

La mancata comprova della regolarità contributiva comporta l'annullamento dell'aggiudicazione e l'escussione della relativa cauzione provvisoria

il certificato di regolarità contributiva è previsto dall'art. 3, comma 8 lett b-bis del d. lgs. 14 agosto 1996 n. 494, norma aggiunta dall'art. 86, comma 10, del d. lgs. 10 settembre 2003 n. 276 e dall'art. 2 del d. l. 25 settembre 2002 n. 210, modificato dalla legge di conversione 22 novembre 2002 n. 266.

Come prescrive l'art. 2, comma 1, del menzionato d. l. 210/2002, le imprese che risultano affidatarie di un appalto pubblico sono tenute a presentare alla stazione appaltante la certificazione relativa alla regolarità contributiva a pena di revoca dell'affidamento; il comma 2 dispone, inoltre, che entro dodici mesi dalla data di entrata in vigore del decreto, l'Inps e l'Inail stipulano convenzioni per il rilascio di un documento unico di regolarità contributiva.

Tale documento adempie a due funzioni essenziali: di tutela in favore dei lavoratori e di verifica dell'esatto adempimento degli oneri contributivi.

L'art. 86, comma 10, del d. lgs. 276/2003 ha poi aggiunto la lettera b-bis all'art. 3, comma 8, del d. lgs. n. 494/1996 prevedendo, con specifico riferimento alla materia dei lavori (pubblici e privati), un documento unico di regolarità contributiva comprensivo anche dei versamenti dovuti alle casse edili. La normativa appena esposta, demanda quindi la verifica della regolarità contributiva agli enti previdenziali; da ciò consegue che la stazione appaltante non può che prendere atto della certificazione senza poterne sindacare le risultanze.

Il procedimento per il rilascio della certificazione di regolarità contributiva va posto su un piano separato rispetto al procedimento di gara, seguendo infatti le regole proprie della materia previdenziale, la cui corretta applicazione compete peraltro al giudice ordinario

La regolarità contributiva – requisito previsto dall'art. 38, comma 1, lett. i d. lgs. 163/2006 – è un effetto del pieno rispetto degli obblighi previdenziali. Essa infatti non si riferisce soltanto ai casi nei quali, a seguito di accertamenti o rettifiche da parte degli enti previdenziali, siano sorti contenziosi ovvero alle ipotesi di verifiche delle condizioni per sanatorie o rateizzazioni.

La normativa ha l'obiettivo di escludere dalla contrattazione con le amministrazioni le imprese che non abbiano rispettato gli obblighi previdenziali

In particolare, l'art 38, comma 1, d. lgs. 163/2006 impedisce la partecipazione alle procedure di gara e la stipula dei relativi contratti ai soggetti che “che hanno commesso violazioni gravi, definitivamente accertate, alle norme in materia di contributi previdenziali e assistenziali, secondo la legislazione italiana o dello stato in cui sono stabiliti”.

Il comma 3 stabilisce che “resta fermo, per l'affidatario, l'obbligo di presentare la certificazione di regolarità contributiva di cui all'art. 2 del decreto legge 210/2002, convertito dalla legge n. 266/2002 e di cui all'art. 3, comma 8, del d. lgs. n. 494/1996 e successive modificazioni ed integrazioni.”.

1. Violazione dell'art. 38 del d. lgs. n. 163/2006; violazione del principio di massima partecipazione in materia di gare pubbliche; violazione dei principi di proporzionalità e congruità dell'azione amministrativa; eccesso di potere per sviamento; falsità della causa; difetto di motivazione; perplessità; irragionevolezza, contraddittorietà intrinseca; illogicità manifesta; travisamento; manifesta ingiustizia. Nel caso di specie non possono dirsi avverati i presupposti per l'applicazione della disciplina, dal momento che la violazione contestata all'impresa controinteressata non può assumersi né grave né definitivamente accertata.

Con il primo motivo di censura del ricorso introduttivo l'impresa ricorrente si duole del fatto che la stazione appaltante ha escluso, a suo avviso illegittimamente, alcune imprese dalla gara in relazione ad

irregolarità contributiva registrate a loro carico; ciò ha comportato la rideterminazione della soglia di anomalia ai suoi danni, con conseguente nuova aggiudicazione in favore della controinteressata. Qual è il parere dell'adito giudice amministrativo?

Il motivo è infondato.

Va infatti considerato che l'esclusione di una delle due controinteressate è dettata dalla mancanza del requisito di regolarità contributiva richiesto a pena di esclusione dalla disciplina di gara. Più in particolare l'impresa non è risultata in regola con i versamenti al CENAI (Cassa Edile Nazionale Artigianato Industria).

L'esclusione dell'ATI è invece dovuta ad irregolarità nei versamenti Inail attestati dal Documento unico di regolarità contributiva (DURC) risultato negativo.

Orbene, ad avviso della ricorrente, la stazione appaltante pur riscontrando le menzionate irregolarità sia fiscali sia contributive avrebbe dovuto attivarsi per una verifica sulla ricorrente dei due presupposti applicativi della disposizione (art. 38 d. lgs. 163/2006).

La doglianza di parte ricorrente è poi ribadita e puntualizzata anche nella prima censura dei motivi aggiunti nella quale si deducono ulteriori argomenti che se fondati condurrebbero a non escludere dalla gara le due imprese controinteressate.

