

Tar Calabria, sez. staccata di Reggio Calabria, sentenza n. 665 del 14 novembre 2019

Fase di offerta – Mancanza requisiti ex art. 80 del D.lgs. 50/2016 - Esclusione RTI – Non ammessa modifica soggettiva

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria

Sezione Staccata di Reggio Calabria

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 432 del 2019, proposto da:
....., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

....., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;
....., non costituito in giudizio;

nei confronti

..... S.r.l., in proprio e quale capogruppo mandataria del RTI con l'impresa, e l'impresa S.r.l., in proprio e quale mandante del RTI con la capogruppo S.r.l., in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentati e difesi dagli avvocati, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio in Reggio Calabria, via

per l'annullamento

della nota, inviata via PEC il 2 luglio 2019, con cui la SUA ha comunicato l'esclusione del RTI Vetta Costruzioni dalla gara, nonché della nota prot. n. 66611 del 16 luglio 2019 con cui la SUA ha confermato l'esclusione e respinto l'istanza tesa a sostituire

la ditta mandante, nonché, ove occorra, del bando di gara, ove le sue disposizioni dovessero ritenersi ostative alle interpretazioni propugnate con i motivi di ricorso.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio delle imprese S.r.l. ed S.r.l. e della Città Metropolitana di Reggio Calabria;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 23 ottobre 2019 la dott.ssa Caterina Criscenti e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Vetta Costruzioni S.r.l. ha impugnato due diversi atti, ossia la nota, inviata via PEC il 2 luglio 2019, con cui la SUA le comunicava l'esclusione dalla gara per "interventi di riqualificazione e restauro conservativo del castello medievale di Condojanni e completamento del restauro di Palazzo Vitale a S. Ilario dello Jonio" di cui era rimasta aggiudicataria, e la nota prot. n. 66611 del 16 luglio 2019, con cui la SUA confermava l'esclusione e respingeva l'istanza tesa a sostituire la ditta mandante, che in sede di verifica del DURC non era risultata regolare per i contributi INPS.

Avverso l'esclusione operata con provvedimento del 2 luglio 2019 la società deduce:

1) *Violazione e falsa applicazione dell'art. 80, co. 5, lett. a), d.lgs. n. 50/2016 e co.6 e dell'art. 30, co.3, del d.lgs. n. 50/2018 e ss.mm.ii., - Violazione dei principi generali di imparzialità, ragionevolezza, proporzionalità e massima partecipazione - Eccesso di potere per difetto di istruttoria, di motivazione e di presupposti, travisamento e sviamento di potere;* avverso la mancata sostituzione della ditta mandante, comunicata con la nota del 16

luglio 2019, deduce: 2) *Violazione dell'art. 48 commi 18 e 19-ter del d.lgs. n. 50/2016. Eccesso di potere per travisamento dei fatti e carenza dei presupposti.*

2. Si sono costituiti in giudizio sia la Città Metropolitana che il controinteressato RTI, producendo memorie e documenti e concludendo per il rigetto del ricorso.

3. Con ordinanza n. 193 del 5 settembre 2019 la Sezione ha respinto la domanda cautelare e, al contempo, ha richiesto alla stazione appaltante di depositare, entro il 25 settembre 2019, “i documenti in base ai quali il provvedimento impugnato, privo di data e comunicato alla ricorrente a mezzo pec il giorno 2 luglio 2019, è stato emanato e, specificatamente:

1) richiesta DURC, a carico dell'impresa, effettuata in sede di verifica amministrativa, da cui si deduca anche la data del suo invio;

2) documento dal quale si evinca la data di compilazione del DURC prot. INAIL n. 16747089 e la data di ricezione da parte della SUA”.

In data 23 settembre 2019 l'amministrazione ha depositato la “stampa interrogazione” del 9 settembre 2019, relativa alla richiesta on line di DURC, e la “nota Inail del 28.6.19, trasmessa con pec del 28.6.19 ed acquisita dalla SUA della Città Metropolitana con prot. 61905 del 01.07.19”.

