

N. 02304/2009 REG.SEN.
N. 01305/2009 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia
Lecce - Sezione Terza
ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 21 e 26 della legge 1034/71 e successive modifiche e integrazioni,
Sul ricorso numero di registro generale 1305 del 2009, proposto da:
Ciullo Restauri Srl, rappresentata e difesa dall'avv. Tommaso Millefiori, con domicilio eletto presso
Tommaso Millefiori in Lecce, via Mannarino n. 11/A;
contro
Comune di San Donato di Lecce;
nei confronti di
Eurotekna Srl, rappresentata e difesa dall'avv. Giuliana Ingrosso, con domicilio eletto presso
Giuliana Ingrosso in Lecce, via Toma,47;
per l'annullamento
previa sospensione dell'efficacia,
- del provvedimento n. 10/2009 del 09.09.09 del Responsabile del Settore Urbanistica e Ambiente
del Comune di San Donato;
- del verbale di gara di estremi sconosciuti con cui il Comune di San Donato ha dato atto della
presunta irregolarità della documentazione di regolarità contributiva prodotta dalla ricorrente;
- di ogni altro atto presupposto, connesso e/o consequenziale ed, in particolare, ove occorra:
- del disciplinare di gara nella parte in cui richiede, a pena di esclusione, la produzione dell'originale
o copia autenticata nei modi previsti dagli artt. 18 e 19 del DPR n. 445/00 della certificazione di
regolarità contributiva - DURC – “in corso di validità e cioè non antecedente ad un mese dalla data
della gara”, non ammettendo la possibilità di produrre successivamente il DURC, ritualmente
richiesto prima della partecipazione ma non ancora trasmesso dall'Ente;
ove intervenuti, del contratto e del verbale di consegna dei lavori.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Eurotekna Srl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 24/09/2009 la dott.ssa Gabriella Caprini e uditi per le
parti l'avv. Manelli, in sostituzione dell'avv. Millefiori, e l'avv. Ingrosso;

Sentiti i difensori delle parti costituite in ordine alla possibilità di definire il presente giudizio con
sentenza in forma semplificata ai sensi degli artt. 3 e 9 della legge n. 205 del 2000;

Con bando n. 117 dell'1.06.2009 il comune di San Donato ha indetto una procedura selettiva aperta
per l'affidamento dei lavori di ristrutturazione e manutenzione straordinaria della scuola elementare
di via G. Verdi, da aggiudicarsi con il criterio del prezzo più basso sull'importo a base d'asta,
stabilendo quale termine ultimo per la presentazione dell'offerta il giorno feriale antecedente a
quello fissato per la gara, prevista il 29.07.'09. Nell'imminenza della scadenza di tale termine la

società ricorrente ha presentato la propria domanda di partecipazione, allegandovi copia autentica di un DURC datato 26.06.'09, unitamente a copia di una nuova richiesta inoltrata il 15.07.2009. Ciò contrariamente a quanto richiesto dal disciplinare di gara che, tra la documentazione da presentare nel plico - fuori della busta dell'offerta - , richiedeva a pena di esclusione: “g) Originale o copia autenticata nei modi previsti dagli artt. 18 e 19 del D.P.R. 445/2000, della certificazione di regolarità contributiva – DURC –in corso di validità e cioè non antecedente ad un mese dalla data della gara (art. 7 del D.M. 24/10/2007)”. La stazione appaltante ha determinato di “non confermare l’aggiudicazione provvisoria” dei suddetti lavori di ristrutturazione e manutenzione alla ditta Ciullo Restauri da Taurisano, ricorrente, aggiudicando, contestualmente ed in via definitiva, gli stessi alla seconda classificata, ditta Eurotekna s.r.l. da Trepuzzi, ravvisando una irregolarità nella documentazione presentata, non sanabile in quanto viola una prescrizione contemplata a pena di esclusione.

La ricorrente, impugna gli atti della procedura concorsuale indicati in epigrafe, compreso, nella parte “de qua”, il disciplinare di gara ritenendoli illegittimamente lesivi dei propri interessi. In corso di giudizio si è costituita, presentando controricorso, la società Eurotekna s.r.l., aggiudicataria contro interessata, preliminarmente eccependo l’inammissibilità del ricorso nella parte in cui censura il disciplinare di gara e deducendone, per il resto, l’infondatezza nel merito. Con decreto presidenziale, n. 730 del 17.09.'09, è stata accolta la domanda incidentale di misura cautelare provvisoria.

All’udienza del 24.09.'09 la causa è stata trattenuta in decisione.

Il Collegio esamina, in primo luogo, l’eccezione di inammissibilità del ricorso per quanto attiene l’impugnativa della clausola del disciplinare di gara contestata.

Tale eccezione è infondata.