In particolare, la ricorrente richiama la giurisprudenza comunitaria (in particolare decisione della Corte di giustizia UE sez. I, 9 febbraio 2006 in C-226/04 e C-228/04) ed il Decreto del ministero del lavoro e della previdenza sociale del 24.10.2007 in base ai quali sussistono cause non ostative al rilascio del DURC in presenza di lievi irregolarità.

In particolare, ai fini dell'escussione, non rilevano le inadempienze in quanto tali ma il loro carattere definitivo e grave, carattere che non è vagliato dagli enti preposti ma è demandato all'autonoma discrezionalità tecnica della stazione appaltante, secondo i dettami del citato decreto ministeriale.

Sul punto, il Collegio, richiamando le conclusioni alle quali è pervenuta la decisione del Consiglio di Stato, sez. V, n. 4273/2007, evidenzia che il concetto di regolarità contributiva non coincide con il requisito previsto dall'art. 75, comma 1 lett. e) del D.P.R. n. 554/1999. Questa norma fa invero riferimento solo a gravi infrazioni debitamente accertate risultanti dai dati in possesso dell'Osservatorio dei lavori pubblici.

La regolarità contributiva si riconduce infatti ad un concetto più esteso che implica l'assenza di inadempienze di qualsiasi carattere od entità agli obblighi previdenziali.

Essa, pertanto, non si riferisce solo a quelle evenienze in cui, soprattutto a seguito di accertamenti o rettifiche da parte degli enti previdenziali, possano sorgere contenziosi di non agevole e pronta definizione ovvero alle altrettanto non frequenti ipotesi in cui si tratta di verificare le condizioni per un condono o per una rateizzazione.

Il legislatore vuole invero escludere dalla contrattazione con le amministrazioni quelle imprese che non siano in posizione di regolarità nei confronti degli obblighi previdenziali. Ciò riguarda anche, e forse soprattutto, i casi d'inadempimento verso obblighi per i quali non vi sono in astratto ragionevoli e fondati motivi per non effettuare ovvero per ritardare il pagamento. Quest'ultime ipotesi non sono a ben guardare meno gravi e ciò indipendentemente dall'importo del contributo dovuto, perché rivelano un atteggiamento di trascuratezza verso gli obblighi previdenziali, ritenuti probabilmente meno importanti rispetto ad altri.

Né in senso contrario può essere richiamata la sentenza della Corte di giustizia CE, sez. I, 9.2.2006, n. 226. Questa pronuncia considera conforme all'art. 29, comma 1, lett. e) e f), della direttiva del Consiglio 18 giugno 1992 n. 92/50/Cee (di coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti di pubblici servizi), l'eventuale normativa o la prassi amministrativa nazionali che consentano al partecipante ad una gara per l'affidamento di un appalto di servizi, il quale, alla data di scadenza per la presentazione della domanda, non abbia adempiuto al pagamento dei contributi previdenziali e tributari, di regolarizzare la sua situazione a posteriori. Ciò anche se in virtù di condoni fiscali o di sanatorie adottate dallo Stato ovvero grazie ad un concordato che permetta la rateizzazione o la riduzione dei debiti o mediante la presentazione di un ricorso amministrativo o giurisdizionale) a condizione che provi, entro il termine stabilito dalla normativa o dalla prassi amministrativa nazionali,

di aver beneficiato di tali misure o di un tale concordato, o che abbia presentato un tale ricorso entro questo termine.

La sentenza dei giudici comunitari prevede infatti solo la possibilità, e non l'obbligo, per il legislatore nazionale di consentire una regolarizzazione successiva, condizionando questa eventualità a precisi adempimenti da parte dell'interessato.

Si legga anche

L'articolo 38 , comma 3; del decreto legislativo 163/2006 smi prevede a carico dell'affidatario l'obbligo di acquisire una certificazione rilasciata dagli enti previdenziali, i quali debbono stipulare un'apposita convenzione per il rilascio di un documento unico di regolarità contributiva (c.d.. DURC).

Il legislatore è convinto dell' estrema gravità del mancato rispetto obblighi contributivi , sia per quanto concerne i diritti dei lavoratori , sia per quel che riguarda la finanza pubblica (costretta ad impegnare ingenti risorse per porre rimedio ai notevoli deficit degli enti previdenziali), sia con riferimento alla corretta concorrenza tra le imprese del settore (potendo essere avvantaggiate le imprese che non rispettano in tutto o in parte ,anche sotto il profilo del non tempestivo adempimento, gli obblighi previdenziali) : l'art. 86, comma 10 del D.Lgs. 10 settembre 2003 n. 276, con l'aggiungere la lett. b-bis all'art. 3, comma 8 del D.Lgs 14 agosto 1996 n.494 ha previsto, con specifico riferimento alla materia dei lavori (pubblici e privati), un documento unico di regolarità contributiva comprensivo anche dei contributi dovuti alle casse edili: la verifica della regolarità contributiva non è più di competenza delle stazioni appaltanti (le quali peraltro dovevano a tal fine far riferimento ai soli dati in possesso dell'Osservatorio dei lavori pubblici) , ma è demandata agli enti previdenziali

Il Consiglio di Stato con la decisione numero 4273 dell' 1 agosto 2007 in tema di dimostrazione della regolarità contributiva, merita di essere segnalato per alcuni importanti insegnamenti in tema di dimostrazione della regolarità contributiva in essa contenuti:

prima di tutto si deve partire dalla seguente domanda

< La questione principale posta con l'appello in esame consiste nello stabilire quale sia il ruolo, nell'ambito dei procedimenti preordinati alla stipula dei contratti di appalto di lavori pubblici, del certificato di regolarità contributiva previsto dall'art.2 del D.L. 25 settembre n. 210 , così come modificato dalla legge di conversione 22 novembre 2002 n. 266 e dall'art. 3 , comma 8 lett. b-bis) del D.Lgs. 14 agosto 1996 n. 494, lettera aggiunta dall'art. 86, comma 10 del D.Lgs. 10 settembre 2003 n.276.>

prima di tutto, va Va al riguardo rilevato che l'esigenza che tutte le imprese che partecipano agli appalti pubblici siano in regola con gli obblighi contributivi era già avvertita nella legislazione di settore anteriore all'entrata in vigore della norme di legge sopramenzionate.