4. In vista della trattazione del merito la Città Metropolitana e la controinteressata hanno depositato memorie e all'udienza pubblica del 23 ottobre 2019 la causa è stata chiamata e posta in decisione.

5. Occorre, in via preliminare, ricostruire i passaggi salienti del segmento procedimentale che ha condotto all'esclusione della società ricorrente dalla gara, come desumibili anche dalla documentazione prodotta a seguito dell'ordinanza n. 193/2019.

Il R.T.I. Costruzioni s.r.l. (capogruppo), s.r.l. (mandante) e (mandante) ha partecipato al bando di gara del 7 dicembre 2018 indetto dalla SUA

Provinciale della Città Metropolitana di Reggio Calabria, con amministrazione aggiudicatrice il Comune di

La gara ha ad oggetto “interventi di riqualificazione e restauro conservativo del castello medievale di Condojanni e completamento del restauro di Palazzo Vitale a S. Ilario dello Jonio”, per un importo complessivo di € 920.501,87, oltre IVA.

Con nota che la parte riferisce di aver conosciuto il 26 aprile 2019 la SUA ha comunicato l’aggiudicazione in favore del RTI Costruzioni, in esito alla seduta pubblica del 10 aprile 2019, con il punteggio complessivo di 91,897 e il ribasso del 22,159%.

La SUA avviava la fase di verifica dei requisiti e richiedeva all’INAIL il DURC.

Con nota del 28 giugno 2019, protocollata dalla Città Metropolitana il giorno 1° luglio 2019, l’INAIL rendeva disponibile il DURC, che risultava “non regolare” per debiti INPS per complessivi € 24.416,03.

Con nota inviata con pec il 2 luglio 2019 la SUA comunicava l’esclusione del raggruppamento in applicazione dell’art. 80, comma 4, D.lgs. n. 50/2016 e la revoca dell’aggiudicazione.

Con nota dell’11 luglio 2019 Costruzioni s.r.l. chiedeva di poter essere riammessa in gara previa sostituzione, ai sensi dell’art. 48 comma 18 e 19-ter del d.lgs. n. 50/2016, della mandante (ditta) che in corso di gara aveva perso i requisiti, indicando la nuova ditta e producendo la relativa documentazione.

Con nota prot. n. 66611 del 16 luglio 2019 la SUA respingeva l’istanza e confermava l’esclusione, sostenendo che sulla base dell’interpretazione fornita da ANAC non era applicabile la norma invocata per sostituire una mandante che ha perso i requisiti di qualificazione in corso di gara invece che nella successiva fase di esecuzione.

6. Ciò puntualizzato, può procedersi all’esame delle censure dedotte in ricorso.

6.1. Con la prima, formulata avverso il provvedimento di esclusione, la società, precisato che l’esclusione è dipesa dalla notifica, in data 13 giugno 2019, di due avvisi

di addebito INPS, di poco superiori ai 20mila euro, a carico della ditta individuale, deduce che nel caso in oggetto non ricorrevano le condizioni di definitività di cui all'art. 80 del D.lgs. n. 50/2016, posto che il provvedimento di esclusione era stato emesso prima della scadenza del termine dei 40 giorni per proporre impugnazione e prima che scadesse il termine dei 60 giorni per provvedere al pagamento ai sensi dell'art. 30 D.L. n. 78/2010; segnala inoltre che la ditta si è subito attivata per il pagamento, presentando istanza di rateizzazione in data 27 giugno 2019, protocollata con il n. 103498, accolta dall'Agenzia delle Entrate in data 11 luglio 2019.

Conclude, dunque, sostenendo che il provvedimento di esclusione non poteva essere emesso in quanto non erano decorsi né i termini per l'impugnazione, né i termini per adempiere alla richiesta di pagamento, per cui mancava il requisito della definitività.

