



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 la Puglia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

- sul ricorso numero di registro generale 1476 del 2007, proposto da Acciona Agua s.a., in proprio e nella qualità di impresa capogruppo dell'a.t.i. con le società Opus Gas Metano s.r.l., Lombardi Eco-logia s.r.l., La Lucente s.p.a. e Apulia s.r.l., rappresentata e difesa dagli avv.ti Sante Nardelli e Gio-vanni Vittorio Nardelli, con domicilio eletto presso gli stessi in Bari, piazza Umberto I, 62;

contro

Acquedotto Pugliese s.p.a., rappresentata e difesa dall'avv. Giovanni Nardelli, con domicilio eletto presso il suo studio in Bari, via Putignani, 128; Istituto Nazionale della Previdenza Sociale, rappresentato e difeso dagli avv.ti Fabrizio Correra, Antonio Lisanti e Luigi Loizzi, con domicilio eletto presso l'Avvocatura dell'Istituto in Bari, via Putignani, 108;

nei confronti di

Conscoop (Consorzio fra Cooperative di produzione e lavoro), in proprio e quale mandataria dell'a.t.i. con Conte Antonio e Italcappa Cooperativa sociale a r.l., rappresentata e difesa dagli avv.ti Federico Massa e Domenico Mastrolia, con domicilio eletto presso l'avv. Pierluigi Balducci in Bari, via Melo, 112;

- sul ricorso numero di registro generale 1497 del 2007, integrato da motivi aggiunti, proposto da La Lucente Spa, rappresentata e difesa dall'avv. Giacomo Valla, con domicilio eletto presso il suo studio in Bari, via Q. Sella, 36;

contro

Acquedotto Pugliese s.p.a., rappresentata e difesa dall'avv. Giovanni Nardelli, con domicilio eletto presso il suo studio in Bari, via Putignani, 128; Istituto Nazionale della Previdenza Sociale, rappresentato e difeso dagli avv.ti Antonio Lisanti e Luigi Loizzi, con domicilio eletto presso l'Avvocatura dell'Istituto in Bari, via Putignani, 108; Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Bari, domiciliata in Bari, via Melo, 97;

nei confronti di

Conscoop (Consorzio fra Cooperative di produzione e lavoro), in proprio e quale mandataria dell'a.t.i. con Conte Antonio e Italcappa Cooperativa sociale a r.l., rappresentata e difesa dagli avv.ti Federico Massa e Francesco Cantobelli, con domicilio eletto presso l'avv. Pierluigi Balducci in Bari, via Melo, 112;

- sul ricorso numero di registro generale 1586 del 2007, proposto da Opus Gas Metano s.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. Luca Alberto Clarizio, con domicilio eletto presso il suo studio in Bari, via De Nicolò, 7;

contro

Acquedotto Pugliese s.p.a., rappresentata e difesa dall'avv. Giovanni Nardelli, con domicilio eletto presso il suo studio in Bari, via Putignani, 128;

nei confronti di

Conscoop (Consorzio fra Cooperative di produzione e lavoro), in proprio e quale mandataria dell'a.t.i. con Conte Antonio e Italcappa Cooperativa sociale a r.l., rappresentata e difesa dagli avv.ti Federico Massa e Francesco Cantobelli, con domicilio eletto presso l'avv. Pierluigi Balducci in Bari, via Melo, 112;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia,

quanto al ricorso n. 1476 del 2007:

- del provvedimento del 13.7.2007 con cui l'Acquedotto Pugliese s.p.a. ha disposto l'esclusione dell'a.t.i. rappresentata dalla società Pridesa Proyectos y Servicios s.a. dalla gara per l'appalto del servizio di custodia, conduzione e ispezione, compresa l'attività di pronto intervento, pulizia e sanificazione delle opere fognarie, nonché dei lavori di manutenzione ordinaria sulle reti idriche negli abitati dell'Ambito 7, procedendo altresì all'incameramento della cauzione provvisoria di Euro 131.058,00 ed alla segnalazione all'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici;
- del provvedimento del 16.7.2007 con cui è stata comunicata la sopradetta esclusione;
- degli atti e provvedimenti presupposti e connessi, ivi compresi la nota del 28.6.2007 a firma del responsabile del procedimento e Dirigente della Direzione approvvigionamenti e contratti, il parere dell'Unità tutela giuridica del 25.6.2007, la nota del 3.7.2007 di comunicazione dell'avvio del procedimento, la nota del 12.7.2007 dell'Unità tutela giuridica, la nota del 9.8.2007;
- del documento unico di regolarità contributiva (d.u.r.c.) datato 11.5.2007, citato nel provvedimento impugnato, e delle note I.N.P.S. del 20.6.2007 nelle quali si afferma che la società Lucente s.p.a., alle date del 3.8.2006 e del 18.10.2006, "non può essere considerata regolare" in relazione agli obblighi contributivi, previdenziali ed assistenziali;
- nonché della determinazione (non conosciuta) con cui l'Acquedotto Pugliese s.p.a. ha aggiudicato la gara in favore dell'a.t.i. Conscoop (Consorzio fra Cooperative di produzione e lavoro);

quanto al ricorso n. 1497 del 2007:

- del provvedimento n. 51228 del 13.7.2007, con cui l'Acquedotto Pugliese s.p.a. ha disposto l'esclusione dell'a.t.i. rappresentata dalla società Pridesa Proyectos y Servicios s.a. dalla gara per l'appalto del servizio di custodia, conduzione e ispezione, compresa l'attività di pronto intervento, pulizia e sanificazione delle opere fognarie, nonché dei lavori di manutenzione ordinaria sulle reti idriche negli abitati dell'Ambito 7, procedendo altresì all'incameramento della cauzione provvisoria di Euro 131.058,00 ed alla segnalazione all'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici;
- ove occorra, dei documenti unici di regolarità contributiva (d.u.r.c.) citati nel suddetto provvedimento, nonché le note dell'I.N.P.S. nn. 74970 e 74873 del 20.6.2007;

