



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 Quarta)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 2066 del 2011, proposto da:  
Cofedil di Ferrante Giuseppe Mario, rappresentato e difeso dall'avv. Leonardo  
Cucchiara, con domicilio eletto presso Salvatore Cittadino in Catania, via  
O.Scammacca,23/C;

***contro***

Comune di Nicosia, rappresentato e difeso dall'avv. Carmelo Panatteri, con  
domicilio elettivo in Catania presso la Segreteria del Tar;

***nei confronti di***

Impresa Spitale Francisco, non costituita in giudizio;

***per l'annullamento***

del provvedimento di aggiudicazione dell'appalto dei lavori per la costruzione della  
palestra e della mensa della scuola media L. Pirandello 2° stralcio adottato con d.d.  
n. 195 del 13.5.2011, comunicato alla ricorrente con nota fax del prot. 15178 del 18  
maggio 2011, del provvedimento di aggiudicazione definitiva, dei verbali di gara

del 15 dicembre 2010 e successivi e di aggiudicazione del 14 marzo 2011 nella parte in cui è stata disposta l'esclusione di altre ditte, di ogni altro atto presupposto, consequenziale o comunque connesso e in particolare, della nota del 11706 del 14 marzo 2011 con la quale è stato disatteso il reclamo della ricorrente ai sensi dell'art 243 bis d. lgs. n. 263/2006; nonchè ai sensi dell'art 121 e ss. del d. lgs n. 104/2010 per la declaratoria di inefficacia del contratto, ove stipulato, del diritto della ricorrente al subentro nell'esecuzione dei lavori e al risarcimento dei danni per equivalente, ove il subentro non risulti consentito o comunque per la eventuale parte dei lavori già eseguiti.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Nicosia;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 30 gennaio 2014 il dott. Francesco Brugaletta e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO

Con il ricorso in esame si chiede:

-) l'annullamento del provvedimento di aggiudicazione dell'appalto dei "lavori per la costruzione della palestra e della mensa della scuola media L. Pirandello 2° stralcio", adottato con D.D. n. 195 del 13/05/2011, del provvedimento di aggiudicazione definitiva; dei verbali di gara del 15 dicembre 2010 e successivi e di aggiudicazione del 14 marzo 2011 nella parte in cui è stata disposta l'esclusione delle ditte, di seguito indicate; e della nota del 11706 del 14 marzo 2011 con la quale è stato disatteso il reclamo presentato dalla ricorrente ai sensi dell'art. 243 bis

del D.Lgs. n. 263/2006; -) la declaratoria, ai sensi dell'art. 121 e ss. del D.Lgs. n. 104/2010, di inefficacia del contratto, ove stipulato, del diritto della ricorrente al subentro nell'esecuzione dei lavori e al risarcimento dei danni per equivalente, ove il subentro non risulti consentito o comunque per la eventuale parte dei lavori già eseguiti.

Il Comune di Nicosia con bando pubblicato all'Albo pretorio ha indetto un pubblico incanto per procedura aperta per lavori di "Costruzione della palestra e della mensa della scuola media "L. Pirandello", 2° stralcio", per l'importo complessivo di € 408.963,70, esclusi gli oneri di sicurezza non soggetti a ribasso, e pari ad € 9.517,87.

Il bando di gara prevedeva al punto 2 delle "Avvertenze" che "Non sono ammessi a partecipare soggetti che, al momento di presentazione dell'offerta, non dimostrino, con le modalità previste dal disciplinare di gara, la regolarità contributiva nei confronti degli Enti previdenziali ed assicurativi INPS, INAIL e Cassa Edile"; sul punto, il disciplinare di gara stabiliva al punto 9 – "Durc" che "potrà essere prodotto in originale o anche in copia autentica conforme all'originale, ai sensi del D.P.R. n. 445/2000, di data non anteriore a mesi tre dal rilascio"; e che il concorrente avrebbe potuto produrre, in luogo del DURC, dichiarazione sostituiva contenente le indicazioni e dichiarazioni inerenti: ai numeri di matricola o iscrizione relativi all'Inps, Cassa Edile e Inail; alla correttezza degli adempimenti periodici relativi ai versamenti contributivi; alla insussistenza di inadempienze in atto o rettifiche notificate, non contestate e non pagate; e al conseguimento di procedura di sanatoria, positivamente definita con atto dell'ente interessato.

