



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 Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 958 del 2010, integrato da motivi aggiunti, proposto da Caltagirone Mario Ugo Giovanni, titolare dell'omonima impresa individuale, rappresentato e difeso, congiuntamente e disgiuntamente, dagli Avv.ti Giovanni Immordino e Giuseppe Immordino, con domicilio eletto presso il loro studio in Palermo, via Libertà, n. 171;

contro

il Comune di Villabate, in persona del Sindaco pro tempore, non costituito in giudizio;

nei confronti di

Impresa Geotek s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa, congiuntamente e disgiuntamente, dagli Avv.ti Carlo Comandè, Marzia Comandè e Serena Caradonna, con domicilio eletto presso il loro studio in Palermo, via Nunzio Morello, n. 40;

per l'annullamento

a) quanto al ricorso introduttivo:

- del verbale di gara dei giorni 26 febbraio, 9, 25 e 31 marzo, 5 maggio 2010,

relativo all'appalto dei «lavori di ampliamento e adeguamento alle norme di sicurezza e igiene nei luoghi di lavoro, ai sensi del d.l. n. 626 del 1994, asilo nido comunale», nella parte in cui è stata dichiarata aggiudicataria l'Impresa Geotek s.r.l.;

- «del medesimo verbale di gara nella parte in cui è stata ammessa anziché essere esclusa l'Impresa Geotek s.r.l [...]»;

- del provvedimento di silenzio diniego formatosi sull'informativa proposta dalla ricorrente in ordine all'intento di proporre ricorso giurisdizionale ex art. 243 bis Codice degli appalti avverso i sopraindicati verbali di gara;

b) quanto al ricorso per motivi aggiunti:

- della nota prot. n. 20580 del 3.9.2010 con la quale il Comune di Villabate ha comunicato che con determinazione n. 159 del 26.08.2010 è stata disposta l'aggiudicazione definitiva dei lavori in oggetto a favore dell'impresa Geotek s.r.l.;

- della determinazione n. 159 del 26.08.2010, di approvazione dei verbali di gara.

Visti il ricorso ed i motivi aggiunti, con i relativi allegati;

Visti l'atto di costituzione in giudizio e la memoria difensiva della controinteressata Geotek S.r.l.;

Vista la memoria della ricorrente;

Vista l'ordinanza n. 533/10 con cui è stata fissata l'udienza pubblica;

Visti gli atti tutti della causa;

Visto l'art. 120 cod. proc. amm.;

Designato relatore il referendario dott. Giuseppe La Greca;

Uditi all'udienza pubblica del 19 ottobre 2010 gli Avv.ti Giovanni Immordino e Giuseppe Immordino per la parte ricorrente, l'avv. D. Pitruzzella, su delega dell'Avv. C. Comandè, per la controinteressata;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

FATTO

1. Con ricorso notificato il 3 giugno 2010 e depositato il successivo 4 giugno, la ricorrente Impresa individuale Caltagirone Mario Ugo Giovanni ha impugnato - chiedendone l'annullamento, vinte le spese, con conseguente dichiarazione di inefficacia del contratto ove stipulato - i provvedimenti relativi all'ammissione, e successiva aggiudicazione, della controinteressata alla gara per la realizzazione dei lavori di ampliamento e adeguamento alle norme di sicurezza e igiene nei luoghi di dell'asilo nido comunale.
2. Il ricorso è articolato in tre motivi con cui si deducono i seguenti vizi:
 - 1) Violazione e falsa applicazione del punto 8) del bando di gara, nonché dell'art. 30 della l. n. 109/94 come recepito in Sicilia con l.r. n. 7/2002; violazione e falsa applicazione dell'art. 23 del Codice dell'amministrazione digitale (d.lgs. n. 80/2005);
 - 2) Violazione e falsa applicazione dell'art. 16, lett. A-1) del bando di gara nonché dell'art. 3 del disciplinare di gara;
 - 3) Violazione e falsa applicazione dell'art. 11 del bando di gara.
3. Il Comune di Villabate, benché ritualmente intimato, non si è costituito in giudizio.
4. Si è costituita in giudizio la controinteressata Geotek s.r.l. la quale, con memoria, ha contrastato le pretese di parte ricorrente ed ha concluso per la reiezione del ricorso.
5. In sede di deliberazione della domanda cautelare questo Tribunale ha disposto la fissazione dell'odierna udienza pubblica, in prossimità della quale parte ricorrente ha depositato articolata memoria con cui ha ribadito la propria tesi difensiva.
6. All'udienza pubblica del 19 ottobre 2010, presenti i procuratori delle parti,

che si sono riportati alle già espresse domande e conclusioni, il ricorso, su richiesta degli stessi, è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

