

N. 06487/2012REG.PROV.COLL.
N. 03368/2011 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 Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3368 del 2011, proposto dall'Impresa Brancaccio Costruzioni s.p.a. in proprio e quale capogruppo mandataria di a.t.i., rappresentata e difesa dagli avvocati Francesco Accarino, Giuliana Vosa e Paolo Vosa, con domicilio eletto presso il signor Arturo Leone in Roma, via Ajaccio, n. 14;

contro

Russo Costruzioni s.a.s. di Russo Geometra Vincenzo & C. in proprio e quale capogruppo di a.t.i. con Alfieri Impianti s.a.s. di Alfieri Domenico & C., rappresentata e difesa dall'avvocato Marcello Fortunato, con domicilio eletto presso il signor Guido Lenza in Roma, via XX Settembre, n. 98/E;

nei confronti di

Università degli Studi di Salerno, rappresentata e difesa dall'Avvocatura generale dello Stato, domiciliata per legge in Roma,

via dei Portoghesi, n. 12;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. CAMPANIA - SALERNO; SEZIONE I n. 599/2011, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Russo Costruzioni s.a.s. e dell'Università degli Studi di Salerno;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 27 novembre 2012 il Cons. Rosanna De Nictolis e uditi per le parti l'avvocato Daniele Granara per delega dell'avvocato Francesco Accarino, l'avvocato Marcello Fortunato e l'avvocato dello Stato D'Ascia;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. L'Università degli studi di Salerno ha indetto una gara per l'affidamento in appalto dei lavori di ristrutturazione dei corpi A, C, D e del corpo L1 del campus universitario di Baronissi e dell'invariante A del campus universitario di Fisciano, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Il bando di gara prevedeva quale termine ultimo per la presentazione delle offerte il 17 luglio 2009.

Con decreto rettorale del 27 ottobre 2009 la gara è stata aggiudicata in via definitiva al r.t.i. avente per mandataria Brancaccio s.p.a. e per

mandante D.Tech. s.r.l., con punti 75,905 su 100.

2. Il costituendo r.t.i. secondo classificato, costituito dalle imprese Russo Costruzioni s.a.s. e C.Alfieri s.a.s., ha proposto il ricorso 2097 del 2009 al Tar Campania – Salerno, con atto notificato il 14 dicembre 2009, avverso l'aggiudicazione provvisoria, e successivi motivi aggiunti, avverso l'aggiudicazione definitiva, lamentando:

1) l'illegittimità della attestazione SOA posseduta ed allegata dalla controinteressata D. Tech. s.r.l., per essere il relativo direttore tecnico, nella persona del sig. Leopoldo De Luca, già direttore tecnico di altra impresa, in violazione del divieto sancito dall'art. 26, d.P.R. n. 34/2000;

2) l'inottemperanza e la violazione degli obblighi, imposti a pena di esclusione sia dalla legge che dal disciplinare di gara, inerenti la dichiarazione di non assoggettabilità alla disciplina in tema di assunzioni obbligatorie di soggetti disabili ai sensi della l. n. 68/1999, per non essere asseritamente conforme a verità la dichiarata occupazione di un numero di dipendenti inferiore a quindici;

3) l'irritualità del DURC versato nella procedura, in quanto non specificamente inerente all'oggetto della gara, oltretutto privo di idoneità per l'intervenuto decorso del relativo periodo di validità;

4) la violazione della *lex specialis* di procedura, nella parte in cui sanciva il divieto, presidiato da clausola esclusiva, di riportare nell'offerta tecnica elementi riferibili a quella economica;

5) la mancata allegazione, anch'essa in violazione di apposita prescrizione disciplinare, del certificato della camera di commercio

riportante il nulla osta antimafia *ex* d.P.R. n. 252/1998.

3. Con decreto cautelare del presidente del Tar adito, 29 dicembre 2009 n. 1193, è stata inibita la stipulazione del contratto di appalto.

Con atto notificato il 4 gennaio 2010 il r.t.i. ricorrente ha proposto motivi aggiunti.

