



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 Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

Sul ricorso numero di registro generale 1908 del 2008, proposto da:
- Impresa Candela Nicolò S.r.l., in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dall'Avv. Salvatore Giacalone, ed elettivamente domiciliata in Palermo, Via Notarbartolo n. 5, presso lo studio dell'Avv. Lucia Di Salvo;

contro

- la Provincia Regionale di Palermo, in persona del Presidente pro-tempore, rappresentata e difesa dall'Avv. Alessandro Cannizzaro, ed elettivamente domiciliata in Palermo, Via Maqueda n. 100, presso la sede dell'Avvocatura Provinciale;

nei confronti di

- Impresa CASTELCO soc. coop., in persona del legale rappresentante pro-tempore, sia in proprio che nella qualità di capogruppo mandataria dell'A.T.I. tra l'Impresa Castelco Soc. Coop. e l'Impresa Cemi di Lombardo Emilia, in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dagli Avv.ti Giovanni Immordino e Giuseppe Immordino, presso lo studio dei quali, in Palermo, Viale Libertà n. 171, è elettivamente domiciliata;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia,

- del provvedimento del 30.07.2008, di ammissione alla gara dell'A.T.I.

Castelco Soc. Coop - Cemi di Lombardo Emilia ;

- del provvedimento del 30.07.2008, di aggiudicazione dell'appalto a favore dell'offerta presentata dalla stessa A.T.I. controinteressata;

- del provvedimento del 30.07.2008, di mancata aggiudicazione dell'appalto a favore dell'offerta presentata dalla ricorrente Impresa Candela Nicolò s.r.l.;

- dello stesso verbale di gara del 30.07.2008, nella parte in cui reca i sopra elencati provvedimenti oggetto dell'impugnazione;

- di ogni altro provvedimento presupposto, connesso e consequenziale.

Visto il ricorso introduttivo del giudizio con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Provincia di Palermo e della controinteressata Impresa Castelco Soc. Coop.;

Visto il ricorso incidentale proposto dalla controinteressata Impresa Castelco Soc. Coop.;

Vista l'ordinanza n. 1193/08 con cui è stata accolta la domanda di sospensione dell'esecuzione dei provvedimenti impugnati e fissata l'udienza per la discussione del merito del ricorso;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Designato relatore il referendario Antonio De Vita;

Uditi, all'udienza pubblica del 14 gennaio 2009, l'Avv. Salvatore Giacalone, per la ricorrente, l'Avv. Alessandro Cannizzaro, per la Provincia regionale, e l'Avv. Giuseppe Immordino, per la controinteressata;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso notificato il 5 settembre 2008 e depositato il 6 settembre

successivo, la ricorrente ha impugnato il verbale di gara del 30 luglio 2008, con cui: a) è stata ammessa alla gara l'A.T.I. Castelco Soc. Coop - Cemi di Lombardo Emilia; b) è stato aggiudicato l'appalto a favore della stessa A.T.I. controinteressata; c) non è stato aggiudicato l'appalto a favore della ricorrente Impresa Candela Nicolò s.r.l..

Avverso il predetto verbale vengono dedotte le censure di violazione di legge – art. 75, comma 1, lett. b e c, del D.P.R. n. 554 del 1999 (art. 38 del D.Lgs. n. 163 del 2006) e alcune clausole del disciplinare di gara – ed eccesso di potere sotto i profili del travisamento dei fatti e della illogicità manifesta.

L'impresa Castelco, facente parte dell'A.T.I. aggiudicataria, ha acquistato un ramo d'azienda dall'impresa Capraro S.p.a., senza tuttavia fare menzione, in sede di partecipazione alla gara, dell'esistenza degli amministratori e del direttore tecnico di quest'ultima, non essendo ancora trascorso il triennio dalla cessione.

A giudizio della ricorrente tale menzione sarebbe stata necessaria in ossequio all'art. 75 del D.P.R. n. 554 del 1999 (ora art. 38 del D.Lgs. n. 163 del 2006), che si applicherebbe anche agli amministratori e ai direttori tecnici del ramo d'azienda ceduto. L'inosservanza di questo obbligo avrebbe dovuto determinare l'esclusione dalla gara del raggruppamento cui appartiene l'impresa Castelco.

Si è costituita in giudizio la Provincia Regionale di Palermo che ha chiesto il rigetto del ricorso in quanto infondato, in particolare evidenziando che l'impresa Calstelco possedeva autonomamente la categoria richiesta per effettuare i lavori affidati dalla Provincia (OG3, classifica II), mentre la cessione del ramo d'azienda ha riguardato una categoria di lavori diversa (OG2, classifica II), non richiesta per eseguire i predetti lavori affidati dalla Provincia. Di conseguenza l'onere dichiarativo non poteva estendersi anche ad un ramo d'azienda acquisito entro il triennio, ma non richiesto per la partecipazione all'appalto in questione.

Si è costituita in giudizio anche l'impresa Castelco che ha chiesto il rigetto del ricorso introduttivo siccome infondato, in quanto la categoria ceduta non era attinente con quella richiesta per eseguire i lavori affidati dalla Provincia.

