



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 Sicilia
sezione staccata di Catania (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 888 del 2010, proposto da:
Global Costruzioni Snc di Caniglia Luigi Giuseppe & C.,
rappresentato e difeso dagli avv. Edoardo Nigra, Salvatore Iacuzzo,
con domicilio eletto presso Edoardo Nigra in Catania, via V.
Giuffrida, 37;

contro

U.R.E.G.A. Provincia di Ragusa, Assessorato Regionale Infrastrutture
Mobilita' e Trasporti, rappresentati e difesi dall'Avvocatura Dello
Stato, domiciliata per legge in Catania, via Vecchia Ognina, 149;
Provincia Regionale di Ragusa;

nei confronti di

Edilmesam Srl, rappresentato e difeso dall'avv. Salvatore Trimboli,
con domicilio eletto presso Salvatore Trimboli in Catania, via Firenze,
225;

per l'annullamento

- 1.- del verbale della gara di appalto relativa ai “Lavori di Manutenzione straordinaria della SS.PP. 66 e 67 asse litoraneo tratto da Sampieri ad Ispica” del 2 febbraio 2010, laddove l'UREGA Sez. Provinciale di Ragusa ha proposto e proceduto all'aggiudicazione provvisoria in favore della “Edilmesam s.r.l.”;
- 2.- il provvedimento della stazione appaltante di aggiudicazione definitiva della gara, non conosciuto, anche tacito o formalmente intervenuto e del conseguente contratto di appalto, ove stipulato nonché del provvedimento di verifica dei requisiti dell'aggiudicataria, ove adottato.
- 3.- la nota dell'UREGA – Servizio di Ragusa del 2 febbraio 2010 (n. prot. 514) con la quale si comunica che l'ATI Global Costruzioni s.n.c.”.nella gara svoltasi dall'11.11.09 al 2.02.10 è risultata seconda aggiudicataria provvisoria dei lavori, con il ribasso del 7,3152%”.
4. - nonché ogni altro atto presupposto, connesso e/o consequenziale, ivi compresi il verbale della stessa gara del 26.11.09, laddove lo stesso UREGA ha proceduto all'ammissione della società aggiudicataria “Edilmesam s.r.l.” ed il successivo verbale del 18 gennaio 2010; nonché, ove occorra, il disciplinare di gara, punto 3 comma 2, nel testo originario e come modificato in data 2 novembre 2009, laddove prevede, ai fini della partecipazione alla gara, l'ammissibilità dei certificati DURC rilasciati per attestazione SOA; nonché il bando di gara al punto 16 lettera c, nel testo originario e come modificato in data 2 novembre 2009, laddove rinvia alle

modalità previste dal disciplinare di gara per la dimostrazione della regolarità contributiva nei confronti degli enti previdenziali;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di U.R.E.G.A. Provincia di Ragusa e di Assessorato Regionale Infrastrutture Mobilità e Trasporti e di Edilmesam Srl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 9 giugno 2011 il dott. Agnese Anna Barone e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

L'ATI Global costruzioni- Pirrone Vincenzo ha partecipato alla gara indetta dalla Provincia Regionale di Ragusa per la realizzazione di lavori di manutenzione straordinaria nelle strade provinciali n. 66 e n.67, per un importo a base d'asta di euro 2.080.886,67 collocandosi - in esito al sorteggio tra offerte con eguale percentuale di ribasso - al secondo posto; la gara è stata aggiudicata all'impresa Edilmesam.

Con ricorso introduttivo, regolarmente notificato e depositato, l'impresa Global ha impugnato i provvedimenti indicati in epigrafe, con i quali la controinteressata è stata ammessa alla gara di cui è stata dichiarata aggiudicataria. Il ricorso è affidato ai seguenti motivi di ricorso:

1) Violazione dell'articolo 16 lettera a) del bando di gara e dell'articolo 4, lettera A, punto c del disciplinare di gara - Violazione dell'articolo 38 lettera "c" del Decreto Legislativo 163/2006 - Violazione dell'articolo 75 lettera "c" del DPR 554/1999, così come recepito dalla Legge Regionale 7/2002 – Eccesso di potere per difetto d'istruttoria – Violazione dell'articolo 3 della legge 241/90 come recepito dalla legge regionale 10/91 - Difetto di Motivazione.

