

N. 00116/2012 REG.PROV.COLL.
N. 03130/2010 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

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

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3130 del 2010, proposto da:

Coop. Soc. L'Airone a r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore
, rappresentato e difeso dagli avv. Ignazio Montalbano ed Enrico Buscemi,
con domicilio eletto presso l'avv. Enrico Buscemi in Catania, p.zza Abramo
Lincoln 19;

contro

Comune di Pedara, rappresentato e difeso dall'avv. Giuseppe Tamburello,
con domicilio eletto presso il suo studio in Catania, via Ventimiglia, 145;
Settore VII del Comune di Pedara, non costituito in giudizio;

nei confronti di

Soc. Coop. Sociale "Comunita' dei Giovani", in persona del legale
rappresentante pro tempore , rappresentato e difeso dagli avv. Concetta
Angela Casella ed Elvira Malerba, con domicilio eletto presso l'avv. Elvira
Marcella Malerba in Catania, via G. D'Annunzio 164;

per l'annullamento

del verbale di gara del 28.09.2010, della aggiudicazione definitiva di cui alla

determina n° 941 del 13 ottobre 2010 del capo settore VII con la quale viene approvata l'aggiudicazione provvisoria che diventa definitiva.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Pedara e di Soc. Coop. Sociale "Comunita' dei Giovani";

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 dicembre 2011 il dott. Maria Stella Boscarino e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con il ricorso introduttivo del giudizio, notificato il 15.11.2010 e depositato il 23.11.2010, la ricorrente esponeva di aver partecipato alla selezione pubblica per la concessione in uso dei locali, già arredati, siti nel Comune di Pedara, Piazza del Popolo, da destinare ad asilo nido.

Come risulta dal verbale di gara del 28.09.2010, venivano ammesse alla gara la ricorrente e la Coop. Sociale a.r.l. "Comunità dei Giovani".

Espletati gli adempimenti di gara, alle ditte ammesse venivano attribuiti i seguenti punteggi:

Cooperativa l'Airone punti 75; Società Cooperativa Comunità dei Giovani punti 82,83.

Verificata l'anomalia dell'offerta economica della cooperativa Comunità dei Giovani e ritenute congrue e sufficienti le giustificazioni, la commissione di gara procedeva all'aggiudicazione provvisoria alla predetta Società Cooperativa "Comunità dei Giovani" ; con determinazione n° 941 del 19 ottobre 2010, il capo Settore VII provvedeva all'aggiudicazione definitiva

Con il ricorso introduttivo la ricorrente, collocatasi ultima (delle due

concorrenti) in graduatoria, chiedeva l'annullamento di tutte le operazioni di gara adducendone la illegittimità sotto quattro distinti profili:

Con il primo motivo di ricorso lamentava l'illegittima ammissione in gara della controinteressata (poi resasi aggiudicataria), assumendone la irregolarità del DURC, sia per essere stato, lo stesso, rilasciato per la tipologia "agevolazioni, finanziamenti, sovvenzioni ed autorizzazioni", sia per l'apposizione, con riferimento all'Inps, della dicitura " non si è pronunciato", formula –secondo la ricorrente- non soddisfattiva ai fini della dimostrazione della regolarità contributiva.

Con il secondo motivo la ricorrente lamentava l'illegittima ammissione in gara della controinteressata nonostante la mancanza della dichiarazione ex art. 38 D. Lgs. n. 163/2006 da parte di uno dei legali rappresentanti, precisamente il vicepresidente, titolare dei poteri di rappresentanza vicaria.

Con il terzo motivo deduceva che illegittimamente la controinteressata non era stata esclusa nonostante non avesse comprovato la capacità tecnica e professionale nel settore della gestione di asili nido, attività oggetto della gara, peraltro non individuata quale oggetto sociale nel certificato di iscrizione alla C.C.I.A.A.

Con il quarto motivo lamentava la violazione del capitolato d'oneri, in quanto le giustificazioni dell'offerta economica della ditta aggiudicataria non avrebbero, secondo la sua prospettazione, rispettato i parametri inerenti il rapporto fra addetti e bambini assistiti, disciplinato dalla legge regionale n.214 del 1979, con le norme contrattuali in materia di orario di lavoro.

