

T.A.R. Sicilia - Palermo, Sez. II, 6 agosto 2010, n. 9212

Contratti della P.A. - Gara - Produzione di un DURC irregolare - Ammissione in gara - Impossibilità - In mancanza di un accertamento sulla reale situazione, in contraddittorio con la ditta interessata - Esclusione automatica dalla gara - Illegittimità.

N. 09212/2010 REG.SEN.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

Sul ricorso numero di registro generale 466 del 2010, proposto dall'Impresa:

Sciuto Prospero, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Giuseppe Aliquò, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Salvatore Pensabene Lioni sito in Palermo, via Giusti 45;

contro

Regione Sicilia Assessorato Beni Culturali e Ambientali, U.R.E.G.A. Sez. Provinciale di Trapani, in persona dei legali rappresentanti pro tempore, rappresentati e difesi dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Palermo, presso i cui uffici siti in via Alcide De Gasperi n.81 sono domiciliati per legge;

nei confronti di

Ferrara Restauri Srl, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Piero Di Pasquale, con domicilio eletto presso lo studio dell'Avv. Antonio Gambino sito in Palermo, P.Le Ungheria 84;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia,

- della nota prot. n. 1960 del 5.2.2010;
- della nota prot. n. 82 del 18.1.2010;
- della nota prot. n. 17026 del 22.12.09..

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Regione Sicilia Assessorato Beni Culturali e Ambientali e di U.R.E.G.A. Sez.Provinciale di Trapani e di Ferrara Restauri Srl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Vista l'ordinanza collegiale n.535 del 30 aprile 2010 di accoglimento della domanda cautelare proposta dalla parte ricorrente;

Viste le memorie conclusive di parte;

Visto l'art. 23 bis comma sesto della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, introdotto dalla legge 21 luglio 2000, n. 205;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 luglio 2010 il dott. Roberto Valenti e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Visto il dispositivo di sentenza n.65 del 22 luglio 2010

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso notificato il 05/03/2010 e depositato il successivo 17/03/2010, il legale rappresentante dell'impresa Sciuto Prospero ha impugnato i provvedimenti in epigrafe chiedendone l'annullamento, previa sospensione degli effetti, vinte le spese ed articolando altresì in via gradata domanda di risarcimento del danno.

Premette il ricorrente che di aver partecipato alla gara di appalto, indetta dall'Ass.to Reg.le BB.CC. e dell'Id. Siciliana – Soprintendenza per i BB.CC. e AA. di Trapani, per i lavori di restauro della Chiesa Immacolata del Collegio dei Gesuiti di Trapani in esito alla quale la stessa era stata individuata dall'U.R.E.G.A – Sez. Trapani – come prima aggiudicataria. Avverso gli atti di

gara altra impresa concorrente, la Ferrara Restauri S.r.l. qui controinteressata, proponeva ricorso giurisdizionale innanzi questo Tribunale Amministrativo Regionale, individuato con numero di R.G.330/2009, deciso con sentenza di accoglimento n.1833/09, nei sensi ivi meglio specificati. Riavviato il procedimento innanzi la P.A. procedente, la stessa procedeva quindi alla esclusione della gara di che trattasi dell'Impresa Sciuto per le riscontrate anomalie del D.U.R.C.. Avverso gli atti in questione ha proposto ricorso l'impresa Sciuto, lamentando segnatamente: la violazione e la falsa applicazione della sentenza n.1833/09 del T.A.R. Palermo, con la quale è stato definito il giudizio promosso dalla controinteressata Ferrara Restauri s.r.l., nonché la violazione delle regole a presidio della riapertura della gara (in parte qua annullata) e dei principi di buon andamento e di imparzialità dell'azione amministrativa.

Resiste la controinteressata Ferrara Costruzioni articolando memorie da valere, occorrendo, anche come ricorso incidentale, notificato il 22/04/2010 e depositato il 27/4/2010. Nel suddetto mezzo, la controinteressata ricorrente incidentale fa valere cause di esclusione a carico della ricorrente principale comportanti l'inversione logica nella disamina dei ricorsi da parte del Giudice adito, siccome l'accoglimento del ricorso incidentale comporterebbe l'improcedibilità sopravvenuta del mezzo introduttivo per carenza di interesse. Segnatamente, il ricorrente incidentale censura la mancata immediata esclusione dell'impresa Sciuto Prospero per violazione di legge in relazione all'art.3 del disciplinare di gara, dell'art.17 lett.b) del correlativo bando e dell'art.2 D.A. 06/gab del 24/2/2006 (prima doglianza); nonché per l'inidoneità delle dichiarazioni sostitutive rese dalla Sciuto al fine di provare la regolarità contributiva anche in relazione all'art.6 del D.A. 24/2/2006 cit. (seconda censura). Con una terza doglianza, il ricorrente incidentale censura l'illegittima ammissione alla gara della impresa Sciuto per inidoneità del modello GAO siccome privo della data di sottoscrizione.