1. Il ricorso è fondato.

1.1. Con il primo motivo parte ricorrente deduce l'illegittima ammissione della controinteressata alla gara poiché la polizza dalla stessa prodotta, rilasciata dalla Elba Assicurazioni, non sarebbe valida «in quanto non rilasciata in forma cartacea con firma originale, così come previsto dall'art. 9 del bando e dal d.m. n. 123/04 dallo stesso richiamato», risultando, invece, prodotta, a titolo di garanzia provvisoria, una polizza, in copia semplice, su supporto cartaceo nella quale si dichiara che la stessa sarebbe stata prodotta con firma digitale.

2. La Geotek s.r.l. replica sostenendo che:

- a) la polizza prodotta in gara non costituisce, in tesi, mera copia ma originale sottoscritto con firma digitale, la cui autenticità sarebbe verificabile in applicazione di specifica procedura;
- b) il documento estratto in stampa dal file costituisce duplicato del documento informatico rappresentativo della polizza assicurativa formata nel rispetto delle prescritte regole tecniche;
- c) sarebbe infondato l'assunto secondo cui la polizza prodotta in gara sarebbe nulla poiché essa, generata informaticamente e sottoscritta con firma digitale, è validamente contratta ad ogni effetto di legge;
- d) che, ove a tutto concedere, la polizza fosse ritenuta una mera copia da corredarsi con l'attestazione di conformità all'originale redatta da pubblico ufficiale, la produzione in sede di gara della stessa non potrebbe comportare l'esclusione, e ciò ove il bando non preveda la produzione dell'originale (e nel caso di specie non è richiesto dalla lex specialis di corredare l'offerta con

l'originale o copia legalizzata della polizza);

e) si sarebbe in presenza di un'ipotesi di possibile regolarizzazione, né l'obbligo di produrre l'originale, in tesi, può farsi discendere dalle previsioni del d.m. n. 123/04 cui il bando medesimo rinvia, stante l'assenza - nello stesso - di previsioni in tal senso.

3. Il motivo merita adesione.

3.1 Il bando di gara prevede che (punto 9) «l'offerta dei concorrenti deve essere corredata da una cauzione provvisoria e dall'impegno di un fideiussore per il rilascio della cauzione definitiva, nella misura e nei modi previsti dai commi 1, 2, 2-bis e 2-ter dell'art. 30 del testo coordinato della legge n. 109/94. La garanzia fideiussoria deve essere conforme allo schema di polizza-tipo approvato dal Ministero Attività Produttive con decreto n. 123 del 12.3.2004, con le modifiche ed integrazioni di cui al testo coordinato della l. n. 109/94». All'obbligo di prestare la cauzione provvisoria «nella misura e nei modi previsti dall'art. 30, comma 1 e -bis della l. n. 109/94 di cui al "testo coordinato"» fa riferimento anche il punto 9 del disciplinare di gara (pag. 13). Orbene, la polizza prodotta in gara dalla controinteressata, datata 15 febbraio 2010, è costituita da una fotocopia, che la difesa di parte controinteressata qualifica, dapprima, come «originale di documento informatico» - qualità, questa, che deriverebbe, secondo quanto prospettato, dall'asserita autenticità della firma digitale, verificabile *on line*, e, poi, quale «documento estratto in stampa dal file».

