

N. 06800/2012 REG.PROV.COLL.
N. 11938/2010 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Seconda Ter)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 11938 del 2010, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Co.Ge.Se. Srl, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avv.ti Francesco Marascio, Stefano Genovese e Mariacristina Minardo, con domicilio eletto presso lo studio del primo in Roma, via G.B. Martini, 2

contro

Comune di Subiaco, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avv.ti Marco Orlando e Stefano Viti, con domicilio eletto presso il loro studio in Roma, piazza della Libertà 20

nei confronti di

Italpro Srl, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avv.ti Carmine Verticchio ed Isidoro Cherubini, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Carmine Verticchio in Roma, via Monte Asolone, 2

per l'annullamento

dell'esclusione della Co.Ge.Se. Srl, comunicata dalla Commissione di gara nel corso della seduta del 21.12.2010, dalla procedura di gara relativa alla "Rifunzionalizzazione di un immobile comunale da scuola a sede comunale decentrata – Centro Servizi sito nella frazione di Vignola – CUP J29I08000010006", indetta con bando di gara pubblicato sulla GURI con ricezione in data 19.11.2010 presso l'Ufficio delle Pubblicazioni Ufficiali, nonché, in via subordinata ed *in parte qua*, del bando nonché del disciplinare di gara, nella parte in cui impongono la presentazione, a pena di esclusione dalla gara, 1) del certificato D.U.R.C. in sede di offerta ai sensi del punto 1, lett. j, del disciplinare nonché 2) della dichiarazione di cui al punto 1, lett. c), n. 7 del disciplinare di gara;

di ogni altro atto presupposto, connesso e conseguente

nonché per la condanna

del Comune di Subiaco al risarcimento del danno, da disporsi in forma specifica mediante riammissione del concorrente alla procedura *de qua*, ovvero, qualora ciò non fosse possibile, al risarcimento del danno per equivalente

nonché, quanto ai motivi aggiunti, per l'annullamento

del preliminare di determinazione del Dipartimento Tecnico Comunale n. 263 del 21.12.2010, di cui alle premesse del contratto d'appalto, con il quale è stata approvata l'aggiudicazione alla Italpro Srl;

del provvedimento di notifica del verbale della Commissione di gara del 21.12.2010;

del verbale della Commissione di gara del 21.12.2010 con il quale è stata disposta l'esclusione della deducente nonché l'aggiudicazione provvisoria della gara a favore della Italpro Srl;

della nota prot. 16617/2010 del Comune di Subiaco, con la quale è stata rigettata l'istanza di annullamento in autotutela della disposta esclusione;

di ogni altro atto presupposto, connesso e conseguente

nonché per la condanna

del Comune di Subiaco, previa declaratoria ai sensi degli artt. 121 e 122 d.lgs. n. 104 del 2010 di inefficacia ex tunc del contratto nelle more sottoscritto, del risarcimento del danno da disporsi in forma specifica mediante la riammissione della ricorrente alla gara ovvero, in via meramente subordinata, da disporsi per equivalente.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Subiaco e di Italpro Srl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 19 giugno 2012 il dott. Roberto Caponigro e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

FATTO

Il Comune di Subiaco ha bandito una gara per la “rifunzionalizzazione di un immobile comunale da scuola a sede comunale decentrata Centro servizi sito nella frazione di Vignola”.

La Commissione giudicatrice, con verbale del 21 dicembre 2010, ha disposto l'esclusione della ricorrente.

Di talché, Co.Ge.Se Srl ha proposto il presente ricorso, articolato nei seguenti motivi di impugnativa:

Violazione di legge e falsa applicazione del decreto del Ministero del Lavoro e della Previdenza Sociale 24 ottobre 2007, della circolare esplicativa del predetto Ministero n. 5/2008 del 30 gennaio 2008 nonché della circolare Inail n. 7 del 5 febbraio 2008.

Violazione e falsa applicazione dell'art. 38 d.lgs. n. 163/2006. Violazione e falsa applicazione dell'art. 7 l. n. 241/1990. Eccesso di potere per illogicità, sviamento, travisamento dei fatti, errore nei presupposti.