Il Collegio preliminarmente ritiene di dovere puntualizzare che, anche a volere considerare necessaria una impugnativa immediata della disciplina della “lex specialis”, come sostenuto dalla controinteressata, il termine decadenziale decorra dal compimento del periodo di pubblicazione (che comporta la presunzione iuris e de iure della conoscenza) o dalla data della sua effettiva conoscenza, incontrovertibilmente attestata solo dalla presentazione della domanda di partecipazione alla gara, dunque dal 26.07.'09 . Pertanto, l’impugnativa, la cui procedura di notifica è stata attivata in data 17.09.2009, non sarebbe comunque tardiva,essendo sospeso il termine nel periodo feriale.

Peraltro, nel caso in esame, dato il quadro normativo vigente, la clausola del disciplinare gravata non poteva comunque ritenersi immediatamente lesiva per il ricorrente, tale, cioè, da precluderne con certezza la stessa partecipazione alla gara.

In proposito, il Collegio aderisce all’orientamento tradizionale della giurisprudenza amministrativa secondo il quale la lesione, per radicare l’interesse ad agire, deve essere connotata dai caratteri della immediatezza, della concretezza e dell’attualità: ne consegue che i bandi ed i disciplinari di gara sono di regola impugnabili solo con gli atti che di essi fanno applicazione, con ciò identificando, in concreto, il soggetto leso, mentre sono immediatamente impugnabili unicamente quelli che contengano chiare clausole impeditive all’ammissione dell’interessato alla selezione (Cons. Stato Ad. Plen. n. 1/2003, sez. V, n. 2320/2004 e sez. IV, n. 1214/2004).

Prova della non immediata lesività della clausola censurata è data anche dalla mera constatazione della circostanza di fatto che la stessa stazione appaltante abbia, prima, proceduto all’aggiudicazione provvisoria a favore della ricorrente, con ciò espletando la procedura concorsuale, e che tale aggiudicazione solo successivamente non sia stata confermata in modo definitivo dal responsabile del settore urbanistica e ambiente, sulla base dei rilievi presentati dall’odierna controinteressata, seconda classificata e successiva aggiudicataria.

Ciò premesso, il ricorso è fondato.

Con i motivi di ricorso la parte lamenta la violazione e falsa applicazione dell’art. 38 del d.lvo n. 163/'06 e ss.mm.ii. nonché l’eccesso di potere per irrazionalità.

A parere del Collegio la clausola del disciplinare che richiede, espressamente e a pena di esclusione, ai fini della partecipazione alla gara esclusivamente la produzione dell'originale o copia conforme del DURC, peraltro non antecedente al mese dalla data della gara, è illegittima sotto i profili evidenziati dalla ricorrente.

Tale clausola, in particolare, in modo ingiustificatamente restrittivo, non prevede la possibilità di produrre il DURC anche successivamente alla presentazione della domanda, a fronte dell'obbligo di presentare la certificazione contributiva sancito dal legislatore solo a carico dell'aggiudicatario. La disciplina della "lex specialis" è, infatti, sotto tale aspetto, in aperta violazione dell'art. 38, commi 2 e 3, della d.lvo n. 163/'06, a norma dei quali, rispettivamente: "2. Il candidato o il concorrente attesta il possesso dei requisiti mediante dichiarazione sostitutiva in conformità alle disposizioni del decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445....3. Ai fini degli accertamenti relativi alle cause di esclusione di cui al presente articolo, si applica l'articolo 43 del decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445; resta fermo, per l'affidatario, l'obbligo di presentare la certificazione di regolarità contributiva di cui all'articolo 2, del decreto-legge 25 settembre 2002, n. 210, convertito dalla legge 22 novembre 2002, n. 266 e di cui all'articolo 3, comma 8, del decreto legislativo 14 agosto 1996, n. 494 e successive modificazioni e integrazioni..." (alla presentazione del DURC da parte dell'aggiudicatario il d.l. n.185/2008,art. 16 bis comma 10,ha sostituito l'acquisizione d'ufficio da parte della stazione appaltante) .

Sotto il profilo rilevato, la clausola del disciplinare è, altresì, in contrasto con il disposto regolamentare dell'art. 46, rubricato " Dichiarazioni sostitutive di certificazioni", del DPR 28/12/2000 n. 445 -Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa -, a norma del quale: " 1. Sono comprovati con dichiarazioni, anche contestuali all'istanza, sottoscritte dall'interessato e prodotte in sostituzione delle normali certificazioni i seguenti stati, qualità personali e fatti:.. omissis... p) assolvimento di specifici obblighi contributivi con l'indicazione dell'ammontare corrisposto..". Coerentemente il successivo art. 48 – "Disposizioni generali in materia di dichiarazioni sostitutive", al 3 comma, prevede: "In tutti i casi in cui sono ammesse le dichiarazioni sostitutive, le singole amministrazioni inseriscono la relativa formula nei moduli per le istanze".

L'applicazione di queste norme avrebbe consentito, infatti, mediante il ricorso all'autocertificazione, proprio l'auspicata produzione solo nella fase successiva alla partecipazione del DURC in corso di validità.