Dobbiamo infatti ricordare che:

<Infatti l'art. 75 del D.P.R. 21 dicembre 1999 n. 554 recante "Regolamento di attuazione della legge 11 febbraio 1994 n. 109 legge quadro in materia di lavori pubblici, e successive modificazioni" prevedeva al comma 1 lett.e) che dovessero essere esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento di lavori pubblici e non potessero stipulare i relativi contratti i soggetti che , tra l'altro, " hanno commesso gravi infrazioni debitamente accertate alle norme in materia di sicurezza e a ogni altro obbligo derivante dai rapporti di lavoro, risultanti dai dati in possesso dell'Osservatorio dei lavori pubblici."

Il D.P.R. 25 gennaio 2000 n. 34 recante "Regolamento recante istituzione del sistema di qualificazione per gli esecutori di lavori pubblici, ai sensi dell'articolo 8 della L. 11 febbraio 1994, n. 109, e successive modificazioni. " prevedeva a sua volta all'art 17 , comma 1 lett. d) che tra i requisiti occorrenti per la qualificazione degli esecutori dei lavori pubblici vi fosse " inesistenza di violazioni gravi, definitivamente accertate, alle norme in materia di contribuzione sociale secondo la legislazione italiana o del paese di residenza ".

Riguardo a quest'ultima disposizione va comunque osservato che la stessa (salvo quanto si dirà più avanti in ordine al codice dei contratti pubblici di cui al D.Lgs. 12 aprile 2006 n.163) non assume una rilevanza decisiva ai fini che qui interessano, giacchè concerne i requisiti necessari per il rilascio dell'attestazione da parte degli organismi accreditati (SOA), la quale tuttavia comprova solo il possesso dei requisiti di ordine tecnico e finanziario (art.1 comma 3 del D.P.R. n.34/2000), ma non quelli di ordine morale , il cui accertamento era affidato dunque alla stazione appaltante , secondo le regole generali.>

Ma non solo

< A quest'ultimo proposito va rilevato che l'art. 86, comma 10 del D.Lgs. 10 settembre 2003 n. 276, con l'aggiungere la lett. b-bis all'art. 3, comma 8 del D.Lgs 14 agosto 1996 n.494 ha poi previsto, con specifico riferimento alla materia dei lavori (pubblici e privati), un documento unico di regolarità contributiva comprensivo anche dei contributi dovuti alle casse edili.

Dal che deriva che la verifica della regolarità contributiva non è più di competenza delle stazioni appaltanti (le quali peraltro dovevano a tal fine far riferimento ai soli dati in possesso dell'Osservatorio dei lavori pubblici), ma è demandata agli enti previdenziali.

La stazione appaltante in una siffatta situazione non deve dunque far altro che prendere atto della certificazione senza poter in alcun modo sindacarne le risultanze (come avviene del resto con riferimento a qualsiasi certificazione acquisita per comprovare requisiti, il cui accertamento è affidato a altre amministrazioni).

Si sono già sopra evidenziate le esigenze pubblicistiche che hanno ispirato tale scelta del legislatore, alla quale si deve aggiungere quella di far effettuare le (invero talvolta assai complesse) verifiche in materia alle amministrazioni che hanno specifica competenza al riguardo.

Conseguenza di quanto testè evidenziato è inoltre che il procedimento di rilascio della certificazione di regolarità contributiva ha una sua autonomia rispetto al procedimento di gara (si è già del resto sottolineato che la stessa certificazione è richiesta anche per i lavori privati, ove non si fa certo riferimento a procedimenti di gara) ed è sottoposto alle regole proprie della materia previdenziale, della cui corretta applicazione è peraltro competente a conoscere il giudice ordinario.>

Ma qual è lo scopo che sta dietro a tutta questa normativa?

< Il legislatore vuole invero escludere dalla contrattazione con le amministrazioni quelle imprese che non siano corrette (regolari) per quanto concerne gli obblighi previdenziali , anche, e forse soprattutto. con riferimento alle ipotesi in cui non si adempia ad obblighi rispetto ai quali non vi siano ragionevoli motivi per non effettuare o comunque per ritardare il pagamento. Si può anzi affermare che quest'ultime ipotesi siano anch'esse gravi (indipendentemente dall'importo del contributo dovuto),

proprio perché rivelano un atteggiamento di trascuratezza verso gli obblighi previdenziali, ritenuti probabilmente meno importanti rispetto ad altri obblighi.

A questi principi si è d'altronde ispirata la circolare predisposta in materia dalle amministrazioni interessate (depositata anche nel presente giudizio), ove è stato definito il concetto di regolarità contributiva (definita come la correttezza nei pagamenti e negli adempimenti previdenziali , assistenziali e assicurativi nonché di tutti gli altri obblighi previsti dalla normativa vigente riferita all'intera situazione aziendale) e sono state dettate le condizioni per il suo rilascio, anche in presenza di eventuali richieste di rateizzazione o di contestazioni amministrative o giudiziali .