L'esclusione della Co.Ge.Se. Srl per avere presentato un certificato D.U.R.C. non specificamente rilasciato ai fini della partecipazione alla gara d'appalto sarebbe illegittima in quanto la ricorrente avrebbe prodotto un documento unico attestante la completa regolarità contributiva, con l'assenza di ogni scostamento.

D'altra parte, l'art. 16 *bis*, co. 10, l. 28 gennaio 2009, n. 2, che ha convertito il decreto legge 29 novembre 2008, n. 185, ha previsto come le stazioni appaltanti pubbliche acquisiscano 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, sicché, come anche chiarito dalla nota INAIL del 4 febbraio 2009, l'obbligo di richiedere il DURC in tutti i casi di appalti pubblici di lavori, servizi e forniture è diventato ad esclusivo carico delle stazioni appaltanti.

Violazione e falsa applicazione degli artt. 38 e 46 d.lgs. n. 163 del 2006.

Violazione e falsa applicazione dell'art. 7 l. n. 241 del 1990. Eccesso di potere per sviamento, travisamento dei fatti, errore nei presupposti, illogicità.

La ricorrente avrebbe violato la previsione di cui al punto 1, lett. c, n. 7 del disciplinare di gara rendendo una dichiarazione non conforme a quanto previsto dalla *lex specialis* di gara; tuttavia, si tratterebbe di un errore materiale passibile di rettifica da parte della stazione appaltante, atteso che l'art. 26 l. n. 109 del 1994 sarebbe stato integralmente recepito nell'art. 133 d.lgs. n. 163 del 2006.

La dichiarazione sarebbe anche superflua poiché relativa ad una norma di legge imperativa ed inderogabile, comunque applicabile a prescindere dalle dichiarazioni rese dalle parti e, per di più, posta nell'esclusivo interesse dell'impresa medesima.

Il punto 1, lett. c), n. 7 del bando, inoltre, sarebbe illegittimo non essendo la dichiarazione prevista necessaria ai fini della partecipazione alla gara, non tutelando alcuno specifico superiore interesse pubblico.

Con motivi aggiunti, la ricorrente ha esteso l'impugnativa, tra l'altro, all'aggiudicazione definitiva disposta dall'amministrazione in favore della controinteressata Italpro Srl.

A tal fine, ha dedotto l'illegittimità derivata per le doglianze esposte con il ricorso introduttivo del giudizio avverso l'atto di esclusione ed ha altresì proposto i seguenti ulteriori motivi:

Violazione di legge. Violazione e falsa applicazione degli artt. 11, 12, 48 e 79 d.lgs. n. 163 del 2006 e s.m.i. Violazione e falsa applicazione dell'art. 30, co. 3, l.r. n. 9 del 2005. Eccesso di potere per arbitrarietà, perplessità, difetto dei presupposti, illogicità. Violazione del principio di imparzialità e buona amministrazione. Eccesso di potere per sviamento, illogicità e contraddittorietà.

L'amministrazione ha ritenuto di adottare una procedura d'urgenza ai fini della sottoscrizione del contratto di appalto adducendo la necessità di non perdere i finanziamenti erogati dalla Regione Lazio, ma tale *modus operandi* sarebbe immotivato ed illegittimo perché, in primo luogo, la *lex specialis* di gara non prevederebbe l'utilizzo di una procedura d'urgenza e, inoltre, perché la perdita di finanziamento non potrebbe rappresentare un motivo d'urgenza.

La stazione appaltante, consapevole del termine per la conclusione della procedura di gara, non avrebbe effettuato alcuna comunicazione ai concorrenti.

La ricorrente ha formulato istanza risarcitoria in forma specifica e per equivalente.

La Italpro Srl, in rito, ha eccepito l'inammissibilità del ricorso per omessa notificazione alla controinteressata del ricorso introduttivo del giudizio.

Nel merito, il Comune di Subiaco e la Italpro Srl hanno contestato la fondatezza delle censure dedotte, concludendo per il rigetto del ricorso.

All'udienza pubblica del 19 giugno 2012, la causa è stata trattenuta per la decisione.