La società Edilmesam doveva essere esclusa dalla gara, poiché il direttore tecnico signor Giovanni Grasso, è stato condannato con sentenza del Tribunale di Messina del 16 ottobre 2002, passata in giudicato, per aver commesso i seguenti reati, tutti incidenti sulla moralità professionale:

“Violazione delle norme sulla prevenzione degli infortuni art. 4 D.P.R. 07/01/1956 n. 164 (commesso il 4.5.01);

- Violazione delle direttive CEE in materia di protezione dei lavoratori contro i rischi derivanti da esposizioni ad agenti chimici, fisici e biologici durante il lavoro art. 34 D.Lgs. 15/08/1991 n. 277...(commesso il 5.5.01);

- Violazione al T.U. sulla prevenzione degli infortuni sul lavoro Art. 403 d.p.r. 27.04.55 n. 547(commesso il 4.5.01)”

2) Violazione dell'articolo 3 della Legge 241/1990, come recepita dalla Legge Regionale 10/1991 – Difetto d'istruttoria

Il seggio di gara, a fronte della sentenza di condanna riportata nel certificato del casellario giudiziale del direttore tecnico della società aggiudicataria, aveva l'obbligo di svolgere un'adeguata istruttoria finalizzata alla verifica di sussistenza delle condizioni ostative alla

partecipazione alla gara e di supportare con adeguata motivazione l'eventuale provvedimento di ammissione.

3) In via subordinata: Violazione dell'articolo 16 lettera a) del bando di gara e dell'articolo 4, lettera A, punto "e" del disciplinare di gara - Violazione dell'articolo 38 del Decreto Legislativo 163/2006, sotto altro profilo - Violazione dell'articolo 75 lett. e del DPR 554/1999, così come recepito dalla Legge Regionale 7/2002. – Eccesso di potere per difetto d'istruttoria – Difetto di motivazione.

In via meramente subordinata, nell'ipotesi in cui si ritenga che la condanna inflitta al direttore tecnico della società aggiudicataria non comporti l'esclusione dalla gara, la stessa Edilmesam s.r.l. doveva comunque essere esclusa in applicazione del bando e dell'articolo 38 lettera "e" del D.Lgs. 163/06, quindi per carenza dell'elemento soggettivo di *"...non avere commesso gravi infrazioni, debitamente accertate, alle norme in materia di sicurezza e ad ogni altro obbligo derivante dai rapporti di lavoro risultanti dai dati in possesso dell'Osservatorio..."*.

4) Violazione dell'articolo 38 del Decreto Legislativo 163/2006, sotto altro profilo - Violazione dell'articolo 75 del DPR 554/1999, così come recepito dalla Legge Regionale 7/2002 - Violazione del divieto di rendere false dichiarazioni in sede di procedure ad evidenza pubblica – Eccesso di potere per contraddittorietà e difetto di presupposti.

In ogni caso, la società aggiudicataria andava esclusa dalla gara per avere reso una dichiarazione falsa in merito alla sussistenza di condanne per reati incidenti sulla moralità professionale.

5) Violazione e falsa applicazione dell'articolo 19 comma 12 bis della legge 109/94 nel testo coordinato con la legge regionale n. 7/2002, come introdotto dall'art. 1, comma 12, della l.r. n. 16/2005 - Violazione del D.A. dei ll.pp. n. 26/gab del 24/02/2006, così come modificato dal D.A. dei ll.pp. del 15/01/2008 – Eccesso di potere per travisamento e difetto di presupposto.

1.a L'impresa EDILMESAM S.r.l., ha presentato, per la partecipazione alla gara, un D.U.R.C. *“per attestazione SOA alla data del 29.07.2009”*.

A tale D.U.R.C. la controinteressata ha allegato copia del codice identificativo pratica (C.I.P.) da cui si evince, appunto, che la richiesta del D.U.R.C. è stata effettuata *“per attestazione SOA”* (quindi non valida per partecipazione a gare di appalto). Inoltre, il D.U.R.C. presentato dalla controinteressata reca, a fianco della voce riguardante la posizione nei confronti dell'I.N.P.S., la dicitura *“NON SI E' PRONUNCIATO”*.

Si sono costituite in giudizio per resistere al ricorso l'amministrazione intimata e la controinteressata.

Quest'ultima ha notificato un ricorso incidentale con il quale ha contestato l'ammissione alla gara dell'impresa ricorrente in possesso della cat. OG, ma non per la classifica richiesta dal bando (classifica IV per lavori d'importo sino a 2.582.284)

Con ordinanza n. 789/2010 cautelare è stata respinta l'istanza cautelare e alla pubblica udienza del 9 giugno 2011, il ricorso è stato trattenuto in decisione, come da verbale.

