

**N. 03846/2015REG.PROV.COLL.**

**N. 00460/2013 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 Consiglio di Stato**

**in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA NON DEFINITIVA**

sul ricorso numero di registro generale 460 del 2013, proposto dal Comune di Milano, rappresentato e difeso dagli avv. Maria Rita Surano, Maria Teresa Maffey, Stefania Pagano e Raffaele Izzo, con domicilio eletto presso quest'ultimo, in Roma, Lungotevere Marzio, 3;

***contro***

Costruzioni Perregrini s.r.l., rappresentata e difesa dagli avvocati Sergio Colombo e Massimo Letizia, con domicilio eletto presso quest'ultimo in Roma, viale Angelico 103;

***per la riforma***

della sentenza breve del T.A.R. LOMBARDIA – MILANO, SEZIONE I, n. 2985/2012, resa tra le parti, concernente un provvedimento di esclusione dalla procedura di affidamento in appalto dei lavori di manutenzione straordinaria di stabili

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Costruzioni Perregrini s.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 24 giugno 2015 il consigliere Fabio Franconiero e uditi per le parti gli avvocati Antonello Mandarano, in dichiarata sostituzione dell'avvocato Raffaele Izzo, e Massimo Letizia;

Visto l'art. 36, comma 2, cod. proc. amm.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO

1. La Costruzioni Perregrini s.r.l. partecipava alla procedura di affidamento in appalto dei lavori di manutenzione straordinaria degli stabili siti in via Traversi n. 24 nel quartiere di Quarto Oggiaro, indetta dal Comune di Milano con bando pubblicato il 30 maggio 2006, base d'asta di € 2.335.807,59, e da aggiudicarsi con il criterio del massimo ribasso, venendone esclusa, a causa di una segnalazione di irregolarità contributiva presente nel casellario informatico dell'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici.

2. La conseguente impugnativa della società veniva accolta dal TAR Lombardia – sede di Milano con la sentenza in epigrafe.

Il giudice di primo grado statuiva che, essendo prive di fede privilegiata, le annotazioni nel casellario informatico costituiscono una forma di pubblicità notizia, superabile con prova contraria, e che nel caso di specie quest'ultima era stata fornita dalla ricorrente già in sede di gara, attraverso la prova documentale della regolarizzazione della propria posizione previdenziale in data anteriore alla presentazione dell'offerta.

Quindi, poiché il contratto era nel frattempo stato eseguito integralmente, ed avendo accertato che in virtù del ribasso offerto la Costruzioni Perregrini avrebbe dovuto aggiudicarsi l'appalto, il giudice di primo grado:

- accertava l'illegittimità degli atti impugnati;
- condannava il comune di Milano a risarcire i danni subiti dalla ricorrente, consistenti nel mancato utile, quantificato nel 5% del ribasso offerto (dalla base del 10%, dimezzata al 5% per non avere l'impresa fornito la prova «*di aver tenuto impegnate le proprie maestranze in funzione della esecuzione della commessa*»), oltre a una somma a titolo di danno curriculare, quantificata nel 2% del medesimo ribasso, e così per un totale in linea capitale di 131.158,00, oltre interessi e rivalutazione monetaria.

3. Il Comune di Milano ha proposto appello, nel quale contesta entrambe le statuizioni emesse dal TAR, ed al quale resiste la Costruzioni Perregrini.

## DIRITTO

1. Punto risolutivo ex art. 120, comma 10, e 74 cod. proc. amm. in ordine alla domanda impugnatoria, oggetto del primo motivo d'appello, è se sia legittima l'esclusione della Costruzioni Perregrini per il solo fatto che la stazione appaltante ha accertato (nella seduta del 25 luglio 2006) che nel casellario informatico dell'allora A.v.c.p., ai sensi dell'(allora vigente) art. 75, comma 1, lett. e), regolamento di attuazione della legge quadro n. 109/1994, di cui al d.p.r. n. 554/1999, era presente a suo carico un'annotazione di irregolarità contributiva, risalente al 18 maggio 2006, per un ammontare di oltre 26 mila euro (mancato pagamento dei contributi previdenziali dovuti all'INPS ed alla Cassa edile di Bergamo).

In base alla citata disposizione regolamentare (oggi abrogata) sono infatti escluse dalle procedure di affidamento di appalti pubblici di lavori le imprese *«che hanno commesso gravi infrazioni debitamente accertate alle norme in materia di sicurezza e a ogni altro obbligo derivante dai rapporti di lavoro, risultanti dai dati in possesso dell'Osservatorio dei lavori pubblici»*.

Tuttavia, nel caso di specie dopo l'esclusione disposta dalla commissione di gara nella seduta del 26 luglio 2006, la Costruzioni Perregrini ha comprovato di avere regolarizzato la propria posizione previdenziale in epoca antecedente al termine di presentazione della domanda di partecipazione alla procedura di affidamento, previsto per il 7 luglio 2006, e precisamente con integrale pagamento del debito previdenziale effettuato il 28 giugno 2006.

