



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania

sezione staccata di Salerno (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

Sul ricorso numero di registro generale 610 del 2007, proposto da: Soc.A.Effe.S.R.L., rappresentato e difeso dagli avv. Giuseppe Abenavoli, Fabio Rossi, con domicilio eletto presso Giuseppe Abenavoli Avv. in Salerno, via Conforti,1 c/o Esposito;

contro

Comune di Salerno, rappresentato e difeso dagli avv. Luigi Mea, Antonio Piscitelli, Luigi Rinaldi, con domicilio eletto presso Antonio Piscitelli Avv. in Salerno, C/Palazzo di Citta' via Roma;

nei confronti di

Costruire Srl di Fasano Gaetano, Fasano - Ruocco S.n.c.;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia,

Ricorso introduttivo

1) del verbale n. 3 del 12.0.2.2007 della commissione di Gara per l'affidamento della realizzazione dell'isola ecologica Arechi nel Comune di Salerno, comunicato il successivo 14.02.2007 con fax a firma del Funzionario del Servizio Appalti, Contratti ed Assicurazioni del Comune di Salerno, con il quale l'offerta della ricorrente è stata esclusa dalla predetta gara, "in quanto dal D.U.R.C. rilasciato in data 2.2.2007 sono risultate irregolarità relative alla posizione INPS (sede di Napoli

Soccavo) dell'Impresa" e con il quale la medesima gara è stata aggiudicata provvisoriamente all'ATI Fasano Ruocco snc – Costruire di Fasano Gaetano;

2) di qualsiasi atto conseguente e/o connesso al verbale n. 3 del 12.02.2007, con particolare riferimento all'aggiudicazione definitiva della gara, laddove intervenuta, e del relativo contratto d'appalto se sottoscritto;

Motivi aggiunti del 9 luglio 2007

3) determina dirigenziale n. 1009 dell'8.3.2007, conosciuta in data 8 maggio 2007;

4) nota prot. 89704 del 29.05.2007 (datata 22.5.07) del Comune di Salerno – Settore Avvocatura Servizio Appalti, Contratti ed Assicurazioni.

Motivi aggiunti del 18 settembre 2007

5) Processo Verbale di consegna lavori in via d'urgenza ex art. 129, co. 1, DPR 554/99 del 22.03.2007, conosciuto in data 24.07.2007 data in cui è stato depositato agli atti del Giudizio Rg. 610/2007 (Tar Campania – Salerno) dalla difesa del Comune di Salerno.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Salerno;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 22/01/2009 il dott. Giovanni Sabato e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

Con ricorso notificato in data 12 aprile 2007 e ritualmente depositato il successivo 20 aprile, la Soc. A.Effe srl, in persona del legale rappresentante p.t., ha impugnato gli atti di cui in epigrafe, invocandone l'annullamento.

Ha premesso che, dopo aver conseguito l'aggiudicazione provvisoria della gara di appalto indetta dal Comune di Salerno e relativa ai lavori di realizzazione dell'isola ecologica "Arechi", dell'importo complessivo di € 838.806,00, veniva esclusa dalla selezione in quanto "risulta...non regolare la posizione INPS rilevata dal D.U.R.C. emesso in data 02.02.2007". Avverso tale determinazione ha quindi sollevato le seguenti censure :

VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DI LEGGE IN RELAZIONE ALL'ART. 86, COMMA 10, DEL D.LGS. 10/09/2003, N. 276 ED ALL'ART. 2 DEL D.L. 25/09/2002 N. 210 CONVERTITO DALLA L. 22/11/2002 N. 266 – DIFETTO ASSOLUTO DI ISTRUTTORIA – ILLOGICITA' – CARENZA ASSOLUTA DEI PRESUPPOSTI – TRAVISAMENTO DEI FATTI – VIOLAZIONE DEL PRINCIPIO DI IMPARZIALITA'E BUON ANDAMENTO DELLA P.A. EX ART. 97 COST – VIOLAZIONE DEL GIUSTO PROCEDIMENTO, in quanto la posizione contributiva nella quale versa l'impresa ricorrente è perfettamente regolare, essendo l'annotazione riportata sul DURC in ordine a presunti "insoluti INPS", senza riportarne l'importo, frutto di mero errore materiale (come documentato dal DURC estratto, a cura della stessa ricorrente, in data 02.02.2007).

Si è concluso, invocando l'annullamento, previa sospensiva, degli atti impugnati.

Il Comune di Salerno si è costituito, resistendo.