Con ordinanza 8 gennaio 2010, n. 9, il Tar adito ha respinto la domanda cautelare, ritenendo tardivo il ricorso, avuto riguardo alla impugnazione della aggiudicazione provvisoria.

Il r.t.i. ricorrente in primo grado ha proposto appello cautelare contro tale ordinanza.

Il decreto del presidente della sesta sezione del Consiglio di Stato 18 gennaio 2010, n. 218, ha respinto l'istanza volta alla emanazione di un decreto monocratico di sospensione degli effetti degli atti impugnati.

Con ordinanza 1° febbraio 2010, n. 518, il Consiglio di Stato, sez. VI, ha accolto la domanda di sospensione dell'esecuzione della sentenza appellata, osservando che vi fosse la facoltà e non l'onere di impugnare l'aggiudicazione provvisoria, e ha restituito gli atti al Tar per la fissazione dell'udienza di merito.

4. Il Tar adito, con la sentenza in epigrafe (Tar Campania – Salerno, sez. I, 4 aprile 2011 n. 599):

- ha respinto l'eccezione di tardività del ricorso, osservando che il termine di impugnazione decorre solo dalla notizia dell'aggiudicazione definitiva, e non dall'aggiudicazione provvisoria;
- ha accolto il ricorso, ritenendo fondato e assorbente il motivo con cui si deduceva che il r.t.i. aggiudicatario aveva violato gli obblighi in

materia di assunzioni obbligatorie; in particolare, ad avviso del Tar, le imprese del raggruppamento avrebbero dichiarato di occupare meno di 15 dipendenti e di non essere pertanto soggette a tali obblighi, laddove l'impresa D.Tech. s.r.l. operante nel settore metalmeccanico e assuntrice, nel contesto del r.t.i., delle lavorazioni speciali ricomprese nella categoria OS 8, ha dichiarato di occupare, all'atto della gara, n. 10 operai di livello IV e 10 operai di livello V, con la qualifica di metalmeccanico e – cioè – un numero di unità lavorative superiore a venti; secondo il Tar, in proposito, la circostanza che non si tratti di personale di cantiere non esclude che il numero degli indicati operai concorra al raggiungimento del numero dei dipendenti dai quali dipende (giusta l'art. 5, 2° comma l. l. n. 68/1999, confermato sul punto dall'art. 1, comma 53, l. n. 247/2007) l'assoggettabilità o meno agli obblighi di assunzione obbligatoria; per l'effetto, secondo il Tar, la dichiarazione resa sul punto dalla associazione aggiudicataria deve ritenersi non veritiera, con conseguente irritalità della relativa partecipazione alla procedura di gara.

5. La sentenza è stata appellata dal r.t.i. aggiudicatario, con atto spedito per la notifica il 26 aprile 2011 e depositato il 28 aprile 2011.

Con il primo motivo di appello si contesta l'unico capo di sentenza, con gli altri motivi di appello si replica ai restanti motivi del ricorso di primo grado, che il Tar ha assorbito.

5.1. Il r.t.i. controinteressato, con la memoria di costituzione, si è opposto all'accoglimento dell'appello e ha riproposto tutti i motivi assorbiti in primo grado.

6. La causa è stata chiamata una prima volta all'udienza cautelare del 24 maggio 2011, nella quale non è stato assunto alcun provvedimento cautelare, e la causa è stata rinviata al merito, all'udienza del 2 dicembre 2011.

6.1. In data 28 luglio 2011 l'Università, in esecuzione della sentenza di primo grado, ha annullato l'aggiudicazione definitiva, facendo salvo l'esito del giudizio di appello.

6.2. In data 2 agosto 2011 l'appellante ha formulato nuova istanza cautelare, alla luce dell'avvenuta esecuzione, da parte dell'Università, della sentenza di primo grado.