La gara d'appalto è stata esperita, nelle date 15, 20, e 30 dicembre 2010; 7, 11, 12, 13, 14, 17, 19, 20, 21, 24, 27, e 28 gennaio 2011; 2, 3, 7, 9, 10, 14, 15, 16, e 28 febbraio 2011; ed, infine, in data 14 marzo 2011, in cui l'appalto, tra le imprese

rimaste in gara, e previa determinazione della media finale delle offerte, pari a 20,39177768, è stato aggiudicato provvisoriamente all'Impresa Spitale Francisco, operante il ribasso del 20,3916% giusto, appunto, verbale di gara del 14.3.2011, pubblicato ai sensi dell'art. 21 bis l. 109/94, come sostituito dall'art. 4, l.r. Sicilia n. 16/2010; verbale, per altro, indicante come Ditta seconda classificata la ATI. I.M.I.E.S. S.a.s., capogruppo, in ATI con la Musso Costruzioni S.r.l., e la definitività dell'aggiudicazione, a seguito dell'atto di approvazione dell'Organo competente.

Con nota fax del 7 aprile 2011 e raccomandata A-r del successivo 8 aprile, parte ricorrente proponeva reclamo alla Stazione appaltante, avverso la esclusione dalla gara della Impresa "Misurarca S.r.l.", avvenuta con verbale del 24.1.2011, della "Intesa Verde S.r.l.", disposta con verbale di gara del 2.2.2011, della "Cipae Soc. Coop a.r.l.", disposta con verbale del 3.2.2011, e della "Co.Ge.Tro S.r.l.", disposta con verbale del 7.2.2011; esclusione indicata nei medesimi verbali di gara, per la ragione seguente: "in quanto il DURC prodotto è stato rilasciato per lavori privati in edilizia anziché per partecipazione a gare d'appalto. L'esclusione trova conferma nella circolare n. 35 del Min. del lavoro 35/2010 dell'8 ottobre 2010 con la quale si precisa che nell'ambito degli appalti pubblici non può essere utilizzato un DURC richiesto a fini diversi (ad esempio un DURC richiesto ai fini della fruizione di benefici o sovvenzioni previsti dalla disciplina comunitaria o un DURC richiesto per lavori privati nell'edilizia); ciò in quanto le verifiche operate dai competenti Istituti e/o Casse Edili seguono ambito e procedure in parte diversi in relazione alle finalità per cui è emesso)".

Con la nota del 7 aprile 2011 parte ricorrente ha contestato che il DURC prodotto da quelle Ditte e rilasciato per "lavori privati in edilizia", non poteva costituire motivo di esclusione delle stesse, e che la loro ri-ammissione in gara le avrebbe consentito di ottenerne l'aggiudicazione.

Con la stessa nota la ricorrente esprimeva, ancora, ai sensi dell'art. 243 bis, del D.Lgs. n. 163/2006, l'intendimento di proporre ricorso giurisdizionale, nel caso di mancato accoglimento delle superiori richieste.

A ciò faceva seguito la nota comunale, prot. Utc. n. 2425 del 13 aprile 2011, pervenuta alla ricorrente il 19 aprile 2011 con la quale il Seggio di gara rigettava le richieste di annullamento in autotutela delle esclusioni predette e di contestuale aggiudicazione provvisoria della gara, avanzate dalla Ditta ricorrente.

Infine con provvedimento del Dirigente dell'Utc comunale, D.D. n. 195 del 13 maggio 2011, veniva approvata l'aggiudicazione già disposta con il verbale del 14 marzo 2011, e la gara veniva definitivamente aggiudicata all'Impresa Spitale Francisco.