Peraltro il disciplinare di gara, alla lett. b) relativa al paragrafo "documentazione da presentare nel plico, fuori dalla busta dell'offerta", richiede la "dichiarazione del titolare o del legale rappresentante, conforme al modello "A" ... e comunque contenente tutti i dati in esso richiesti..". Tale modello, allegato al bando, conformemente alla richiamata disciplina ma in contraddizione a quanto disposto dalla sopra censurata clausola, lett. g) del disciplinare, prevede, tra le dichiarazioni sostitutive da rendere, alla lett. i), anche quella secondo la quale "non sono state commesse violazioni gravi, definitivamente accertate, alle norme in materia di contributi previdenziali e assistenziali..". Ad esso si è attenuta l'odierna ricorrente, nella persona del sig. Ciullo Rocco, amministratore unico e direttore tecnico, sottoscrivendolo e producendolo in occasione della presentazione dell'offerta, come risulta dagli atti versati dal comune di San Donato di Lecce. In altri termini, a prescindere dalla validità o meno del DURC presentato dalla ricorrente al momento della partecipazione alla gara , la ricorrente, con dichiarazione sostitutiva avente valore legale equivalente al certificato sostituito, aveva dichiarato di non essere incorsa proprio in quelle violazioni, connotate dal requisito di gravità e definitivamente accertate, uniche in grado di escludere legittimamente, secondo la legislazione vigente, la sua partecipazione alla gara (T.A.R. Puglia, Lecce, sez. II, nn. 5465 e 6104/'06) ed il rilascio del DURC.

Per quanto concerne poi, la validità del DURC, coglie nel segno parte ricorrente laddove afferma la validità del DURC prodotto, emesso in data 26.06.2009, al momento della presentazione dell'offerta e, ritiene il Collegio di dovere specificare, anche al momento della data della gara, prevista per il 29.07.2009. Tale precisazione vale, per inciso, a confermare quanto affermato in

premessa, in merito alla non immediata lesività del disciplinare, attesa la complessità della normativa di riferimento, sino alla comunicata mancata aggiudicazione definitiva, intervenuta con l'atto applicativo.

A parere del Collegio, infatti, il richiamo, contenuto nel suddetto disciplinare, all'art. 7 del DM 24/10/2007 n. 28578, al fine di circoscrivere ad un mese la validità del DURC da un lato concreta solo una dichiarazione di scienza e non di volontà (e non ha quindi contenuto dispositivo), dall'altro è erroneo, in quanto prescinde da una lettura sistematica del complessivo quadro normativo.

In particolare, dispone tale norma ai commi 1 e 2: "1. Ai fini della fruizione delle agevolazioni normative e contributive di cui all'art. 1 il DURC ha validità mensile. 2. Nel solo settore degli appalti privati di cui all'art. 3, comma 8, del decreto legislativo 14 agosto 1996, n. 494, e successive modifiche, il DURC ha validità trimestrale, ai sensi dell'art. 39-septies del decreto legge 30 dicembre 2005, n. 273, convertito dalla legge 23 febbraio 2006, n. 51".

Ora, ciò che emerge "ictu oculi" dalla lettura della norma e che pertanto può ritenersi incontestabile è, in primo luogo, che esclusivamente per la fruizione delle agevolazioni normative e contributive il DURC abbia validità mensile (essendo questo il campo di applicazione espressamente circoscritto) e, in secondo luogo, che nel solo settore degli appalti privati lo stesso abbia una validità trimestrale. Nulla è detto con riferimento alla validità generale nel settore degli appalti pubblici (posto che la partecipazione agli stessi non rientra nelle agevolazioni normative e contributive di cui all'art.1).

Premesso che tale normativa è stata emanata in esecuzione della delega contenuta nell'art. 1, comma 1176, della legge 27 dicembre 2006, n. 296 che prevede l'adozione di un decreto ministeriale per la definizione delle modalità di rilascio e dei contenuti analitici del Documento Unico di Regolarità Contributiva (DURC), nell'ipotesi di manifesta lacuna disciplinare di secondo grado trova applicazione, con ciò garantendo anche le esigenze di una disciplina uniforme nei settori pubblico e privato, la norma di carattere generale e di fonte primaria. In particolare, l'art. 39-septies del decreto legge 30 dicembre 2005, n. 273, convertito dalla legge 23 febbraio 2006, n. 51, dispone: "1. Il documento unico di regolarità contributiva di cui all'articolo 3, comma 8, del decreto legislativo 14 agosto 1996, n. 494 ha validità di tre mesi".

Sulla base delle sovra esposte considerazioni, il ricorso è meritevole di accoglimento.

Sussistono giusti motivi per compensare le spese di giudizio tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Puglia -Lecce- sezione terza accoglie il ricorso indicato in epigrafe.

Spese compensate.

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

Così deciso in Lecce nella camera di consiglio del giorno 24/09/2009 con l'intervento dei Magistrati:

Antonio Cavallari, Presidente

Patrizia Moro, Primo Referendario

Gabriella Caprini, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 16/10/2009

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

IL SEGRETARIO

LAVORI PUBBLICI