6.3. Con ordinanza 1° settembre 2011, n. 3856, la sezione ha sospeso l'esecuzione della sentenza appellata, *“considerato che, ad un primo esame, l'appello cautelare in epigrafe appare assistito dal requisito del fumus boni iuris, apparendo in particolare dimostrata la non applicabilità nei confronti della soc. D-Tech delle disposizioni in tema di assunzione di soggetti disabili di cui alla l. 69 del 1999”*.

6.4. Celebratasi l'udienza di merito il 2 dicembre 2011, la Sezione, con ordinanza istruttoria 24 gennaio 2012, n. 307, ha ritenuto necessario, ai fini della decisione, acquisire una documentata relazione dell'Università di Salerno, volta a chiarire ed attestare:

- il numero di operai metalmeccanici di livello IV e V alle dipendenze della D. Tech s.r.l. nell'anno al quale si riferisce la dichiarazione dalla stessa società prodotta nel corso della gara in contestazione;
- il numero di operai metalmeccanici di livello IV e V alle dipendenze della Brancaccio Costruzione s.p.a. nell'anno al quale si riferisce la

dichiarazione prodotta dalla D. Tech S.r.l. nel corso della gara in contestazione;

- i rapporti tra la D. Tech S.r.l. e la D. Tech di de Luca Leopoldo, ed il ruolo ricoperto nell'una e nell'altra dal signor Leopoldo De Luca;
- il regime di efficacia temporale del DURC presentato in gara dalla D. Tech s.r.l.

L'ordinanza istruttoria ha altresì demandato alla relazione di fornire chiarimenti, in ordine ai fatti controversi tra le parti.

Per il deposito della relazione, è stato fissato il termine di quaranta giorni, decorrente dal deposito della ordinanza o dalla sua eventuale previa notifica a istanza di parte.

La trattazione della causa è stata rinviata all'udienza del 3 aprile 2012.

6.5. L'Università ha depositato la propria relazione in data 5 marzo 2012.

6.6. All'udienza del 3 aprile 2012 il Collegio ha ritenuto la causa non matura per la decisione e ha disposto una verifica (ord. coll. 23 aprile 2012, n. 2393), rinviando la causa all'udienza del 12 ottobre 2012.

Risultando la verifica depositata in ritardo e dunque mancando, all'udienza del 12 ottobre 2012, i termini a difesa per le controdeduzioni delle parti, la causa è stata rinviata all'udienza del 27 novembre 2012.

La causa è infine passata in decisione all'udienza del 27 novembre 2012.

7. Con il primo motivo di appello si contesta la sentenza gravata,

lamentandosi che:

- a) il Tar sarebbe incorso in errore laddove sostiene che la D.Tech s.r.l. avrebbe dichiarato in gara di occupare n. 10 operai di livello IV e 10 operai di livello V, con la qualifica di metalmeccanico;
- b) al contrario, all'epoca della gara, nel 2009, la società occupava 14 dipendenti;
- c) la dichiarazione su cui si basa il Tar non è stata resa solo dalla D.Tech ma dall'intero raggruppamento ed è la dichiarazione relativa al subappalto;
- d) anche la mandataria Brancaccio avrebbe alle proprie dipendenze operai metalmeccanici, avendo la qualificazione OG11 (impianti tecnologici);
- e) anche dall'attestazione della CCIA risulterebbe che la D.Tech nel 2009 aveva alle proprie dipendenze 14 dipendenti;
- f) a prova della propria tesi l'appellante produce anche: attestato dello studio di consulenza del lavoro rag. Paolo Faticci; libro unico del lavoro della D. Tech relativo ai mesi di giugno, luglio e agosto 2009;
- g) in conclusione, risponderrebbe al vero la dichiarazione resa in gara dalla D. Tech in data 16 luglio 2009, di non essere soggetta agli obblighi di assunzione di cui alla l. n. 68/1999;
- h) quanto alla posizione della società Brancaccio, la stessa ricorrente in primo grado ne ha ammesso la regolarità, che sarebbe comprovata dall'attestato della Provincia di Napoli prot. 19 settembre 2009 n. 84433.