Di rilievo sono inoltre le seguenti circostanze:

- la conseguente comunicazione all'Autorità di vigilanza della variazione così intervenuta è stata effettuata, come sottolinea l'odierna appellata, nel termine di 30 giorni previsto ai sensi dell'(allora vigente) art. 27, comma 3, d.p.r. n. 34/2000 (Regolamento per l'istituzione di un sistema di qualificazione unico dei soggetti esecutori di lavori pubblici, a norma dell'articolo 8, comma 2, della legge 11 febbraio 1994, n. 109), e cioè con istanza in data 20 luglio 2006;

- in ragione di questa regolarizzazione, il Comune non ha proceduto ad escutere la cauzione provvisoria ed a segnalare la falsa dichiarazione all'Autorità di vigilanza ai sensi della lett. h) dell'art. 75 d.p.r. n. 554/1999 (determinazione n. 150 del 23 agosto 2006, di conferma dell'esclusione).

2. Tutto ciò premesso in fatto, si osserva, in diritto, che il motivo d'appello in esame è fondato sull'erroneo assunto che da un'annotazione di irregolarità contributiva nel casellario dell'osservatorio dei lavori pubblici consegua in via automatica il mancato possesso di tale requisito di ordine generale. Contrariamente a quanto sostiene il Comune di Milano, questa equazione è invece smentita, da un lato, dalla formulazione letterale della norma; dall'altro lato, la stessa non coglie in modo esatto la funzione del casellario informatico presso l'osservatorio dei lavori pubblici presso l'Autorità di settore.

Con riguardo al primo profilo, nel prevedere che le gravi infrazioni agli obblighi derivanti dal rapporto di lavoro siano «*debitamente accertate*», la lett. e) dell'art. 75 più volte citato demanda all'amministrazione aggiudicatrice di verificare il dato presente nel casellario ed in particolare se ad esso corrisponda effettivamente una situazione di irregolarità contributiva.

Per venire al secondo profilo, come ha esattamente rilevato il TAR, il casellario informatico costituisce (all'epoca dei fatti di causa) uno strumento per agevolare le stazioni appaltanti nella verifica preliminare dei requisiti di ordine generale ai fini dell'ammissione alla gara delle imprese partecipanti, che tuttavia non è rivestito da alcuna previsione normativa del valore di prova legale e che, quindi, non elide quindi i poteri di accertamento e le conseguenti valutazioni ad esse spettanti.

3. Non giova su questo punto all'amministrazione appellante richiamare la sentenza di questo Consiglio di Stato, Sez. VI, 6 agosto 2012, n. 4519.

Al contrario, questa pronuncia conferma - sia pure con riguardo alla lett. e), dell'art. 38, comma 1, d.lgs. n. 163/2006, relativa alle violazioni alle norme sulla sicurezza sul lavoro [come noto, infatti, la regolarità contributiva dell'impresa è ora disciplinata dalla lett. i) della medesima disposizione, ivi richiedendosi che la irregolarità sia accertata «*definitivamente*»] - che l'espressione «*debitamente accertate*», impone che l'irregolarità sia sottoposta ad «*una autonoma verifica da parte dell'amministrazione*», senza che a tal fine sia necessario un accertamento definitivo nella competente sede amministrativa o, eventualmente, giurisdizionale. In questa linea, nella sentenza in esame è inoltre ribadita la funzione dell'osservatorio, sopra delineata, «*di agevolare l'attività delle stazioni appaltanti e consentire ad esse di disporre l'esclusione per fatti che sono stati oggetto di esame da parte dell'Autorità di vigilanza dei contratti pubblici*», fermo rimanendo l'autonomo potere valutativo della stazione appaltante, come appunto poc'anzi chiarito.

4. Inoltre, a quest'ultimo riguardo, come condivisibilmente controdeduce l'odierna appellata, l'automatismo tra annotazione nel casellario e mancato possesso dei requisiti di partecipazione finirebbe per fare gravare sugli operatori economici i rischi connessi agli inevitabili ritardi con cui il casellario viene aggiornato, in particolare nel caso in cui le cause ostative alla partecipazione alle gare segnalate nel casellario siano state rimosse in tempo, ma ciò nondimeno non siano state effettuate le conseguenti variazioni pubblicitarie.

Ebbene, questa è proprio l'evenienza verificatasi nel caso oggetto del presente giudizio, alla luce della ricostruzione dei fatti di causa svolta in precedenza.

Infatti, la Costruzioni Perregri non solo ha sanato l'irregolarità previdenziale prima del termine di presentazione della domanda di partecipazione alla gara, come riconosce lo stesso Comune di Milano (pag. 11 dell'appello), ma, come da essa dedotto e non *ex adverso* contestato, ha anche

chiesto tempestivamente l'aggiornamento dell'annotazione esistente a suo carico presso il casellario informatico.