Successivamente la stessa Castelco ha proposto ricorso incidentale avverso l'ammissione alla gara della ricorrente, censurando la circostanza che la stessa avrebbe prodotto un certificato DURC non valido, giacché finalizzato all'ottenimento di un'attestazione SOA e, dunque, non idoneo per la partecipazione a gare d'appalto.

Le parti hanno prodotto delle memorie a sostegno delle loro pretese e per

confutare gli assunti avversari.

Con ordinanza n. 1193/08 è stata accolta la domanda di sospensione dell'esecuzione dei provvedimenti impugnati e fissata l'udienza per la discussione del merito del ricorso.

Alla pubblica udienza del 14 gennaio 2009, su conforme richiesta dei difensori delle parti, la causa è stata trattenuta in decisione.

In data 19 gennaio 2009 è stato pubblicato il dispositivo di sentenza n. 4/09, come per legge.

DIRITTO

1. In via preliminare va individuato l'ordine di trattazione dei ricorsi, in quanto, in presenza di più di due concorrenti, va verificato se il ricorso incidentale abbia carattere paralizzante e quindi se lo stesso debba essere esaminato per primo. Difatti, in caso di fondatezza del ricorso incidentale verrebbe meno l'interesse del ricorrente principale all'esame del suo gravame, visto che dal suo accoglimento non potrebbe trarne alcuna utilità (cfr. Consiglio di Stato, Ad. plen., 10 novembre 2008, n. 11; VI, 30 settembre 2008, n. 4686; T.A.R. Sicilia, Palermo, III, 31 marzo 2008, n. 430).

Nella presente controversia il ricorso incidentale va esaminato per primo giacché ha carattere paralizzante, atteso che il suo eventuale accoglimento determinerebbe l'esclusione dalla gara dell'impresa ricorrente e quindi il venir meno della sua legittimazione ad agire.

2. Passando, quindi, all'esame del ricorso incidentale, va premesso che lo stesso non può trovare accoglimento.

Con l'unico, complesso motivo di ricorso la controinteressata, ricorrente incidentale, asserisce l'illegittimità del DURC esibito in sede di gara dalla ricorrente principale, Impresa Candela Nicolò, in quanto lo stesso sarebbe stato rilasciato per ottenere l'attestazione SOA e non per la partecipazione a gare d'appalto, come invece sarebbe stato corretto, vista la procedura cui l'emissione era finalizzata. Ciò impedirebbe, di conseguenza, anche il riconoscimento, al documento prodotto (rilasciato il 27 maggio 2008 per una gara svoltasi il 30 luglio 2008), di una validità trimestrale, proprio perché la normativa consentirebbe un prolungamento della validità temporale – che di regola è mensile – soltanto per quei documenti rilasciati per la partecipazione alle gare d'appalto e non ad altri, come i DURC che si riferiscono alle attestazioni SOA.

La doglianza non può essere accolta, in considerazione della circostanza, emergente dall'esame dello stesso DURC prodotto dalla ricorrente

Impresa Candela Nicolò, che lo stesso è stato rilasciato con la dicitura “Per partecipazione gare appalto” e con una validità di tre mesi a partire dal 27 maggio 2008. In senso contrario non assume rilievo decisivo il fatto che la predetta dicitura sia stata apposta con un timbro in un momento successivo alla generazione del certificato da parte del sistema informatico che, in origine, recava l’indicazione “per attestazione SOA alla data del 15/05/2008”. Difatti, in alcuni casi è possibile che le voci previste per richiedere tramite il sistema informatico l’emissione di un DURC non contemplino tutte le sue possibili tipologie – nel caso di specie la voce “per la partecipazione a gare d’appalto” – e quindi l’ente previdenziale che lo rilascia procede all’integrazione del certificato con l’apposizione della stampigliatura, come avvenuto nel caso di specie. Tale procedimento deve essere considerato legittimo per due ordini di ragioni. In primo luogo, l’apposizione della stampigliatura manuale comunque è operata dall’ente che rilascia il certificato e, dunque, non lascia dubbi sulla sua autenticità e sulla correttezza dell’attestazione. Del resto, se non si ammettesse un tale modus procedendi, le imprese che richiedessero dei DURC ad enti previdenziali come la Cassa Edile della Provincia di Trapani non potrebbero ottenere alcune tipologie di certificati, con gravi conseguenze per lo svolgimento delle proprie attività.

Inoltre, ciò che assume un valore dirimente è la verifica dell’effettiva equivalenza delle diverse tipologie di DURC. Laddove questi documenti attestino la situazione complessiva dell’impresa con riferimento a tutti i lavori svolti o in corso di svolgimento e in relazione a tutti i cantieri ovunque ubicati, non vi è ragione di ritenere non idoneo il documento di regolarità contabile anche se lo stesso fosse stato rilasciato per una tipologia diversa rispetto a quella richiesta in quella specifica circostanza (in tal senso, C.G.A., 21 luglio 2008, n. 662). In presenza di una perfetta equivalenza tra le diverse tipologie di DURC sarebbe un puro formalismo, lesivo dei principi di concorrenza e di proporzionalità e in contrasto con le esigenze di semplificazione, ritenere non valido un certificato che comunque attesti quanto richiesto, ossia la situazione globale dell’impresa su tutto il territorio nazionale, esclusivamente perché utilizza una diversa dicitura. Soltanto allorquando si richieda una tipologia specifica che non abbia equivalenti, sarà necessario produrre quanto richiesto senza possibilità di esibire documenti assimilabili.