8. Va anzitutto chiarito il quadro normativo di riferimento.

Ai sensi dell'art. 38, comma 1, lett. l), codice appalti (d.lgs. n. 163/2006), sono esclusi dalla gara di appalto i concorrenti che non presentino la certificazione di cui all'art. 17, l. 12 marzo 1999, n. 68, salvo il disposto del comma 2, ossia la possibilità di rendere dichiarazione sostitutiva.

A sua volta dispone l'art. 17, l. n. 68/1999, che le imprese, sia pubbliche sia private, qualora partecipino a bandi per appalti pubblici o intrattengano rapporti convenzionali o di concessione con pubbliche amministrazioni, sono tenute a presentare preventivamente alle stesse la dichiarazione del legale rappresentante che attesti di essere in regola con le norme che disciplinano il diritto al lavoro dei disabili, pena l'esclusione.

Ai sensi dell'art. 5, l. n. 68/1999 l'obbligo di assunzione di soggetti disabili sussiste per i datori di lavoro che occupano almeno 15 dipendenti.

Non si computano, per la determinazione dell'obbligo di assunzione, nell'ambito del numero minimo di dipendenti, quelli con contratto a tempo determinato di durata non superiore a nove mesi (art. 6, l. n. 68/1999).

9. Così chiarito il quadro normativo di riferimento, occorre verificare se il r.t.i. aggiudicatario abbia o meno rispettato gli obblighi di cui alla l. n. 68/1999, alla luce delle risultanze documentali e istruttorie in atti.

9.1. Va anzitutto osservato che l'onere di provare la violazione di detti obblighi di assunzione grava su chi la deduce, ossia sul r.t.i. secondo classificato, odierno controinteressato.

La Sezione ha tuttavia ritenuto di esercitare un “potere di soccorso”, disponendo adempimenti istruttori a carico dell’Università di Salerno, in quanto, vertendo la lite su interessi legittimi, e trattandosi di acquisire una prova mediante documentazione in possesso di enti pubblici e della controparte, la parte ricorrente in primo grado, odierna controinteressata, si trova in una oggettiva posizione di asimmetria informativa.

9.2. In particolare, l’ordinanza istruttoria della Sezione n. 307/2012 ha disposto accertamenti quanto:

- al numero di operai metalmeccanici di livello IV e V alle dipendenze della D. Tech s.r.l. nell’anno al quale si riferisce la dichiarazione dalla stessa società prodotta nel corso della gara in contestazione;
- al numero di operai metalmeccanici di livello IV e V alle dipendenze della Brancaccio Costruzione s.p.a. nell’anno al quale si riferisce la dichiarazione prodotta dalla D. Tech S.r.l. nel corso della gara in contestazione.

9.3. L’Università di Salerno nella propria relazione depositata in data 5 marzo 2012 afferma di aver effettuato accertamenti presso gli Enti competenti, da cui sarebbe risultato che:

- a) la società D. Tech nell’anno 2009 occupava 8 operai metalmeccanici;
- b) la società Brancaccio nel corso del 2009 occupava 20 operai metalmeccanici di cui 14 a tempo determinato; alla data del 15 luglio 2009, data della dichiarazione resa in gara, la società Brancaccio occupava 12 operai metalmeccanici di cui 6 a tempo determinato.

9.4. Quanto, poi, alla società Brancaccio, rilevano anche i seguenti documenti che sono in atti:

- a) attestato della Provincia di Napoli, servizio per l'impiego, collocamento obbligatorio, 19 settembre 2009, n. 84433, da cui si evince che la società Brancaccio nel 2009 aveva meno di 15 dipendenti e non era soggetta agli obblighi di cui alla l. n. 68/1999;
- b) attestato della Provincia di Napoli, servizio per l'impiego, collocamento obbligatorio, 15 gennaio 2009, n. 3660, da cui si evince che la società Brancaccio nel 2009 aveva meno di 15 dipendenti e non era soggetta agli obblighi di cui alla l. n. 68/1999;
- c) dichiarazione dello studio di consulenza del lavoro Mario Alemagna in data 21 dicembre 2009 da cui si evince che la società Brancaccio nel 2009 non era soggetta agli obblighi di cui alla l. n. 68/1999, dovendosi escludere dalla base di calcolo gli operai che lavorano "in cantiere" (in tal senso circolare del ministero del lavoro 29 gennaio 2008, n. 2256, prodotta in giudizio).