Da ciò il ricorso in esame con il quale vengono dedotte le seguenti censure:

1) violazione e falsa applicazione dell'art. 19 della l. n. 109/94 nel "testo coordinato" con le ll.rr. n. 7/02 e ss.mm., introdotto dall'art. 1, commi 12 e 13, della legge regionale 29 novembre 2005, n. 16. violazione decreto dell'ass.to reg.le ll.pp. 24 febbraio 2006 (in gurs n. 12 del 10 marzo 2006)

2) violazione del disciplinare di gara, punto 3 lett. c) – eccesso di potere per arbitrio.

3) illogicità manifesta e arbitrio

Si è costituito in giudizio il Comune intimato avversando il ricorso e chiedendone il rigetto.

Alla pubblica udienza del 30.1.14 la causa è stata tratta in decisione.

## DIRITTO

Il ricorso è fondato .

L'eccezione di rito sollevata dal Comune resistente, secondo cui il ricorso sarebbe improcedibile e/o inammissibile, per acquiescenza agli atti presupposti di esclusione e per tardiva impugnazione degli stessi, va rigettata atteso che gli atti a

cui si riferisce parte resistente hanno natura endoprocedimentale, come espressamente viene detto nell'art. 243 bis del D.Lgs. 12-4-2006 n. 163 che così recita:

<<1. Nelle materie di cui all'articolo 244, comma 1, i soggetti che intendono proporre un ricorso giurisdizionale informano le stazioni appaltanti della presunta violazione e della intenzione di proporre un ricorso giurisdizionale.

2. L'informazione di cui al comma 1 è fatta mediante comunicazione scritta e sottoscritta dall'interessato, o da un suo rappresentante, che reca una sintetica e sommaria indicazione dei presunti vizi di illegittimità e dei motivi di ricorso che si intendono articolare in giudizio, salva in ogni caso la facoltà di proporre in giudizio motivi diversi o ulteriori. L'interessato può avvalersi dell'assistenza di un difensore. La comunicazione può essere presentata fino a quando l'interessato non abbia notificato un ricorso giurisdizionale. L'informazione è diretta al responsabile del procedimento. La comunicazione prevista dal presente comma può essere effettuata anche oralmente nel corso di una seduta pubblica della commissione di gara ed è inserita nel verbale della seduta e comunicata immediatamente al responsabile del procedimento a cura della commissione di gara.

3. L'informativa di cui al presente articolo non impedisce l'ulteriore corso del procedimento di gara, né il decorso del termine dilatorio per la stipulazione del contratto, fissato dall'articolo 11, comma 10, né il decorso del termine per la proposizione del ricorso giurisdizionale.

4. La stazione appaltante, entro quindici giorni dalla comunicazione di cui al comma 1, comunica le proprie determinazioni in ordine ai motivi indicati dall'interessato, stabilendo se intervenire o meno in autotutela. L'inerzia equivale a diniego di autotutela.

5. L'omissione della comunicazione di cui al comma 1 e l'inerzia della stazione appaltante costituiscono comportamenti valutabili, ai fini della decisione sulle spese di giudizio, nonché ai sensi dell'articolo 1227 del codice civile.

6. Il diniego totale o parziale di autotutela, espresso o tacito, è impugnabile solo unitamente all'atto cui si riferisce, ovvero, se quest'ultimo è già stato impugnato, con motivi aggiunti.>>

Quanto al merito, deve osservarsi che con la prima censura si denuncia la violazione e falsa applicazione dell'art. 19 della l. n. 109/94 nel "testo coordinato" con le ll.rr. n. 7/02 e ss.mm., introdotto dall'art. 1, commi 12 e 13, della legge regionale 29 novembre 2005, n. 16; violazione decreto dell'ass.to reg.le ll.pp. 24 febbraio 2006 (in gurs n. 12 del 10 marzo 2006).

La censura merita di essere condivisa.

