

N. 00888/2011 REG.PROV.COLL.
N. 01094/2010 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 Puglia

Lecce - Sezione Terza

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1094 del 2010, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Edil Sar Tom Srl, rappresentata e difesa dall'avv. Anna Salvi, elettivamente domiciliata presso lo studio di quest'ultima in Lecce, via Idomeneo, 23;

contro

Provincia di Lecce, rappresentata e difesa dagli avv.ti Maria Giovanna Capoccia e Francesca Testi, elettivamente domiciliata presso l' Ufficio Legale C/ Amministrazione Provinciale;

nei confronti di

Ice Srl, rappresentata e difesa dagli avv. Luigi Quinto, Pietro Quinto, elettivamente domiciliata presso lo studio di quest'ultimo in Lecce, via Garibaldi 43;

per l'annullamento

- della determinazione dirigenziale del 28 giugno 2010 n. 1574 della Provincia di Lecce, comunicata con nota del 5 luglio 2010;
 - di ogni altro atto presupposto, connesso e/o consequenziale e tra questi, della predetta nota di comunicazione, dell'aggiudicazione provvisoria e della relativa nota di comunicazione del 16 giugno 2010, prot. n. 52400, dei verbali di gara nella parte in cui la Commissione non ha disposto la esclusione di ICE s.r.l. e del silenzio-rigetto sul preavviso di ricorso del 30 giugno 2010;
 - della nota del 14 luglio 2010, prot. 61523, con cui il Dirigente del Servizio Appalti e Contratti della Provincia di Lecce ha negativamente riscontrato le istanze di autotutela di cui ai preavvisi di ricorso del 30 giugno e dell'8 luglio 2010 inoltrati da Edil.Sar.Tom.;
- e per la declaratoria di nullità/inefficacia del contratto nelle more eventualmente sottoscritto e del titolo della ricorrente a subentrare a titolo di risarcimento in forma specifica e, solo in subordine, del risarcimento per equivalente.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Provincia di Lecce e di Ice Srl;

Visto l'atto di costituzione in giudizio ed il ricorso incidentale proposto dal ricorrente incidentale Ice Srl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 7 aprile 2011 la dott.ssa Patrizia Moro e uditi l'avv. Corsi, in sostituzione dell'avv. Salvi per la ricorrente, e nei preliminari l'avv. Angelastri in sostituzione degli avv.ti Capoccia e Testi per la p.a., l'avv. Marasco in sostituzione degli avv.ti Quinto per la controinteressata;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La ricorrente, partecipante alla gara indetta dalla provincia di Lecce per l'affidamento dei lavori di ristrutturazione della sede della fondazione ICO Tito Schipa (ex liceo musicale) contesta la legittimità degli atti di gara sul presupposto della illegittimità dell'ammissione della ICE srl.

1.1. A sostegno del ricorso sono dedotte le seguenti censure:

I) Violazione del bando di gara. Violazione art. 38 lett. I) ed H) d.lgs. n. 163/2006 e succ. mod. eccesso di potere per carenza istruttoria ed assoluto difetto di motivazione. Violazione artt. 2 e 8 del codice etico degli appalti provinciali.

II) Violazione del bando di gara sotto altro profilo.

1.2. Con ricorso incidentale depositato in data 17 settembre 2010 la ICE srl ha impugnato gli atti di gara nella parte in cui non è stata disposta l'esclusione della Edil. Sar. Tom srl per violazione dell'art. 38 del d.lgs. 163/2006 in ragione della mancata dichiarazione da parte della concorrente relativamente alla insussistenza di tutte le cause di esclusione previste dall'art. 38 comma 1.

1.3. Con motivi aggiunti depositati in data 3 agosto 2010 la ricorrente ha censurato la nota del 14 luglio 2010 con cui il Dirigente del Servizio Appalti e Contratti della Provincia di Lecce ha riscontrato negativamente le istanze di autotutela di cui ai preavvisi di ricorso 30 giugno e 8 luglio 2010 inoltrati da Edil Sartom.

1.3. Con ordinanza n. 735/2010 la Sezione ha respinto l'istanza cautelare richiesta dalla ricorrente sul presupposto che *“non può ritenersi l'esistenza di una violazione grave, definitivamente accertata, delle norme in materia di contributi una volta che la situazione contributiva sia stata regolarizzata e che, di conseguenza sia stato rilasciato il DURC attestante la regolarità contributiva (come è stato nella specie); la falsità della dichiarazione è sanzionata ai sensi dell'art. 38 del d.lgs. n. 163 del 2006 solo se risultante dai dati in possesso dell'Osservatorio (e questo non si è verificato nella specie); che la dichiarazione di voler sub-appaltare le opere della categoria OS 28 implica necessariamente il sub-appalto ad impresa in possesso della necessaria qualificazione”*.