9.5. Per la società D. Tech risulta prodotto dalla D.Tech:

- a) attestato del consulente del lavoro Paolo Faticci secondo cui la società nel 2009 occupa meno di 15 dipendenti e non è soggetta agli obblighi della l. n. 68/1999;
- b) visura camerale da cui risulta un numero di dipendenti, nel 2008, pari a 7,
- c) estratto del libro unico del lavoro.

9.6. A sua volta la controinteressata ha prodotto un attestato dell'INPS da cui risulta che la società D.Tech alla data del 31

dicembre 2009 aveva 16 dipendenti di cui 4 a tempo determinato, e un attestato della Provincia di Napoli - collocamento mirato obbligatorio, datata 27 febbraio 2012 n. 22908, da cui non risultano dati a carico di D.Tech s.r.l.

10. Mentre per la società Brancaccio risulta prodotto un attestato dell'Ente pubblico competente (Provincia di Napoli), da cui risulta che la stessa nel 2009 era in regola con gli obblighi di cui alla l. n. 68/1999, il quadro probatorio, all'esito della prima istruttoria, risultava ancora non chiaro quanto alla società D.Tech.

10.1. La Sezione ha disposto pertanto una verifica, con ordinanza istruttoria 23 aprile 2012, n. 2393, in cui ha rilevato quanto segue:

“Gli elementi forniti dalla D. Tech non raggiungono la prova della regolarità della posizione della società ai fini della l. n. 68/1999:

a) non può essere considerato probante l'attestato del consulente del lavoro, perché reso da un soggetto privato e di parte;

b) non rileva la visura camerale, che si riferisce ai dipendenti nel 2008, e non nel luglio 2009;

c) il libro unico del lavoro prodotto non è integrale e non è in originale o copia autentica.

10.2. *La prova della regolarità della posizione della società ai fini della l. n. 68/1999 non si desume nemmeno dalla relazione depositata dall'Università di Salerno, dove si afferma la regolarità alla luce delle informazioni assunte presso gli Enti competenti; infatti tale relazione non indica in modo dettagliato le fonti di informazione e non produce documentazione probatoria.*

10.3. Per converso, il r.t.i. controinteressato non ha fornito la prova della violazione da parte di D.Tech degli obblighi di cui alla l. n. 68/1999. Infatti non è in tal senso sufficiente l'attestazione INPS, che si riferisce al 31 dicembre 2009, e non specifica se tutti e 16 i dipendenti erano computabili ai fini delle assunzioni ex l. n. 68/1999.

10.4. In definitiva, non è stata sinora raggiunta né la prova della violazione degli obblighi di cui alla l. n. 68/1999, né la prova del rispetto di tali obblighi.

Si rende pertanto indispensabile un approfondimento istruttorio, nei termini che seguono.

Il Collegio dispone una verifica, incaricandone la Provincia di Napoli, servizio per l'impiego, collocamento obbligatorio, nella persona del dirigente preposto (con facoltà di delega comunicando il nominativo del delegato al Consiglio di Stato).

La società D.Tech dovrà esibire, su richiesta del verificatore, il libro unico del lavoro riferito all'anno 2009, in originale, nel luogo indicato dal verificatore.

