contraente o per la stipulazione del contratto relativamente a lavori, servizi o forniture previsti o in qualunque modo disciplinati dal presente decreto, è richiesto di produrre documenti unici di regolarità contributiva di cui al decreto del Ministero del lavoro e delle politiche sociali 30 gennaio 2015, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 125 del 1° giugno 2015, ovvero di indicare, dichiarare o autocertificare la regolarità contributiva ovvero il possesso dei predetti documenti unici, non si applicano le disposizioni dell'articolo 103, comma 2, del decreto-legge n. 18 del 2020, relative alla proroga oltre la data del 31 luglio 2020 della validità dei documenti unici di regolarità contributiva in scadenza tra il 31 gennaio 2020 e il 31 luglio 2020”*).

Appare palese, pertanto, che non vi sia alcun mendacio nelle dichiarazioni presentate alla data del 15.06.2020 dalla s.r.l. quale impresa ausiliaria.

Gli eventi citati, inoltre, non integrano neanche un caso di regolarizzazione postuma del requisito della regolarità contributiva, come paventato dalla ricorrente. Soccorre a tal punto proprio la giurisprudenza dalla stessa citata secondo la quale *“non sono consentite regolarizzazioni postume della posizione previdenziale, dovendo l'impresa essere in regola con l'assolvimento degli obblighi previdenziali ed assistenziali fin dalla presentazione dell'offerta e conservare tale stato per tutta la durata della procedura di aggiudicazione e del rapporto con la stazione appaltante, restando dunque irrilevante un eventuale adempimento tardivo dell'obbligazione contributiva”* (Cons. Stato, Ad. Plen., n. 10/2016, conforme Cons. Stato, Ad. Plen., n. 6/2016). Nel caso di specie infatti, ciò che è stato dimostrato in giudizio è che alla data dal 16.06.2020 (data di sostituzione) l'impresa ausiliaria era in possesso del requisito di cui all'art. 80, comma 4 del codice dei Contratti Pubblici (avendo la stessa già perfezionato il procedimento di rateizzazione dei debiti con gli enti previdenziali). Ad essere state regolarizzate sono semplicemente le risultanze del DURC, avendo gli enti previdenziali riallineato la posizione giuridica dell'impresa in attuazione dell'art. 2 del DM 31.01.2015 citato.

4.2 Con riferimento alla seconda questione la ricorrente lamenta la violazione dell'art. 89, comma 3, del Codice dei contratti pubblici (che così recita *“La stazione appaltante verifica, conformemente agli articoli 85, 86 e 88, se i soggetti della cui capacità l'operatore economico intende avvalersi, soddisfano i pertinenti criteri di selezione o se sussistono motivi di esclusione ai sensi dell'articolo 80. Essa impone all'operatore economico di sostituire i soggetti che non soddisfano un pertinente criterio di selezione o per i quali sussistono motivi obbligatori di esclusione”*).

La ricorrente censura, inoltre, il comportamento del Comune che non avrebbe potuto chiedere alla aggiudicataria l'indicazione di una nuova ausiliaria trattandosi della terza sostituzione cui la stessa amministrazione, nella propria nota del 9.06.2020, aveva posto un preciso limite, in autovincolo, precisando testualmente che *“non saranno concesse ulteriori sostituzioni ed, in difetto, si procederà alla revoca dell'aggiudicazione”*.

Sul punto occorre evidenziare che né nella legislazione nazionale né in quella comunitaria (ed in particolare nell'art. 89, comma 3 e nell'art. 63, comma 5 della direttiva 24/2014/UE) è dato rinvenire un limite alle possibilità di plurime o successive sostituzioni dell'impresa ausiliaria. Né tali limiti possono essere ricavati in via interpretativa poiché tale nuovo istituto (sconosciuto al precedente ordinamento sia nazionale che comunitario) risponde chiaramente ad una *ratio* riconducibile al più generale e noto principio del *favor participationis*. Anche la giurisprudenza ha avuto modo di precisare che la sostituzione dell'impresa ausiliaria risponde alla *“esigenza, stimata superiore, di evitare l'esclusione dell'operatore per ragioni a lui non direttamente riconducibili e, in questo modo, sia pure indirettamente, stimolare il ricorso all'avvalimento: il concorrente, infatti, può far conto sul fatto che, nel caso in cui l'ausiliaria non presenti i requisiti richiesti, potrà procedere alla sua sostituzione e non sarà, per solo questo fatto, escluso”* (Cons. Stato, sez. V, sent. n. 2527/2018; conformi Tar Salerno, sez. I, sent. n. 2272/2019, Cons. stato, sez. V, sent. n. 2551/2020).

Occorre evidenziare, inoltre, che il caso di specie non si appalesa neanche come una ipotesi di soccorso istruttorio, come paventato dalla ricorrente. Il caso in esame si inquadra esclusivamente nelle dinamiche richieste dall'istruttoria della sostituzione dell'impresa ausiliaria (art. 89, comma 3) e del procedimento di revoca.

Nel caso di specie, infine, non si rinviene neanche contraddittorietà nel comportamento dell'amministrazione in relazione alla revoca dalla aggiudicazione nel caso di ulteriori sostituzioni paventata nella nota del 09.06.2020, poiché la nuova ausiliaria indicata dall'aggiudicataria a seguito di tale comunicazione è proprio la s.r.l. ritenuta idonea.

Per tali ragioni il ricorso non può ritenersi fondato e pertanto dev'essere respinto.

5. Le spese di giudizio seguono la soccombenza nella misura indicata in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Condanna la Società ricorrente al pagamento delle spese processuali che liquida in euro 4.000,00 (quattromila/00) in favore del e in 4.000,00 (quattromila/00) in favore della impresa controinteressata, oltre accessori e oneri di legge.

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

Così deciso in Torino nella camera di consiglio del giorno 10 novembre 2020 tenutasi mediante collegamento da remoto in videoconferenza, secondo quanto previsto dall'art. 25, comma 2, del d.l. n. 137/2020, con l'intervento dei magistrati

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

IL SEGRETARIO