DIRITTO

1. L'eccezione in rito formulata dalla Italpro Srl, di inammissibilità del gravame in quanto il ricorso introduttivo del giudizio non è stato notificato alla controinteressata, deve essere disattesa.

Con il ricorso introduttivo del giudizio - sebbene nella stessa seduta di gara del 21 dicembre 2010, in cui ha escluso la ricorrente, la commissione giudicatrice ha provveduto all'aggiudicazione provvisoria in favore della Italpro Srl - la Co.Ge.Se. si è limitata ad impugnare la propria esclusione, ma non ha esteso l'impugnazione all'aggiudicazione provvisoria.

L'impugnazione dell'aggiudicazione provvisoria, infatti, è meramente facoltativa, atteso che l'aggiudicazione definitiva dell'appalto non costituisce un atto meramente confermativo, ma ha carattere provvedimentoale e, anche quando recepisce i risultati dell'aggiudicazione provvisoria, comporta comunque una nuova ed autonoma valutazione degli interessi pubblici sottostanti, tanto che l'eventuale impugnativa proposta avverso l'aggiudicazione provvisoria diventa improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse se l'aggiudicazione definitiva non è essa stessa impugnata, eventualmente attraverso lo strumento dei motivi aggiunti nell'ambito del medesimo giudizio.

Ne consegue, essendo il ricorso introduttivo del giudizio proposto avverso la sola esclusione della ricorrente dalla gara, che, in relazione a tale atto, l'aggiudicatario provvisorio non può ritenersi controinteressato, per cui l'omessa notifica del gravame non determina alcuna inammissibilità.

Viceversa, i motivi aggiunti, con cui la ricorrente ha impugnato l'aggiudicazione definitiva, rispetto alla quale Italpro Srl è evidentemente controinteressata, sono stati ritualmente notificati a quest'ultima.

2. Dal verbale di gara del 21 dicembre 2010, emerge che l'impresa Co.Ge.Se. è stata esclusa in quanto nella busta "A-documentazione" dell'offerta presentata in data 18 dicembre 2010 è presente la dichiarazione

“... di aver nel complesso preso conoscenza di tutte le circostanze generali, particolari e locali nessuna esclusa ed eccettuata che possono avere influito o influire sia sulla esecuzione dei lavori sia sulla determinazione della propria offerta e di giudicare, pertanto, remunerativa l’offerta economica presentata, fatta salva l’applicazione delle disposizioni dell’art. 26 della legge 109 del 11/02/1994 s.m.i. ...” in contrasto con quanto previsto al punto 1 lett. c.7 del disciplinare di gara allegato al bando di gara, inoltre, è presente il Documento Unico di Regolarità Contributiva – D.U.R.C. – relativo alla regolarità contributiva per altri lavori “... per stato avanzamento di lavori pubblici alla data del 25/10/2010 ...” in contrasto con quanto previsto al punto 1 lettera j del disciplinare di gara allegato al bando di gara.

L’esclusione della ricorrente, pertanto, è stata basata su due autonome ragioni: il contrasto con i punti 1 lett. c.7 ed 1 lett. j del disciplinare di gara.

Il disciplinare di gara ha previsto che, nella busta A, devono essere contenuti, a pena di esclusione, determinati documenti e, tra questi, una dichiarazione sostitutiva, ai sensi dell’art. 46 d.P.R. n. 445 del 2000, con cui il ricorrente, o suo procuratore, assumendosene la piena responsabilità, tra l’altro, attesta di avere nel complesso preso conoscenza di tutte le circostanze generali, particolari e locali, nessuna esclusa ed eccettuata, che possono avere influito o influire sia sulla esecuzione dei lavori, sia sulla determinazione della propria offerta e di giudicare, pertanto, remunerativa l’offerta economica presentata, fatta salva l’applicazione delle disposizioni dell’art. 133 del d.lgs. n. 163 del 12.4.2006 e s.m.i. (punto 1, lett. c.7) nonché un Documento Unico di Regolarità Contributiva – D.U.R.C. – in corso di validità e per la presente procedura ai sensi dell’art. 38, co. 3, del d.lgs. n. 163 del 12.4.2006 e s.m.i., ai sensi dell’art. 1 D.M. del 24.10.2007 e ai sensi del punto n. 11 della determinazione n. 1 del 12.1.2010 dell’Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e

forniture (punto 1 lett. j).