DIRITTO

1. Il ricorso è infondato e ciò esime il Collegio dall'esame delle eccezioni di rito sollevate dalle parti resistenti, tenuto anche conto delle esigenze di "sinteticità" dettate dall'art. 120, comma 10° del D.Lgs. 104/2010.

2. Con unico gruppo di censure articolate nei primi quattro di ricorso, parte ricorrente sostiene che la società Edilmesam doveva essere esclusa dalla gara in ragione della condanna inflitta nel 2002 al direttore tecnico Sig. Giovanni Grasso per violazioni della normativa a tutela della sicurezza de lavoratori e, quindi, per reati quindi ostativi alla partecipazione alle gare d'appalto poiché incidenti sulla moralità professionale. Le censure sono infondate.

Nella fattispecie in esame, l'impresa aggiudicataria pur dichiarando l'insussistenza di condanne gravi ostative alla partecipazione alle gare ai sensi dell'art. 38 del D.Lgs. 163/2006, ha allegato il certificato del casellario giudiziale da cui emerge la condanna del direttore tecnico per i seguenti reati:

- art. 4 del DPR 164/1956 "perché ... ometteva un'adeguata recinzione del cantiere ... tale da assicurare la viabilità in sicurezza all'interno di esso...";
- art. 34 del D.Lgs. 277/1991 "perché ometteva la predisposizione del piano di lavoro per la rimozione materiali contenenti amianto e ometteva l'invio dello stesso all'organo di vigilanza prima dell'inizio dei lavori"
- art. 403 DPR 547/55 "perché ometteva l'istituzione del registro

infortuni”.

Ciò a fonte di un bando che stabilisce che “...*non sono ammessi a partecipare alle gare soggetti privi dei requisiti generali di cui all’articolo 38 del D.Lgs. 163/2006 e successive modificazioni...*” (art. 16 lett. A) e di un disciplinare che richiede a pena di esclusione la dichiarazione sostitutiva ai sensi del DPR 445/2000 nella quale “*dichiara, indicandole specificatamente, di non trovarsi in alcuna delle condizioni previste dall’articolo 38 (...) e precisamente c) che nei propri confronti non è stata pronunciata sentenza di condanna passata in giudicato, o emesso decreto penale di condanna divenuto irrevocabile oppure sentenza di applicazione della pena su richiesta, ai sensi dell’articolo 444 del c.p.p., per reati gravi in danno dello Stato o della Comunità che incidano sulla moralità professionale...*”

I motivi di ricorso riguardano quindi la dibattuta questione dell’obbligo dichiarativo su tutte e condanne riportate o solo su quelle “ritenute gravi” e dell’eventuale falsità della dichiarazione che non rechi l’indicazione di tutte le condanne riportate, questione oggi definitivamente risolta dall’art. 4 del d.l. n. 70/2011, ma che ha visto la giurisprudenza schierata su posizioni contrastanti nella vigenza della norma nel testo applicabile alla controversia in esame.

Ora, l’art. 38, considerava causa di esclusione l’aver riportato condanna penale per “*reati gravi*” incidenti sulla moralità professionale; ovvero l’aver commesso “*gravi infrazioni debitamente accertate in materia di sicurezza e ad ogni altro obbligo derivante dai rapporti di lavoro risultanti dai dati in possesso dell’Osservatorio*”. In entrambi i casi la valutazione di “gravità” implica un apprezzamento che può essere compiuto

