

N. 12296/2024 REG.PROV.COLL.

N. 16912/2023 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 per il Lazio

(Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 16912 del 2023, proposto da -OMISSIS-, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura -OMISSIS-, rappresentato e difeso dagli avvocati Massimiliano Mangano e Giovanni Barraja, con domicilio digitale come da p.e.c. da Registri di Giustizia;

contro

Azienda Strade Lazio - Astral S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Andrea Ruffini, Marco Orlando, Antonietta Favale e Matteo Valente, con domicilio digitale come da p.e.c. da Registri di Giustizia;

nei confronti

-OMISSIS-, non costituito in giudizio;

per l'annullamento

della nota prot. n. -OMISSIS- avente ad oggetto: “*Ampliamento nodo di scambio stazione F.S. Frascati DRG 919 del 27.10.2022 – Comunicazione di esclusione dalla procedura di affidamento*”;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Azienda Strade Lazio - Astral S.p.A.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore la dott.ssa Rosaria Palma nell'udienza pubblica del giorno 20 marzo 2024 e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso notificato a mezzo p.e.c. il 27 dicembre 2023 e depositato in pari data, il -OMISSIS- agisce per l'annullamento del provvedimento (nota prot. n. -OMISSIS-) con il quale Astral S.p.A. ha disposto la sua esclusione dalla procedura di affidamento dei lavori per l'“*Ampliamento nodo di scambio stazione F.S. Frascati DRG 919 del 27.10.2022*”, avendo riscontrato, a seguito delle verifiche d'ufficio, l'irregolarità contributiva della -OMISSIS- Srl, indicata dal ricorrente consorzio quale consorziata esecutrice.

2. Premettendo di essersi classificatosi primo nella graduatoria provvisoria del 20 ottobre 2023 ha affidato l'impugnativa ad un unico ed articolato motivo di ricorso così di seguito rubricato:

I. VIOLAZIONE ED ERRATA APPLICAZIONE DEGLI ARTT, DA 1 A 5 DEL D.LGS. N. 36/2023 E DELL'ART. 1 DELLA L. N. 241/1990 S.M.I.; VIOLAZIONE E ERRATA APPLICAZIONE DEGLI ARTT. 94, COMMA 6 E

96 DEL D.LGS. N. 36/2023; VIOLAZIONE E OMESSA APPLICAZIONE DELL'ART. 97, DEL D.LGS. N. 36/2023; VIOLAZIONE E ERRATA APPLICAZIONE DEGLI ARTT. 18, PARAGRAFO 1, ART. 57, PARAGRAFO 2 E PARAGRAFO 3 E ART. 63, PARAGRAFO 1, COMMA 2, DELLA DIRETTIVA 2014/24/UE; ECCESSO DI POTERE PER CARENZA DI MOTIVAZIONE; DIFETTO DI ISTRUTTORIA; VIOLAZIONE DEGLI ARTT. 41 E 97 COST.

3. Si contesta, in sintesi, che la Stazione appaltante avrebbe obliterato illegittimamente l'applicazione delle disposizioni in materia di cause di esclusione di partecipanti a raggruppamenti, come disciplinate dall'art. 97 del d.lgs n. 36/2023, in quanto Astral S.p.A, riscontrata l'irregolarità contributiva della consorziata - OMISSIS- (ai sensi dell'art. 94 comma 6 del d.lgs. n. 36/2023), avrebbe comunque dovuto interpellare il Consorzio ricorrente consentendogli di mantenere la propria partecipazione, previa estromissione della consorziata.

4. Secondo, quindi, la prospettazione ricorsuale sussisterebbe uno specifico onere, rinveniente dalla l. n. 241/1990 e dall'art. 97 del d.lgs. n. 36/2023, in capo alla Stazione Appaltante, di interpellare il concorrente prima di procedere alla sua esclusione per una delle cause di cui agli articoli 94 e 95 del d.lgs. n. 36/2023.

5. Tanto più che nel caso di specie il Consorzio ricorrente, prima di procedere alla designazione in gara delle consorziate e prima di presentare l'offerta, si era premurato di verificare il possesso dei requisiti di queste ultime, compresa la regolarità fiscale e contributiva, accertando il possesso da parte della consorziata designata, -OMISSIS- di regolare DURC, emesso in data 29 giugno 2023.

6. Sicchè il -OMISSIS- avrebbe appreso dell'irregolarità contributiva sopravvenuta in capo a quest'ultima solo a seguito e per mezzo del provvedimento di esclusione quivi gravato.

7. Precisa, quindi, parte ricorrente che, il provvedimento di esclusione, richiamando in motivazione l'art. 94, comma 6 e l'art. 96, comma 1, del d.lgs. n. 36/2023, sarebbe conseguenza di un'inammissibile sovrapposizione dell'istituto del self cleaning (previsto, appunto, dall'art. 96 per tutte le cause di esclusione, ad eccezione delle irregolarità fiscali e contributive di cui all'art. 94, comma 6) con i rimedi apprestati dall'art. 97 del medesimo d.lgs. n. 36/2023, in materia di modifiche soggettive dei raggruppamenti e dei Consorzi Stabili nel caso in cui un soggetto ad essi partecipante si trovi in situazioni riconducibili alle cause di esclusione di cui agli artt. 94 e 95 del d.lgs n. 36/2023, comprese le irregolarità fiscali e contributive.