- della determinazione dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture del 3.3.2008, recante iscrizione nel casellario informatico del suddetto provvedimento di esclusione, con applicazione della sanzione della sospensione per un anno a decorrere dal 27.9.2007, nonché della presupposta nota di comunicazione dell'Acquedotto Pugliese s.p.a.;

- della determinazione del Consiglio dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture n. 1 del 10.1.2008, con la quale è stata estesa ai contratti di servizi e forniture la disciplina del casellario informatico;

- ed inoltre per il risarcimento del danno ingiusto;

quanto al ricorso n. 1586 del 2007:

- del provvedimento n. 51228 del 13.7.2007, con cui l'Acquedotto Pugliese s.p.a. ha disposto l'esclusione dell'a.t.i. rappresentata dalla società Pridesa Proyectos y Servicios s.a. dalla gara per l'appalto del servizio di custodia, conduzione e ispezione, compresa l'attività di pronto intervento, pulizia e sanificazione delle opere fognarie, nonché dei lavori di manutenzione ordinaria sulle reti idriche negli abitati dell'Ambito 7, procedendo altresì all'incameramento della cauzione provvisoria di Euro 131.058,00 ed alla segnalazione all'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici;

- di ogni altro atto presupposto e conseguente, ivi compreso il provvedimento n. 62224 del 7.9.2007 di aggiudicazione dell'appalto in favore dell'a.t.i. Conscoop (Consorzio fra Cooperative di produzione e lavoro)

Visti i ricorsi con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Acquedotto Pugliese s.p.a., Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, Istituto Nazionale della Previdenza Sociale, Conscoop (Consorzio fra Cooperative di produzione e lavoro);

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 2 aprile 2008 e del giorno 9 maggio 2008 il dott. Savio Picone e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

L'Acquedotto Pugliese s.p.a. indiceva gara d'appalto per l'affidamento quadriennale del servizio di custodia, conduzione e ispezione, compresa l'attività di pronto intervento, pulizia e sanificazione delle opere fognarie, nonché dei lavori di manutenzione ordinaria delle reti idriche, ubicate negli abitati dell'Ambito 7, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, di importo a base d'asta pari a Euro 13.105.714,04.

Con provvedimento del 7.12.2006 la gara veniva aggiudicata all'a.t.i. Costruzioni RUTA s.r.l.; in graduatoria, seguivano nell'ordine l'a.t.i. D'Agostino Rag. Francesco Costruzioni s.r.l., l'a.t.i. Pride-sa Proyectos y Servicios s.a., l'a.t.i. Conscoop (Consorzio fra Cooperative di produzione e lavoro).

A seguito delle rituali verifiche sul possesso dei requisiti dichiarati dalle imprese aggiudicatrici, la stazione appaltante disponeva l'esclusione dalla gara dell'a.t.i. Costruzioni RUTA s.r.l. ed annullava in autotutela l'aggiudicazione già disposta in favore della stessa.

L'appalto veniva quindi aggiudicato alla seconda classificata a.t.i. D'Agostino Rag. Francesco Co-struzioni s.r.l., con provvedimento del 10.5.2007. Tuttavia, anche nei confronti di quest'ultima veniva successivamente disposta l'esclusione.

Uguale sorte toccava alle società ricorrenti, facenti parte di unico raggruppamento d'impresе: la stazione appaltante infatti riscontrava difformità tra il contenuto delle dichiarazioni presentate, nella fase di prequalificazione, dalle mandanti Opus Gas Metano s.r.l. e La Lucente s.p.a., circa l'insussistenza delle cause di esclusione dalle gare d'appalto di cui all'art. 38 del d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163, e le informazioni provenienti dagli enti previdenziali e ricavabili dai casellari giudiziari dei rispettivi amministratori.

Pertanto, con l'impugnato provvedimento del 13.7.2007, veniva disposta l'esclusione dalla gara dell'a.t.i. Pridesa Proyectos y Servicios s.a., accompagnata dall'incameramento della cauzione provvisoria e alla segnalazione all'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici.

Ne seguiva l'aggiudicazione alla quarta classificata a.t.i. Conscoop (Consorzio fra Cooperative di produzione e lavoro), disposta con provvedimento del 7.9.2007, anch'esso oggetto di gravame.

In pendenza di giudizio, l'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici comunicava in data 3.3.2008 alle ricorrenti La Lucente s.p.a. e Opus Gas Metano s.r.l. l'avvenuta annotazione, nel casellario informatico degli operatori economici, del

provvedimento di esclusione e la conseguente applicazione della sospensione di un anno (ai sensi dell'art. 38, 1° comma – lett. h, del d. lgs. 12 aprile 2006 n. 163) con decorrenza dal 27.9.2007.

Con il primo dei ricorsi in esame, notificato il 18.10.2007 ed iscritto al numero di registro generale 1476 del 2007, la Acciona Agua s.a. (già Pridesa Proyectos y Servicios s.a.) impugna gli atti meglio specificati in epigrafe, deducendo in sintesi:

1) violazione degli artt. 38 e 48 del d. lgs. 12 aprile 2006 n. 163, in relazione alla pretesa esistenza di autocertificazioni non veritiere che avrebbero causato la turbativa del procedimento di gara e l'esclusione dell'a.t.i. ricorrente; violazione del § III.2.1 del bando di gara e degli artt. 75 e 76 del d.p.r. 28 dicembre 2000 n. 445 e del § VI.3 del bando di gara, nella parte in cui prevede l'esclusione del concorrente in caso di dichiarazione non veritiera; eccesso di potere per motivazione contraddittoria, sviamento, contraddittorietà, disparità di trattamento;

2) violazione della normativa di gara e dei principi generali in materia di procedure di evidenza pubblica, dei principi della par condicio tra i concorrenti, del favor participationis, di buon andamento e imparzialità dell'azione amministrativa; eccesso di potere per illogicità della motivazione ed erroneità dei presupposti di fatto e di diritto, violazione del principio del giusto procedimento; violazione degli artt. 49 e 50 del Trattato CE;