Va osservato, che nel caso di specie è irrilevante la circostanza, dedotta da parte controinteressata, dell'assenza di una specifica previsione, in seno al bando, dell'obbligo di produrre la garanzia provvisoria in originale o in documento autenticato - ciò che, secondo la tesi dalla stessa propugnata, avrebbe consentito alle imprese partecipanti di produrne una copia cartacea -,

per la semplice ragione che, ove l'impresa concorrente alla gara decida di avvalersi della possibilità di produrre una garanzia provvisoria – nel caso di specie una polizza assicurativa – in formato digitale, essa è conseguentemente tenuta ad osservare tutte le regole che stanno a presidio di tale modalità documentale che, nel nostro ordinamento, trovano oggi compiuta disciplina nel Codice dell'Amministrazione digitale approvato con d. lgs. n. 82 del 2005. E, tra tali regole, non può prescindersi dal considerare quella che consente di scegliere tra due opzioni fissate direttamente dalla legge: o la diretta produzione del documento informatico (registrato su supporto informatico, non cartaceo, cfr. art. 20 d. lgs. n. 82 del 2005), ovvero la produzione di copia su supporto cartaceo dello stesso, quantunque sottoscritto con firma digitale, la quale sostituisce ad ogni effetto l'originale da cui è tratto se la sua conformità all'originale in tutte le sue componenti è attestata da un pubblico ufficiale a ciò autorizzato (art. 23, comma 2-bis, d. lgs. n. 82 del 2005): autenticazione che il Collegio non ritiene surrogabile da altre modalità, ivi compresa l'apposizione di firme autografe sul documento.

Di tale decisiva autenticazione, invero, nella copia cartacea del documento informatico prodotta in gara non è dato rinvenire traccia, ciò che imponeva l'esclusione della controinteressata dalla gara, a prescindere da una specifica comminatoria della legge di gara.

Ciò, peraltro, è in linea con la ratio insita nella sostanziale preclusione di avvalersi di strumenti di semplificazione in tema di garanzia provvisoria, anche nelle ipotesi in cui essa sia prestata in modo «tradizionale», per la partecipazione a pubbliche gare (cfr. Cons., St., V, 17 settembre 2007, n. 4848) - quali la produzione di una copia non autenticata ovvero accompagnata da una dichiarazione di conformità all'originale resa dalla stessa impresa concorrente ai sensi del d.P.R. n. 445 del 2000 - in ragione

della primaria finalità della polizza o cauzione, rinvenibile nella necessità di garantire alla stazione appaltante l'immediato incameramento della stessa quando l'impresa si renda responsabile delle violazioni che possano incidere sullo svolgimento della gara e sulla speditezza della stessa.

Il documento prodotto, ove diverso dall'originale, deve essere, infatti, idoneo affinché l'amministrazione possa efficacemente opporlo ai fini della riscossione delle somme costituenti l'oggetto della prestazione del garante; ogni dubbio circa la sussistenza del rapporto contrattuale, ovvero la produzione in sede di gara di un documento, quale la copia cartacea non autenticata, in tal senso non immediatamente «spendibile» dall'Amministrazione (ed in tempi anche ristretti stante che la garanzia provvisoria copre la mancata stipulazione del contratto), potrebbe finire con il vanificare l'esigenza di certezza e di celerità dell'incameramento, in contrasto con l'economia complessiva della procedura di individuazione del privato contraente e con la ratio stessa della previsione di tale garanzia, essenziale ai fini della partecipazione alla gara (Tar Sicilia, Palermo, 6 maggio 2010, n. 6461).

Da ultimo va, in disparte, aggiunto, che la circostanza che la copia cartacea del «documento informatico» rechi anche le (superflue) firme autografe dei rappresentanti della parte contraente e della Compagnia assicuratrice garante può indurre a ritenere che, in realtà, possa anche trattarsi di estratto di stampa di documento informatico non unico, a sua volta formato in origine su supporto cartaceo (con la relativa apposizione della predetta firma autografa): ciò che avrebbe comportato che la soprarichiamata, imprescindibile, dichiarazione di conformità (oltre il documento stesso) scontasse il rispetto delle regole tecniche di cui all'articolo 71 del d. lgs. n. 82 del 2005 (in tal senso il precedente art. 23, comma 4) delle quali, il

documento qui prodotto, avrebbe dovuto menzionare l'asseverazione o con una dichiarazione allegata o con la stessa autenticazione (e ciò ai sensi del predetto art. 23, comma 4).