Si costituivano in giudizio sia il Comune che la controinteressata aggiudicataria, formulando eccezioni in rito e, nel merito, difendendo la legittimità dei provvedimenti impugnati.

La controinteressata proponeva altresì ricorso incidentale, chiedendo l'annullamento degli atti della gara, assumendo la illegittimità

dell'ammissione alla stessa della ricorrente principale.

Con ordinanza del 14 dicembre 2010 n.1589 veniva negata la sospensione degli atti impugnati, delibandosi favorevolmente il ricorso incidentale.

Il C.G.A., tuttavia, con ordinanza n.259/2011, riteneva irricevibile il ricorso incidentale, pur confermando la pronuncia in primo grado sotto il profilo della infondatezza del ricorso.

Le parti depositavano ulteriori memorie e repliche in vista dell'udienza.

Infine, all'udienza pubblica del giorno 21 dicembre 2011 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

I. Si può prescindere dalle questioni in rito prospettate con riferimento al ricorso incidentale, ritenendo il Collegio di valorizzare l'orientamento espresso in sede cautelare dal C.G.A. con riguardo alla carenza di fumus nel gravame principale.

Quanto al primo motivo di ricorso (con il quale si sostiene che il DURC prodotto in gara dalla aggiudicataria, oltre ad essere incompleto per la dicitura che l'INPS "non si è pronunciato", sarebbe irregolare sotto il profilo della tipologia per la quale è stato richiesto, cioè " per agevolazioni, finanziamenti, sovvenzioni e agevolazioni"), il Collegio lo ritiene infondato.

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.

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 (T.A.R. Sicilia Palermo, sez. III, 26 ottobre 2010 , n. 13564).

Ciò detto, i rilievi mossi da parte ricorrente si appalesano infondati:

- sotto il primo profilo, perché il d.m. 24 ottobre 2007 ha finito per disciplinare il d.u.r.c. in termini generali, quale che sia lo scopo per cui il d.u.r.c. è richiesto, compreso il d.u.r.c. necessario per l'affidamento di appalti pubblici, indipendentemente dalla circostanza che l'art. 1 continui a distinguere le varie ipotesi, stabilendo che "il possesso del Documento Unico di Regolarità Contributiva (DURC) è richiesto ai datori di lavoro ai fini della fruizione dei benefici normativi e contributivi in materia di lavoro e legislazione sociale previsti dall'ordinamento nonché ai fini della fruizione dei benefici e sovvenzioni previsti dalla disciplina comunitaria" ed invece "ai sensi della vigente normativa il DURC è inoltre richiesto ai datori di lavoro ed ai lavoratori autonomi nell'ambito delle procedure di appalto di opere, servizi e forniture pubblici e nei lavori privati dell'edilizia" (in termini, T.A.R. Calabria Reggio Calabria, 23 marzo 2010, n. 291);
- quanto al secondo profilo, poiché è l'indicazione, contenuta nel d.u.r.c., "non si è pronunciato" è coerente con la previsione della procedura prevista nell'ipotesi in cui sia decorso il termine di 30 giorni senza alcuna pronuncia

da parte dell' Inps: infatti, il termine massimo per il rilascio del DURC (cfr. Circolare INPS n. 51/2008) è di 30 giorni. Ai sensi, poi, dell'articolo 6, comma 3, del Decreto Ministero del Lavoro e della Previdenza Sociale del 24.10.2007, il decorso dei 30 giorni è sospeso per un termine non superiore a 15 giorni per consentire la regolarizzazione della situazione debitoria, quando venga accertata una situazione di irregolarità (“Preavviso di accertamento negativo”).

Nel caso in cui decorra il termine di trenta giorni senza pronuncia da parte degli Istituti previdenziali si forma, relativamente alla regolarità nei confronti di questi ultimi, il cosiddetto silenzio assenso (cfr. Circolare Ministero del Lavoro n. 5 del 2008).

Ne consegue l'infondatezza della censura esaminata.