3) violazione dell'art. 46 del d. lgs. 12 aprile 2006 n. 163, della normativa di gara e dei principi generali in materia di procedure di evidenza pubblica, del principio della par condicio tra i concorrenti, del favor participationis; eccesso di potere per illogicità e perplessità della motivazione e travisamento dei presupposti di fatto;

4) violazione dell'art. 38 del d. lgs. 12 aprile 2006 n. 163 e degli artt. 3 e 10 della legge 7 agosto 1990 n. 241; eccesso di potere per carenza di istruttoria, difetto di motivazione, erroneità dei presupposti;

5) violazione dell'art. 38 del d. lgs. 12 aprile 2006 n. 163 e degli artt. 3 e 10 della legge 7 agosto 1990 n. 241; eccesso di potere per carenza di istruttoria, difetto di motivazione, erroneità dei presupposti;

6) violazione dell'art. 38 del d. lgs. 12 aprile 2006 n. 163, in relazione alla causa di esclusione costuita dalla commissione di violazioni gravi, definitivamente accertate alle norme in materia di contributi previdenziali e assistenziali; violazione degli artt. 3 e 10 della legge 7 agosto 1990 n. 241; eccesso di potere per carenza di istruttoria e difetto di motivazione, erroneità dei presupposti, contraddittorietà

con precedenti provvedimenti; illegittimità dei documenti unici di regolarità contributiva (d.u.r.c.) rilasciati dagli istituti previdenziali;

7) violazione dell'art. 38 del d. lgs. 12 aprile 2006 n. 163, con riferimento alla causa di esclusione costituita dall'aver riportato condanne penali passate in giudicato, decreti penali irrevocabili o sentenze di applicazione della pena su richiesta delle parti per reati gravi in danno dello Stato o della Comunità che incidono sulla moralità professionale; violazione degli artt. 3 e 10 della legge 7 agosto 1990 n. 241; eccesso di potere per carenza di istruttoria, difetto di motivazione e contraddittorietà con precedenti provvedimenti;

8) violazione e falsa applicazione dell'art. 38 del d. lgs. 12 aprile 2006 n. 163; eccesso di potere per difetto di motivazione e di istruttoria;

9) violazione e falsa applicazione dell'art. 48 del d. lgs. 12 aprile 2006 n. 163 ed eccesso di potere per difetto di istruttoria; illegittimità derivata dalla disposta esclusione, con riferimento all'incameramento della cauzione ed alla segnalazione all'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici;

10) violazione e falsa applicazione dell'art. 48 del d. lgs. 12 aprile 2006 n. 163 ed eccesso di potere per difetto di istruttoria.

Si sono costituite in giudizio l'Acquedotto Pugliese s.p.a. e la controinteressata Conscoop (Consorzio fra Cooperative di produzione e lavoro), argomentando per l'improcedibilità ovvero l'infondatezza del ricorso. L'Istituto Nazionale della Previdenza Sociale ha depositato mandato alle liti, senza svolgere difese.

Con il secondo dei ricorsi in epigrafe, notificato il 18.10.2007 ed iscritto al numero di registro generale 1497 del 2007, la società La Lucente s.p.a. chiede l'annullamento del provvedimento di esclusione n. 51228 del 13.7.2007 e dei successivi atti adottati dall'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici (questi ultimi impugnati con motivi aggiunti notificati il 12.3.2008), oltre al risarcimento del danno ingiusto, deducendo in sintesi:

1) violazione dell'art. 38 del d. lgs. 12 aprile 2006 n. 163 ed eccesso di potere per sviamento, erroneità dei presupposti e contraddittorietà (in relazione all'asserita violazione degli obblighi contributivi);

2) violazione dell'art. 38 del d. lgs. 12 aprile 2006 n. 163 ed eccesso di potere per sviamento ed erroneità dei presupposti (in relazione al precedente penale ascritto al legale rappresentante sig. Giuseppe Volpe);

3) violazione dell'art. 38 del d. lgs. 12 aprile 2006 n. 163 ed eccesso di potere per sviamento, erroneità e travisamento dei presupposti (in relazione alle asserite dichiarazioni mendaci);

4) violazione dei principi generali dell'ordinamento ed eccesso di potere per sviamento ed erroneo apprezzamento dei presupposti (in relazione all'insussistenza di intento fraudolento);

5) violazione degli artt. 38 e 48 del d. lgs. 12 aprile 2006 n. 163 ed eccesso di potere per sviamento ed erroneità dei presupposti (in relazione all'incameramento della cauzione provvisoria ed alla segnalazione all'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici);

6) violazione dell'art. 38 del d. lgs. 12 aprile 2006 n. 163 ed eccesso di potere per sviamento ed erroneità dei presupposti, in relazione agli addebiti mossi alla Opus Gas Metano s.r.l.;

7) violazione dell'art. 38 del d. lgs. 12 aprile 2006 n. 163 ed eccesso di potere per sviamento ed erroneità dei presupposti, in relazione agli addebiti mossi alla Opus Gas Metano s.r.l.;

8) eccesso di potere per sviamento ed erroneità dei presupposti, in relazione agli addebiti mossi alla Opus Gas Metano s.r.l.;

I) illegittimità derivata delle determinazioni dell'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici;

II) illegittimità dell'iscrizione nel casellario informatico per violazione dell'art. 48 del d. lgs. 12 aprile 2006 n. 163, violazione dell'art. 7 della legge 7 agosto 1990 n. 241 ed eccesso di potere per sviamento, omessa istruttoria, motivazione carente e difetto dei presupposti;

III) illegittimità dell'iscrizione nel casellario informatico per difetto di istruttoria ed omesso apprezzamento dei presupposti;

IV) illegittimità della determinazione dell'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici n. 1 del 10.1.2008 per incompetenza e violazione dell'art. 5 del d. lgs. 12 aprile 2006 n. 163;

V) illegittimità dell'iscrizione nel casellario informatico per violazione dell'art. 38 del d. lgs. 12 aprile 2006 n. 163 ed eccesso di potere per erroneità dei presupposti.