Sulla base di tale documento il verificatore fornirà una relazione circa:

a) il numero complessivo dei dipendenti dell'impresa D.Tech s.r.l. alla data del 16 luglio 2009;

b) il numero dei dipendenti rilevante ai fini degli obblighi di cui alla l. n. 68/1999, con esatto computo dei dipendenti di cantiere esclusi dal computo, dei dipendenti a tempo determinato esclusi dal computo (con indicazione della durata del contratto di lavoro a tempo determinato), di eventuali altri dipendenti da escludere dal computo in base alla disciplina vigente alla data del 16 luglio 2009;

c) la relazione concluderà indicando il numero di dipendenti di D.Tech s.r.l., da computarsi ai fini degli obblighi di assunzione di cui alla l. n. 68/1999, alla

data del 16 luglio 2009.

La verifica avrà luogo entro quaranta giorni dalla ricezione, da parte del verificatore, di copia della presente ordinanza, termine entro il quale dovrà anche essere depositata nella segreteria della sezione la relazione conclusiva.

Il verificatore comunicherà ai difensori delle parti costituite, almeno due giorni prima, il luogo, giorno e ora in cui procederà alla verifica, e le parti costituite potranno presenziare alle operazioni tramite i propri difensori e consulente di parte.

Le parti possono depositare memorie entro venti giorni decorrenti dal deposito della relazione del verificatore, e repliche nei successivi dieci giorni.

Il Collegio fissa a titolo di anticipo per spese e compensi del verificatore la somma di euro cinquecento, che pone provvisoriamente a carico di parte appellante.

La causa viene rinviata al 12 ottobre 2012”.

10.2. La relazione di verifica è stata depositata in data 1° ottobre 2012.

Dalla stessa si evince che “*il numero dei dipendenti della Società D.Tech s.r.l. da computarsi ai fini degli obblighi di assunzione di cui alla l. n. 68/1999, artt. 3 e 4, alla data del 16 luglio 2009 è pari a n. 12 (dodici) unità. Pertanto (...) lo scrivente verificatore attesta in piena fede e coscienza che dalla verifica effettuata risulta che la Società D.Tech s.r.l., alla data del 16 luglio 2009, non era soggetta agli obblighi previsti dagli artt. 3 e 4 della l. n. 68/1999”.*

10.3. La società Russo Costruzioni ha controdedotto, rilevando che il requisito deve essere posseduto anche alla data di aggiudicazione definitiva e alla data di stipulazione del contratto, e ha depositato un estratto informatico INPS da cui si desumerebbe che a partire da

settembre 2009 la D. Tech s.r.l. avrebbe impiegato 16 dipendenti e sarebbe pertanto soggetta agli obblighi della l. n. 68/1999 (l'aggiudicazione definitiva è di data 27 ottobre 2009).

10.4. Alla luce delle risultanze della verifica, deve essere accolto il primo motivo di appello, mentre vanno disattese le controdeduzioni della società Russo Costruzioni.

Secondo l'insegnamento della adunanza plenaria da cui il Collegio non intende discostarsi, i requisiti generali e speciali devono essere posseduti alla data di scadenza del bando, a quella di verifica dei requisiti da parte della stazione appaltante, a quelle dell'aggiudicazione provvisoria e definitiva, mentre non rileva, nel giudizio amministrativo, afferendo a momento successivo alla gara che esula dalla cognizione del g.a., la questione del possesso dei requisiti al momento della stipulazione [Cons. St., ad. plen., 7 aprile 2011, n. 4, par. 59].

Peraltro nel caso di specie il contratto non è stato stipulato e la impresa Russo ha proposto censure (con il ricorso di primo grado e i motivi aggiunti) solo con riferimento agli atti fino all'aggiudicazione definitiva, mentre non ha contestato fasi successive ad essa, né in appello può essere estesa la materia del contendere ad atti diversi da quelli impugnati in prime cure.

Ora, nel caso di specie, dallo stesso estratto informatico INPS esibito dalla Russo Costruzioni, si evince che nel mese di ottobre 2009, a cui risale l'aggiudicazione definitiva, la D. Tech s.r.l. occupava 14 dipendenti, dunque un numero inferiore a quello legale al verificarsi

del quale scatta l'obbligo di legge.