Nel caso di specie il DURC prodotto che si riferisce all’attestazione SOA è perfettamente equivalente a quello per la partecipazione alle gare d’appalto, come attestato dalla Cassa Edile della Provincia di Trapani attraverso l’apposizione del timbro sul certificato poi prodotto in sede di gara.

Di conseguenza, anche la validità del certificato sarà trimestrale, come stabilito dalla normativa (art. 19, comma 12 bis, della legge n. 109 del 1994 nel testo integrato risultante dalla L.r. 7/2002 e successive modifiche

e integrazioni).

A quanto evidenziato in precedenza segue il rigetto del ricorso incidentale e conseguentemente la necessità di scrutinare il ricorso principale.

3. Il ricorso introduttivo proposto dall'Impresa Candela Nicolò s.r.l. è meritevole di accoglimento.

La ricorrente principale censura, tra l'altro, l'ammissione alla gara e la successiva aggiudicazione in favore dell'A.T.I. composta dalle imprese Castelco e CEMI, in quanto la Castelco ha acquisito meno di tre anni prima un ramo d'azienda dall'impresa Capraro S.p.a., senza tuttavia che relativamente agli amministratori e al direttore tecnico di quest'ultima fossero state rese le dichiarazioni ex art. 75, comma 1, lett. b e c, del D.P.R. n. 554 del 1999, come previsto dal Disciplinare di gara a pena di esclusione (pag. 4, terzultimo capoverso).

Dalla documentazione prodotta in atti risulta acclarato che la dichiarazione prescritta non è stata resa, come ammesso dalla stessa controinteressata Castelco.

Tuttavia, ad avviso di quest'ultima, la dichiarazione non sarebbe stata necessaria, tenuto conto che il ramo d'azienda acquistato dall'impresa Castelco ha permesso a quest'ultima di acquisire la idoneità a svolgere lavori di cui alla categoria OG2, mentre per la partecipazione alla gara indetta dalla Provincia Regionale di Palermo era richiesta la diversa categoria OG3, classifica II, già posseduta in proprio dalla controinteressata.

Tale ultimo assunto non può essere condiviso. Infatti, pur se l'acquisizione di un ramo d'azienda non riguarda la categoria interessata dall'appalto in questione, non deve passare in secondo piano la circostanza che comunque il patrimonio aziendale risulta complessivamente accresciuto dal trasferimento avvenuto. Oltre alla categorie possedute dall'impresa cedente, transitano alla cessionaria le attrezzature, i lavori eseguiti, il volume di affari, gli ammortamenti, il personale e l'avviamento (cfr. l'art. 1 dell'atto di trasferimento d'azienda – all. 7 al ricorso introduttivo). Pertanto, con la cessione si realizza – nella quasi totalità dei casi – una commistione tra i due complessi “tanto che l'eventuale inquinamento della gestione causato da un amministratore o direttore tecnico [...] riverber[a] anche nell'attualità la sua influenza negativa” (C.G.A., 29 maggio 2008, n. 471; 6 maggio 2008, n. 389; T.A.R. Sicilia, Palermo, III, 19 febbraio 2007, n. 577).

Di conseguenza l'onere dichiarativo di cui all'art. 75, comma 1, lett. b e c, del D.P.R. n. 554 del 1999, deve ritenersi sussistente pure per gli amministratori e i direttori tecnici del ramo d'azienda ceduto, anche nei

casi in cui la categoria trasferita non è stata concretamente utilizzata per partecipare alla gara controversa.

4. Nel caso di specie non essendo ciò avvenuto, deve essere accolto il ricorso introduttivo, con il conseguente annullamento dell'atto di ammissione alla gara, e del susseguente provvedimento di aggiudicazione della stessa, dell'A.T.I. composta dalle imprese Castelco e CEMI.

5. Le spese seguono la soccombenza e si liquidano in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Sicilia, Sezione terza, definitivamente pronunciando, respinge il ricorso incidentale; accoglie il ricorso principale e, per l'effetto, annulla gli atti impugnati con il ricorso in epigrafe.

Condanna, in solido, l'Amministrazione resistente e la controinteressata al pagamento in favore della ricorrente delle spese di giudizio, che si liquidano in € 2.000,00 (duemila/00), oltre I.V.A. e C.P.A., come per legge. Dispone altresì, in favore della ricorrente e sempre in solido, la rifusione del contributo unificato

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

Così deciso in Palermo nella camera di consiglio del 14 gennaio 2009 con l'intervento dei Magistrati:

Calogero Adamo, Presidente

Nicola Maisano, Primo Referendario

Antonio De Vita, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 19/02/2009

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

IL SEGRETARIO