II. Il Collegio ritiene infondato altresì il secondo motivo di ricorso, con il quale parte ricorrente (che lamenta la violazione e falsa applicazione dell'art. 38 comma 1° lettera b e c del D.Lgvo 12.4.2006 n° 163 e violazione del principio della par condicio) richiamata la giurisprudenza secondo la quale l'obbligo di formulare la dichiarazione di inesistenza di procedimento penale in corso o sentenza di condanna sussiste anche nei confronti dei soggetti vicari titolari di poteri di rappresentanza meramente ipotetici, osserva che il rappresentante legale della Coop. “Comunità di Giovani” non era l'unico amministratore munito di potere di rappresentanza, risultando, invece, dal certificato della Camera di Commercio presentato in gara il Vice Presidente, nella persona del Sig. Poma Salvatore. Di conseguenza, la mancanza della dichiarazione ex art. 38 D. Lgs. n. 163/2006 da parte di quest'ultimo avrebbe dovuto comportare l'esclusione dell'impresa.

In proposito, il Collegio osserva che “la verifica della regolarità della documentazione rispetto alle norme del bando e del capitolato, non va condotta con lo spirito della c.d. "caccia all'errore", ma tenendo conto

dell'evoluzione dell'ordinamento in favore della semplificazione e del divieto di aggravamento degli oneri burocratici (in termini, C.G.A., dec. n.1311/2010).

La più recente Giurisprudenza del Consiglio di Stato, peraltro, ha preso posizione su analoghe questioni in un'ottica di semplificazione, ed in particolare, con recente decisione n. 513/2011, infra ampiamente riportata, ed alla quale il Collegio ritiene di richiamarsi, ha innanzi tutto ricordato il contrasto in Giurisprudenza circa l'interpretazione del citato art. 38 con riferimento ai soggetti per i quali la dichiarazione deve essere resa.

Infatti, l'art. 38, comma 1, lett. c), del d.lgs. n. 163/2006 fa riferimento agli "amministratori muniti del potere di rappresentanza", sicché secondo una parte della giurisprudenza, per l'individuazione dei soggetti tenuti alle dichiarazioni sostitutive finalizzate alla verifica del possesso dei requisiti di moralità, quando si tratti di titolari di organi di persone giuridiche da ricondurre alla nozione di "amministratori muniti di poteri di rappresentanza", occorre esaminare i poteri, le funzioni e il ruolo effettivamente e sostanzialmente attribuiti al soggetto considerato, al di là delle qualifiche formali rivestite (Cons. Stato, V, 16 novembre 2010 n. 8059; VI, 8 febbraio 2007, n. 523, che nella categoria degli amministratori, ai fini dell'art. 38 cit., fanno rientrare sia i "soggetti che abbiano avuto un significativo ruolo decisionale e gestionale societario", sia i procuratori ai quali siano conferiti poteri di partecipare a pubblici appalti formulando le relative offerte). Altra giurisprudenza ha, da un lato, aderito alla necessità di effettuare una valutazione sostanzialistica della sussistenza delle cause ostative, derivando – in assenza di più restrittive clausole di gara – l'effetto di esclusione dalla procedura solo dal mancato possesso dei requisiti, e non dalla omissione o incompletezza della dichiarazione (Cons. Stato, V, 9 novembre 2010, n. 7967) e, sotto altro aspetto, ha limitato la sussistenza dell'obbligo di dichiarazione ai soli amministratori muniti di potere di

rappresentanza e ai direttori tecnici, e non anche a tutti i procuratori della società (T.A.R. Basilicata, I, 22 aprile 2009 , n. 131; T.A.R. Liguria, II, 11 luglio 2008 , n. 1485; T.A.R. Calabria - Reggio Calabria, I, 08 luglio 2008 , n. 379).

Ciò posto, il Consiglio di Stato ha ricordato che, ai sensi dell'art. 2380-bis c.c., la gestione dell'impresa spetta esclusivamente agli amministratori e può essere concentrata in un unico soggetto (amministratore unico) o affidata a più persone, che sono i componenti del consiglio di amministrazione (in caso di scelta del sistema monistico ex artt. 2380 e 2409-sexiesdecies c.c.) o del consiglio di gestione (in caso di opzione in favore del sistema dualistico ex artt. 2380 e 2409-octies c.c.): ad essi, o a taluni tra essi, spetta la rappresentanza istituzionale della società.