Inoltre l'estratto INPS esibito dalla parte è inidoneo a scalfire le risultanze della verifica, perché, per i mesi in cui l'impresa risulta avere 16 o più dipendenti (comunque non i mesi della presentazione della domanda e della aggiudicazione definitiva), non risulta quanti di questi siano assunti a tempo indeterminato e comunque quanti si computino ai fini dell'obbligo legale di cui si disputa.

11. Occorre per l'effetto passare all'esame dei motivi del ricorso di primo grado che il Tar ha assorbito.

11.1. Con il primo motivo del ricorso di primo grado e con il primo motivo aggiunto si lamentava in prime cure l'illegittimità della attestazione SOA posseduta ed allegata dalla controinteressata D. Tech. s.r.l., per essere il relativo direttore tecnico, nella persona del sig. Leopoldo De Luca, già direttore tecnico di altra impresa, in violazione del divieto sancito dall'art. 26, d.P.R. n. 34/2000.

11.2. Il motivo è infondato.

Su tale punto la prima ordinanza istruttoria ha chiesto chiarimenti alla stazione appaltante, che ha depositato una relazione istruttoria in data 5 marzo 2012.

Dalle risultanze istruttorie emerge che il sig. Leopoldo De Luca è stato direttore tecnico della D. Tech di De Luca Leopoldo; tale impresa ha ceduto la propria azienda alla D. Tech. s.r.l. in data 26 giugno 2008 (ossia in epoca ben anteriore alla scadenza del bando di gara) e a seguito di ciò l'attestazione SOA alla prima impresa è stata revocata. Pertanto, non sussiste la lamentata incompatibilità, - vale a

dire l'essere la stessa persona fisica contemporaneamente direttore tecnico di due imprese qualificate, art. 26, comma 3, primo periodo, d.P.R. n. 34/2000 – perché la prima ditta ha perso l'attestazione SOA a seguito della cessione di azienda alla seconda ditta. La incompatibilità prevista dalla norma in commento, infatti, non riguarda, come sostiene il ricorrente di primo grado, l'essere un soggetto contemporaneamente direttore tecnico di due imprese qualsiasi, ma l'essere contemporaneamente direttore tecnico di due imprese “qualificate” nel sistema SOA.

Pertanto, se anche il sig. De Luca continui ad essere direttore tecnico di una ditta individuale non qualificata e di una società qualificata, la incompatibilità non sussiste. Ciò che rileva è che la impresa individuale non ha più l'attestazione SOA.

12. Si lamentava, ancora (con il terzo motivo del ricorso di primo grado e con il terzo motivo aggiunto), in prime cure l'irritualità del DURC della D. Tech versato nella procedura, in quanto non specificamente inerente all'oggetto della gara, oltreché privo di idoneità per l'intervenuto decorso del relativo periodo di validità.

12.1. Il mezzo contiene due censure, entrambe infondate.

Non vi sono norme primarie che prescrivano che il DURC per la partecipazione alle gare di appalto debba riferirsi alla specifica gara di appalto e non è dedotto e dimostrato dal ricorrente in che modo la regolarità contributiva venga acclarata in modo diverso dagli enti preposti, ai diversi fini della partecipazione a gare di appalto, dei s.a.l. e della concessione di finanziamenti. Pertanto contrarie disposizioni

contenute in circolari (qui si assume: nella circolare INAIL 5 febbraio 2008, n. 7; ma si veda anche la circolare del Ministero del lavoro 8 ottobre 2010, n. 35, e la circolare INPS 17 novembre 2010, n. 145), non è rilevante, non potendo essere considerate rilevanti le circolari che risultino *contra legem*.

In ogni caso la esibizione in gara di un d.u.r.c. ottenuto ad altri fini non giustifica l'esclusione, ma semmai la richiesta di chiarimenti e integrazioni ai sensi dell'art. 46, codice appalti, tanto più che ai sensi dell'art. 16-bis, c. 10, d.l. n. 185/2008 conv. in l. n. 2/2009, applicabile *ratione temporis* alla presente gara di appalto, “*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*”.