1.4. Con motivi aggiunti depositati in data 17 novembre 2010 la ricorrente ha impugnato la determinazione dirigenziale del 28 giugno 2010 n. 1574 con cui la Provincia di Lecce ha provveduto ad aggiudicare in via definitiva in favore di ICE la gara in questione.

1.5. Con ordinanza n. 983/2010 espressa nella camera di consiglio del 10 dicembre 2010, la Sezione ha respinto l'istanza cautelare richiesta dalla ricorrente nella considerazione che *” il DURC prodotto dall'aggiudicataria, e sottoposto a controllo dalla P.A. (come risulta dalla*

documentazione prodotta in sede di gara e da quella depositata in data odierna dalla Provincia), attesta la regolarità contributiva della medesima, sia alla data del 9 giugno 2010, sia alla data del 16 giugno 2010, come richiesto dal bando di gara”.

1.6. Nella pubblica udienza del 7 aprile 2011 la causa è stata introitata per la decisione.

2. Il ricorso è infondato e non meritevole di accoglimento.

2.1. La ricorrente afferma che la ICE srl avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara di cui in epigrafe avendo la stessa falsamente dichiarato di essere in possesso del requisito di regolarità contributiva, risultando tale circostanza acclarata con sentenza del Tar di Lecce n. 2231/2009 con la quale si è accertata l'esistenza di un DURC 23 giugno 2009 che attesta una irregolarità contributiva di ICE al 17 febbraio 2009.

Secondo la ricorrente, la presentazione da parte di Ice di un DURC del 20 luglio 2010, se poteva attestare la veridicità della dichiarazione di cui al punto 8, non era idoneo ad attestare la sussistenza del diverso requisito richiesto al punto 3 del bando il quale, a dire della medesima, doveva riguardare le vicende dell'impresa antecedenti la gara, con conseguente rilevanza negativa, sotto tale aspetto del DURC negativo del 23 giugno 2009.

2.2. Il motivo non coglie nel segno.

In primo luogo, secondo indirizzo giurisprudenziale maggioritario che il Collegio condivide ” *in materia di appalti pubblici il momento rilevante ai*

fini della valutazione della sussistenza, o meno, del requisito d'esclusione delineato dall'art. 38, comma 1 lett. i), d.lgs. n. 163/2006 - secondo cui "sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavoro, forniture e servizi ... i soggetti: ... i) che hanno commesso violazioni gravi, definitivamente accertate, alle norme in materia di contributi previdenziali e assistenziali, secondo la legislazione italiana o dello Stato in cui sono stabiliti; ... - deve essere individuato alla data di scadenza stabilita per la presentazione della domanda di partecipazione alla gara" (T.a.r. Lazio - Roma, sez. II n. 7931/2009; C.d.S. Sez. V, sent. n. 4511 del 13-07-2010).

Conformemente a tale indirizzo, nella fattispecie, la citata dichiarazione di cui al punto sub 3 del bando di gara doveva riguardare le vicende dell'impresa attinenti il momento di presentazione della domanda senza che potessero influire violazioni precedenti.

Inoltre l'art. 38 comma 1 lett.) del d.lgs. 163/2006 impedisce la partecipazione ai soggetti che nell'anno antecedente la data di pubblicazione del bando abbiano reso false dichiarazioni in merito ai requisiti ed alle condizioni rilevanti per la partecipazione alle procedure di gara e per l'affidamento dei subappalti, risultanti dai dati in possesso dell'Osservatorio: tale norma richiede quindi che, ai fini preclusivi della partecipazione alle gare, si sia verificata una c.d. falsità qualificata, ossia quella risultante dai dati in possesso dell'Osservatorio e non già una qualsiasi falsità o reticenza.

Pertanto non può neppure dirsi che la ICE abbia reso una

dichiarazione mendace in merito alla propria posizione contributiva non risultando tale circostanza nei dati dell'Osservatorio.

A ciò aggiungasi che a norma dell'art. 38 d.lgs. n. 163/2006 è oggetto di sanzione unicamente il mendacio idoneo, in chiave funzionale, ad influenzare il dipanarsi della procedura competitiva; un falso innocuo, privo cioè di qualsivoglia offensività rispetto agli interessi presidiati dalle regole che governano la procedura di evidenza pubblica, non è sanzionabile con l'esclusione. (C.d.S. Sez. VI, sent. n. 1017 del 22-02-2010).

2.3. Non può neppure sostenersi, come dedotto nei motivi aggiunti, che il DURC richiesto dalla provincia attesterebbe una regolarità solo parziale non risultando la stessa completa alla data del 16 giugno 2010 (data di effettuazione della gara) ed al momento della partecipazione alla procedura. (9 giugno 2010).