Invero l'art.16-bis, comma 10, del D.L. n.185/2008 (Misure urgenti per il sostegno a famiglie, lavoro, occupazione e impresa e per ridisegnare in funzione anti-crisi il quadro strategico nazionale), inserito dalla legge di conversione n.2/2009, così recita: "In attuazione dei principi stabiliti dall'articolo 18, comma 2, della legge 7 agosto 1990, n. 241 e successive modificazioni, e dall'articolo 43, comma 5, del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n.445, le stazioni appaltanti pubbliche acquisiscono d'ufficio, anche attraverso strumenti informatici, il documento unico di regolarità contributiva (DURC) dagli istituti o dagli enti abilitati al rilascio in tutti i casi in cui è richiesto dalla legge".

La disposizione in questione si applica anche in Sicilia, in quanto costituisce applicazione della Legge 241/90, per come recepita nella Regione con legge reg. n.10/91 (cfr. Tar Palermo, Ord. n. 1036 del 2009).

Quindi, essendo comunque onere della stazione appaltante acquisire d'ufficio il DURC, i rilievi di inidoneità dei Durc in questione non assumono valore nel senso evidenziato dal Comune resistente

(CFR: Tar Catania, IV, n. 01598/2012 e n. 01158/2012; T.A.R. Calabria Reggio Calabria, 23 marzo 2010, n. 291).

Sulla questione si vedano anche le seguenti pronunce:

1) <<Muovendo da tale presupposto, la giurisprudenza ha chiarito che, ai sensi dell'art. 16 bis comma 10 d.l. 29 novembre 2008 n. 185, conv. nella l. 28 gennaio 2009 n. 2, il procedimento di rilascio del DURC è stato semplificato attraverso l'introduzione dell'obbligo in capo alle stazioni appaltanti pubbliche di acquisirlo d'ufficio, anche attraverso strumenti informatici, dagli istituti o dagli enti abilitati al rilascio in tutti i casi in cui è richiesto dalla legge, sicché l'obbligo (illegittimo) fissato dal bando di gara di produrre il d.u.r.c. va ritenuto assorbito dalla generica dichiarazione di essere in regola con le norme in materia di contributi previdenziali ed assistenziali, ferma restando la richiamata acquisizione d'ufficio che la stazione appaltante potrà disporre>> (cfr. T.A.R. Sicilia Palermo, sez. III, 26 ottobre 2010, n. 13564).

2) <<Per "Documento unico di regolarità contributiva" (d.u.r.c.) si intende il certificato che attesta contestualmente la regolarità di un operatore economico per quanto concerne i versamenti dovuti a INPS, INAIL, nonché Cassa Edile per i lavori dell'edilizia, verificati sulla base della rispettiva normativa di riferimento.

L'articolo 16-bis, comma 10, decreto legge n. 185/2008, così come modificato dalla legge di conversione n. 2/2009, stabilisce che le Stazioni appaltanti acquisiscono d'ufficio il DURC, anche attraverso gli strumenti informatici, dagli istituti o dagli enti abilitati al rilascio in tutti i casi in cui è richiesto dalla legge.>> (cfr. Tar Catania n. 116 del 2012).

In conclusione risulta illegittima l'esclusione dalla gara delle imprese Misuraca s.r.l. (n. 198), Intesa Verde s.r.l. (n. 239), Cipae soc. coop a r.l. (n. 247) e Co.ge.tro s.r.l. (n. 264).

Ne segue che, , assorbiti i motivi non esaminati, va accolto il ricorso con conseguente annullamento dei provvedimenti impugnati.

Va osservato, tuttavia, che la richiesta di risarcimento del danno non può trovare accoglimento difettandone, allo stato, i presupposti (cfr: TAR CATANIA , II, n. 350/06 del 27 febbraio 2006).

La relativa complessità della questione trattata e le pronunce cautelare intercorse consentono la compensazione delle spese del giudizio. Viene revocata la condanna alle spese disposta con la ordinanza cautelare n. 953 del 21-7-11.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia sezione staccata di Catania  
(Sezione Quarta)

Accoglie il ricorso in epigrafe. Compensa le spese.

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

Così deciso in Catania nella camera di consiglio del giorno 30 gennaio 2014 con l'intervento dei magistrati:

Cosimo Di Paola, Presidente

Francesco Brugaletta, Consigliere, Estensore

Francesco Bruno, Consigliere

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 12/02/2014

IL SEGRETARIO

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