2.1 Per quanto riguarda il primo motivo di impugnativa, relativo alla presentazione del DURC, la ricorrente ha prodotto un documento unico di regolarità contributiva “per stato di avanzamento di lavori pubblici” alla data del 25 ottobre 2010, laddove la *lex specialis* della gara ha previsto, a pena di esclusione, la produzione di un DURC “per la presente procedura”. In proposito, occorre rilevare che l’art. 38, co. 3, d.lgs. n. 163 del 2006, in vigore alla data di svolgimento della gara, stabilisce che resta fermo, per l’affidatario, l’obbligo di presentare la certificazione di regolarità contributiva di cui all’art. 2 del d.l. n. 210 del 2002, convertito dalla l. n. 266 del 2002 e di cui all’art. 3, co. 8, d.lgs. n. 494 del 1996 e s.m.i.

L’art. 2 d.l. n. 210 del 2002, convertito in l. n. 266 del 2002, infatti, prevede che le imprese che risultano affidatarie di un appalto pubblico sono tenute a presentare alla stazione appaltante la certificazione relativa alla regolarità contributiva a pena di revoca dell’affidamento.

L’art. 1 D.M. 24 ottobre 2007 dispone inoltre che il DURC è 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.

L’art. 16 *bis*, co. 10, l. 28 gennaio 2009, n. 2, che ha convertito il decreto legge 29 novembre 2008, n. 185, ha effettivamente previsto che 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, ma non ha effettuato alcun puntuale riferimento alle gare d’appalto.

D’altra parte, l’art. 6 d.P.R. n. 207 del 2010 – regolamento di esecuzione ed attuazione del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 – secondo cui le amministrazioni aggiudicatrici acquisiscono d’ufficio, anche attraverso strumenti informatici, il documento unico di regolarità contributiva in corso di validità elenca una serie di fattispecie, tra cui, la verifica della

dichiarazione sostitutiva relativa al requisito di cui all'art. 38, co. 1, lett. i) del codice nonché l'aggiudicazione del contratto ai sensi dell'art. 11, co. 8, del codice, attinenti al controllo del possesso dei requisiti, non escludendo, implicitamente, che la stazione appaltante possa imporre uno specifico obbligo di produzione del DURC all'impresa concorrente in sede di presentazione della documentazione di gara.

Diversamente, tale possibilità può ritenersi ora esclusa dall'art. 14, co. 6 *bis*, d.l. n. 5 del 2012, convertito con modificazioni dalla l. n. 35 del 2012, che ha specificamente stabilito come, nell'ambito dei lavori pubblici e privati dell'edilizia, le amministrazioni pubbliche acquisiscono d'ufficio il DURC con le modalità di cui all'art. 43 del d.P.R. n. 445 del 2000, per cui, come indicato nella circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri 31 maggio 2012 n. 6/12, la chiara formulazione normativa esclude che negli appalti pubblici, così come nei lavori privati di edilizia, il DURC possa essere consegnato dal privato all'amministrazione, dovendo essere necessariamente quest'ultima a richiederlo alle amministrazioni preposte al suo rilascio o, ove previsto, alle casse edili.

L'entrata in vigore del d.l. 9 febbraio 2012, n. 5, è evidentemente successiva allo svolgimento della gara in questione, sicché la circostanza che la *lex specialis* di gara avesse richiesto, a pena di esclusione, la produzione del DURC è legittima.

Sotto altro profilo, si rivela altresì legittima la richiesta di produzione del DURC "per la presente procedura".

La circolare n. 35/2010 del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali ha indicato che, nell'ambito degli appalti pubblici, non può essere utilizzato un DURC richiesto a fini diversi e ciò in quanto le verifiche operate dai competenti istituti e/o casse edili seguono ambiti e procedure in parte diverse in relazione alle finalità per cui è emesso il documento.

La circolare INPS n. 145 del 17 novembre 2010, emanata con riferimento

alla richiamata circolare del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali n. 35 dell'8 ottobre 2010, ha anch'essa fatto presente che il DURC, attestante la regolarità contributiva dell'impresa alla data del suo rilascio, deve essere richiesto per ogni singola procedura.