6.1.1. Il motivo non è fondato.

Esso muove, infatti, dal presupposto che l'irregolarità registrata nel DURC e la conseguente esclusione dalla gara siano dipesi dai due avvisi di addebito ricevuti dalla ditta dopo l'aggiudicazione, presupposto che non solo non risulta dimostrato, ma che risulta inficiato nella sua veridicità da altri elementi documentali. Sussiste, infatti, una rilevante discrasia tra l'importo segnalato nel DURC non regolare del 28 giugno 2019 (€ 24.416,03) e la somma degli importi portati dai due avvisi di addebito prodotti dalla ricorrente (€ 10.026,93 + 9.962,97 oltre oneri di riscossione), datati 8 giugno 2019.

In ragione di tale discrasia non risulta, quindi, comprovato che l'irregolarità segnalata nel DURC del 28 giugno 2019 coincida con i due avvisi ricevuti dopo la partecipazione di alla gara, come la ricorrente ipotizza, potendo anche verosimilmente riguardare o comprendere altre violazioni, oltre quelle di cui agli avvisi, di cui nulla è dato sapere.

Già tale elemento osta all'accoglimento della censura formulata.

6.1.2. Va, inoltre, rammentato che la verifica ai sensi dell'art. 80 cit. attiene ai requisiti autodichiarati dall'aggiudicatario, sicchè, per quanto qui interessa, può costituire causa di esclusione *ex art. 80* un DURC non regolare alla data della domanda di partecipazione alla gara (nella specie il termine di partecipazione scadeva il 17 gennaio 2019).

Tuttavia il DURC prodotto non indica la data alla quale i requisiti sono stati verificati, ma solo quella della richiesta presentata all'INAIL. Neppure la disposta istruttoria ha chiarito quest'elemento, poiché essa è stata eseguita parzialmente dalla Città Metropolitana, che si è limitata a depositare la "stampa interrogazione", da cui emerge, tra l'altro, una data diversa dell'invio della richiesta della SUA rispetto a quella indicata nel DURC non regolare prodotto (ossia il 4 giugno, e non il 2 giugno 2019 come indicato nel DURC).

Non è stata, infatti, prodotta la richiesta inoltrata all'INAIL dalla SUA, che è ciò che il Tribunale aveva espressamente richiesto per una più completa ricostruzione della vicenda, sicchè non è possibile verificarne il contenuto ed in particolare se il DURC è stato espressamente domandato per verifica autodichiarazione e, quindi, con riferimento alla data di presentazione dell'offerta. Peraltro, parte ricorrente non si è fatta carico di questo aspetto della vicenda e in ricorso, come negli atti successivi, si è limitata a contestare il carattere non definitivo della violazione risultante dal DURC, sul presupposto, tutt'altro che evidente, che l'irregolarità attenesse agli inadempimenti emergenti dai recenti avvisi di addebito.

6.1.3. Ma non solo non vi è chiarezza alcuna, come si è già detto, sulla natura e genesi del debito riportato nel DURC, ma non è neppure pacifico che quelli riportati negli avvisi di addebito siccome relativi a contributi IVS ma anche a modelli DM10 sanzionati ai sensi dell'art. 116, comma 8, l.n. 388/00 sia lett. a) che lett. b), possano dirsi debiti non definitivamente accertati (per la loro definitività v. TAR Lazio, III,

29 ottobre 2013, n. 9216). Anche su quest'aspetto sostanziale la difesa della ricorrente nulla ha rilevato, essendosi limitata a porre l'accento esclusivamente sulla data di notifica degli avvisi di addebito.

Sulla base delle considerazioni che precedono, non essendo stata compiutamente contestata la regolarità della registrazione dei dati emergenti dal DURC, unico profilo su cui può, peraltro, incentrarsi il sindacato incidentale del giudice in materia, il motivo deve essere respinto.

6.2. Col secondo motivo la ricorrente deduce che in applicazione dell'art. 48, comma 19 *ter*, D.lgs. n. 50/2016 dovesse essere accolta l'istanza di sostituzione della mandante che in fase di gara aveva perso il requisito della regolarità contributiva di cui all'art. 80.

Sostiene la ricorrente che se una mandante perde i requisiti di cui all'art. 80, non solo in corso di esecuzione (come indicato dal comma 18), ma anche in fase di gara come avvenuto nel caso di specie, in base al predetto comma 19 *ter* può essere sostituita da altro operatore.