8. Con decreto n. -OMISSIS- è stata accolta la misura cautelare monocratica e fissata per la trattazione collegiale la camera di consiglio del 10 gennaio 2023.

9. Si è costituita in resistenza Astral S.p.A. concludendo per la reiezione del ricorso siccome infondato.

10. Con ordinanza n. -OMISSIS-, non gravata in appello, la Sezione ha accolto la domanda cautelare ai fini dell'esercizio da parte del Consorzio ricorrente della facoltà di estromissione della consorziata ai sensi dall'art. 97 del d.lgs. n. 36/2023 (fermo restando l'immodificabilità dell'offerta), sul presupposto della regolarità contributiva della consorziata esecutrice (-OMISSIS-) attestata, alla data di scadenza della presentazione delle offerte (19 ottobre 2023) a mezzo del DURC del 29 giugno 2023 tenuto anche conto della esiguità dell'irregolarità contributiva riportata dal DURC del 30 ottobre 2023 richiesto dalla Stazione appaltante in sede di verifiche.

11. Indi, con p.e.c. del 15 aprile 2024 il Consorzio ricorrente ha comunicato alla stazione appaltante la dichiarazione di estromissione della consorziata ex art. 97 d.lgs 36/2023.

12. Nell'approssimarsi della trattazione di merito, le parti hanno presentato memorie ex art. 73 c.p.a e all'udienza pubblica del 20 marzo 2024 la causa, sentiti i difensori delle parti presenti è stata trattenuta in decisione.

13. Preliminarmente, e in punto di ammissibilità della domanda azionata, si osserva che risulta documentata in atti l'approvazione -alla data della proposizione del ricorso e del suo passaggio in decisione- della sola graduatoria provvisoria, non soggetta, quindi, quale atto endoprocedimentale, all'onere dell'immediata impugnazione e comunque, nel caso in esame, non lesiva siccome nella stessa, che è cronologicamente anteriore al provvedimento di esclusione, il Consorzio ricorrente risulta primo classificato.

14. Ne consegue che fino a quando non intervenga il provvedimento di formale aggiudicazione non vi sono soggetti controinteressati ai quali il ricorso debba essere ulteriormente notificato.

15. Per tali motivi, nella fattispecie, non è necessario estendere il contraddittorio a tutti i soggetti partecipanti alla gara, che, al momento della presente decisione, sono titolari di una mera aspettativa alla conclusione del procedimento, ma non del "bene della vita" cui essi ambiscono con la partecipazione alla procedura competitiva (cfr. ex multis, Cons. Giust. Amm. Reg. Sicilia, 31 marzo 2021, n. 276).

16. Di conseguenza, il ricorso può essere deciso allo stato degli atti e senza necessità di notifica a tutti i terzi controinteressati, che, per le suddette ragioni, non erano ravvisabili al momento della proposizione dell'azione e neppure, in assenza di un

provvedimento di aggiudicazione definitiva, risultano "sopravvenuti" prima della decisione del ricorso.

17. Ciò premesso, il ricorso è fondato nei sensi che seguono.

18. Il provvedimento di esclusione dalla procedura di gara risulta così motivato: *“nel corso delle verifiche svolte presso gli Enti Certificatori in ordine al possesso dei requisiti di carattere generale in capo a codesto Concorrente, è emersa – come da allegata certificazione – l’irregolarità contributiva della -OMISSIS- Srl, da voi indicata quale consorziata esecutrice. Per quanto sopra esposto, si dispone l’esclusione, ai sensi dell’art. 94, comma 6, e dell’art. 96, comma 1, del d.lgs n. 36/23 di codesto Consorzio dalla procedura per l’affidamento dell’Appalto in oggetto”*.

19. La resistente ha ritenuto, quindi, immediatamente ostantiva alla partecipazione alla gara del Consorzio ricorrente l’irregolarità contributiva della consorziata esecutrice -OMISSIS-.

20. Ora, se è vero, come eccepito dalla difesa della resistente, che il Durc non risulta essere oggetto di specifica impugnativa, è altrettanto indubitabile che l’Amministrazione, nel disporre, a fronte del Durc irregolare, l’immediata esclusione del Consorzio ricorrente, non ha consentito allo stesso l’esercizio della facoltà di estromissione della consorziata colpita dalla causa di esclusione come, invece, espressamente previsto dall’art. 97 del d.lgs 36/2023 che disciplina le cause di esclusione dei partecipanti ai raggruppamenti con prescrizioni applicabili anche ai Consorzi (art. 97, comma 3 del d.lgs. 36/2023).

21. Ciò posto, è documentato in atti che il Consorzio Stabile Opera, dopo avere verificato, alla data di presentazione dell’offerta, la regolarità contributiva della -OMISSIS- è venuta a conoscenza della sopravvenuta irregolarità contributiva di quest’ultima soltanto con il provvedimento di esclusione quivi impugnato.

