

N. 00717/2009 REG.SEN.  
N. 00353/2009 REG.RIC.



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 il Molise**

**(Sezione Prima)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

Sul ricorso numero di registro generale 353 del 2009, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Centro Allarme Molise di Antonino di Iorio in Pers. del Leg. Rappres. P.T., rappresentato e difeso dall'avv. Giuliano Di Pardo, con domicilio eletto presso Giuliano Di Pardo Avv. in Campobasso, via Garibaldi, 33;

***contro***

Comune di Larino in Pers. del Leg. Rappres. P.T., rappresentato e difeso dall'avv. Stefano Scarano, con domicilio eletto presso Vincenzo Colalillo Avv. in Campobasso, corso Umberto I<sup>^</sup>, N. 43;

***nei confronti di***

Punto Impianti S.r.l. in Pers. del Leg. Rappres. P.T., rappresentato e difeso dagli avv. Fabio Albino, Isabella Gallucci, con domicilio eletto

presso Fabio Albino Av. in Campobaso, via Mons. Bologna, 46;

***per l'annullamento***

*previa sospensione dell'efficacia,*

della lettera di invito - capitolato del 09.07.09 (prot. 8684) con cui il Comune di Larino ha indetto una procedura ristretta semplificata ai sensi dell'art. 123 del D.Lgs. 163/06 - Intervento di messa in sicurezza della Scuola Materna Elementare "S. Leonardo" , nella parte in cui al paragrafo 10 del punto 3.2. prevede un certificato di regolarità contributiva (DURC) di cui all'art. 2 del decreto legge 25.9.02, n. 210 convertito dalla legge 22.11.02, n. 266 di data non anteriore a mesi 1 rispetto alla data della lettera di invito - Capitolato e nella parte in cui al paragrafo 8.1 del punto 8 prevede che "l'aggiudicataria, prima della stipulazione del contratto dovrà far pervenire inoltre all'Amministrazione appaltante il DURC aggiornato, completo di tutti i dati previsti nel modulo riservato all'impresa, nonchè datato e sottoscritto dal legale rappresentante"; dei verbali di gara; della nota del Comune di Larino del 07.09.09 (prot. 10813); dell'eventuale aggiudicazione provvisoria e definitiva; dell'eventuale contratto sottoscritto, nonchè di ogni atto presupposto, connesso e consequenziale; per quanto riguarda i motivi aggiunti depositati il 6.10.09: della lettera di invito (bando di gara) - Capitolato (disciplinare di gara) del 9.7.2009 (prot. 8684) con cui il Comune di Larino ha indetto una procedura ristretta semplificata, ai sensi dell'art. 123 del D.lgs. 163/06 - Intervento di

messa in sicurezza della Scuola Materna Elementare "S. Leonardo", anche nella parte in cui ammette una garanzia fideiussoria in maniera difforme dall'art. 113, D.lgs. 163/06; della deliberazione della Giunta Comunale di Larino n. 48 del 25.3.09; delle determinazioni del Responsabile del Servizio LL.PP. - programmazione n. 703/09 e n. 705/09; del provvedimento di nomina della Commissione di Gara prot. n. 10050 del 10.08.09; dei verbali di gara n.1, n.2, n.3 e n.4; della determinazione del Responsabile del Servizio LL.PP. - Programmazione n. 941/09 (aggiudicazione definitiva); dell'eventuale contratto sottoscritto, nonché di ogni altro atto presupposto, connesso e consequenziale.