Non si è invece costituita, ancorché ritualmente intimata, l'ATI controinteressata.

Con motivi aggiunti, notificati lite pendente il 4 luglio 2007 e depositati il successivo 6 luglio, la Soc. A.EFFE ha impugnato il provvedimento di aggiudicazione della gara e la nota, di cui in epigrafe, con la quale l'Amministrazione ha chiesto l'escussione della polizza fideiussoria prodotta dalla ricorrente, lamentando i medesimi vizi di cui al ricorso introduttivo.

Sia il Comune di Salerno che la controinteressata, ancorché ritualmente intimati, non si sono costituiti in giudizio.

Alla Camera di Consiglio del 25 luglio 2007 la domanda di sospensiva è stata accolta con decisione però riformata in sede di appello (ord. C.Stato, V, n. 5262 del 9 ottobre 2007).

Con motivi aggiunti, notificati lite pendente il 18 settembre 2007 e depositati in pari data, la Soc. A.EFFE ha impugnato questa volta il Processo Verbale di Consegna dei lavori in oggetto, lamentando i medesimi vizi di cui al ricorso introduttivo.

Sia il Comune di Salerno che la controinteressata, ancorché ritualmente intimati, non si sono costituiti in giudizio.

Alla Pubblica Udienza del 22 gennaio 2009 il ricorso, sulla base delle conclusioni delle parti costituite, è trattenuto in decisione.

DIRITTO

I. Il ricorso all'esame del Collegio verte sulla legittimità degli atti della gara indetta dal Comune di Salerno per l'appalto dei lavori relativi all'isola ecologica "Arechi".

II. Va liminarmente disattesa l'eccezione di inammissibilità del ricorso introduttivo sollevata dal comune resistente, il quale a tal fine osserva che controparte non avrebbe offerto adeguata prova di resistenza al di dimostrare l'utilità che trarrebbe nell'ipotesi di una decisione del giudizio di esito favorevole. Più esattamente sostiene che, anche in caso di accoglimento del gravame, la Società A.EFFE Srl non conseguirebbe la sospirata aggiudicazione, in quanto le operazioni di calcolo della nuova soglia di anomalia dovrebbero tenere conto anche della esclusione della offerta della Costruzione P.A. Srl, risultata anch'essa priva dei requisiti di partecipazione.

L'eccezione non convince il Collegio, in considerazione dell'esito che la gara ha avuto prima dell'adozione dell'atto di esclusione nei riguardi della ricorrente e della esatta sintassi procedimentale scolpita dalla lex specialis. Per il primo aspetto si segnala che la Soc. A. EFFE Srl, prima di essere esclusa dalla gara, era risultata aggiudicataria provvisoria, mentre la Costruzione P.A. era stata sottoposta al previsto controllo delle autodichiarazioni rilasciate dalla stessa in ordine al possesso dei requisiti di partecipazione in quanto tra le imprese a tal uopo sorteggiate in "un numero pari al 10 per cento del numero delle offerte ammesse" (cfr. Disciplinare di gara, "PROCEDURA DI AGGIUDICAZIONE", lett. g). Orbene, la sequenza procedimentale descritta dalla Stazione Appaltante specificamente prevede che il ricalcolo della soglia di anomalia vada effettuato soltanto quando l'aggiudicatario provvisorio e il secondo in graduatoria risultino privi dei requisiti di partecipazione e non anche quando tale accertamento sopravvenuto riguardi una delle imprese sorteggiate. La procedura di gara assegna infatti particolare rilievo al fatidico momento in cui ha luogo l'apertura delle buste B, contenenti le offerte economiche, evidentemente in considerazione della discovery che esso comporta degli impegni assunti da ciascuna impresa ai fini dell'aggiudicazione, tanto è vero che in tal caso la rideterminazione della soglia di anomalia è descritta dal Disciplinare di gara come una mera facoltà e non un obbligo della stazione appaltante. Da tanto consegue che parte ricorrente mostra di avere pieno interesse alla decisione del gravame, in quanto, in caso di suo accoglimento, vedrebbe esattamente ripristinata la posizione in graduatoria che

aveva conseguito prima dell'adozione dell'atto impugnato e cioè di aggiudicatario provvisorio.

In conclusione, l'eccezione di inammissibilità del ricorso è da respingere.

III. Il ricorso è fondato.

Con una unica articolata censura, la ricorrente lamenta che la stazione appaltante, a fronte di un DURC dal contenuto quantomeno equivoco, in quanto in esso si dichiara che la ricorrente è irregolare rispetto alla posizione INPS ma senza specificare l'importo dei relativi insoluti, avrebbe dovuto operare degli approfondimenti istruttori prima di assumere ogni determinazione in ordine alla partecipazione dell'impresa alla gara.