Va poi rilevato che non può ammettersi la possibilità di una regolarizzazione successiva , perché è evidente che ciò non elimina la “non regolarità“ riscontrata e le conseguenze negative previste dalla legge>

Da ultimo appare interessante riportare la seguente osservazione relativa al codice dei contratti pubblici contenuta nel decreto legislativo 163/2006 s.m.i

< E' stato infatti previsto all'art. 38 , comma 1, lett.i) che sono escluse dalla partecipazione alle procedure di gara e dalla stipula dei relativi contratti i soggetti che “che hanno commesso violazioni gravi, definitivamente accertate, alle norme in materia di contributi previdenziali e assistenziali, secondo la legislazione italiana o dello Stato in cui sono stabiliti;”

Si è così ripresa una formulazione, che , come si è sopra visto, riguardava solo un requisito per ottenere il rilascio delle attestazioni SOA e non per la partecipazione alle singole gare, ponendo pertanto il problema se le conseguenze negative a carico del partecipante si abbiano solo in caso di violazioni gravi e definitivamente accertate, con conseguente necessità di definire quando una violazione possa in tal modo qualificarsi.

Nella fattispecie non si pone tuttavia alcun problema in proposito, essendo stato il bando di gara indetto prima del 1° luglio 2006 , data di entrata in vigore del codice (l'art.253 de codice prevede che “Fermo quanto stabilito ai commi 1-bis e 1-ter, le disposizioni di cui al presente codice si applicano alle procedure e ai contratti i cui bandi o avvisi con cui si indice una gara siano pubblicati successivamente alla data della sua entrata in vigore, nonchè, in caso di contratti senza pubblicazione di bandi o avvisi, alle procedure e ai contratti in cui, alla data di entrata in vigore del presente codice, non siano ancora stati inviati gli inviti a presentare le offerte “).

In ogni caso deve rilevarsi che l'art 38 ha previsto al comma 3 che “ resta fermo, per l'affidatario, l'obbligo di presentare la certificazione di regolarità contributiva di cui all'articolo 2 del decreto-legge, 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 ed integrazioni. “

Pertanto resta ferma la competenza degli enti previdenziali a certificare la regolarità contributiva, con conseguente esonero della stazione appaltante dall'effettuare verifiche in proposito.

Si pone in effetti solo il problema di raccordare l'esplicita previsione del codice dei contratti pubblici in tema di esclusione dalle gare e dalla contrattazione con le norme concernente il rilascio del documento unico di regolarità contributiva, ricordo che probabilmente può essere trovato nell'interpretazione della previsione del codice in conformità dei sopraevvidenziati principi che debbono essere rispettati nel rilascio del menzionato documento.

A cura di Sonia Lazzini

Riportiamo qui di seguito la sentenza numero 6934 del 26 novembre 2009 emessa dal Tar Campania, Salerno

N. 06934/2009 REG.SEN.

N. 01961/2007 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 della Campania

sezione staccata di Salerno (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso Reg. Gen. n. 1961 del 2007 e sui relativi motivi aggiunti proposti da:

- RICORRENTE N. s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, sig. Vincenzo RICORRENTE, con sede legale in Casoria, rappresentata e difesa, come da mandato a margine del ricorso, dall'avv. Antonio Parisi, con il quale elettivamente domicilia in Salerno, presso la Segreteria del TAR di Salerno,

contro

- Comune di Salerno, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso, in esecuzione della delibera di giunta municipale n. 1533 del 7.12.2007, anche disgiuntamente, dagli avv. Antonio Piscitelli, Luigi Rinaldi e Luigi Mea, con domicilio eletto presso la Casa Comunale, Settore Avvocatura, Via Roma n. 1, Salerno,

nei confronti di

- A.T.I. CONTROINTERESSATA s.r.l. – CONTROINTERESSATA BIS. Costruzioni s.r.l. (di seguito CONTROINTERESSATA), la prima in proprio e quale capogruppo mandataria dell'ATI costituita con la Milesi, in persona del legale rappresentante pro tempore, sig. Salvatore Misto, con sede in Villa di Briano (CE), rappresentata e difesa dall'avv. Luigi M. D'Angiolella, con il quale domicilia per legge presso la Segreteria del Tar di Salerno,

per l'annullamento

A) quanto al ricorso introduttivo:

1. del verbale di gara n. 6 del 13.11.2007, relativo alla procedura ristretta per l'appalto dei lavori di riqualificazione e sistemazione di Via Acquasanta – Area Industriale, recante l'aggiudicazione definitiva in favore dell'ATI CONTROINTERESSATA ;

2. del verbale di gara del 4.9.2007, nella parte in cui in seguito alle verifiche sulle dichiarazioni rese ex art. 38 del D. lgs. 163/2006, esclude le concorrenti CONTROINTERESSATA DUE e ATI CONTROINTERESSATA TRE Luigi – CONTROINTERESSATA TRE Castrese per mancato possesso del requisito della regolarità contributiva.