Anche in tale ricorso si sono costituite in giudizio l'Acquedotto Pugliese s.p.a. e la controinteressata Conscoop (Consorzio fra Cooperative di produzione e lavoro),

argomentando per l'improcedibilità ovvero l'infondatezza del ricorso. Si è altresì costituita l'Avvocatura Distrettuale dello Stato, eccependo sotto molteplici profili l'inammissibilità dei motivi aggiunti ed affermandone in ogni caso l'infondatezza. L'Istituto Nazionale della Previdenza Sociale ha depositato, all'udienza pubblica del 9 maggio 2008, memoria difensiva che deve considerarsi tardiva e perciò irricevibile.

Con il terzo dei ricorsi in esame, notificato il 30.10.2007 ed iscritto al numero di registro generale 1586 del 2007, la Opus Gas Metano s.r.l. impugna gli atti meglio specificati in epigrafe, deducendo in sintesi:

1) violazione dell'art. 38 del d. lgs. 12 aprile 2006 n. 163; violazione del § III.2.1 del bando di gara e dell'art. 75 del d.p.r. 28 dicembre 2000 n. 445; eccesso di potere per erronea presupposizione in fatto ed in diritto, travisamento e difetto di istruttoria;

2) violazione dell'art. 38 del d. lgs. 12 aprile 2006 n. 163; violazione del § III.2.1 del bando di gara e dell'art. 75 del d.p.r. 28 dicembre 2000 n. 445; eccesso di potere per erronea presupposizione in fatto ed in diritto, travisamento e difetto di istruttoria;

3) violazione dell'art. 38 del d. lgs. 12 aprile 2006 n. 163; violazione del § III.2.1 del bando di gara; eccesso di potere per erronea presupposizione e difetto di istruttoria, manifesta illogicità e contraddittorietà;

4) violazione degli artt. 38 e 48 del d. lgs. 12 aprile 2006 n. 163 ed eccesso di potere per erronea presupposizione e difetto di istruttoria, manifesta illogicità e contraddittorietà; illegittimità derivata dell'incameramento della cauzione provvisoria, della segnalazione all'Autorità di vigilanza e dell'aggiudicazione all'a.t.i. Conscoop (Consorzio fra Cooperative di produzione e lavoro);

5) violazione dell'art. 48 del d. lgs. 12 aprile 2006 n. 163 ed eccesso di potere per erronea pre-supposizione e difetto di istruttoria, manifesta illogicità e contraddittorietà (in relazione all'incameramento della cauzione provvisoria ed alla segnalazione all'Autorità di vigilanza).

Si sono costituite in giudizio l'Acquedotto Pugliese s.p.a. e la controinteressata Conscoop (Consorzio fra Cooperative di produzione e lavoro), argomentando per l'improcedibilità ovvero l'infondatezza del ricorso.

Alla pubblica udienza rispettivamente del 2 aprile 2008 e del 9 maggio 2008 le cause venivano trat-tenute in decisione.

DIRITTO

Attesa la loro evidente connessione soggettiva ed oggettiva, i ricorsi in esame vengono riuniti per essere decisi con un'unica sentenza.

1. Il primo di essi, iscritto al numero di registro generale 1476 del 2007, è proposto da Acciona A-gua s.a., in proprio e nella qualità di impresa capogruppo dell'a.t.i. con le società Opus Gas Metano s.r.l., Lombardi Ecologia s.r.l., La Lucente s.p.a. e Apulia s.r.l..

Va premesso che, con provvedimento del 7.12.2006, veniva aggiudicato all'a.t.i. Costruzioni RUTA. s.r.l. l'appalto del servizio di custodia, conduzione e ispezione, compresa l'attività di pronto intervento, pulizia e sanificazione delle opere fognarie, nonché dei lavori di manutenzione ordinaria delle reti idriche, ubicate negli abitati dell'Ambito 7 dell'Acquedotto Pugliese. In graduatoria, seguivano nell'ordine l'a.t.i. D'Agostino Rag. Francesco Costruzioni s.r.l., l'a.t.i. Pridesa Proyectos Y Servicios s.a. (cui è succeduta l'odierna ricorrente), l'a.t.i. Conscoop (Consorzio fra Cooperative di produzione e lavoro).

La stazione appaltante, dopo aver annullato in autotutela le aggiudicazioni deliberate dapprima in favore dell'a.t.i. Costruzioni RUTA. s.r.l. e poi dell'a.t.i. D'Agostino Rag. Francesco Costruzioni s.r.l., disponeva con il provvedimento oggetto del presente gravame l'esclusione dell'a.t.i. Pridesa Proyectos y Servicios s.a., terza classificata. L'appalto veniva quindi definitivamente aggiudicato all'a.t.i. Conscoop (Consorzio fra Cooperative di produzione e lavoro).

Tanto premesso, deve respingersi l'eccezione di improcedibilità sollevata dalla difesa dell'Acquedotto Pugliese s.p.a. in ordine all'omessa impugnazione, da parte della Acciona Agua s.a., dell'aggiudicazione da ultimo disposta in favore dell'a.t.i. Conscoop (Consorzio fra Cooperative di produzione e lavoro): in realtà tale provvedimento, seppure non documentalmente noto alla ricorrente, è espressamente fatto oggetto di impugnativa unitamente all'esclusione dalla gara.

Ugualmente infondata è la richiesta di interruzione del giudizio, avanzata dalla difesa dell'Acquedotto Pugliese s.p.a. in relazione alla dichiarata estinzione della Pridesa Proyectos y Servicios s.a., che risulterebbe acquisita dalla Acciona Agua s.a. per incorporazione.

Dall'esame degli atti di causa emerge infatti che, in data 27.8.2007, sono stati depositati presso il notaio Lainati di Milano gli atti di modifica di sede e di

denominazione sociale della Pridesa Pro-yectos y Servicios s.a., la quale ha assunto la nuova denominazione di Acciona Agua s.a., come risulta peraltro dalle delibere accluse al ricorso principale e dalle relative traduzioni asseverate con verbale di giuramento del consulente ex art. 193 cod. proc. civ.; non è provata una effettiva fusione per incorporazione della prima nella seconda e, in ogni caso, anche accedendo a tale ipotesi, per-marrebbe la legittimazione processuale della società incorporante, dal momento che il fenomeno della fusione o incorporazione di società realizza una successione universale e postula la sussistenza di un soggetto risultante o incorporante, che rappresenta il nuovo centro d'imputazione e di legittimazione dei rapporti giuridici già riguardanti i soggetti fusi o incorporati, con l'ulteriore conseguenza che ogni atto di natura sostanziale o processuale deve essere indirizzato al nuovo ente (cfr. Cass. Civ., sez. V, 6 maggio 2005 n. 9432).