Quanto ai termini di validità, in gara è stato prodotto da D. Tech un DURC rilasciato il 26 giugno 2009, e dunque in corso di ‘validità’ alla data di scadenza del bando (17 luglio 2009).

Né può condividersi che il DURC, quanto all'INPS che non si era pronunciato espressamente, si sarebbe formato per silenzio assenso decorsi trenta giorni dalla richiesta (presentata il 5 maggio 2009), sicché il DURC si sarebbe formato *per silentium* il 4 giugno 2009 e sarebbe scaduto il 4 luglio 2009.

Infatti il DURC che attesta il silenzio dell'INPS risulta emesso il 26 giugno 2009, ed è da tale data che decorre l'efficacia mensile del DURC, e non da una ipotetica data di formazione di un silenzio non documentato.

13. Con il quarto motivo del ricorso di primo grado si lamentava la violazione della *lex specialis* di procedura, in particolare il punto 5.2. del disciplinare, che sancisce il divieto, presidiato da clausola esclusiva, di riportare nell'offerta tecnica elementi riferibili a quella economica.

L'offerta dell'a.t.i. Brancaccio conterrebbe nell'offerta tecnica evidenti elementi economici, in quanto il cronoprogramma riporta i costi delle singole lavorazioni; vi sarebbe così una "anticipazione" di elementi relativi al prezzo.

13.1. Il mezzo è infondato, perché nel cronoprogramma "Diagramma Gantt" non sono indicati i prezzi delle lavorazioni offerti dalla concorrente, ma i prezzi fissati dalla stazione appaltante e posti a base di gara. Tanto si evince dal confronto tra il Diagramma Gantt facente parte dell'offerta della concorrente e il computo metrico estimativo predisposto dalla stazione appaltante.

Dunque non sono stati anticipati elementi dell'offerta economica.

14. Con il quinto motivo del ricorso di primo grado si lamentava la mancata allegazione, anch'essa in violazione di apposita prescrizione del disciplinare (art. 5.1.4), del certificato della camera di commercio riportante il nulla osta antimafia *ex* d.P.R. n. 252/1998.

Nel corso del giudizio di primo grado, con il quarto motivo aggiunto tale motivo è stato specificato nel senso che la dicitura "antimafia" riportata in calce al certificato C.C.I.A. depositato dalla Brancaccio non sarebbe idoneo a soddisfare le previsioni del disciplinare di gara.

Si assume che in base agli artt. 2 e 8 d.P.R. n. 252/1998 il nulla osta antimafia deve riferirsi anche al direttore tecnico.

Invece il certificato conterrebbe il nulla osta antimafia solo per gli amministratori e non anche per il direttore tecnico.

14.1. Il mezzo è infondato.

L'invocato art. 5.1.4. del disciplinare di gara non richiede a pena di esclusione il certificato della camera di commercio con la dicitura antimafia, ma una dichiarazione sostitutiva del concorrente in ordine all'assenza di cause ostative previste dalla normativa antimafia.

Peraltro il nulla osta antimafia è necessario non per la partecipazione alla gara di appalto, ma per la stipulazione del contratto.

15. In conclusione, va accolto l'appello e, in riforma della sentenza impugnata, va integralmente respinto il ricorso di primo grado.

Le spese e onorari dei due gradi di lite in considerazione della complessità delle questioni vengono compensate.

Sono tuttavia a carico della Russo Costruzioni s.a.s., le spese della verificaione.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sull'appello n. 3368 del 2011, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, respinge il ricorso di primo grado n. 2097 del 2009.

Compensa le spese e onorari di giudizio.

Pone a carico di Russo Costruzioni s.a.s. le spese della verificaione.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 27

novembre 2012 con l'intervento dei magistrati:

Luigi Maruotti, Presidente

Rosanna De Nictolis, Consigliere, Estensore

Claudio Contessa, Consigliere

Gabriella De Michele, Consigliere

Bernhard Lageder, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 18/12/2012

IL SEGRETARIO

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