3. del verbale di gara del 3.10.2007, nella parte in cui esclude la concorrente CONTROINTERESSATA QUATTRO spa;

4. in via subordinata, della lettera di invito, prot. n. P77496 del 9.5.2007, nella parte in cui prevede che la verifica dei requisiti posseduti dai concorrenti sorteggiati dovesse avvenire successivamente all'apertura delle buste contenente l'offerta economica, in violazione dell'art. 48 del d. lgs. n. 163/2006;

5. di ogni altro atto agli stessi preordinato, presupposto, connesso e conseguente, parimenti lesivo, ivi compresi, per quanto possa occorrere, i verbali di gara tutti relativi alla procedura de qua;

nonché:

1. per la reintegrazione in forma specifica ex art. 7 della L. n. 205/2000 mediante riformulazione della soglia di anomalia e conseguente aggiudicazione in suo favore dell'appalto o, in via subordinata, mediante il risarcimento dei danni per equivalente pecuniario in misura non inferiore all'utile di impresa pari al 10% dell'offerta prodotta;

2. per la declaratoria di nullità, inefficacia e, comunque, per la caducazione del contratto di appalto eventualmente stipulato medio tempore.

B) quanto al ricorso per motivi aggiunti:

1. della determinazione n. 4343 del 18.10.2007 (Reg. Settore n. 502) del Dirigente del Servizio Appalti, non comunicata e conosciuta all'esito del deposito in giudizio da parte della difesa del comune resistente in data 18.12.2007, contenente l'annullamento dell'aggiudicazione provvisoria in favore della ricorrente (determinazione n. 2490/2007) e l'aggiudicazione, in via definitiva, alla controinteressata CONTROINTERESSATA ;

2. della determinazione dirigenziale n. 4740 del 16.11.2007, non comunicata, menzionata nel contratto di appalto rep. 2384 del 22.11.2007, con la quale è stata disposta l'efficacia dell'aggiudicazione definitiva di cui sopra;

3. se e per quanto occorra, del certificato prot. n. 0CE72021RN/U07 della Cassa Edile nazionale Artigianato Industria, rilasciato al Comune il 29.8.2007, conosciuto solo a seguito del deposito in giudizio di Eurocostruzioni;

4. di ogni altro atto agli stessi preordinato, presupposto, connesso e conseguente.

Visti il ricorso introduttivo ed i motivi aggiunti con i relativi allegati.

Visti l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Salerno e le memorie

Visti l'atto di costituzione in giudizio della controinteressata e le memorie.

Vista la memoria di replica del ricorrente.

Vista l'ordinanza cautelare n. 143 del 7 febbraio 2008 di questo TAR.

Vista l'ordinanza di appello cautelare n. 4597 dell'11 settembre 2007 della V sezione del Consiglio di Stato.

Relatore, all'udienza pubblica del 22 ottobre 2009, il dott. Gianmario Palliggiano e sentiti gli avvocati delle parti come da verbale.

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

FATTO

L'impresa ricorrente, RICORRENTE N. s.r.l., ha partecipato alla gara con procedura ristretta indetta dal Comune di Salerno per l'appalto dei lavori di riqualificazione e sistemazione di via Acquasanta in Area Industriale, per un importo a base d'asta di € 3.180.000,00.

Nella seduta del 1° giugno 2007, effettuato il c.d. taglio delle ali e determinata la soglia di anomalia in ragione del 33,155%, l'impresa ricorrente era dichiarata aggiudicataria in via provvisoria dell'appalto, con il ribasso offerto del 33.153%.

La determina dirigenziale n. 2490 del 13.6.2007 ne prendeva atto subordinando l'aggiudicazione definitiva alla verifica delle dichiarazioni rese dal secondo classificato e dalle imprese sorteggiate.

La stazione appaltante, acquisendo la documentazione richiesta, rilevava anomalie riguardo alle dichiarazioni di regolarità fiscale e contributiva ex art. 38 del d. lgs. n. 163/2006; per questo riconvocava i concorrenti e, nella seduta del 4.9.2007, escludeva dalla gara diverse imprese partecipanti tra le quali, in particolare, CONTROINTERESSATA DUE s.r.l e ATI CONTROINTERESSATA TRE Luigi – CONTROINTERESSATA TRE Castrese, assumendo il mancato possesso del requisito della regolarità contributiva. Confermava comunque l'aggiudicazione in favore della ricorrente.

In seguito, la stazione appaltante disponeva nuove verifiche d'ufficio a carico della seconda classificata, CONTROINTERESSATA QUATTRO spa, la quale non

risultava in regola con i versamenti alla Cassa Edile al momento della scadenza del termine per presentare la domanda di partecipazione alla gara (30.4.2007). CONTROINTERESSATA QUATTRO spa era quindi esclusa dalla gara con conseguente rideterminazione della soglia di anomalia e nuova aggiudicazione provvisoria in favore dell'ATI CONTROINTERESSATA che aveva formulato offerta con un ribasso del 33.165%.

Nelle sedute del 9.11.2007 e del 13.11.2007 (verbali n. 5 e 6), erano condotte alcune verifiche a carico delle imprese appartenenti all'ATI aggiudicataria e, nonostante la presenza di alcune irregolarità, queste non erano considerate imputabili alle stesse, sicché una volta accolte le giustificazioni rese, si procedeva all'aggiudicazione definitiva.

Da qui il presente ricorso, notificato il 30.11.2007 e depositato il 7.12 successivo, affidato a tre ordini di censure così sinteticamente riassumibili:

1. Violazione dell'art. 38 del d. lgs. n. 163/2006; violazione del principio di massima partecipazione in materia di gare pubbliche; violazione dei principi di proporzionalità e congruità dell'azione amministrativa; eccesso di potere per sviamento; falsità della causa; difetto di motivazione; perplessità; irragionevolezza, contraddittorietà intrinseca; illogicità manifesta; travisamento; manifesta ingiustizia.

Nel caso di specie non possono dirsi avverati i presupposti per l'applicazione della disciplina, dal momento che la violazione contestata all'impresa CONTROINTERESSATA DUE s.r.l. non può assumersi né grave né definitivamente accertata.