Ed in ogni caso, ai sensi dell'art. 24 della legge 6 dicembre 1971 n. 1034 e dell'art. 300 cod. proc. civ., l'interruzione del processo va dichiarata per sopravvenuta perdita della capacità di stare in giudizio della parte verificatasi in corso di causa, mentre il ricorso in esame è stato proposto in via autonoma dalla Acciona Agua s.a., che non è subentrata nel corso del giudizio.

Passando al merito, osserva il Collegio che l'impugnato provvedimento di esclusione appare sostanzialmente retto da due distinte e concorrenti motivazioni, ognuna delle quali è autonomamente in grado di sorreggerlo: l'omessa indicazione dei precedenti penali addebitabili agli amministratori aziendali, ai sensi dell'art. 38 - lett. c) del Codice dei contratti pubblici, e l'omessa o falsa dichiarazione delle pendenze contributive, ai sensi dell'art. 38 - lett. i) del Codice, da parte delle società mandanti Opus Gas s.r.l. e Lucente s.p.a..

Sotto il primo profilo, il direttore tecnico della Opus Gas s.r.l., Enrico Tatò, ed il presidente del consiglio di amministrazione della Lucente s.p.a., Giuseppe Volpe, avevano riportato condanne penali, non dichiarate in sede di domanda partecipazione alla gara, ed in particolare:

- a carico di Tatò risultava decreto penale di condanna emesso il 28.8.2003 dal G.I.P. presso il Tribunale di Taranto, per i reati di cui all'art. 41 del d. lgs. 19 settembre 1994 n. 626 (violazione delle norme riguardanti la sicurezza e la salute dei lavoratori), art. 40 del d.p.r. 19 marzo 1956 n. 303 (norme generali per l'igiene del lavoro), art. 2 del d. lgs. 14 agosto 1996 n. 493 (prescrizioni minime per la segnaletica di sicurezza e di salute sul luogo di lavoro), art. 34 del d.p.r. 27 aprile 1955 n. 547 (norme per la prevenzione degli infortuni sul lavoro);

- a carico di Volpe risultava decreto penale di condanna emesso il 26.10.1992 dal G.I.P. presso il Tribunale di Brindisi, per il reato di cui all'art. 1 della legge 5

gennaio 1953 n. 4 (norme concernenti l'obbligo di corrispondere le retribuzioni ai lavoratori a mezzo di prospetti di paga).

Quanto alle violazioni in materia di contributi previdenziali ed assistenziali, la stazione appaltante verificava che le società Opus Gas Metano s.r.l. e Lucente s.p.a., al 3.8.2006 (data di scadenza per la presentazione delle domande di ammissione alla gara) non erano in regola con l'assolvimento degli obblighi di versamento dei contributi assistenziali e previdenziali ed inoltre la Lucente s.p.a. non risultava altresì in regola alla data del 18.10.2006 (data di scadenza per la presentazione delle offerte).

Il Collegio deve prendere atto che, in relazione al primo profilo, la stazione appaltante ha mutato il proprio convincimento in corso di causa e, con atto del 18.4.2008 assunto in via di autotutela, ha espunto dalle cause di esclusione dell'a.t.i. ricorrente la controversa esistenza del decreto penale di condanna definitivo a carico dell'amministratore della Opus Gas Metano s.r.l., confermando tuttora l'esclusione dell'a.t.i. stessa in relazione alla autocertificazione non veritiera prodotta dalla mandante La Lucente s.p.a.; donde l'improcedibilità del ricorso, nella parte relativa agli addebiti inizialmente mossi alla Opus Gas Metano s.r.l. e poi revocati in autotutela.

Devono perciò esaminarsi le censure svolte dalla ricorrente circa le dichiarazioni in materia contributiva, presentate dalla mandante La Lucente s.p.a. e giudicate non veritiere dalla stazione appaltante, poiché al 3.8.2006 (data di scadenza per la presentazione delle domande di ammissione alla gara) ed al 18.10.2006 (data di scadenza per la presentazione delle offerte) il d.u.r.c. acquisito agli atti avrebbe rivelato irregolarità nel versamento dei contributi assistenziali e previdenziali.

In particolare, afferma la ricorrente che l'I.N.P.S. di Frosinone avrebbe successivamente rettificato (in data 20.7.2007) la certificazione all'origine negativa e che, d'altra parte, le irregolarità segnalate a carico dell'impresa per i contratti di formazione e lavoro stipulati nel periodo 1995 – 2001 non sarebbero definitive, in quanto oggetto di ricorso amministrativo tuttora pendente. Il provvedimento di esclusione si porrebbe perciò in contrasto con l'art. 38, 1° comma – lett. i), del nuovo Codice dei contratti pubblici, secondo il quale devono essere esclusi i soli concorrenti che abbiano commesso violazioni “gravi” e “definitivamente accertate” in materia di contributi previdenziali ed assistenziali.

Il Collegio condivide i rilievi svolti dalla ricorrente sul piano strettamente esegetico: stando alla norma da ultimo richiamata, che riprende la formulazione dell'art. 75, 1° comma – lett. e) del d.p.r. 21 dicembre 1999 n. 554, le Amministrazioni procedenti non possono legittimamente arrestarsi alla presa d'atto del responso “sintetico” fornito dall'ente previdenziale per mezzo del d.u.r.c., bensì devono

effettuare un'autonoma istruttoria circa i caratteri della irregolarità contributiva cumulativa-mente richiesti dal legislatore, ossia la "gravità" e la "definitività". Tale attività di verifica ed ap-prezzamento, da svolgersi in contraddittorio con l'impresa interessata, non può essere surrogata dalla certificazione formata dall'ente previdenziale, al quale solo compete di attestare l'esistenza e l'entità del rapporto debitorio. Del pari, spetta al giudice amministrativo il sindacato sulla motivazione addotta dalla stazione appaltante, all'atto dell'esclusione dalla gara, circa la ricorrenza dei presupposti di gravità e definitività delle pendenze contributive (condivisibile, in tal senso, Cons. Stato, sez. IV, 20 settembre 2005 n. 4817, riferita all'art. 75 del previgente regolamento sui lavori pubblici).