5. Venendo quindi al secondo motivo d'appello, concernente il capo di sentenza di accoglimento della domanda risarcitoria della Costruzioni Perregrini, i punti risolutivi ai sensi dei sopra citati artt. 120, comma 10, e 74 del codice del processo amministrativo, alla luce delle censure formulate al riguardo dal Comune di Milano, sono i seguenti:

- a) se l'impresa originaria ricorrente avesse diritto a conseguire l'aggiudicazione;
- b) se il comportamento della medesima amministrazione, consistito nell'affidamento dell'appalto all'impresa che ha offerto il ribasso più alto (Rover s.r.l.: 19,783%, dopo la determinazione della soglia di anomalia in 19,789%), possa essere ritenuto giustificato o comunque incolpevole, dopo il definitivo rigetto dell'istanza cautelare formulato dalla ricorrente.

6. Sulla prima questione il Collegio osserva in fatto che:

- nel proprio ricorso la Costruzioni Perregrini ha dedotto di avere presentato un'offerta contenente il ribasso del 19,784%, in virtù del quale si sarebbe collocata al primo posto della graduatoria (pag. 4 del ricorso e documento n. 4 ad esso allegato);
- il giudice di primo grado ha quindi espressamente rilevato che l'offerta della ricorrente *«era più conveniente di quella della Società aggiudicataria»*, e che tale circostanza ha dato luogo ad un fatto processualmente *«incontestato»*, traendo da ciò il convincimento che, nell'ambito di una gara da aggiudicare con il criterio del massimo ribasso quale quella in contestazione, la Costruzioni Perregrini *«avrebbe conseguito l'aggiudicazione»*;
- per contro, come eccepito nel presente appello dal Comune di Milano, già nella propria memoria di replica nel giudizio davanti al TAR l'amministrazione aveva preso espressa posizione sul punto specifico, affermando che l'offerta di controparte *«non è stata neanche aperta nel corso della gara»* (pag. 2);
- in replica a quest'assunto, la società ricorrente ha controdedotto che il Comune *«non ha mai contestato la veridicità del documento di offerta riportante il ribasso vincitore prodotto da Perregrini (...) di talché il dato è pacifico»* (pag. 9 della memoria difensiva per la camera di consiglio nel presente giudizio d'appello).

7. Tutto ciò precisato, contrariamente a quanto sostiene la società appellata, non può considerarsi pacifica, o come statuito dal TAR non contestata, la circostanza che il documento prodotto dalla prima al citato n. 4 degli allegati del ricorso di primo grado sia in effetti quello recante l'offerta economica presentata in sede di gara. Avendo infatti l'amministrazione specificamente negato sin dal giudizio di primo grado (nella citata memoria di replica) di avere mai aperto la busta contenente l'offerta, in seguito all'esclusione della Costruzione Perregrini, non possono conseguentemente

ritenersi sussistenti i presupposti per fare applicazione del principio di non contestazione sulla decisiva circostanza in questione. Il verbale del 25 luglio 2006 fornisce poi conferma alle difese del Comune, poiché da esso si ricava che sono state aperte le buste delle concorrenti non precedentemente escluse.

Deve infatti precisarsi al riguardo che la mancata contestazione consente di sollevare la parte dall'onere di provare i fatti costitutivi della sua pretesa quando l'avversario non li ha contestati, assumendo in questo modo una posizione incompatibile con la negazione degli stessi. Ma in tanto può configurarsi un onere di contestazione specifica (ora previsto per il processo amministrativo dall'art. 64, comma 2, del codice di cui al d.lgs. n. 104/2010), in quanto la parte contro la quale i fatti sono dedotti sia a conoscenza di questi.

8. Nondimeno, come deduce sul punto la Costruzioni Perregrini, il Comune non ha negato la conformità all'originale del documento di cui al più volte citato allegato 4 al ricorso. Inoltre, dalla lettura del verbale non risulta nemmeno che la busta contenente l'offerta della Costruzioni Perregrini sia stata restituita a quest'ultima, né tanto meno il Comune afferma di avere a ciò provveduto.

9. Pertanto, si rende necessario acquisire chiarimenti sul punto, ad opera dell'amministrazione appellante.

Il Comune di Milano dovrà in particolare depositare nella segreteria della Sezione, nel termine di 40 giorni dalla comunicazione o, se anteriore, notificazione della presente sentenza, una relazione corredata dei relativi documenti giustificativi, nella quale sia innanzitutto specificato se la busta contenente l'offerta della Costruzioni Perregrini sia stata restituita a quest'ultima in seguito alla sua esclusione, fornendone la relativa prova, o se invece la stessa sia ancora agli atti dell'amministrazione.

In questo secondo caso, il Comune dovrà procedere ad aprire la busta in questione alla presenza di rappresentanti della società, redigendo apposito verbale da allegare alla relazione unitamente ai documenti in essa contenuti.

Resta conseguentemente riservata ogni decisione sul punto, nonché in ordine alle spese della controversia.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), non definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge in parte e dispone gli incumbenti istruttori di cui in motivazione, fissando per il merito l'udienza del 15 dicembre 2015.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 24 giugno 2015 con l'intervento dei magistrati:

Alessandro Pajno, Presidente

Carlo Saltelli, Consigliere

Antonio Amicuzzi, Consigliere

Doris Durante, Consigliere

Fabio Franconiero, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 04/08/2015

IL SEGRETARIO

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