Resiste altresì l'Avvocatura distrettuale dello Stato per le Amministrazioni regionali intimata.

Con ordinanza collegiale n.353 del 30/04/2010 è stata accolta la domanda incidentale di sospensione proposta dal ricorrente principale.

In prossimità della pubblica udienza di trattazione parte ricorrente ha prodotto memoria conclusiva insistendo per l'accoglimento del ricorso introduttivo.

Con memoria in termini l'Avvocatura Distrettuale dello Stato ha chiesto il rigetto del ricorso, con vittoria di spese.

Alla pubblica udienza del 21 luglio 2010, designato relatore il Primo Referendario Dr. Roberto Valenti ed udite le parti presenti, come da verbale, il ricorso è stato posto in decisione. Indi in data 22 luglio 2010 si è provveduto alla pubblicazione del dispositivo di sentenza, come per legge.

DIRITTO

Si controverte sulla legittimità dei provvedimenti impugnati mercé i quali, nell'ambito della procedura di gara indetta dall'Ass.to BB.CC.e Id. Siciliana – Soprintendenza di Trapani, per il restauro della Chiesa Immacolata del Collegio dei Gesuiti di Trapani, la stazione appaltante –a seguito della sentenza resa tra le parti da questo Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia n.1833/09, ha statuto l'esclusione dell'impresa ricorrente dalla gara in parola.

Ai fini del decidere, e premessa la necessità di dover procedere preventivamente allo scrutinio del ricorso incidentale stante gli affetti paralizzanti che deriverebbero sul mezzo introduttivo in caso di suo accoglimento, ritiene il Collegio di dover prendere le mosse da una analisi del decisum di cui alla precedente sentenza n.1833/09.

Con la prefata sentenza, questo Tribunale Amministrativo, dopo aver dichiarato –per quanto qui rileva- inammissibile in secondo motivo del ricorso incidentale proposto dalla stessa Impresa Sciuto (proprio in ordine alla contestazione della regolarità del modello GAP presentato dalla Ferrara Restauri e mancante di indicazione della data di sottoscrizione), ha accolto il ricorso introduttivo proposto dalla Ferrara Restauri s.r.l., nei limiti e nei sensi di cui alla relativa motivazione, in relazione al dedotto profilo della presentazione di un D.U.R.C. irregolare in cui, a fianco della voce riguardante la posizione nei confronti dell'INPS, era apposta la dicitura "non si è pronunciato". Come acclarato nella stessa sentenza, il medesimo D.U.R.C. appariva invero "irregolare anche sotto il profilo della tipologia per la quale è stato richiesto, che si riferisce esclusivamente al rilascio della attestazione SOA, senza che sia stato apposto neanche manualmente alcun timbro di equipollenza suscettibile di riferirlo anche alla tipologia <per partecipazione a gare d'appalto>...".

Ciò posto, tuttavia ritiene il Collegio di dover evidenziare quanto deriva dal predetto *decisum*, atteso che con la richiamata pronuncia si è stabilito espressamente che *"L'amministrazione intimata, pertanto, di fronte alle evidenti plurime carenze della certificazione prodotta, pur non potendo addivenire all'esclusione automatica della Sciuto, comminata, in tale fase, solo per l'omessa produzione del DURC o per conclamate attestazioni negative, secondo i summenzionati principi normativi e giurisprudenziali, tuttavia aveva il preciso obbligo di compiere i necessari accertamenti sull'effettivo possesso del requisito di regolarità contributiva, anche eventualmente aprendo un contraddittorio con l'impresa a tal fine, e dovendo addivenire all'esclusione in caso di emersione di gravi violazioni definitivamente accertate (Cons. Stato, IV, 31 maggio 2007 n° 2876). Deve dunque dichiararsi l'illegittimità dell'ammissione in gara dell'impresa risultata aggiudicataria, in mancanza del previo espletamento dei dovuti accertamenti sulla regolarità contributiva della stessa. Le operazioni di gara devono, conseguentemente, essere annullate a partire dalla detta illegittima ammissione sino a tutti gli atti impugnati e dovranno essere rinnovate, ove permanga l'interesse pubblico al riguardo, fin dalla fase di ammissione delle imprese concorrenti, in cui la patologia si è verificata"*.