Può oggi aggiungersi che una diversa interpretazione, oltre a tradire il tenore letterale del primo comma dell'art. 38 del Codice, si porrebbe in contrasto con l'art. 45, 3° comma, della direttiva 2004/18/CE il quale, introducendo un principio immediatamente precettivo rivolto alle Amministrazioni aggiudicatrici, consente sì di accettare il certificato come "prova sufficiente" che attesta che l'operatore economico non si trova in nessuna delle situazioni di esclusione, ma viceversa non autorizza a far discendere l'esclusione automatica dell'impresa dalle risultanze di detto certificato.

L'esplicazione del potere di apprezzamento della gravità e della definitività delle violazioni contributive, da parte della stazione appaltante, non può che collocarsi nella fase della qualificazione dei soggetti offerenti, allorché si svolge la consueta verifica dei requisiti di partecipazione prescritti dalla legge e dal bando di gara. Va osservato, tuttavia, che la previsione del 3° comma dell'art. 38 del Codice, che fa obbligo all'aggiudicatario provvisorio di consegnare all'Amministrazione il d.u.r.c., non esclude che già in fase di presentazione della domanda di partecipazione tutte le ditte concorrenti debbano diligentemente dichiarare la propria posizione contributiva (non diversamente, ad esempio, dai precedenti penali degli amministratori), proprio allo scopo di consentire la doverosa valutazione degli eventuali debiti previdenziali, in punto di "gravità" e "definitività".

Proprio il riconoscimento di penetranti spazi di discrezionalità, in capo alla stazione appaltante, nei riguardi delle pendenze contributive risultanti dal d.u.r.c. porta con sé, quale corollario, che ciascuna impresa che abbia in corso un procedimento di accertamento previdenziale non può dichiarare di essere in regola, ma deve manifestare fin dall'inizio l'esistenza di tale situazione, alla cui valutazione provvederà l'Autorità destinataria della dichiarazione medesima; come ripetutamente rilevato dalla giurisprudenza, infatti, in un contesto di positivo rinnovamento della legislazione in tema di rapporti tra cittadino e pubblici poteri, e quindi in tema di certificazioni e di autocertificazione, è indispensabile che il cittadino stesso sia anche responsabile (e responsabilizzato) delle dichiarazioni che

rilascia, all'evidente scopo di evitare che un importante strumento di civiltà giuridico-amministrativa, quale l'autocertificazione, possa finire con l'essere comodo mezzo per aggirare ben precisi precetti di legge (TAR Sicilia, Palermo, sez. III, 15 settembre 2005 n. 1590).

Da ciò si ricava che le imprese, le quali intendano partecipare alle pubbliche gare d'appalto, hanno l'onere, allorché rendono le autodichiarazioni previste dalla legge o dal bando, di rendersi particolarmente diligenti nel verificare preliminarmente (attraverso la documentazione in loro possesso o anche accedendo ai dati dei competenti uffici) che tali autodichiarazioni siano veritiere. La falsa o incompleta attestazione dei requisiti di partecipazione ha rilevanza oggettiva, sicché il relativo inadempimento non tollera ulteriori indagini da parte dell'Amministrazione in ordine all'elemento psicologico (se cioè la reticenza sia dovuta a dolo o colpa dell'imprenditore) e alla gravità della violazione (cfr. Cons. Stato, sez. V, 17 aprile 2003 n. 2081; Id., 9 dicembre 2002 n. 6768).

Con specifico riguardo alla dichiarazione di regolarità contributiva, deve perciò distinguersi. E' illegittima l'esclusione quando l'impresa abbia tempestivamente impugnato, prima della pubblicazione del bando, la richiesta di pagamento degli oneri contributivi, ma a diversa conclusione si perviene nel caso in cui l'impresa abbia dichiarato espressamente, nella domanda di partecipazione, di essere in regola con i doveri contributivi e fiscali, nonostante l'effettiva presenza di carichi pendenti: in tal caso infatti la dichiarazione, a pena di esclusione, deve essere completa dell'indicazione del contenzioso pendente (in questo senso Cons. Giust. Amm. Sicilia, 28 luglio 2006 n. 470).

Nella fattispecie in esame, è provato che la società mandante La Lucente s.p.a. avesse intrapreso fin dal 2005 un contenzioso, non definito all'epoca della presentazione dell'offerta, nei confronti dell'I.N.P.S. per il mancato pagamento di contributi in relazione a contratti di formazione e lavoro, e che di tale pendenza non avesse fatto menzione nella domanda di partecipazione.

Si aggiunga che il bando di gara prevedeva espressamente, al § VI.3. (pag. 11), che la dichiarazione resa dalle società partecipanti, attestante l'insussistenza ai sensi dell'art. 38 del d. lgs. n. 163/2006 di una delle cause di esclusione dalla gara, viene rilasciata ai sensi degli art. 46 e 47 del d.p.r. n. 445/2000, può essere verificata in ogni momento dalla stazione appaltante e, in caso di dichiarazione non veritiera, comporta l'esclusione del concorrente ai sensi dell'art. 75 del d.p.r. n. 445/2000, che appunto prevede la decadenza dai benefici ottenuti con la suddetta dichiarazione.

Quanto al mancato esercizio da parte della stazione appaltante della facoltà prevista dall'art. 46 del d. lgs. 12 aprile 2006 n. 163, dedotto con il terzo motivo di

ricorso, deve in contrario evidenziarsi che il potere di integrazione istruttoria in corso di gara trova un limite nel principio della par condicio tra i concorrenti e pertanto non può essere utilizzato, come nel caso in esame, per supplire alla inosservanza di adempimenti procedurali o alla omessa produzione di documenti richiesti a pena di esclusione dalla gara (cfr. Cons. Stato, sez. V, 6 marzo 2006 n. 1068).