2. Violazione dell'art. 48 del d. lgs. n. 163/2006, violazione dell'art. 1 della L. n. 241/1990; eccesso di potere per sviamento, falsità della causa, irragionevolezza, difetto d'istruttoria, altri profili.

L'art. 48 comma 2 del d. lgs. n. 163/2006 nel disciplinare il procedimento di aggiudicazione e il sub procedimento di controllo sui requisiti posseduti e

dichiarati, prescrive che la richiesta volta a comprovare il possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa, oltre che ai soggetti sorteggiati, deve essere comprovata entro 10 giorni, con termine da considerarsi perentorio, dalla conclusione delle operazioni di gara.

3. Violazione dell'art. 97 Cost. e dell'art. 48 del d. lgs. n. 163/2006; falsa applicazione dell'art. 1 della L n. 241/1990; violazione del principio di trasparenza dell'azione amministrativa; eccesso di potere per sviamento; falsità della causa; irragionevolezza; travisamento; manifesta ingiustizia.

La procedura si manifesta invalida nella misura in cui applica una clausola della lex specialis in difformità al paradigma legale e in violazione del precetto di trasparenza ed imparzialità; l'apertura delle buste contenenti l'offerta economica è stata infatti anticipata rispetto alla verifica dei requisiti in capo ai concorrenti sorteggiati ex art. 48 codice dei contratti.

Per quanto sopra, parte ricorrente ha chiesto l'accoglimento del ricorso con conseguente annullamento degli atti impugnati e risarcimento del danno per reintegrazione in forma specifica o in alternativa per equivalente, rapportato al 10% dell'importo dei lavori in applicazione analogica dell'art. 345 della L. 1865/2248.

Il Comune di Salerno si è costituito in giudizio e, nell'imminenza della camera di consiglio del 18.12.2007 per la trattazione dell'istanza cautelare, ha depositato memorie e documenti.

Tra questi, in particolare, gli atti conclusivi del procedimento di gara: l'aggiudicazione definitiva in favore dell'ATI controinteressata, insieme al certificato negativo del CENAI relativamente alla posizione della concorrente **CONTROINTERESSATA DUE**.

In relazione alla sopravvenuta conoscenza della documentazione, il ricorrente ha presentato motivi aggiunti, notificati il 15 gennaio 2008 e depositati il 18 successivo.

Con tali motivi ripropone per illegittimità derivata le censure formulate col ricorso introduttivo.

Il comune di Salerno ha eccepito l'inammissibilità del ricorso e comunque la sua infondatezza nel merito.

Resiste in giudizio la controinteressata CONTROINTERESSATA che con memoria ha chiesto il rigetto del ricorso per infondatezza.

Alla camera di consiglio del 7 febbraio 2008, la richiesta di sospensione cautelare dei provvedimenti impugnati è stata respinta con ordinanza n. 143/2008.

All'udienza pubblica del 22 ottobre 2009 la causa su conforme parere delle parti è passata in decisione.

DIRITTO

1.- Può procedersi ad una trattazione congiunta del ricorso introduttivo e dei motivi aggiunti in quanto con questi ultimi la ricorrente, impugnando atti conosciuti successivamente, formula censure di puntualizzazione e comunque in rapporto di derivazione a quelle oggetto del ricorso introduttivo.

2.- Con il primo motivo di censura del ricorso introduttivo l'impresa ricorrente si duole del fatto che la stazione appaltante ha escluso, a suo avviso illegittimamente, alcune imprese dalla gara in relazione ad irregolarità contributiva registrate a loro carico; ciò ha comportato la rideterminazione della soglia di anomalia ai suoi danni, con conseguente nuova aggiudicazione in favore della controinteressata.

La ricorrente si duole in modo specifico dell'esclusione dell'impresa CONTROINTERESSATA DUE srl e dell'ATI CONTROINTERESSATA TRE Luigi – CONTROINTERESSATA TRE Castrese.

Il motivo è infondato.

2.1.- Va infatti considerato che l'esclusione di CONTROINTERESSATA DUE è dettata dalla mancanza del requisito di regolarità contributiva richiesto a pena di esclusione dalla disciplina di gara. Più in particolare l'impresa non è risultata in regola con i versamenti al CENAI (Cassa Edile Nazionale Artigianato Industria).

L'esclusione dell'ATI è invece dovuta ad irregolarità nei versamenti Inail attestati dal Documento unico di regolarità contributiva (DURC) risultato negativo.

Orbene, ad avviso della ricorrente, la stazione appaltante pur riscontrando le menzionate irregolarità sia fiscali sia contributive avrebbe dovuto attivarsi per una verifica sulla ricorrente dei due presupposti applicativi della disposizione (art. 38 d. lgs. 163/2006).

Sul punto va chiarito che il certificato di regolarità contributiva è previsto dall'art. 3, comma 8 lett b-bis del d. lgs. 14 agosto 1996 n. 494, norma aggiunta dall'art. 86, comma 10, del d. lgs. 10 settembre 2003 n. 276 e dall'art. 2 del d. l. 25 settembre 2002 n. 210, modificato dalla legge di conversione 22 novembre 2002 n. 266.

Come prescrive l'art. 2, comma 1, del menzionato d. l. 210/2002, le imprese che risultano affidatarie di un appalto pubblico sono tenute a presentare alla stazione appaltante la certificazione relativa alla regolarità contributiva a pena di revoca dell'affidamento; il comma 2 dispone, inoltre, che entro dodici mesi dalla data di entrata in vigore del decreto, l'Inps e l'Inail stipulano convenzioni per il rilascio di un documento unico di regolarità contributiva.