Visto il ricorso ed i motivi aggiunti, con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Larino in Pers. del Leg. Rappres. P.T.;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Punto Impianti S.r.l. in Pers. del Leg. Rappres. P.T.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 04/11/2009 il dott. Massimiliano Balloriani e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

**FATTO e DIRITTO**

Il Comune di Larino ha escluso la ricorrente dalla gara, indetta il 9.7.2009, per l'aggiudicazione dei lavori di messa in sicurezza della scuola materna-elementare San Leonardo di quel centro, sulla base della seguente motivazione:

la ditta ha effettuato un'unica dichiarazione e non invece due dichiarazioni (una del direttore tecnico ed una del rappresentante legale) come richiesto dal punto 3 dell'avviso di gara, cioè la dichiarazione sostitutiva con la quale il direttore tecnico attesti di ricoprire tale carica unicamente nell'impresa partecipante e il rappresentante legale attesti di non ricoprire alcuna carica sociale e/o amministrativa in altra impresa partecipante alla gara; dichiarazione che invece la ditta avrebbe dovuto rendere separatamente e conformemente a quanto richiesto nella lettera d'invito, in relazione alle diverse cariche ricoperte;

manca la dichiarazione di cui al punto 3.2.9 delle modalità di partecipazione: dichiarazione di un istituto bancario, o di una compagnia di assicurazione, oppure di un intermediario finanziario iscritto nell'elenco speciale di cui all'articolo 107 del d.lgs. n. 385 del 1993, contenente l'impegno a rilasciare, in caso di aggiudicazione dell'appalto al concorrente, una fideiussione bancaria ovvero una polizza assicurativa fideiussoria, come cauzione definitiva per l'esecuzione del contratto, in favore della stazione appaltante, ai sensi dell'articolo 113 comma 1 del codice dei contratti pubblici, valida fino a collaudo delle opere ovvero certificato di regolare esecuzione;

il certificato di regolarità contributiva (Durc) di cui all'articolo 2 del d.l. n. 210 del 2002 è datato 28.5.2009, per cui non è valido, essendo di data anteriore a mesi 1 (uno), rispetto alla data della lettera d'invito-capitolato.

La ricorrente censurando, sotto diversi profili, la propria esclusione dalla gara, ha chiesto l'annullamento dei provvedimenti impugnati e la condanna del Comune resistente al risarcimento del danno.

Si è costituito il Comune di Larino, concludendo per il rigetto del ricorso.

Con i motivi aggiunti del 6.10.2009, la ricorrente ha esteso l'impugnazione all'aggiudicazione definitiva della gara alla controinteressata.

Si è costituita la contro interessata, aggiudicataria della gara, Punto impianti s.r.l., la quale ha concluso per il rigetto del ricorso.

Alla camera di consiglio del 23.9.2009, è stata accolta l'istanza cautelare.

La domanda di annullamento dell'esclusione dalla gara è fondata.

Quanto alla prima ragione posta a fondamento del provvedimento di esclusione, le censure appaiono fondate, atteso che il dichiarante, nel caso di specie, rivestiva (non è contestato) entrambe le cariche di rappresentante legale e di direttore tecnico.

E' evidente che la dichiarazione resa è duplice, come richiesto dal bando, dal momento che lo stesso soggetto la rende nella duplice qualità; anche se essa, per la peculiarità del caso di specie, è

contestuale e contenuta in un solo documento.

Per renderla duplice è sufficiente la precisazione che quanto richiesto viene dichiarato sia come rappresentante legale che come direttore tecnico.

Tanto più che, nel caso di specie, si è anche evitato che la contestualità potesse creare incertezza e confusione in ordine alla qualità spesa nelle singole dichiarazioni.

Difatti, per quanto interessa ai fini della presente controversia, le dichiarazioni richieste dal punto 3 dell'avviso di gara sono rese, in modo distinto e separato, vuoi come direttore tecnico vuoi come rappresentante legale della società partecipante alla gara (vds. i punti g) e h) della dichiarazione del 3.8.2009).

Passando alla seconda questione, il punto 3.2.9 delle modalità di partecipazione onera i partecipanti di presentare una dichiarazione di un istituto bancario, o di una compagnia di assicurazione, oppure di un intermediario finanziario iscritto nell'elenco speciale di cui all'articolo 107 del d.lgs. n. 385 del 1993, contenente l'impegno a rilasciare, in caso di aggiudicazione dell'appalto al concorrente, una fideiussione bancaria ovvero una polizza assicurativa fideiussoria, come cauzione definitiva per l'esecuzione del contratto, in favore della stazione appaltante, ai sensi dell'articolo 113 "comma 1" del codice dei contratti pubblici, "valida fino a collaudo delle opere ovvero certificato di regolare esecuzione".

