

N. 00389/2011 REG.PROV.COLL.
N. 00304/2010 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 la Sicilia

sezione staccata di Catania (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 304 del 2010, proposto da:
Di Giorgi Srl, Cassarà s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore* rappresentati e difesi dagli avv. Edoardo Nigra, Salvatore Iacuzzo, con domicilio eletto presso Edoardo Nigra in Catania, via V. Giuffrida, 37;

contro

Urega, Sez. Prov.Le di Siracusa, in persona del legale rappresentante *pro tempore* rappresentato e difeso dall'Avvocatura Dello Stato, domiciliata per legge in Catania, via Vecchia Ognina, 149; Provincia Regionale di Siracusa, in persona del legale rappresentante *pro tempore* rappresentato e difeso dall'avv. Giuseppe Cassarino, con domicilio eletto presso Riccardo Giuffrida in Catania, via Milano, 29;

nei confronti di

Edilmesam s.r.l. in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avv. Salvatore Trimboli, con domicilio eletto presso Salvatore Trimboli in Catania, via Firenze, 225; Seicon Srl;

per l'annullamento

- del verbale di gara del 18/11/2009 dell'UREGA di Siracusa;
- del verbale di gara del 04.12.2009 dell'UREGA di Siracusa;
- della determinazione del Project Manager della Provincia Regionale di Siracusa n. 334 del 23.12.2009;
- del provvedimento di aggiudicazione definitiva della gara, tacito o formalmente intervenuto;
- ove intervenuto, del provvedimento di verifica dei requisiti;
- di ogni altro atto e/o provvedimento precedente e/o successivo comunque connesso, presupposto e/o consequenziale, ivi compreso, ove intervenuto, il contratto di appalto.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Urega, Sez. Prov.Le di Siracusa e di Provincia Regionale di Siracusa e di Edilmesam Srl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 2 dicembre 2010 il dott. Agnese Anna Barone e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

L'ATI Di Giorgi - Cassarà ha partecipato alla gara indetta dalla Provincia Regionale di Siracusa per l'affidamento dei "lavori di ammodernamento della S.P. 58 Terrazza – Fanusa della S.S. 115 alla progressiva. 4+000", per un importo complessivo di appalto di €. 3.490.000,00. collocandosi - a seguito di sorteggio - seconda in graduatoria, mentre i lavori sono stati aggiudicati alla controinteressata ATI Edilmesam- Seicon.

Con il ricorso in esame, ha impugnato i provvedimenti indicati in epigrafi, deducendo l'illegittima ammissione della controinteressata per:

- VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 19 COMMA 12 BIS DELLA LEGGE 109/94 NEL TESTO COORDINATO CON LA LEGGE REGIONALE n. 7/2002, COME INTRODOTTO DALL'ART. 1, COMMA 12, DELLA L.R. n. 16/2005 - VIOLAZIONE DEL D.A. DEI LL.PP. N. 26/GAB DEL 24/02/2006, COSP' COME MODIFICATO DAL D.A. DEI LL.PP. DEL 15/01/2008. VIOLAZIONE DEL PUNTO 16 LETT. B) DEL BANDO DI GARA, NONCHE' DEL PUNTO 3 DEL DISCIPLINARE DI GARA. ECCESSO DI POTERE PER TRAVISAMENTO E DIFETTO DI PRESUPPOSTO (primo motivo).

Parte ricorrente sostiene che la controinteressata doveva essere esclusa dalla gara avendo prodotto un D.U.R.C. *"per attestazione SOA"*

e quindi asseritamente non valido per la partecipazione a gare di appalto. Peraltro, il DURC, successivamente rilasciato in data 31/08/2009 anteriore allo svolgimento della gara (18/11/2009) non sarebbe idoneo a provare la regolarità contributiva dell'impresa, perché privo di alcuna validità trimestrale, tenuto anche conto che il documento presentato reca, a fianco della voce riguardante la posizione nei confronti dell'INPS, la dicitura "non si è pronunciato".

- VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 1 D.L. N. 629/82 E DELLA LEGGE 410/1991. – ECCESSO DI POTERE PER GRAVE TRAVISAMENTO DEI FATTI, DIFETTO ASSOLUTO DI ISTRUTTORIA E DI MOTIVAZIONE. L'A.T.I. aggiudicataria doveva essere, inoltre, esclusa dalla gara giacché la mandataria EDILMESAM S.r.l., non ha allegato il modello GAP, e la mandante SEICON s.r.l., ha presentato il modello g.a.p. incompleto, essendo stata omessa l'indicazione relativa al "Tipo di impresa". (secondo e terzo motivo di ricorso).

Si sono costituiti in giudizio, per resistere al ricorso, l'UREGA, la Provincia Regionale di Ragusa e la controinteressata Edilmesam. Quest'ultima, con ricorso incidentale ha dedotto l'illegittima ammissione della società ricorrente per mancanza del requisito di regolarità contributiva e per aver omesso la dichiarazione ex art 38 del D.Lgs. 163/2006, relativamente ad un institore dell'impresa mandante Cassarà.

Con ordinanza n. 507/2010, l'istanza cautelare è stata respinta.

Le parti hanno successivamente scambiato memorie, insistendo nelle rispettive difese e alla pubblica udienza del 2 dicembre 2010, il ricorso è stato trattenuto in decisione, come da verbale.

DIRITTO

1. In via preliminare, il Collegio ritiene che - pur se in generale la cognizione dei motivi di ricorso incidentale ad effetti paralizzanti assuma rilievo preliminare - tuttavia, l'infondatezza nel merito delle doglianze dedotte in via principale dal soggetto ricorrente esime il giudice amministrativo dalla verifica delle censure dedotte dalla parte controinteressata in via incidentale, tenuto anche conto delle esigenze di "sinteticità" dettate dall'art 120, comma 10° del D.Lgs., 104/2010.

2. Il primo motivo di ricorso riguarda la validità del D.U.R.C. presentato dall'impresa Edilmesam, contestata da parte ricorrente perché detto certificato sarebbe stato rilasciato non già per la partecipazione alla gara, bensì al diverso fine di ottenere l'attestato S.O.A., privo inoltre di validità trimestrale.

Sul punto il disciplinare di gara, al punto A3), prevedeva espressamente tra i documenti da presentare per la partecipazione alla gara a pena di esclusione: *“documentazione dimostrante il possesso del requisito della regolarità contributiva (D.U.R.C.) con validità di tre mesi dal rilascio, ai sensi dell’art. 19, comma 12 – bis del testo coordinato, secondo le modalità attuative contenute nel decreto dell’Assessore Regionale per i Lavori Pubblici n. 26/Gab. del 24/02/2006 (...) Non sono considerati validi, ai fini della partecipazione alle gare, i certificati DURC rilasciati per stati di*

avanzamento lavori, stati finali e verifica di autocertificazione. (...)”.

La censura è infondata, innanzitutto perché la *lex specialis* della gara prevede, come D.U.R.C. non validi ai fini della partecipazione, soltanto tre specifiche tipologie di D.U.R.C., fra le quali non rientra quella presentata dall'impresa controinteressata, dall'altro perché in ogni caso la stazione appaltante potrebbe richiedere l'integrazione documentale (in tal senso cfr. T.A.R. Sicilia Catania, sez. IV, 29 aprile 2010, n. 1287; T.A.R. Sicilia Palermo, sez. III, 19 febbraio 2009 , n. 366).

Quanto alla validità temporale del D.U.R.C, il certificato prodotto dalla ditta controinteressata è stato rilasciato in data 31/08/2009 a fronte di una gara le cui operazione hanno avuto inizio in data 18/11/2009, per cui - in applicazione del principio secondo il quale il termine trimestrale di validità decorre dalla data di rilascio – sino al 30/11/2009 il certificato era valido.