diversamente dal concorrente e dalla stazione appaltante. Quindi, in linea con l'orientamento sostanzialistico formulato da una parte della giurisprudenza amministrativa (Cons. Stato, sez. V, 24 marzo 2011 , n. 1795; sez VI, 4 agosto 2009, n.4907; sez. V, 19 giugno 2009, n. 4082; e 8 settembre 2008, n. 4244), il Collegio ritiene che se il bando indica genericamente di dichiarare l'insussistenza di una causa di esclusione riportando il testo dell'art. 38 citato, esso, di fatto, legittima il concorrente che abbia riportato condanne penali, o commesso violazioni in materia contributiva, a compiere una valutazione di gravità/non gravità., per cui il concorrente non può essere escluso per il solo fatto dell'omissione formale, cioè di non aver dichiarato tutte le condanne penali. Nel caso in esame, peraltro, i precedenti penali risultano concretamente conoscibili da parte della stazione appaltante tramite l'allegazione del certificato del casellario giudiziale per cui, l'amministrazione era in grado di valutare la gravità delle condanne e la loro eventuale incidenza sul requisito della moralità professionale. Di conseguenza, la dichiarazione del concorrente, non può essere ritenuta "falsa" ed è inidonea a costituire un'autonoma causa di esclusione dalla gara (Cons. St., sez. V, 8 settembre 2008 n. 4244; Cons. St., sez. V, 7 ottobre 2008 n. 4897; Cons. St., sez. V, 22 febbraio 2007 n. 945, che osserva testualmente *"ove il bando richieda genericamente una dichiarazione circa l'insussistenza delle cause di esclusione legali, il bando di fatto demanda "al singolo concorrente il giudizio circa l'incidenza sull'affidabilità morale e professionale di eventuali reati dal medesimo commessi" sicché "è da escludere che possa qualificarsi falsa dichiarazione una*

valutazione soggettiva del concorrente stesso (la quale potrà al più non essere condivisa, ma giammai potrà essere ritenuta falsa, e cioè non corrispondente ad un dato oggettivamente riscontrabili)”. In tale prospettiva, è stato ritenuto che la mancata dichiarazione da parte del rappresentante legale di una ditta concorrente circa un precedente penale che non abbia alcun riflesso negativo sul requisito della "moralità professionale", non possa determinare - ex se ed in assenza di invito, da parte della stazione appaltante, all'integrazione documentale ovvero a fornire chiarimenti - l'esclusione della concorrente dalla selezione. (T.A.R. Sicilia Catania, sez. IV, 25 febbraio 2010, n. 395).

Nel caso di specie, quindi, tenuto conto del tenore letterale del bando (che non imponeva di dichiarare qualsivoglia condanna penale) e, in applicazione dei principi di tassatività delle cause di esclusione e di massima partecipazione alle gare, non costituisce di per sé dichiarazione falsa, e non dà luogo ad autonoma causa di esclusione, l'omessa menzione nella dichiarazione sostitutiva di condanne penali per reati di natura contravvenzionale, risalenti nel tempo e quindi non gravi. Diversa sarebbe stata la situazione se il bando – invece di limitarsi a richiedere una generica dichiarazione di insussistenza delle cause di esclusione di cui all'art. 38, nel testo vigente all'epoca dei fatti - avesse imposto la dichiarazione di tutte le condanne tutte le condanne penali, o tutte le violazioni in materia di sicurezza dei luoghi di lavoro: in tal caso, infatti, la causa di esclusione non è solo quella, sostanziale, dell'essere stata commessa una grave violazione, ma anche quella, formale, di aver omesso una dichiarazione prescritta

dal bando.

Nella fattispecie in esame, pertanto, l'asserita incompletezza della dichiarazione, sotto il profilo che non sarebbero state dichiarate tutte le condanne penali e tutte le violazioni contributive, non poteva costituire di per sé causa di esclusione, ma poteva integrare una causa di esclusione dopo l'attività di verifica di gravità dei reati o delle infrazioni in materia di sicurezza dei lavoratori compiuta dall'amministrazione.

Sotto questo profilo è incontestato che l'amministrazione ha ritenuto le condanne penali non gravi e ininfluenti sul requisito della moralità professionale, non avendo proceduto all'esclusione dell'impresa Edilmesam.

In effetti, a fronte di reati di natura contravvenzionale risalenti all'anno 2001 culminati in una condanna all'ammenda di lire 4.500.000 l'Amministrazione, ha ragionevolmente ritenuto che i precedenti dichiarati – sebbene astrattamente costituenti violazioni in materia di sicurezza del lavoro- non compromettessero l'affidabilità dell'Impresa, e non fossero comunque di gravità tale da costituire autonoma causa di esclusione ai sensi della e) del primo comma dell'art. 38 citato. Del resto, né la disciplina speciale di gara, né il D.Lgs. 163/2006, prescrivono che il giudizio favorevole all'ammissione di un concorrente debba essere necessariamente esplicitato e formalizzato, potendo la motivazione di non gravità del reato risultare anche implicita o per facta concludentia, ossia con l'ammissione alla gara dell'impresa, mentre è la valutazione di gravità,

semmai, che richiede l'assolvimento di un particolare onere motivazionale (Cons. Stato, Sez. V, 30 giugno 2011 n. 3924; sez. III, 11 marzo 2011, n. 1583). La stazione appaltante deve invero motivare puntualmente le esclusioni, e non anche le ammissioni, se su di esse non vi è, in gara, contestazione (Cons. Stato., VI, 24 giugno 2010, n. 4019).