Tale documento adempie a due funzioni essenziali: di tutela in favore dei lavoratori e di verifica dell'esatto adempimento degli oneri contributivi.

L'art. 86, comma 10, del d. lgs. 276/2003 ha poi aggiunto la lettera b-bis all'art. 3, comma 8, del d. lgs. n. 494/1996 prevedendo, con specifico riferimento alla materia dei lavori (pubblici e privati), un documento unico di regolarità contributiva comprensivo anche dei versamenti dovuti alle casse edili.

La normativa appena esposta, demanda quindi la verifica della regolarità contributiva agli enti previdenziali; da ciò consegue che la stazione appaltante non può che prendere atto della certificazione senza poterne sindacare le risultanze.

Il procedimento per il rilascio della certificazione di regolarità contributiva va posto su un piano separato rispetto al procedimento di gara, seguendo infatti le regole proprie della materia previdenziale, la cui corretta applicazione compete peraltro al giudice ordinario (Cons. St., sez. V, 1 agosto 2007 n. 4273).

La regolarità contributiva – requisito previsto dall'art. 38, comma 1, lett. i d. lgs. 163/2006 – è un effetto del pieno rispetto degli obblighi previdenziali. Essa infatti non si riferisce soltanto ai casi nei quali, a seguito di accertamenti o rettifiche da parte degli enti previdenziali, siano sorti contenziosi ovvero alle ipotesi di verifiche delle condizioni per sanatorie o rateizzazioni.

La normativa ha l'obiettivo di escludere dalla contrattazione con le amministrazioni le imprese che non abbiano rispettato gli obblighi previdenziali

In particolare, l'art 38, comma 1, d. lgs. 163/2006 impedisce la partecipazione alle procedure di gara e la stipula dei relativi contratti ai soggetti che “che hanno commesso violazioni gravi, definitivamente accertate, alle norme in materia di contributi previdenziali e assistenziali, secondo la legislazione italiana o dello stato in cui sono stabiliti”.

Il comma 3 stabilisce che “resta fermo, per l'affidatario, l'obbligo di presentare la certificazione di regolarità contributiva di cui all'art. 2 del decreto legge 210/2002, convertito dalla legge n. 266/2002 e di cui all'art. 3, comma 8, del d. lgs. n. 494/1996 e successive modificazioni ed integrazioni.”.

2.2.- La doglianza di parte ricorrente è poi ribadita e puntualizzata anche nella prima censura dei motivi aggiunti nella quale si deducono ulteriori argomenti che se fondati condurrebbero a non escludere dalla gara sia

CONTROINTERESSATA DUE srl sia l'ATI CONTROINTERESSATA TRE Luigi.

In particolare, la ricorrente richiama la giurisprudenza comunitaria (in particolare decisione della Corte di giustizia UE sez. I, 9 febbraio 2006 in C-226/04 e C-228/04) ed il Decreto del ministero del lavoro e della previdenza sociale del 24.10.2007 in base ai quali sussistono cause non ostative al rilascio del DURC in presenza di lievi irregolarità.

In particolare, ai fini dell'escussione, non rilevano le inadempienze in quanto tali ma il loro carattere definitivo e grave, carattere che non è vagliato dagli enti preposti ma è demandato all'autonoma discrezionalità tecnica della stazione appaltante, secondo i dettami del citato decreto ministeriale.

Sul punto, il Collegio, richiamando le conclusioni alle quali è pervenuta la decisione del Consiglio di Stato, sez. V, n. 4273/2007, evidenzia che il concetto di regolarità contributiva non coincide con il requisito previsto dall'art. 75, comma 1 lett. e) del D.P.R. n. 554/1999. Questa norma fa invece riferimento solo a gravi infrazioni debitamente accertate risultanti dai dati in possesso dell'Osservatorio dei lavori pubblici.

La regolarità contributiva si riconduce infatti ad un concetto più esteso che implica l'assenza di inadempienze di qualsiasi carattere od entità agli obblighi previdenziali. Essa, pertanto, non si riferisce solo a quelle evenienze in cui, soprattutto a seguito di accertamenti o rettifiche da parte degli enti previdenziali, possano sorgere contenziosi di non agevole e pronta definizione ovvero alle altrettanto non frequenti ipotesi in cui si tratta di verificare le condizioni per un condono o per una rateizzazione.

Il legislatore vuole invece escludere dalla contrattazione con le amministrazioni quelle imprese che non siano in posizione di regolarità nei confronti degli obblighi previdenziali. Ciò riguarda anche, e forse soprattutto, i casi d'inadempimento verso

obblighi per i quali non vi sono in astratto ragionevoli e fondati motivi per non effettuare ovvero per ritardare il pagamento. Quest'ultime ipotesi non sono a ben guardare meno gravi e ciò indipendentemente dall'importo del contributo dovuto, perché rivelano un atteggiamento di trascuratezza verso gli obblighi previdenziali, ritenuti probabilmente meno importanti rispetto ad altri.