Per tali ragioni la doglianza si appalesa fondata.

4. Con il secondo motivo parte ricorrente deduce l'inidoneità della produzione in gara, da parte della controinteressata, di un d.u.r.c. rilasciato per l'«aggiudicazione gara d'appalto del 17.11.2009» e corredato dalla dichiarazione sostitutiva, riguardante l'attestazione di regolarità contributiva, priva dell'indicazione della posizione nei confronti della Cassa edile.

Quanto al primo profilo, come osserva la difesa della resistente Geotek s.r.l., la data del 17.11.2009 non è quella di rilascio del d.u.r.c. ma quella alla quale è riferita l'attestazione di regolarità contributiva, di guisa che, poiché il d.u.r.c. in argomento è stato rilasciato il 15.12.2009, e la data di scadenza per la presentazione dell'istanza di partecipazione alla gara è stata fissata per il 26 febbraio 2010, lo stesso risulta prodotto nell'arco dei novanta giorni di validità e, dunque, la censura si appalesa infondata.

Del pari, priva di pregio è la seconda censura, avuto riguardo alla circostanza, sottolineata nella memoria della Geotek, secondo cui la stessa non ha mai assunto personale con la qualifica di operaio edile, pur essendo qualificata per attività di cui alla cat. OG1.

Sul punto, va ritenuto che la circostanza che tale qualificazione sia stata conseguita per effetto dell'acquisizione del ramo d'azienda dalla Diemme Costruzioni Piccola Società Cooperativa a r.l., e che la Geotek s.r.l. in passato non ha mai assunto personale né partecipato a gare nell'ambito edile - ciò che non le consentirebbe, comunque, di dichiarare la propria posizione di soggetto passivo - esonerava la stessa dal dar conto della posizione, fino ad ora neutra, nei confronti della Cassa edile, non potendosi considerare in via

presuntiva che al conseguimento della qualificazione corrisponda comunque la diretta effettuazione di attività rilevanti ai fini del presupposto contributivo in argomento.

In ogni caso, come peraltro questo Tribunale ha già più volte avuto modo di sottolineare, ai sensi del comma 10 dell'articolo 16-bis del d.l. 29 novembre 2008, n. 185 (convertito in legge dalla legge 28 gennaio 2009, n. 2), con cui il procedimento di rilascio del d.u.r.c. 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, l'obbligo (illegittimo) fissato dal bando di gara di produrre il d.u.r.c. – questione qui rilevante limitatamente, come si è visto, ai fini della regolarità contributiva nei confronti della Cassa edile – 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.

Poiché la controinteressata ha regolarmente prodotto il d.u.r.c. ed ha reso la dichiarazione di regolarità contributiva di cui all'art. 38 d. lgs. n. 163 del 2006, l'assenza di indicazione in ordine alla posizione nei confronti della Cassa edile non avrebbe potuto, pertanto, costituire causa di esclusione, stante il richiamato obbligo di acquisire direttamente d'ufficio tali informazioni (in tal senso anche Tar Sicilia, Palermo, ord. n. 933/09, confermata con ord. C.g.a., sez. giur., n. 1165/09).

5. Con il terzo motivo la ricorrente contesta l'illegittima ammissione alla gara della Geotek s.r.l. poiché la stessa ha prodotto una SOA priva della certificazione di qualità espressamente richiesta dal bando.

La doglianza non coglie nel segno.

Il punto 11 del bando di gara stabilisce che «i concorrenti all'atto dell'offerta devono possedere attestazione rilasciata da società di attestazione (SOA) di cui al d.P.R. n. 34/2000 regolarmente autorizzata, in corso di validità che documenti il possesso della qualificazione [...] ed essere in possesso o della certificazione relativa all'intero sistema di qualità o della dichiarazione della presenza di elementi significativi e tra loro correlati del sistema di qualità rilasciata dai soggetti accreditati [...] riportata nell'attestazione rilasciata dalla suddetta SOA, ai sensi del combinato disposto dell'art. 8, comma 3, lettere a) e b) del testo coordinato e dell'art. 4 del d.P.R. n. 34/2000».

