



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 Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3001 del 2012, integrato da motivi aggiunti,
proposto da:

Ati Dec - Deme Environmental Contractors N.V., Savarese Costruzioni Spa, Sled
Costruzioni Generali Spa, Iter Gestioni ed Appalti Spa, rappresentati e difesi dagli
avv. Mario Salvi, Nicola Salvi e Nica Rae, con domicilio eletto presso il primo in
Napoli, via Andrea D'Isernia, n. 16;

contro

Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, Provveditorato Interregionale Per Le
Oopp Campania - Molise, rappresentato e difeso per legge dall'Avvocatura di
Stato, con domicilio presso la sede in Napoli, via Diaz, n. 11;

nei confronti di

Ing. E. Mantovani Spa Ati, So.Co.Str.Mo. Srl, Giustino Costruzioni Spa,
rappresentati e difesi dall'avv. Angelo Clarizia, con domicilio eletto presso l'avv.
De Lorenzo Angelo in Napoli, viale Gramsci, n. 10;

per l'annullamento

con ricorso introduttivo:

- dell'aggiudicazione definitiva del 12.6.2012 in favore della costituenda ati ing. e. Mantovani spa della progettazione esecutiva, coordinamento della sicurezza in fase di progettazione e realizzazione dei lavori necessari per la rimozione della colmata a mare e bonifica dei fondali dell'area marina costiera del sito di interesse nazionale Bagnoli-Coroglio e di tutti gli atti di gara;
- di tutti gli atti connessi.

con motivi aggiunti depositati in data 24 aprile 2013:

- dei medesimi atti, ivi comprese tutte le determinazioni di ammissione dell'ati Mantovani alla procedura.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero e dell'ati Mantovani-So.Co.Stra.Mo.-Giustino Costruzioni;

Viste le memorie difensive e tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 3 luglio 2013 il dott. Michele Buonauro e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Le società ricorrenti, in qualità di componenti della costituenda ati, impugnano gli esiti della procedura di gara, indetta dalla Regione Campania, per l'affidamento della progettazione esecutiva, coordinamento della sicurezza in fase di progettazione e realizzazione dei lavori necessari per la rimozione della colmata a mare e bonifica dei fondali dell'area marina costiera del sito di interesse nazionale Bagnoli-Coroglio, pubblicata in G.u. n. 2 dell'8.1.2010.

La gara si è conclusa con l'aggiudicazione in favore dell'ati Mantovani-Socostramo-Giustino, la cui offerta ha raggiunto il punteggio complessivo di 99,85, a fronte

dell'offerta dell'ati ricorrente capeggiata dalla società Dec Deme Enviromental Contractors, cui sono stati attribuiti 97,70 punti.

Censurano l'ammissione in gara dell'ati controinteressata per violazione delle regole sulla ripartizione delle quote all'interno del raggruppamento, con specifico riguardo all'attività di progettazione, per mancata declaratoria della inutilizzabilità del contratto di avvalimento (autenticato con autocertificazione e sottoscritto dalla sola mandataria), per mancanza di verifica della inefficacia dei contratti di navigazione dei natanti messi a disposizione per esecuzione dei lavori, per insussistenza dei requisiti di cui all'art. 38 del codice dei contratti pubblici in capo alla mandante Giustino Costruzioni s.p.a.

La domanda incidentale di sospensione è stata respinta con ordinanza n. 997/12, confermata in sede di appello dal Consiglio di Stato con ordinanza n. 3354 del 2012.

Atteso il mancato perfezionamento della notifica del ricorso nei confronti della controinteressata, su istanza di parte, il Collegio, con ordinanza collegiale n. 665 del 2013 ha autorizzato la ricorrente alla rinotifica nel termine di trenta giorni e ha disposto una relazione istruttoria.

In data 12 marzo 2013 è stato depositato il ricorso rinotificato ed in data 15 marzo 2013 la stazione appaltante ha depositato la relazione illustrativa.

In relazione agli esiti di quest'ultima sono stati proposti motivi aggiunti, che corroborano con ulteriori argomentazioni i prospettati vizi dell'ammissione alla procedura della controinteressata aggiudicataria.

L'amministrazione statale e l'ati aggiudicataria resistono chiedendo la reiezione del ricorso e dei motivi aggiunti.

All'udienza del 3 luglio 2013 la causa è trattenute per la decisione.

DIRITTO

Il ricorso ed i connessi motivi aggiunti sono meritevoli di accoglimento.

Assume, a tal fine, carattere assorbente la disamina della censura volta a denunciare la mancanza dei requisiti di moralità in capo all'impresa Giustino Costruzioni s.p.a. mandante dell'a.t.i. aggiudicataria.

Ed invero a seguito dell'istruttoria disposta dal Collegio, è emerso che l'impresa era in regola con gli obblighi fiscali e contributivi alla data della presentazione dell'offerta, onde la dichiarazione resa dalla stessa ai sensi dell'articolo 38 del codice degli appalti deve ritenersi veritiera.

Tuttavia dal certificato rilasciato dall'Agenzia delle Entrate (prot. 2012/86726 del 14 giugno 2012 pervenuto al Ministero delle Infrastrutture il 21 giugno 2012) risultano una serie di pendenze fiscali derivanti dalla emissione di sette cartelle di pagamento, cinque delle quali coperte da un piano di rateizzo (con scadenza della prima rata il 18 giugno 2012), ed altre due per le quali la Giustino è obbligato solidale (cartella n. 09720110036161988 notificata il 10 marzo 2011 per un importo di 42.874 euro e cartella n. 29320060038874186 notificata il 17 gennaio 2007 per un importo di 185,53).