Con il quinto motivo di ricorso, parte ricorrente sostiene che il D.U.R.C. rilasciato all'impresa Edilmesam per attestazione S.O.A. in data 31/08/2009, munito di visto per l'utilizzo ai fini della partecipazione alle gare di appalto apposto dalla cassa edile A.M.I.Ca di Catania, non consentiva l'ammissione alla gara celebrata in data 11/11/2009.

Sul punto, il disciplinare di gara prevede tra i documenti da presentare per la partecipazione alla gara a pena di esclusione: *“documentazione dimostrante il possesso del requisito della regolarità contributiva (...), ai sensi dell'art. 19, comma 12 – bis del testo coordinato, secondo le modalità attuative contenute nel decreto dell'Assessore Regionale per i Lavori Pubblici n. 26/Gab. del 24/02/2006 (...) Non sono considerati validi, ai fini della partecipazione alle gare, i certificati D.U.R.C. rilasciati con riferimento alle contribuzioni dovute per una specifica ed individuata attività (quali D.U.R.C. rilasciati per stato di avanzamento lavori, per pagamento di saldo finale ...) essendo ammissibili solo quelli rilasciati a fronte della generale regolarità del concorrente (quali .D.U.R.C. rilasciati per attestazione S.O.A., per partecipazione a gara d'appalto, per aggiudicazione di gara d'appalto per stipula di contratto d'appalto, per lavori privati in edilizia⁹ per stati di avanzamento lavori, stati finali e verifica di*

autocertificazione. (...)”.

La censura è infondata, innanzitutto perché la *lex specialis* della gara prevede, come D.U.R.C. non validi ai fini della partecipazione, soltanto alcune tipologie di D.U.R.C., fra le quali non rientra quella presentata dall'impresa controinteressata, dall'altro perché il D.U.R.C. rilasciato per attestazione SOA è espressamente contemplato dalla medesima *lex specialis* tra i documenti di regolarità contributiva “rilasciati a fronte della generale regolarità del concorrente”. Né si può ritenere che tale previsione sia illegittima, poiché essa è perfettamente aderente alla disciplina regionale invocata da parte ricorrente che ritiene non validi, ai fini della partecipazione alle gare, i certificati D.U.R.C. rilasciati per stati di avanzamento dei lavori, stati finali e verifica di autocertificazione. Quindi a prescindere dalla questione della “stampigliatura per partecipazione gare d'appalto” (presente peraltro anche sul D.U.R.C. della parte ricorrente come documentato nel ricorso incidentale), il D.U.R.C. rilasciato per attestazione S.O.A. è valido ai fini della dimostrazione del requisito della regolarità contributiva dell'impresa concorrente.

Quanto alla contestata validità temporale del D.U.R.C., il certificato prodotto dalla ditta controinteressata è stato rilasciato in data 31/08/2009 a fronte di una gara le cui operazioni hanno avuto inizio in data 11/11/2009, per cui - in applicazione del principio secondo il quale il termine trimestrale di validità decorre dalla data di rilascio - sino al 30/11/2009 il certificato era valido.

E' infondata, infine, la censura concernete la presunta irregolarità del

D.U.R.C. mancante della pronunzia da parte dell'I.N.P.S. operando in tal caso il meccanismo del silenzio assenso previsto dall'art. 5 del decreto assessoriale 24 febbraio 2006.

In conclusione, per le suesposte considerazioni, il ricorso è infondato e va respinto.

Si ravvisano, comunque, giusti motivi, per compensare tra le parti le spese del giudizio tenuto conto dell'articolazione concreta della vicenda e delle differenti posizioni della giurisprudenza sulle questioni esaminate nei primi quattro motivi di ricorso

P.Q.M.

respinge il ricorso indicato in epigrafe.

Spese compensate.

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

Così deciso in Catania nella camera di consiglio del giorno 9 giugno 2011 con l'intervento dei magistrati:

Salvatore Schillaci, Presidente FF

Pancrazio Maria Savasta, Consigliere

Agnese Anna Barone, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 26/09/2011

IL SEGRETARIO

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