In conclusione, Acquedotto Pugliese s.p.a. ha legittimamente escluso l'a.t.i. ricorrente per la mancata indicazione, da parte di una delle società mandanti, del contenzioso pendente con gli enti previdenziali al momento della presentazione della domanda.

Sotto questo profilo, quindi, il ricorso deve ritenersi infondato.

Discende da quanto detto l'infondatezza, altresì, del nono motivo di ricorso, in relazione alla pretesa illegittimità derivata dell'incameramento della cauzione provvisoria e della segnalazione all'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici.

Quest'ultima non è autonomamente impugnabile, in quanto mero atto d'impulso del procedimento da svolgersi dinanzi all'Autorità medesima (TAR Lombardia, Milano, sez. I, 17 aprile 2002 n. 1489). Il ricorso è dunque per tale parte inammissibile.

Viceversa infondata è la doglianza con la quale si afferma che la sanzione accessoria dell'incameramento della cauzione provvisoria non potrebbe essere disposta nell'ipotesi di mancata dimostrazione del possesso dei requisiti di ordine generale, secondo il disposto dell'art. 48 del nuovo Codice dei contratti pubblici.

Rileva in contrario il Collegio che, nelle procedure ad evidenza pubblica per la scelta del contraente, la cauzione provvisoria ha tradizionalmente avuto la funzione di garantire l'amministrazione per il caso in cui l'affidatario dei lavori non si prestasse poi a stipulare il relativo contratto (v. l'art. 332 della legge 20 marzo 1865, n. 2248, allegato F; gli artt. 2 e 4 del d.p.r. 16 luglio 1962, n. 1063; l'art. 30, comma 1, della legge 11 febbraio 1994, n. 109 e successive modificazioni).

Recentemente, però, essa è venuta assumendo l'ulteriore funzione di garantire la veridicità delle dichiarazioni fornite dalle imprese, in sede di partecipazione alla gara, circa il possesso dei requisiti prescritti dal bando, così da garantire l'affidabilità dell'offerta, il cui primo indice è rappresentato proprio dalla correttezza e serietà del comportamento del concorrente in relazione agli obblighi derivanti dalla lex specialis di gara, che refluisce sulla serietà e correttezza dell'intero procedimento di gara (principio pacifico in giurisprudenza: cfr. Cons.

Stato, sez. V, 18 maggio 1998 n. 124; Id., 15 novembre 2001 n. 5843; Id., 28 giugno 2004 n. 4789).

La cauzione provvisoria rappresenta, salvo prova di maggior danno, una liquidazione anticipata dei danni derivanti all'amministrazione dall'inadempimento di tale obbligo di serietà da parte del con-corrente. L'escussione della cauzione, quindi, è conseguenza diretta ed automatica del verificarsi del presupposto correlato alla descritta funzione della cauzione, vale a dire dell'inadempimento del partecipante, senza bisogno che specifica norma di gara disponga espressamente in tal senso (in questo senso Cons. Stato, sez. V, 30 ottobre 2003 n. 6769; Id., sez. IV, 30 gennaio 2006 n. 288).

Così, anche in vigore dell'art. 48 del d. lgs. 12 aprile 2006 n. 163, l'escussione della cauzione è possibile, ed anzi rappresenta atto dovuto, quando le dichiarazioni rese dall'aggiudicatario ai fini della partecipazione alla gara non siano confermate dal successivo riscontro della relativa documentazione e l'Amministrazione provveda, a norma della *lex specialis*, alla esclusione dell'impresa ed all'annullamento dell'eventuale aggiudicazione, i cui esiti condizionano direttamente la (mancata) stipula del contratto, risultando indifferente la natura del requisito di partecipazione falsamente dichiarato.

Conclusivamente, il ricorso R.G. 1476/07 proposto da Acciona Agua s.a. è inammissibile in relazione all'impugnazione della segnalazione all'Autorità di vigilanza, improcedibile in relazione alla parte di provvedimento annullata in autotutela da Acquedotto Pugliese s.p.a., ed è per il resto infondato.

2. Passando al secondo dei ricorsi in epigrafe, proposto da La Lucente s.p.a. ed iscritto al numero di registro generale 1497 del 2007, il Collegio rileva che la ricorrente, pur essendosi limitata ad impugnare il provvedimento di esclusione n. 51228 del 13.7.2007, senza estendere il gravame all'aggiudicazione successivamente disposta a favore dell'a.t.i. Conscoop (Consorzio fra Cooperative di produzione e lavoro), conserva interesse alla decisione nei limiti del pregiudizio derivatole dai successivi atti adottati dall'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici, ed in particolare della determinazione del 3.3.2008 recante iscrizione del provvedimento di esclusione nel casellario informatico, con applicazione della sospensione per un anno a decorrere dal 27.9.2007 (quest'ultima impugnata con motivi aggiunti notificati il 12.3.2008).

Le censure articolate nei confronti dell'esclusione deliberata da Acquedotto Pugliese s.p.a. (e del conseguente incameramento della cauzione provvisoria), di tenore del tutto analogo a quelle esaminate in relazione al ricorso R.G. 1476/07, devono essere tutte respinte per le considerazioni dianzi svolte, che si intendono qui richiamate: in sintesi, l'omessa dichiarazione da parte della mandante La

Lucente s.p.a. delle pendenze contributive e del contenzioso in essere con l'istituto previdenziale costituiva presupposto sufficiente giustificare l'esclusione del raggruppamento.

I motivi aggiunti proposti avverso l'iscrizione nel Casellario informatico dell'Autorità di vigilanza richiedono invece apposito scrutinio, fatta eccezione per la prospettata illegittimità derivata connessa all'atto di esclusione, anch'essa infondata per quanto fin qui detto.