L'art. 38 del d. lgs. n. 163/06 (norma che limita la partecipazione alle gare e la libertà di iniziativa economica delle imprese, essendo prescrittiva dei requisiti di partecipazione e che, in quanto tale, assume carattere eccezionale ed è, quindi, insuscettibile di applicazione analogica), nell'individuare i soggetti tenuti a rendere la dichiarazione , richiede la compresenza della qualifica di amministratore e del potere di rappresentanza.

Infatti, la disposizione fa riferimento soltanto agli "amministratori muniti di potere di rappresentanza": ossia, ai soggetti che siano titolari di ampi e generali poteri di amministrazione (fin qui, testualmente, Cons. Stato, V, n. 513/2011).

Applicando detti pacifici principi al caso in questione, il Collegio ne trae la conseguenza che il vicepresidente non dovesse rendere la dichiarazione in parola, atteso che, alla stregua della documentazione in atti, il potere di rappresentanza spetta unicamente in via ipotetica e vicaria, e d'altra parte la titolarità del potere decisionale è in capo al consiglio d'amministrazione.

In altri termini, ai fini dell'individuazione dei soggetti obbligati a rendere, a

pena di esclusione, le dichiarazioni relative all'assenza delle cause di esclusione, di cui all'art. 38, comma 1, lett. b) e c) del D.Lgs. n. 163/2006, occorre ricordare che la ratio legis è quella di escludere dalla partecipazione alle procedure di gara le società i cui soggetti - non dichiaranti - abbiano un significativo ruolo decisionale e gestionale: ecco perchè l'obbligo fa capo unicamente ai soggetti per i quali ricorrano entrambi i presupposti (titolarità del potere di amministrazione nonché di poteri di rappresentanza).

Ciò detto, avuto riguardo alla peculiarità del caso in questione, deve escludersi che l'impresa controinteressata andasse esclusa.

III. Passando ad esaminare il terzo motivo di ricorso (con il quale parte ricorrente deduce che, non risultando nel certificato della Camera di commercio presentato in gara dall'aggiudicataria, né nell'oggetto sociale né nell'attività espletata, l'indicazione del servizio di gestione di asilo nido, per cui l'impresa non avrebbe potuto essere ammessa alla gara), occorre ricordare che il bando di gara ha prescritto, al punto 5 lettera C, al fine di documentare l'esperienza professionale, che ciascun concorrente auto-certificasse di avere svolto nel triennio servizi nel settore socio-assistenziale.

La controinteressata ha appunto autocertificato detta circostanza, utilizzando il modello allegato al bando, prodotto in copia dalla stessa ricorrente, ove risultano espletati servizi quali comunità alloggio per minori, indubbiamente ricompresi nell'ambito dei servizi socio assistenziali.

Neppure può ritenersi che l'oggetto sociale della stessa fosse estraneo alla selezione in questione, atteso che, come riporta la relativa certificazione camerale, nonché l'oggetto sociale definito nello statuto, prodotti in copia dalla controinteressata, la cooperativa ha per oggetto la gestione di servizi socio sanitari ed educativi.

E non sembra possa revocarsi in dubbio che la selezione in questione,

relativa alla gestione di asilo nido, rientri perfettamente nell'ambito di servizi socio sanitari ed educativi.

Va evidenziato in proposito che la normativa di gara – con disposizione non censurata e quindi inoppugnabile- non ha rigidamente limitato la (chiesta) pregressa esperienza al peculiare tipo di servizio oggetto di appalto (gestione degli asili nido), ma ha, genericamente, fatto riferimento ai servizi nel settore socio-assistenziale, aventi caratteristiche simili a quelle del servizio oggetto di affidamento.

La censura in esame non può essere quindi favorevolmente valutata.

IV. Infine, il Collegio ritiene infondato anche l'ultimo motivo di ricorso, relativo alla pretesa insufficienza delle giustificazioni offerte in sede di gara al momento della verifica dell'anomalia dell'offerta.

La questione agitata da parte della ricorrente riguarda i chiarimenti e le precisazioni forniti dalla controinteressata in sede di gara, relativamente alle ore mensili di lavoro indicate nell'analisi dei costi per ciascuna unità di personale.