Da quanto precede emerge la palese inammissibilità del primo motivo del ricorso incidentale proposto dalla Ferrara Restauri s.r.l., in quanto meramente riproduttivo di quello già presentato e scrutinato con la sentenza n.1833/09 cit. ed in ragione del quale, in effetti, è stato accolto –nei sensi anzidetti- il ricorso proposto dalla stessa Impresa Ferrara Restauri s.r.l.. La seconda doglianza del ricorso incidentale risulta altrettanto inammissibile, siccome introduce un motivo di asserita mancata esclusione dell'Impresa Sciuto (autodichiarazione mancante sul punto della regolarità contributiva) non esaminato in sede del primo ricorso (definito con la sentenza 1833/09 cit.).

Quanto alla terza ed ultima censura articolata nel ricorso incidentale, la stessa risulta –oltre che inammissibile per le considerazioni sopra espresse e stante quanto già sancito con la sentenza n.1833/09 cit.- del tutto altresì infondata stante il recente arresto giurisprudenziale di cui alla decisione del C.G.A. 11 maggio 2009 n.400 mercé la quale si è chiarito che l'apposizione della data alla relativa sottoscrizione non costituisce un elemento essenziale "tale essendo quella di presentazione della domanda".

Ciò posto, occorre passare al vaglio del ricorso principale, che risulta fondato e va quindi accolto per le considerazioni che seguono.

Entrambi i profili di gravame, qui contestualmente scrutinati stante la loro sostanziale omogeneità, risultano invero condivisibili in ragione degli obblighi cui era tenuta l'amministrazione in ragione del più volte richiamato decum di cui alla sent.1833/09. Come già evidenziato, con detta sentenza, in accoglimento dello specifico motivo di censura dedotto, il Tribunale ha certamente stabilito stigmatizzato l'illegittima ammissione alla gara di che trattasi dell'Impresa Sciuto per la produzione di un D.U.R.C. incompleto/irregolare, chiarendo tuttavia che la stazione appaltante – pur non potendo addivenire ad una esclusione automatica – era tenuta a verificare in concreto i dovuti accertamenti sulla regolarità contributiva della stessa impresa, "anche eventualmente aprendo un contraddittorio con l'impresa e dovendo addivenire all'esclusione in caso di emersione di gravi violazioni definitivamente accertate (Cons. Stato, IV, 31 maggio 2007 n.2876).

In altri termini, in relazione al caso qui in esame, ha errato l'Amministrazione a procedere, in sede di ri-esercizio del potere (a seguito della intervenuta sentenza n.1833/09) alla automatica esclusione della impresa Sciuto senza operare alcun accertamento in concreto, ed in contraddittorio, sulla sussistenza del possesso del requisito di regolarità contributiva, così come precisato nella stessa sentenza cit.: deve quindi essere disattesa la tesi difensiva articolata dall'Avvocatura erariale secondo cui dalla sentenza n.1833/09 non necessitava di alcuna riapertura della gara.

L'accoglimento del ricorso principale, preceduto dal positivo esito anche della domanda cautelare, comporta il rigetto dell'ulteriore domanda risarcitoria formulata in via gradata dal ricorrente, considerato che il bene della vita sotteso (l'aggiudicazione dell'appalto) rimane ancora subordinato al nuovo esercizio del potere da parte dell'Amministrazione in sede di esecuzione della sentenza al fine

di verificare (come prescritto con la sent.1833/09) la sussistenza in capo al ricorrente del possesso del requisito richiesto dal bando.

Le spese di lite seguono la soccombenza e sono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Sicilia, Sezione Seconda, accoglie il ricorso in epigrafe indicato e per l'effetto annulla i provvedimenti impugnati. Rigetta la domanda risarcitoria formulata in via gradata dal ricorrente.

Dichiara in parte inammissibile e per la restante parte rigetta il ricorso incidentale.

Condanna le parti resistenti, in solido e nella misura di metà per ciascuna, al pagamento delle spese di giudizio in favore della parte ricorrente che liquida in €.2.000,00 (Euro duemila/00), oltre IVA e CPA, se ed in quanto dovute; pone a carico dell'Amministrazione la refusione de contributo unificato.

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

Così deciso in Palermo nella camera di consiglio del giorno 21 luglio 2010 con l'intervento dei Magistrati:

Nicolo' Monteleone, Presidente

Roberto Valenti, Primo Referendario, Estensore

Maria Barbara Cavallo, Referendario

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 06/08/2010