Viene in rilievo come l'allegato B del d. P.R. n. 34 del 2000 escluda la necessità del possesso del requisito della certificazione di qualità per qualificazioni (recte: classifiche) quale quella in possesso della controinteressata (OG1 – Cl. I), e tale circostanza risulta dirimente, quantunque in difetto di impugnativa in via incidentale della specifica prescrizione della lex specialis, poiché il tenore letterale di quest'ultima riferisce detta certificazione al contenuto dell'attestazione SOA «ai sensi dell'art. 8, comma 3, lett. a) e b)», ossia alla certificazione di qualità intesa quale obbligo strumentale al conseguimento della qualificazione.

Da ciò può inferirsi che la controinteressata non era tenuta a provare il possesso di alcuna certificazione di tal guisa, stante l'appartenenza dei lavori in argomento ad una classifica, per la quale lo stesso regolamento sul sistema di qualificazione la esclude (e, pertanto, non sussistendo, detta certificazione non poteva essere riportata dall'attestazione Soa, come previsto dal bando).

E, d'altronde, ove la stazione appaltante avesse voluto stabilire richiedere quale requisito di partecipazione il possesso di siffatta certificazione, non avrebbe, per le suesposte ragioni, potuto imporne, in via esclusiva, il richiamo nella medesima attestazione Soa, per due ordini di considerazioni: sotto un

primo profilo, deve propendersi per una interpretazione restrittiva della norma che assegna all'attestato SOA la funzione di prova del possesso dei requisiti derivanti da tale certificazione, nel senso che la funzione di prova esclusiva conferita a detto attestato dalla norma regolamentare non può andare oltre l'enunciato dell'art. 1 del decreto n. 34 del 2000, il quale delimita l'ambito di applicazione del regolamento esecutivo a finalità proprie del sistema di qualificazione; sotto un secondo profilo, la certificazione di qualità può essere astrattamente richiesta anche per finalità diverse dalla qualificazione, ipotesi nelle quali, il relativo possesso può essere provato anche con modalità diverse dall'attestazione SOA, ciò che risulta essere incompatibile con l'impostazione del bando in argomento.

6. Per le suesposte ragioni il ricorso, in ragione della fondatezza del primo motivo, va accolto con conseguente annullamento dei provvedimenti impugnati.

7. Quanto alla domanda di declaratoria di inefficacia del contratto, la dichiarata mancata stipulazione del contratto, verbalizzata nel corso dell'udienza, esonera il Collegio dalla relativa statuizione.

8. Da ultimo, il Collegio dispone la trasmissione di copia della presente sentenza alla Procura della Repubblica presso il Tribunale di Palermo, ai sensi dell'art. 361 c.p., alla Procura Regionale presso la Sezione giurisdizionale della Corte dei Conti per la Regione Siciliana ed all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato – Roma, per le valutazioni di competenza, in relazione all'avvenuta presentazione - da parte di tutte le n. 137 imprese partecipanti alla gara - del medesimo ribasso.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia (Sezione Terza)

definitivamente pronunciando, accoglie il ricorso in epigrafe e, per l'effetto,

annulla i provvedimenti impugnati.

Condanna il Comune di Villabate e la controinteressata Geotek, in solido tra loro e per la metà ciascuno, al pagamento in favore della ricorrente delle spese processuali e degli onorari di causa, che liquida in complessivi € 2.000,00 (euro duemila/00), oltre IVA e CPA come per legge, ed oltre la rifusione dell'importo del contributo unificato.

Dispone la trasmissione, a cura della Segreteria, di copia della presente sentenza alla Procura della Repubblica presso il Tribunale di Palermo, alla Procura regionale presso la Sezione giurisdizionale della Corte dei Conti per la Regione Siciliana e all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

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

Così deciso in Palermo nella camera di consiglio del giorno 19 ottobre 2010 con l'intervento dei magistrati:

Calogero Adamo, Presidente

Federica Cabrini, Consigliere

Giuseppe La Greca, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 26/10/2010

IL SEGRETARIO

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

Addi' _____ copia conforme del presente provvedimento e' trasmessa a:

IL FUNZIONARIO