

N. 00033/2016REG.PROV.COLL.

N. 00246/2015 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

II CONSIGLIO DI GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA PER LA REGIONE SICILIANA

in sede giurisdizionale

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 246 del 2015, proposto da:
Servizi Cimiteriali Srl, rappresentata e difesa dall'avv. Silvano Martella, con domicilio eletto presso Consiglio di Giustizia Amministrativa in Palermo, Via F. Cordova n. 76;

contro

Comune di Messina, rappresentato e difeso dall'avv. Aldo Tigano, con domicilio eletto presso Alessandra Allotta in Palermo, Via Trentacoste n. 89;

nei confronti di

Ati Giservice (Gia' Elettrica Cover Srl) - Lutiviem Srl, rappresentata e difesa dall'avv. Giuseppe Gitto, con domicilio eletto presso Consiglio di Giustizia Amministrativa in Palermo, Via F. Cordova n. 76;
Ati Galletta - Mondello - Pettinato Srl, non costituita;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. SICILIA - SEZ. STACCATA DI CATANIA: SEZIONE III n. 00005/2015, resa tra le parti, concernente appalto - affidamento lavori di polizia mortuaria - aggiudicazione - risarcimento del danno;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Messina e di Ati Giservice (Gia' Elettrica Cover Srl) - Lutiviem Srl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 19 novembre 2015 il Cons. Antonino Anastasi e uditi per le parti gli avvocati S. Martella, A. Tigano e F. Cintioli su delega di G. Gitto;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Il comune di Messina nell'anno 2013 ha bandito una gara per l'affidamento di lavori e interventi di polizia mortuaria, trasporti funebri, raccolta e smaltimento rifiuti da attività cimiteriali, differenti da pulizie e cura del verde.

Il relativo bando ha richiesto ai concorrenti la qualificazione OG1 class. III bis e un fatturato pregresso per lavori analoghi di polizia mortuaria pari all'importo dell'appalto, nel decennio precedente.

All'esito delle operazioni di gara l'appalto è stato aggiudicato alla ATI capeggiata dalla Elettrica Gover s.r.l. (ora Giservice s.r.l.) mentre l'odierna appellante – precedente gestore – si è classificata al secondo posto della graduatoria.

Successivamente con determina dirigenziale n. 124 del 2013 la Servizi Cimiteriali era però esclusa dalla selezione in quanto la impresa ausiliaria Infrastrutture s.r.l. è risultata – all'esito delle verifiche di rito – non in possesso del requisito relativo alla regolarità contributiva.

Servizi Cimiteriali ha impugnato il bando, la aggiudicazione e la propria esclusione con ricorso e motivi aggiunti proposti avanti al TAR Catania.

Con la sentenza in epigrafe indicata l'adito Tribunale ha respinto le censure rivolte avverso il provvedimento di esclusione ed ha perciò dichiarato inammissibili le ulteriori doglianze.

La sentenza è stata impugnata con l'atto di appello oggi all'esame dalla soccombente la quale ne chiede l'integrale riforma.

Evidenzia in particolare l'appellante che il comune di Messina ha erroneamente qualificato l'appalto de quo come appalto di lavori venendo invece in rilievo un appalto di servizi, come accertato dall'ANAC con deliberazione n. 62 del 2015.

Si è costituita in resistenza l'Amministrazione.

Si è altresì costituita l'aggiudicataria che domanda il rigetto dell'avverso gravame.

Le Parti hanno depositato memorie e repliche, insistendo nelle già rappresentate conclusioni.

All'Udienza del 19 novembre 2015 l'appello è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

L'appello non è fondato e va pertanto respinto.

Per ragioni logiche già evidenziate dalla sentenza impugnata, nella presente controversia occorre prioritariamente esaminare le contestazioni che Servizi Cimiteriali propone avverso la sua esclusione dalla gara, disposta per irregolarità contributiva della impresa ausiliaria Infrastrutture s.r.l..

In tal senso, con il primo motivo di merito l'appellante deduce che il provvedimento di esclusione è illegittimo, in quanto la regolarità contributiva di tale impresa era pacificamente sussistente alla data del 30.7.2013 di scadenza del termine per la presentazione della offerta.

Il mezzo non è fondato.

In punto di fatto va ricordato che l'appalto in questione fu provvisoriamente aggiudicato con delibera dirigenziale del 27.8.2013 e che la Cassa edile di Ragusa in data 2.9.2013 ha emesso un DURC che registrava una irregolarità contributiva dell'impresa ausiliaria dell'odierna appellante alla data del 27.8.2013.

A fronte di tali risultanze, è irrilevante la circostanza che l'impresa stessa fosse stata in regola con gli adempimenti contributivi alla precedente data di scadenza del termine per la presentazione delle domande.

Infatti la consolidata giurisprudenza ha da tempo chiarito che nelle gare pubbliche i requisiti generali e speciali richiesti dal bando devono essere posseduti dai partecipanti non solo al momento della scadenza del termine per la presentazione delle offerte ma anche in ogni fase successiva fase del procedimento di aggiudicazione. (cfr. IV Sez. n. 2048 del 2015, III Sez. n. 3274 del 2015, V Sez. n. 3701 del 2015 e VI Sez. n. 2219 del 2015).

D'altra parte in presenza di un DURC attestante l'irregolarità nemmeno rileva la dedotta limitata rilevanza quantitativa dell'infrazione.