In proposito, deve rilevarsi che il bando di gara al punto sub 8) richiedeva che l'impresa presentasse dichiarazione attestante la regolarità contributiva alla data di partecipazione alla gara, nei confronti di INPS ed INAIL e Cassa Edile e non risultano esservi contestazioni in ordine alla presentazione di tale dichiarazione da parte dell'aggiudicataria e, sotto tale aspetto, la ICE ha reso tale dichiarazione adempiendo alle formalità prescritte dalla lex specialis.

Inoltre la P.A. ha richiesto allo Sportello Unico previdenziale, in data 22 giugno 2010, l'attestazione della regolarità contributiva di ICE con riferimento alla data di effettuazione della gara (16 giugno 2010).

A seguito di tale istruttoria risulta emesso DURC dal quale risulta la regolarità della posizione della ICE, con tutti i versamenti contributivi (anche con riferimento alla posizione Casse Edili) alla data del 16 giugno 2010, sicchè la censura risulta destituita di fatto.

2.4. Del pari infondato è l'ulteriore motivo di ricorso con il quale la ricorrente assume che la ICE avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara in quanto la stessa, non in possesso della qualificazione SOA nella categoria OS28, si è limitata a dichiarare di voler subappaltare o concedere in cottimo i lavori rientranti nelle categorie di opere nelle percentuali previste dalla legge (OG1- OG3- OG11- OS1-OS3-OS4- OS6-OS13-OS- OS18- OS23-OS26- OS28-OS30) senza indicare i lavori o le parti di lavori e con riferimento alla categoria OS28 non ha dichiarato di voler subappaltare ad impresa in possesso della relativa qualificazione.

Basti in proposito rilevare che la ICE ha dichiarato di voler subappaltare le opere suindicate *“ai sensi dell'art. 118 del d.lgs. 163/2006... nelle percentuali previste per legge”* sicchè il riferimento a tale normativa consente di rilevare la completezza e ritualità della dichiarazione, sia sotto l'aspetto delle percentuali consentite, sia sotto l'aspetto del possesso della relativa qualificazione da parte dell'appaltatore per la categoria OS28.

Del resto, i punti sub 2 e 3 dell'art. 118 prevedono che l'affidatario provveda al deposito del contratto di subappalto presso la stazione appaltante almeno venti giorni prima della data di effettivo inizio

dell'esecuzione delle relative prestazioni e che al momento del deposito del contratto di subappalto presso la stazione appaltante l'affidatario trasmetta altresì la certificazione attestante il possesso da parte del subappaltatore dei requisiti di qualificazione prescritti dal codice in relazione alla prestazione subappaltata e la dichiarazione del subappaltatore attestante il possesso dei requisiti generali di cui all'articolo 38.

Appare pertanto evidente che la norma rinvia al momento immediatamente antecedente l'inizio effettivo della prestazione il controllo del possesso dei requisiti di qualificazione e generali necessari da parte dell'appaltatore.

Infine, del tutto ininfluenza è ai fini della definizione del presente giudizio, la questione di illegittimità costituzionale sollevata dalla ricorrente in relazione all'art. 1 del d.lgs. 53/2010, che ha introdotto il comma 10 ter all'art. 11 del d.lgs. 163/2010, con previsione poi trasfusa nel Codice del processo Amministrativo all'art. 121 comma 1 lett.d, con riferimento all'art. 76 cost, per violazione della specifica delega parlamentare (art. 44 legge comunitaria che prevedeva la durata dello stand still sino alla pronuncia cautelare definitiva), atteso che la fase cautelare risulta esaurita da diverso tempo con la reiezione dell'istanza.

Pertanto, il giudice amministrativo non è giudice del diritto oggettivo, nel senso che non può porsi, sotto i profili della costituzionalità, qualsiasi questione che possa, in astratto, involgere la disciplina

normativa in concreto applicata, ma deve pur sempre muoversi nei limiti tracciati in ricorso dalle parti e dubitare, quindi, della legittimità delle norme applicabili nel caso - perché contrastanti con principi di rango costituzionale - solo se ed in quanto la declaratoria di illegittimità delle norme stesse sia strumentale alla definizione delle censure in concreto mosse agli atti impugnati. (Consiglio Stato , sez. VI, 25 agosto 2009 , n. 5058).

Conclusivamente il ricorso deve essere respinto.

Alla reiezione del ricorso segue l'inammissibilità per carenza di interesse del ricorso incidentale.

Le spese seguono la soccombenza e vengono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia Lecce - Sezione Terza definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto:

- a) respinge il ricorso;
- b) dichiara inammissibile il ricorso incidentale;
- c) condanna la ricorrente alla rifusione, a favore di ICE srl e della Provincia di Lecce, delle spese di giudizio quantificate complessivamente in € 4.000,00, da ripartirsi in parti uguali fra queste ultime.

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

Così deciso in Lecce nella camera di consiglio del giorno 7 aprile 2011
con l'intervento dei magistrati:

Rosaria Trizzino, Presidente

Ettore Manca, Consigliere

Patrizia Moro, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 23/05/2011

IL SEGRETARIO

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