Dalle clausole contenute nella copia del contratto di assicurazione

fideiussoria depositato dalla ricorrente, emerge che manca solo la precisazione espressa che l'impegno del fideiussore dura fino a collaudo delle opere ovvero al certificato di regolare esecuzione.

E' tuttavia contenuto il rinvio espresso a quanto previsto ai sensi dell'articolo 113 (nella sua integrità, cioè non solo limitatamente al comma 1) del codice dei contratti pubblici.

Orbene, come noto, il comma 5 dell'articolo 113 del d.lgs. n. 163 del 2006 prevede che "la garanzia copre gli oneri per il mancato od inesatto adempimento e cessa di avere effetto solo alla data di emissione del certificato di collaudo provvisorio o del certificato di regolare esecuzione".

Tramite il rinvio a tutto l'articolo 113 del codice dei contratti pubblici, pertanto, l'impegno del fideiussore si estende, per relationem, fino al rilascio del certificato di regolare esecuzione.

E' ciò è sufficiente a rendere tale impegno conforme alla disciplina di gara, atteso che, contrariamente a quanto dedotto e postulato dall'amministrazione resistente, la distinzione tra collaudo provvisorio e collaudo definitivo non assumere alcun rilievo nella gara in questione.

Difatti, come evidenziato dalla ricorrente (senza specifica contestazione sul punto), ai sensi dell'articolo 141 del d.lgs. n.163 del 2006, in casi, come quello in esame, di lavori di importo inferiore a 500.000 euro, il certificato di collaudo è sostituito da quello di regolare esecuzione.

Venendo all'esame delle censure indirizzate avverso l'ultimo presupposto motivazionale dell'impugnata esclusione, si rileva, dagli atti di causa, che la ricorrente ha depositato un certificato di regolarità contributiva rilasciato il 28.5.2009; mentre, in virtù di quanto previsto dall'avviso pubblico, censurato sul punto nel presente ricorso, esso non doveva essere di data anteriore a mesi 1 (uno), rispetto alla data della lettera d'invito-capitolato (cioè rispetto al 9.7.2009); inoltre la scadenza per la presentazione delle offerte è stata fissata al 7.8.2009.

Anche nella remota ipotesi che la lettera di invito fosse giunta a destinazione lo stesso giorno della sua adozione, e pur riuscendo a presentare istanza per il rilascio del Durc nel medesimo giorno, quindi pur usando la massima diligenza possibile, il termine si presentava comunque impossibile da rispettare (rendendo quindi invalido l'onere) o comunque avrebbe introdotto un elemento di aleatorietà, in assoluto contrasto con la funzione tipica della previsione dell'obbligo di presentazione del Durc, che è quella di accertare la regolarità contributiva e non di falciare parte degli aspiranti alla selezione (con analoghe conseguenze in termini di invalidità).

Come noto, infatti, la funzione del documento unico di regolarità contributiva, di cui all'articolo 2 del d.l. n.210 del 2002, è quella di attestare la regolarità negli adempimenti agli obblighi di contribuzione previdenziale, assistenziale ed assicurativa rispetto

all'INPS, all'INAIL e alla Cassa Edile, cioè di contrastare l'evasione contributiva previdenziale (Consiglio di Stato sentenza n. 4035 del 2008).

A ciò si aggiunga, poi, come rilevato dalla ricorrente, che, ai sensi dell'articolo 16 bis, comma 10 del d.l. n.165 del 2008, “in attuazione dei principi stabiliti dall'articolo 18, comma 2, della legge 7 agosto 1990, n. 241, e successive modificazioni, e dall'articolo 43, comma 5, del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445, le stazioni appaltanti pubbliche acquisiscono d'ufficio, anche attraverso strumenti informatici, il documento unico di regolarità contributiva (DURC) dagli istituti o dagli enti abilitati al rilascio in tutti i casi in cui è richiesto dalla legge”.