Come si evince dal verbale del 28 settembre 2010, la commissione ha, in primo luogo, esaminato le giustificazioni allegate dall'impresa in sede di gara; ritenendo di approfondire l'aspetto relativo alle ore mensili di lavoro indicate per ciascuna unità di personale, ed essendo presente il legale rappresentante della ditta, il presidente del seggio ha chiesto a quest'ultimo di fornire ulteriori giustificazioni in merito alla questione.

A tale richiesta il legale rappresentante della cooperativa replicava convincentemente, precisando che per le unità da impiegarsi nel servizio la cooperativa usufruisce di agevolazioni sul pagamento degli oneri contributivi, mentre il costo orario riportato nell'analisi dei costi, e riferito al compenso previsto dal contratto di categoria, è comprensivo di tutti contributi previdenziali ed assistenziali. Siccome tale costo orario viene ridotto notevolmente in caso di assunzione del personale con agevolazioni

previste dalla legge n.407 del 1990, delle quali la cooperativa intendeva avvalersi, ne sarebbe conseguito un notevole risparmio sui contributi previdenziali e assistenziali.

Il legale rappresentante rappresentava inoltre che, per l'esperienza maturata nel settore, si era potuto constatare che i bambini non rimangono dell'asilo nido per tutto l'orario di apertura dello stesso, e di conseguenza non è necessaria la presenza costante di tutte le unità di personale per tutta la durata della giornata. Inoltre, la cooperativa avrebbe potuto rinunciare, se necessario, all'utile d'impresa indicato nelle giustificazioni.

La commissione, con un giudizio che non appare manifestamente illogico, ha ritenuto congrue e sufficienti dette giustificazioni fornite in sede di gara.

La Giurisprudenza si va consolidando nel senso che in sede di verifica dell'anomalia dell'offerta presentata da impresa partecipante a gara pubblica sfuggono al sindacato del giudice amministrativo i rilievi svolti dalla stazione appaltante sulle giustificazioni della suddetta impresa, essendo gli stessi espressione di discrezionalità tecnica (Consiglio Stato , sez. V, 16 marzo 2011 , n. 1636) e che in sede di verifica dell'anomalia dell'offerta il giudizio della stazione appaltante costituisce esplicitazione paradigmatica di discrezionalità tecnica, sindacabile solo in caso di illogicità manifesta o di erroneità fattuale; in tal caso l'obbligo di motivare in modo completo e approfondito sussiste solo nel caso in cui la stazione appaltante esprima un giudizio negativo che faccia venir meno l'aggiudicazione, non richiedendosi, per contro, una motivazione analitica nel caso di esito positivo della verifica di anomalia, essendo in tal caso sufficiente motivare per relationem con le giustificazioni presentate dal concorrente; di conseguenza, incombe su chi contesta l'aggiudicazione l'onere di individuare gli specifici elementi da cui il giudice amministrativo possa evincere che la valutazione tecnico-discrezionale dell'amministrazione sia stata manifestamente irragionevole ovvero sia stata basata su fatti erronei o travisati (Consiglio Stato , sez. V,

22 febbraio 2011 , n. 1090).

In sostanza, nei predetti limiti del sindacato giurisdizionale, poiché la valutazione dell'Amministrazione di adeguatezza delle giustificazioni adottate dall'impresa soggetta a verifica (oggetto di discrezionalità tecnica) non pare affetta da manifeste illogicità o incoerenza, anche la quarta censura risulta infondata.

V. Conclusivamente, il ricorso è infondato e viene respinto, e tanto esime il Collegio dal prendere in esame i profili sollevati nel gravame incidentale.

Tuttavia, la complessità delle questioni sollevate in relazione alla specificità della vicenda giustificano la compensazione delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia sezione staccata di Catania (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Spese compensate.

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

Così deciso in Catania nella camera di consiglio del giorno 21 dicembre 2011 con l'intervento dei magistrati:

Calogero Ferlisi, Presidente

Gabriella Guzzardi, Consigliere

Maria Stella Boscarino, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 16/01/2012

IL SEGRETARIO

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