In definitiva, le doglianze prospettate dalla ricorrente con riferimento a tale ragione di esclusione si rivelano complessivamente infondate e, essendo il provvedimento di esclusione fondato su due motivi, ciascuno di essi idoneo autonomamente a sorreggerlo, già tale conclusione sarebbe sufficiente a determinare l'infondatezza del ricorso.

2.2. Il gravame, peraltro, è infondato anche con riferimento alle censure dedotte avverso l'altro motivo di esclusione.

La ricorrente, nel rendere la specifica dichiarazione prevista, a pena di esclusione, della *lex specialis* di gara ha fatto riferimento all'applicazione delle disposizioni di cui all'art. 26 l. n. 109 del 1994 e s.m.i. e non alle disposizioni di cui all'art. 133 d.lgs. 163 del 2006 e s.m.i.

Il Collegio evidenzia in primo luogo che la violazione di oneri formali imposti a pena di esclusione dalla *lex specialis* esprime la prevalenza del principio di formalità, collegato alla garanzia della *par condicio*, che non può essere superato neppure dall'opposto principio del *favor participationis* (*ex multis*: Cons. St., V, 23 novembre 2010, n. 8151).

Nel caso di specie, peraltro, non può ritenersi che si tratti di un mero errore materiale passibile di rettifica, atteso che l'art. 133 d.lgs. 163 del 2006 contiene prescrizioni in parte diverse da quelle di cui all'art. 26 l. 109 del 1994 soprattutto in ragione delle modifiche apportate dai successivi correttivi al decreto.

In sostanza, le norme contenute nei due testi non sono pienamente sovrapponibili.

Il contrasto, inoltre, non è irrilevante in quanto la dichiarazione è stata prevista a pena di esclusione e tale prescrizione, attenendo la dichiarazione

alla remuneratività dell'offerta presentata, non viola il principio di proporzionalità che deve assistere le prescrizioni imposte dalle clausole contenute nel bando; anzi, una dichiarazione che attesti la remuneratività complessiva dei prezzi è specificamente richiesta dall'art. 106, co. 2, d.P.R. 207 del 2010.

Neppure, d'altra parte, può applicarsi il rimedio della regolarizzazione documentale di cui all'art. 46 d.lgs. n. 163 del 2006, atteso che quest'ultimo riguarda la documentazione prodotta ma carente di taluni elementi formali, mentre, nella fattispecie, si è in presenza di una dichiarazione non incompleta, ma, in parte, erroneamente resa.

2.3. In definitiva, all'infondatezza delle censure dedotte segue l'infondatezza del ricorso introduttivo del giudizio, ivi compresa la domanda risarcitoria, che va quindi respinto.

3. I motivi aggiunti, con cui è stata impugnata l'aggiudicazione definitiva dell'appalto, di conseguenza, sono improcedibili per sopravvenuta carenza di interesse non potendo la ricorrente, in quanto legittimamente esclusa dalla gara, più trarre alcuna utilità dall'annullamento dell'atto che seguirebbe all'eventuale fondatezza dell'impugnativa.

4. Le spese del giudizio seguono la soccombenza e, liquidate complessivamente in € 3.000/00 (tremila/00), sono poste a carico della ricorrente ed in favore, per € 2.000,00 (duemila/00), del Comune di Subiaco e, per € 1.000,00 (mille/00), della controinteressata.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, Sezione Seconda Ter, definitivamente pronunciando, così provvede sul ricorso in epigrafe:

respinge il ricorso introduttivo del giudizio;

dichiara inammissibili i motivi aggiunti.

Condanna la ricorrente al pagamento delle spese del giudizio, liquidate complessivamente in € 3.000/00 (tremila/00), in favore, per € 2.000,00

(duemila/00), del Comune di Subiaco e, per € 1.000,00 (mille/00), della controinteressata.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 19 giugno 2012 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Riccio, Presidente FF

Germana Panzironi, Consigliere

Roberto Caponigro, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 23/07/2012

IL SEGRETARIO

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