22. Difatti, il Consorzio ricorrente prima di procedere alla designazione in gara delle consorziate e prima di presentare l'offerta (con p.e.c. del 18 ottobre 2023), aveva verificato il possesso dei requisiti di queste ultime, compresa la regolarità fiscale e contributiva, accertando che anche la consorziata designata, -OMISSIS- era in possesso di DURC regolare, emesso in data 29 giugno 2023, con validità fino al 27 ottobre 2023.

23. Dunque, alla data di scadenza del termine per la presentazione delle offerte (19 ottobre 2023) non era emersa alcuna irregolarità contributiva della consorziata, accertata solo in corso di gara a mezzo del DURC richiesto in dall'Amministrazione in data 30 ottobre 2023.

24. Orbene, nelle fattispecie, come quella all'esame, in cui un partecipante o una consorziata sia interessato da una causa automatica o non automatica di esclusione verificatasi "successivamente alla presentazione dell'offerta" (art. 97 comma 1 lett. b del d.lgs 36/2023) il raggruppamento (o il consorzio) non è escluso se si sono verificate le condizioni di cui al comma 2, se cioè ha adottato e comunicato – tempestivamente - le misure della estromissione o della sostituzione della consorziata prima dell'aggiudicazione fatta salva l'immodificabilità sostanziale della domanda.

25. Alla data, quindi, del provvedimento di esclusione (28 novembre 2023) il ricorrente era ancora in termini per poter estromettere o sostituire la consorziata, tenuto conto che l'aggiudicazione va disposta solo dopo la verifica del possesso dei requisiti in capo all'offerente ex art. 17 comma 5 del d.lgs 36/2023.

26. Quanto, invece, al mancato, o in ogni caso intempestivo, assolvimento dell'onere di preventiva comunicazione della volontà di sostituire la consorziata (eccepiteo dalla resistente Azienda), il Collegio è dell'avviso che tale comportamento, secondo i

principi generali, deve essere comunque imputabile al Consorzio, anche perché costituente soggetto giuridico autonomo rispetto alle consorziate (tra le tante, Cons. di Stato Sez. V, 27 novembre 2023, n.10144).

27. Nel caso di specie, viceversa, il Consorzio ricorrente ha posto in essere i necessari accertamenti sulla situazione contributiva delle consorziate ed è venuto a conoscenza della perdita del requisito di partecipazione in capo alla consorziata soltanto a seguito del provvedimento di esclusione dalla presente procedura, sicché *“un comportamento diverso non era esigibile da parte dell’Amministrazione”*... anche perché *“un’interpretazione più stringente, sulla base della quale la scadenza del termine in discorso precluderebbe in modo assoluto l’applicazione dell’art. 97 c.c.p., non tenendo in alcun conto i mezzi effettivi a disposizione degli R.T.I. (nonché dei consorzi stabili) per effettuare le verifiche del caso, violerebbe il principio generale di proporzionalità, di cui all’art. 3 c.c.p.”* (cfr. TAR Sicilia, Palermo, Sez. III, sentenza 22 gennaio 2024, n. 218).

28. La diversa interpretazione prospettata dalla Stazione appaltante comporterebbe, invero, un caso di concreta incapacità a contrattare con la pubblica amministrazione a carico di imprese incolpevoli, riguardando il fatto impeditivo sopravvenuto una sola di esse, così finendo per costituire una fattispecie di ‘responsabilità oggettiva’ non consentita tenuto conto della soggettività individuale del consorzio stabile, dotato di autonoma personalità giuridica, e che comunque esprime una realtà imprenditoriale distinta rispetto a quella dei singoli consorziati, con dimensione organizzativa propria e con autonoma struttura a rilevanza esterna (sul punto, Consiglio di Stato Sez. V, 7 novembre 2022 n. 9752 e Ad. Plen. 2/2022).

29. Per quanto sopra, il provvedimento di esclusione è illegittimo poiché ha disposto l’esclusione del Consorzio ricorrente senza garantire l’esercizio della facoltà di estromissione o di sostituzione della consorziata ex art. 97 del d.lgs 36/2023.

30. In conclusione, il ricorso va accolto fatte salve le valutazioni spettanti all'Amministrazione circa la immodificabilità dell'offerta e la sufficienza delle misure adottate dal Consorzio ricorrente in esecuzione dell'ordinanza cautelare.

31. Le spese di lite seguono la soccombenza e si liquidano come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei sensi di cui in motivazione.

Condanna Astral S.p.A al pagamento in favore del ricorrente delle spese di lite che si liquidano in complessivi euro 2.500,00 (duemilacinquecento/00) oltre accessori di legge

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 20 marzo 2024 con l'intervento dei magistrati:

Leonardo Spagnoletti, Presidente

Sebastiano Zafarana, Consigliere

Rosaria Palma, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Rosaria Palma

IL PRESIDENTE
Leonardo Spagnoletti

IL SEGRETARIO