La censura non è meritevole di accoglimento.

6.2.1. Il comma 18, come modificato dall'art. 32, comma 1, lett. e), D.lgs. 19 aprile 2017, n. 56, definisce le fattispecie in cui è possibile escludere dal raggruppamento un mandante, ovvero sostituirlo con un altro, ossia: "in caso di fallimento, liquidazione coatta amministrativa, amministrazione controllata, amministrazione straordinaria, concordato preventivo ovvero procedura di insolvenza concorsuale o di liquidazione di uno dei mandanti ovvero, qualora si tratti di imprenditore individuale, in caso di morte, interdizione, inabilitazione o fallimento ovvero in caso di perdita, in corso di esecuzione, dei requisiti di cui all'articolo 80, ovvero nei casi previsti dalla normativa antimafia".

Il comma 19 *ter*, aggiunto pure dall'art. 32, comma 1, lett. h), D.lgs. n. 56/2017, ha stabilito che “le previsioni di cui ai commi 17, 18 e 19 trovano applicazione anche laddove le modifiche soggettive ivi contemplate si verificano in fase di gara”.

6.2.2. Ciò precisato, il Collegio condivide la tesi, già espressa in giurisprudenza (v. Cons. St., V, 18 febbraio 2019, n. 1116; TAR Lazio, II *ter*, 26 luglio 2019, n. 10033), secondo cui le disposizioni in esame consentono la sostituzione del mandante nei soli casi di “modifiche soggettive” (per le società, fallimento, liquidazione coatta amministrativa, amministrazione controllata, amministrazione straordinaria, concordato preventivo ovvero procedura di insolvenza concorsuale o di liquidazione di uno dei mandanti e, nei casi di imprenditore individuale, morte, interdizione, inabilitazione o fallimento), previste dal comma 18, e non anche nell'ipotesi di perdita dei requisiti di cui all'art. 80 D.lgs. n. 50/16 in corso di gara, pure prevista dal medesimo comma 18 come causa di sostituzione della mandante ma nella (sola) fase esecutiva.

Il comma 18 è stato, infatti, modificato dal medesimo D.lgs. n. 56/2017, con l'espressa, eccezionale, ma limitata previsione della modifica del raggruppamento anche “in caso di perdita, in corso di esecuzione, dei requisiti di cui all'articolo 80”, ipotesi prima non prevista. Sarebbe, dunque, illogico che l'estensione “alla fase di gara” di cui al comma 19 *ter*, introdotto dallo stesso ‘decreto correttivo’. vada a neutralizzare la specifica e coeva modifica del comma 18 (così anche ANAC, delib. n. 555 del 12 giugno 2019).

Ne consegue che la mancanza del requisito di cui all'art. 80, comma 4, D.lgs. n. 50/16, in riferimento all'accertata irregolarità contributiva della mandante, non poteva essere “sanata” con la sostituzione della stessa.

6.2.3. Si aggiunga che in ogni caso, anche a voler seguire la tesi prospettata dalla ricorrente, non vi sono sufficienti elementi, per le ragioni prima espresse sub §§ 6.1.1., 6.1.2. e 6.1.3., per ritenere che la perdita del requisito sia avvenuta in fase di

gara e non si tratti invece di un requisito, quello della regolarità contributiva e previdenziale, mancante *ab initio*.

7. Per tutte le ragioni fin qui espresse il ricorso deve essere rigettato.

Le spese della lite seguono il principio della soccombenza e sono, pertanto, poste a carico della parte ricorrente, nella misura liquidata in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria, Sezione Staccata di Reggio Calabria, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Condanna Costruzioni S.r.l al pagamento, in favore della resistente Città Metropolitana di Reggio Calabria e del controinteressato raggruppamento, delle spese della lite che liquida in € 2.000,00, oltre accessori come per legge, per ciascuna parte.

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

Così deciso in Reggio Calabria nella camera di consiglio del giorno 23 ottobre 2019 con l'intervento dei magistrati:

IL PRESIDENTE, ESTENSORE

IL SEGRETARIO