Infatti, la "violazione grave" delle norme in materia previdenziale e assistenziale, configurata dall'art. 38 comma 1 lett. i) del codice appalti come causa di esclusione dalle gare pubbliche d'appalto, non è rimessa alla valutazione caso per caso della stazione appaltante, ma è demandata agli Istituti di previdenza mediante la disciplina del documento unico di regolarità contributiva, le cui risultanze non sono sindacabili dall'Amministrazione.

Nè l'assenza del requisito era sanabile o regolarizzabile a posteriori, pena la violazione del principio di par condicio tra i concorrenti.

Ne consegue che, come già stabilito dal TAR, il provvedimento di esclusione della Servizi Cimiteriali dalla gara è immune dalle censure di merito dedotte dalla stessa al riguardo.

Osserva l'appellante che in realtà la gara in controversia è stata erroneamente inquadrata dal comune di Messina come avente ad oggetto l'affidamento di un appalto di lavori laddove – come acclarato dall'ANAC con deliberazione n. 62 del 2015 – si tratta invece in sostanza di un appalto di servizi.

Ove il comune avesse correttamente configurato il bando dell'appalto da un lato l'aggiudicataria non avrebbe potuto partecipare in quanto priva del requisito tecnico riguardante lo svolgimento di servizi analoghi; dall'altro Servizi Cimiteriali non sarebbe stata esclusa, non dovendo avvalersi dell'impresa ausiliaria in possesso di SOA OG1 poi risultata irregolare sotto il profilo contributivo.

Il rilievo non può essere preso in considerazione.

La legge, e prima ancora ovviamente la Costituzione, attribuiscono al vigente sistema di giustizia amministrativa il carattere proprio di una giurisdizione di stampo soggettivo.

Ciò comporta che il giudice amministrativo – a differenza degli Organi cui è deputata dall'ordinamento l'importantissima e cruciale attività di controllo - non può finalizzare la sua attività decisoria alla generale tutela della legittimità dell'azione amministrativa ma deve invece pronunciare solo sulle (e nei limiti delle) domande di merito che i ricorrenti propongono, ove le stesse risultino in rito ammissibili.

Ne consegue che in questa sede impugnatoria di appello si potrebbe disquisire sulla verace natura dell'appalto in controversia solo se il bando di gara – nella misura in cui configura quali "lavori" prestazioni che in realtà costituirebbero "servizi" - fosse stato ritualmente impugnato in primo grado con deduzione tempestiva della relativa censura.

Infatti detta impugnazione avrebbe dovuto essere proposta direttamente e immediatamente contro il bando, senza attendere il provvedimento di esclusione, atteso che la richiesta di una SOA elevata (OG1 class. III bis, derivante dalla configurazione dell'attività in affidamento in termini di lavori) introduceva nei confronti della Servizi Cimiteriali la classica clausola escludente ostativa alla partecipazione.

Fermo quanto sopra, è anche da osservare che – essendo chiaramente l'appalto di tipo misto – la richiesta di una qualificazione SOA, semmai di classifica minore, non appariva di per sè preclusa come notato dalla stessa ANAC e come previsto dall'art. 15 del codice appalti: pertanto, anche in caso di configurazione delle prestazioni prevalenti in termini di servizi, la appellante avrebbe dovuto comunque ricorrere all'ausilio di un soggetto qualificato per l'esecuzione dei restanti lavori oggetto dell'appalto.

Ciò chiarito sul punto centrale, non può seguirsi l'appellante quando deduce che ha errato il Tribunale nel dichiarare inammissibili tutte le ulteriori censure dedotte col ricorso introduttivo e con i motivi aggiunti al fine di evidenziare l'illegittimità della aggiudicazione e a monte di talune clausole del bando.

Come infatti chiarito dalla giurisprudenza amministrativa nella sua più autorevole espressione, nelle procedure di affidamento dei contratti pubblici, la legittimazione al ricorso deve essere correlata ad una situazione differenziata, in modo certo, per effetto della partecipazione alla stessa procedura oggetto di contestazione, salvi i casi nei quali il soggetto contesti, in radice, la scelta della stazione appaltante di indire la procedura, oppure l'operatore economico "di settore" contesti un "affidamento diretto" o senza gara, oppure venga contestata una clausola del bando "escludente", in relazione all'illegittima previsione di determinati requisiti di qualificazione. (cfr. Ap. n. 4 del 2011).

Ne consegue che, come ben evidenziato dalla sentenza impugnata, in generale il soggetto legittimamente escluso da una gara non ha titolo a contestarne le risultanze, al pari dei soggetti che non vi abbiano partecipato, poiché il suo interesse a provocare il rinnovo integrale della procedura ha rilievo di mero fatto e non lo legittima all'impugnazione.

Sulla scorta delle considerazioni che precedono l'appello va perciò respinto, con integrale conferma della sentenza impugnata.

Le spese di questo grado del giudizio possono però essere compensate tra le Parti, avuto riguardo alla peculiarità della vicenda amministrativa.

P.Q.M.

Il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, in sede giurisdizionale, definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Compensa tra tutte le Parti costituite spese e onorari di questo grado del giudizio.

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

Così deciso in Palermo nella camera di consiglio del giorno 19 novembre 2015 con l'intervento dei magistrati:

Marco Lipari, Presidente

Antonino Anastasi, Consigliere, Estensore

Vincenzo Neri, Consigliere

Giuseppe Mineo, Consigliere

Alessandro Corbino, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 08/02/2016

IL SEGRETARIO