Sotto un primo profilo, non può condividersi quanto affermato dalla ricorrente in ordine alla mancata comunicazione di avvio del procedimento ed al difetto di istruttoria in cui sarebbe incorsa l'Autorità, che avrebbe illegittimamente effettuato l'annotazione senza acquisire elementi conoscitivi dall'impresa.

Come chiarito dalla giurisprudenza, l'Autorità di vigilanza successivamente alla segnalazione deve procedere alla annotazione dei contenuti del provvedimento di esclusione nel Casellario informatico, non avendo alcun potere di valutare autonomamente il contenuto di detto provvedimento, salvo il caso di inesistenza in punto di fatto dei presupposti o l'inconferenza della notizia comunicata dalla stazione appaltante, ed ha perciò il dovere di inserire la notizia nel Casellario informatico, istituito al solo fine di dare pubblicità-notizia alle decisioni adottate dalle stazioni appaltanti.

L'attività dell'Autorità che si esplica nell'annotazione nel Casellario informatico ha carattere meramente esecutivo e non provvedimentale, con la sola finalità di rendere facilmente e immediatamente accessibili notizie che comunque potrebbero essere acquisite direttamente dall'Osservatorio sui lavori pubblici tramite domanda. Essa non irroga nessuna sanzione, ma conferisce pubblicità ad una comunicazione che la stazione appaltante è obbligata a trasmettere, e non abbisogna di preventiva instaurazione del contraddittorio (cfr. Cons. Stato, sez. V, 28 settembre 2007, n. 5003; Id., sez. IV, 19 ottobre 2006 n. 6212).

Ugualmente infondato è il mezzo con cui la ricorrente domanda altresì l'annullamento della presupp-osta determinazione dell'Autorità di vigilanza n. 1 del 10.1.2008, che avrebbe illegittimamente esteso l'applicazione del Casellario al settore dei servizi, in assenza del regolamento previsto dall'art. 5 del Codice dei contratti pubblici.

Deve infatti escludersi che il menzionato art. 5 abbia riservato all'emanando regolamento la disciplina del Casellario informatico e delle modalità di accesso, da parte delle stazioni appaltanti, alle informazioni inerenti alle cause di esclusioni di cui all'art. 38 del Codice. All'Autorità di vigilanza deve riconoscersi, per tale

ambito, ampia autonomia regolamentare ed organizzativa, in conformità al disposto dell'art. 6, 1° comma, del Codice.

La conclusione, come correttamente rilevato dalla difesa erariale, è rafforzata dalla norma transitoria contenuta al 2° comma dell'art. 257 del Codice, che esplicitamente differisce di un anno l'entrata in vigore delle disposizioni in tema di obblighi di comunicazione, nei confronti dell'Autorità e dell'Osservatorio, che riguardano servizi e forniture (ivi comprese le comunicazioni finalizzate a rendere conoscibili le cause di esclusione ex art. 38).

Quanto, infine, alla lamentata erronea decorrenza dell'effetto interdittivo, fatta risalire dall'impugnato atto dell'Autorità al 27.9.2007, data di acquisizione dell'informativa, anziché alla data di commissione del fatto (la falsa dichiarazione), il Collegio ritiene di aderire, sul punto, al prevalente indirizzo giurisprudenziale formatosi in materia di lavori pubblici ed oggi estendibile alle annotazioni relative a servizi e forniture, nel senso che il termine annuale decorra dal momento in cui è stata resa la dichiarazione (cfr. TAR Toscana, sez. I, 21 aprile 2004 n. 1881; TAR Sardegna, sez. I, 28 novembre 2005 n. 2181).

La riconosciuta infondatezza della domanda impugnatoria comporta la reiezione anche della pretesa risarcitoria, peraltro avanzata in forma del tutto generica.

Conclusivamente, il ricorso R.G. 1497/07 proposto da La Lucente s.p.a. è accolto limitatamente al termine di decorrenza degli effetti derivanti dall'annotazione nel Casellario informatico dell'Autorità di vigilanza; per il resto è respinto.

3. Infine, il terzo dei ricorsi in epigrafe, proposto da Opus Gas Metano s.r.l. ed iscritto al numero di registro generale 1586 del 2007, deve essere dichiarato in parte improcedibile (per effetto dell'atto del 18.4.2008 con cui la stazione appaltante, in via di autotutela, ha espunto dalle cause di esclusione dell'a.t.i. ricorrente la controversa esistenza del decreto penale di condanna definitivo a carico dell'amministratore della Opus Gas Metano s.r.l., confermando tuttavia l'esclusione dell'a.t.i. stessa in relazione alla autocertificazione non veritiera prodotta dalla mandante La Lucente s.p.a.; per il resto il ricorso è infondato, per le ragioni diffusamente esposte in relazione al ricorso R.G. 1476/07 che qui si richiamano integralmente.

4. Le spese processuali, in considerazione della complessità della vicenda, del contegno assunto da Acquedotto Pugliese s.p.a. in corso di causa e della parziale reciproca soccombenza nei confronti dell'Autorità di vigilanza, possono essere integralmente compensate tra le parti costituite.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, sede di Bari, Prima Sezione, definitivamente pronunciando in ordine ai ricorsi indicati in epigrafe, previa loro riunione, così provvede:

- 1) respinge in parte il ricorso R.G. 1476/07 proposto da Acciona Agua s.a., in parte lo dichiara inammissibile ed in parte lo dichiara improcedibile;
- 2) accoglie in parte il ricorso R.G. 1497/07 proposto da La Lucente s.p.a., nei sensi di cui in motivazione e limitatamente al termine di decorrenza degli effetti derivanti dall'annotazione nel Casellario informatico dell'Autorità di vigilanza; per il resto lo respinge;
- 3) respinge in parte il ricorso R.G. 1586/07 proposto da Opus Gas Metano s.r.l. ed in parte lo dichiara improcedibile.

Spese compensate.

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

Così deciso in Bari nella camera di consiglio del 2 aprile – 9 maggio 2008 con l'intervento dei Magistrati:

Corrado Allegretta, Presidente

Gianluca Di Vita, Referendario

Savio Picone, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 03/07/2008

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

IL SEGRETARIO