A fronte di tali risultanze deve ritenersi che la mandante Giustino, e per essa l'ati di cui è componente, non può essere affidataria dei lavori in esame.

In disparte la verifica del rispetto del piano di rateizzo (non essendovi prova in merito alla circostanza che lo stesso è stato onorato, tenuto anche conto della situazione di decozione societaria), nonché la cartella notificata nel 2007 (di trascurabile entità), la esistenza di un debito fiscale rilevante (per oltre 40.000 euro), da considerarsi definitivo per decorrenza del termine di impugnazione della relativa cartella di pagamento, rappresenta elemento ostativo alla stipulazione del contratto.

Non può dubitarsi che la regolarità contributiva e fiscale, richiesta come requisito indispensabile per la partecipazione alla gara ai sensi dell'art. 38 del d. lgs. n. 163/2006, deve essere poi mantenuta per tutto l'arco di svolgimento della gara

stessa (Consiglio Stato, sez. V, 6 marzo 2013 n. 1370 e sez. VI, 15 settembre 2010, n. 6907) fino al momento dell'aggiudicazione, nonché al momento della stipula del contratto, sussistendo l'esigenza per la stazione appaltante di verificare l'affidabilità del soggetto partecipante alla gara fino alla conclusione della stessa.

È perfino irrilevante un eventuale adempimento tardivo dell'obbligazione tributaria, seppure ricondotto retroattivamente (Consiglio di Stato, sez. VI, 2 maggio 2011, n. 2580). Una volta constatata la assenza di detto requisito essenziale per la partecipazione in corso di gara, non è quindi ammissibile alcuna conseguente regolarizzazione postuma, che si tradurrebbe, essenzialmente, in una integrazione dell'offerta proposta, configurandosi perciò come una violazione del principio della par condicio nei riguardi di altri concorrenti che, nei termini imposti, hanno osservato le regole del bando.

Vale appena soggiungere, quanto alla doverosità della misura espulsiva, che, ai sensi dell'art. 38, comma 1, lettera g), del d. lgs. n. 163/2006, ogni violazione, anche di importo esiguo, dà luogo all'esclusione senza che sia consentito all'Amministrazione che ha bandito la gara, e tanto meno al concorrente, valutare la rilevanza e la buona o mala fede del contribuente, giacché tale valutazione - diversamente dalle ipotesi di cui alle lett. e) ed f) del d.lgs. n. 163/2006 - è stata evidentemente effettuata dal legislatore in ragione dello scopo della norma, tesa a garantire non solo l'affidabilità dell'offerta e nell'esecuzione del contratto, ma anche la correttezza e la serietà del concorrente.

Tale interpretazione della norma è invero fedele al chiaro significato letterale della legge - canone ermeneutico comunque primario ai sensi dell'art. 12 preleggi - a nulla rilevando, per la fattispecie per cui è causa, le modifiche intervenute per effetto del D.L. n. 70/2011, convertito con l. n. 106/2011, inapplicabile nel presente giudizio *ratione temporis*, trattandosi di gara bandita prima della relativa entrata in vigore (14 maggio 2011).

Lo *jus superveniens* conseguente al sopra citato d.l. può peraltro avvalorare la tesi formulata dal Collegio, perché l'inserimento del requisito della "gravità," accanto a quello confermato della "definitività" della violazione fiscale, costituisce indiretta conferma della non rilevanza dell'entità dell'inadempimento tributario per tutte le gare bandite durante il regime normativo precedente (rientrando nella discrezionalità del legislatore la scelta di elevare la mera regolarità fiscale, definitivamente accertata, a requisito soggettivo di partecipazione).

È invero del tutto ininfluenza la modestia dell'entità del debito definitivamente accertato, non disponendo la stazione appaltante di alcuno spazio per un apprezzamento discrezionale della gravità e del sottostante elemento psicologico della violazione (Consiglio di Stato, sez. V, 10 agosto 2010, n. 5556 e 15 ottobre 2009, n. 6325).

Quanto alla contestazione della avvenuta notifica delle due cartelle sopra menzionate occorre rilevare che le questioni attinenti alla validità e veridicità delle risultanze del certificato rilasciato dall'Agenzia delle Entrate non possono trovare ingresso in sede di contenzioso sulla procedura di gara, essendo la stazione appaltante vincolata agli esiti della certificazione.

In base alle sopra esposte argomentazioni il ricorso deve essere accolto con pronuncia compiutamente satisfattiva in quanto, escludendo dal procedimento di gara il raggruppamento aggiudicatario, dà titolo alla ricorrente, che ha presentato la seconda migliore offerta, di aggiudicarsi l'appalto, alle condizioni di legge.

Gli ulteriori profili restano assorbiti.

Non vi ha luogo a pronuncia sul contratto, che allo stato non risulta sottoscritto.

In conclusione, il ricorso ed i connessi motivi aggiunti devono essere accolti, con compensazione delle spese di causa in virtù della peculiarità del caso.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Prima),definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, e sui connessi motivi aggiunti li accoglie e, per l'effetto, annulla gli atti impugnati. Spese compensate, fatto salvo il contributo unificato da porre a carico dell'amministrazione resistente e della controinteressata, in solido, come per legge. Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa. Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 3 luglio 2013 con l'intervento dei magistrati:

Cesare Mastrocola, Presidente

Michele Buonauro, Consigliere, Estensore

Carlo Dell'Olio, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 17/07/2013

IL SEGRETARIO

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