L'articolo 16 bis cit. è stato inserito nel testo, dalla legge di conversione 28 gennaio 2009, n. 2, pubblicata nella Gazz. Uff. 28 gennaio 2009, n. 22, ed è quindi applicabile *ratione temporis*.

L'avviso di gara, pertanto, si è posto in esplicito contrasto con tale norma, allorchè ha trasferito siffatto onere in capo ai partecipanti alla selezione.

Il tenore testuale della disposizione, ed i principi di cui essa è espressa attuazione, difatti, depongono per la perentorietà della disposizione, che pertanto non può essere interpretata come se introducesse una mera facoltà per l'amministrazione (interpretazione

che, tra l'altro, renderebbe la disposizione quasi totalmente prima di utilità).

E' infondata la domanda di risarcimento danni.

Essa, per alcuni versi prospettata in modo generico, si articola in vari capi.

Quanto alla richiesta di condanna al risarcimento in forma specifica, mediante "assegnazione" dell'appalto alla ricorrente, si tratta, evidentemente, di domanda inammissibile.

Il risarcimento del danno in forma specifica non deve essere confuso con l'adempimento (o esecuzione) in forma specifica, che mira a far conseguire al titolare l'utilità direttamente tutelata dalla propria posizione di vantaggio (pretesa).

Il risarcimento in forma specifica, invece, mira all'esatto ripristino (cioè non solo per equivalente monetario) della situazione patrimoniale del danneggiato (ad es. mediante la restituzione delle cose sottratta o la ricostruzione, o sostituzione, delle cose danneggiate).

E' evidente che i presupposti e le conseguenze sono pertanto del tutto diversi tra i due istituti.

Il risarcimento del danno postula, pur sempre, la presenza di tutti i presupposti di cui all'articolo 2043 del codice civile: dolo o colpa ed ingiustizia, oltre alla prova del danno (cioè la perdita di diritti o semplici aspettative che erano già nel patrimonio del danneggiato).

La condanna all'adempimento in forma specifica (tra cui rientra

anche l'ipotesi di cui all'articolo 2932 codice civile, che più si avvicina a quanto richiesto dalla ricorrente), invece, richiede la prova del diritto di pretesa e dell'inadempimento imputabile al debitore, che però non deve aver reso impossibile la prestazione.

Attraverso la sola prova degli elementi del danno ingiusto (peraltro non fornita nel ricorso in modo adeguato) e la richiesta del risarcimento in forma specifica, la ricorrente non può pertanto ottenere la condanna dell'amministrazione alla stipula del contratto di appalto.

E' evidente, tuttavia, che l'annullamento della esclusione obbliga l'amministrazione a riprendere e concludere il procedimento amministrativo, dal momento antecedente all'esclusione illegittima della ricorrente.

Cosicchè l'effetto conformativo del giudicato, di per sé, pone la ricorrente nella situazione patrimoniale antecedente l'illecito provvedimento.

La domanda condizionata - tesa ad ottenere la condanna del Comune al risarcimento per equivalente del mancato profitto derivante dal contratto di appalto - è infondata, atteso che non risulta dimostrata la condizione (cui è stata subordinata) dell'aggiudicazione irrevocabile dell'appalto alla contro interessata.

Le spese sono interamente compensate con la controparte, mentre solo in parte sono compensate con il Comune resistente, a cui carico esclusivo sono poste per la restante parte, liquidata in

dispositivo.

P.Q.M.

Accoglie il ricorso, nei limiti di cui in motivazione.

Condanna il Comune di Larino al pagamento, in favore della ricorrente, della somma complessiva di euro 4000, a titolo di spese processuali.

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

Così deciso in Campobasso nella camera di consiglio del giorno 04/11/2009 con l'intervento dei Magistrati:

Giorgio Giaccardi, Presidente

Orazio Ciliberti, Consigliere

Massimiliano Balloriani, Primo Referendario, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 03/12/2009

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

IL SEGRETARIO