La disamina della doglianza impone innanzitutto di porre mente al tenore della disciplina generale in materia di pubblici appalti, la quale non consente di addivenire a rilievi di carattere puramente formale in ordine ai requisiti di regolarità contributiva, in quanto l'art. 38, comma 1, lett. i) del Codice Appalti richiede che le violazioni alle norme in materia di contributi previdenziali e assistenziali raggiungano la soglia della gravità, che, a parere del Collegio, non consente di attribuire carica ostativa alla partecipazione alla gara alle violazioni di carattere meramente formale, laddove sussistenti. Orbene, assume rilievo dirimente al fine di risolvere la questione agitata in ricorso la circostanza che il DURC relativo alla posizione contributiva della ricorrente non riporta alcuna indicazione nella casella relativa agli importi degli insoluti INPS e da ciò deriva che la Stazione Appaltante, in base alle stesse risultanze di tale documento, non era nelle condizioni di valutare la gravità della violazione perpetrata.

Non può indurre a differenti conclusioni il noto orientamento giurisprudenziale (di recente, C. Stato, V, 17 ottobre 2008, n. 5069), richiamato a più riprese dalla difesa resistente, secondo il quale la Stazione Appaltante non può sindacare le risultanze del D.U.R.C., in quanto tali riflessioni pretorie risolvono la diversa questione della eventuale spettanza in capo alle stazioni appaltanti di poteri istruttori il cui esercizio conduca a risultati diversi da quelli che si possano trarre dal semplice esame delle certificazioni acquisite da parte degli organi competenti. Nel caso di specie, come condivisibilmente osservato da parte attorea, non si tratta di trascurare il ruolo fondamentale svolto dalla certificazione di regolarità contributiva rilasciato dagli enti previdenziali e dalle Casse edili ai sensi dell'art. 2 del d.l. 25 settembre 2002, n. 210, così come modificato dalla legge di conversione 22 novembre 2002, n. 266 e dell'art. 3, comma 8, lett. b-bis) d.lgs. 14 agosto 1996, n. 494, lettera aggiunta dall'art. 86, comma 10 d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276 quanto, al contrario, di prendere giustamente atto delle sue risultanze, che appunto non consentono, per la loro incompletezza, di comprendere l'entità della

violazione degli obblighi contributivi perpetrata da parte dell'impresa e quindi la dimensione della loro gravità. Anche in sede pretoria si è avvertito che “il semplice documento Durc attestante la irregolarità contributiva non può essere ritenuto sufficiente a cagionare l'esclusione dell'impresa dalla selezione ad evidenza pubblica, essendo invece indispensabile che l'infrazione stessa sia « grave » e « debitamente accertata », tanto più ove in corso di gara siano emersi elementi contrastanti con tale dichiarazione o comunque che facciano dubitare della gravità della violazione contributiva” (cfr. T.A.R Sicilia Catania, sez. I, 15 giugno 2007, n. 1024). Tale è la situazione nella quale versava la impresa ricorrente, proprio in considerazione della evidenziata incompletezza della certificazione acquisita e che lasciava in ombra se non proprio la reale sussistenza (peraltro contraddetta dalla documentazione successivamente acquisita ad iniziativa della stessa ricorrente) della violazione, quantomeno la effettiva portata della sua gravità.

In conclusione, il motivo all'esame va accolto siccome fondato e, atteso il suo carattere assorbente rispetto ad ogni altra censura, il ricorso va accolto, con conseguente annullamento degli atti impugnati.

IV. Le spese seguono la soccombenza e si liquidano come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo regionale per la Campania - Sez. I di Salerno - definitivamente pronunciando sul ricorso n. 610/07 e successivi motivi aggiunti, proposti da Soc. A. EFFE Srl, li accoglie e, per l'effetto, annulla gli atti impugnati.

Condanna il Comune di Salerno, in persona del Sindaco p.t., al pagamento in favore della ricorrente delle spese ed onorari di lite, complessivamente liquidate nell'importo di € 2.000,00 (tremila/00), oltre accessori di legge.

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

Così deciso in Salerno nella camera di consiglio del giorno 22/01/2009 con l'intervento dei Magistrati:

Sabato Guadagno, Presidente FF

Ferdinando Minichini, Consigliere

Giovanni Sabbato, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 06/03/2009

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

IL SEGRETARIO