3. Con il secondo e terzo motivo di ricorso, parte ricorrente sostiene che in virtù del principio di eterointegrazione (non essendo prevista lacuna disposizione del disciplinare sulla produzione del modello G.A.P.) si sarebbe dovuto procedere all'esclusione dell'impresa Edilmesam per omessa allegazione del modello G.A.P. e dell'Impresa Seicon per irregolarità nella compilazione del medesimo modello.

A sostegno delle proprie difese, il ricorrente invoca precedenti giurisprudenziali, molti dei quali, però relativi a controversie nelle quali - a differenza della fattispecie in esame - l'allegazione del

modello G.A.P. era espressamente richiesto dal disciplinare di gara.

Il Collegio non ignora che la giurisprudenza si è sempre assestata sull'obbligatorietà della produzione del modello G.A.P. quale requisito necessario per non eludere la normativa di ordine pubblico che consentiva all'Alto Commissario (ora Ministero dell'Interno) di avere accesso a notizie riguardanti le imprese che partecipano alle gare pubbliche.

Tuttavia, tale orientamento deve essere rivisitato per un duplice ordine di motivi.

Risultano, innanzitutto condivisibili le argomentazioni contenute nella sentenza del Tar Palermo, sez. III n. 2807/2010 che nel contemperamento tra principio di etero integrazione e principio comunitario dell'affidamento ritiene che *"...la comprensibile ragione di non scalfire il principio della tutela dell'ordine pubblico ai fini della lotta contro le infiltrazioni della delinquenza mafiosa nel settore dei pubblici appalti, non possa essere condiviso ogniqualvolta esso conduca alla penalizzazione del "concorrente che abbia fatto affidamento incolpevole sul tenore testuale e letterale della lex specialis" della procedura (v. deliberazione dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture 22 maggio 2007, n. 154 richiamata anche dal successivo parere 6 marzo 2008, n. 98) (...)"* concludendo nel senso che in assenza di alcuna previsione nella lex specialis della procedura in ordine all'obbligo di produrre il modello G.A.P., la stazione appaltante non può escludere automaticamente le imprese che omettano di produrre tale modello.

In secondo luogo, va rilevato che *“l'essenziale funzione di tutela dell'ordine pubblico quale indefettibile strumento conoscitivo ai fini della lotta contro l'infiltrazione della delinquenza mafiosa nel settore dei pubblici appalti”* che il modello G.A.P. aveva all'epoca dell'entrata in vigore della relativa normativa, risulta oggi adeguatamente garantito anche da altri strumenti successivamente introdotti (solo a titolo esemplificativo: obblighi dichiarativi, protocolli di legalità, tracciabilità dei flussi finanziari,) per cui, in un'ottica *“sostanzialistica”* della sussistenza delle cause ostative alla partecipazione alla procedura di evidenza pubblica, va ritenuto che laddove la *lex specialis* non richieda espressamente l'allegazione del modello G.A.P. sin dalla fase della partecipazione (come nel caso di specie), nessuna sanzione espulsiva possa essere disposta a carico dell'impresa partecipante alla gara che abbia fatto legittimo affidamento sul tenore del bando e del disciplinare di gara.

4. Alla luce delle considerazioni che precedono il ricorso deve quindi essere rigettato.

5. Ritiene peraltro il Collegio che sussistano i motivi per compensare integralmente tra le parti le spese del giudizio tenuto conto della parziale novità delle questioni affrontate.

P.Q.M.

respinge il ricorso indicato in epigrafe.

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità

amministrativa.

Così deciso in Catania nella camera di consiglio del giorno 2 dicembre 2010 con l'intervento dei magistrati:

Salvatore Schillaci, Presidente FF

Pancrazio Maria Savasta, Consigliere

Agnese Anna Barone, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 15/02/2011

IL SEGRETARIO

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