Né in senso contrario può essere richiamata la sentenza della Corte di giustizia CE , sez I, 9.2.2006, n. 226. Questa pronuncia considera conforme all'art. 29, comma 1, lett. e) e f), della direttiva del Consiglio 18 giugno 1992 n. 92/50/Cee (di coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti di pubblici servizi), l'eventuale normativa o la prassi amministrativa nazionali che consentano al partecipante ad una gara per l'affidamento di un appalto di servizi, il quale, alla data di scadenza per la presentazione della domanda, non abbia adempiuto al pagamento dei contributi previdenziali e tributari, di regolarizzare la sua situazione a posteriori. Ciò anche se in virtù di condoni fiscali o di sanatorie adottate dallo Stato ovvero grazie ad un concordato che permetta la rateizzazione o la riduzione dei debiti o mediante la presentazione di un ricorso amministrativo o giurisdizionale) a condizione che provi, entro il termine stabilito dalla normativa o dalla prassi amministrativa nazionali, di aver beneficiato di tali misure o di un tale concordato, o che abbia presentato un tale ricorso entro questo termine.

La sentenza dei giudici comunitari prevede infatti solo la possibilità, e non l'obbligo, per il legislatore nazionale di consentire una regolarizzazione successiva, condizionando questa eventualità a precisi adempimenti da parte dell'interessato.

3.- Col secondo ordine di censure, presenti nel ricorso introduttivo ed in quello per motivi aggiunti, parte ricorrente si duole della circostanza che la seconda classificata, **CONTROINTERESSATA QUATTRO** spa, sia stata esclusa tardivamente, senza il rispetto del termine perentorio di dieci giorni fissato dall'art. 48 del d. lgs. 163/2006.

La censura non ha pregio.

L'art. 48 prevede al primo comma la cd "verifica a campione", secondo cui la stazione appaltante prima di procedere all'apertura delle buste delle offerte presentate, richiede ad un numero di offerenti non inferiore al dieci per cento delle offerte presentate, arrotondato all'unità superiore, scelti a sorte, di comprovare entro dieci giorni dalla data della richiesta medesima, il possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa, eventualmente richiesti nel bando di gara, presentando la documentazione indicata nel bando stesso o nella lettera d'invito.

Il secondo comma aggiunge che analoga richiesta è inoltrata, entro dieci giorni dalla conclusione delle operazioni di gara, anche all'aggiudicatario ed al secondo in graduatoria, qualora non compresi fra i concorrenti sorteggiati. Nel caso in cui essi non forniscano la prova o non confermino le loro dichiarazioni scattano le sanzioni previste al primo comma e si procede alla determinazione della nuova soglia di anomalia dell'offerta, con conseguente eventuale nuova aggiudicazione.

Il secondo comma dell'art. 48 introduce il termine di dieci giorni dopo la conclusione delle operazioni di gara per richiedere all'aggiudicatario provvisorio ed al secondo classificato la documentazione integrativa; la disposizione, invece, diversamente dal primo comma, non fissa alcun termine a carico dell'aggiudicatario provvisorio e del concorrente che segue in graduatoria per la presentazione della documentazione richiesta .

La giurisprudenza ha al riguardo chiarito, con orientamento che il Collegio condivide, che compete alla stazione appaltante indicare il termine per adempiere alla presentazione dei documenti da parte dell'aggiudicatario. Il limite previsto dall'art. 48, comma 1, d. lgs. 163/2006 riguarda infatti l'accertamento a campione e non anche i doveri che incombono sull'aggiudicatario provvisorio in seguito

all'intervenuta conclusione della gara (in questo senso, Cons. St., sez. V, 29.11.2004 n. 7758; sez. VI, 10.7.2003 n. 4133; Cons. St., sez. VI, 30.5.2003 n. 2999).

4.- Con la terza censura formulata col ricorso introduttivo ed ampiamente ribadita nei motivi aggiunti, parte ricorrente censura l'illegittimità della procedura di gara in quanto l'applicazione di una clausola della *lex specialis* comporta l'illegittimità della procedura perché contraria alla normativa di legge di riferimento.

Nello specifico la ricorrente contesta la previsione contenute nella lettera d'invito che consente al seggio di gara di verificare il possesso dei requisiti e la veridicità delle dichiarazioni successivamente all'apertura delle offerte economiche, il che sarebbe a suo dire in contrasto alle condizioni di imparzialità e trasparenza che impongono alla Stazione appaltante di decidere su ammissione ed esclusione delle imprese concorrenti indipendentemente da condizionamenti e pregiudizi riguardo alla consistenza dell'offerta economica e, quindi, alla possibilità teorica di conoscere in anticipo l'aggiudicatario della gara.

In disparte i profili di inammissibilità della censura, la stessa non può esser condivisa in quanto costruisce l'illegittimità della clausola su un'ipotesi del tutto eventuale ed indimostrata di condizionamento da parte del seggio in base al risultato delle offerte economiche.

Più in particolare, la lettera d'invito prevede che il soggetto deputato all'espletamento della gara procede all'apertura delle buste B – offerta economica presentate dai concorrenti non esclusi (...)” aggiungendo di seguito che la stazione appaltante successivamente procede alla verifica d'ufficio, ai fini degli accertamenti relativi alle cause di esclusione ai sensi dell'art. 38 del d. lgs. n. 163/2006 nei confronti degli stessi soggetti innanzi sorteggiati.

Parte ricorrente rileva come nella sequenza procedimentale sia stata anteposta l'apertura delle offerte economiche alla verifica dei requisiti e delle dichiarazioni dei concorrenti sorteggiati, in difformità all'art. 48, comma 1, del d. lgs. n. 163/2006,

norma secondo cui le stazioni appaltanti richiedono il possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico organizzativa prima (e non dopo) l'apertura delle buste delle offerte presentate.

Sostiene al riguardo che gli uffici preposti all'esperimento della gara, quando hanno proceduto alla verifica del possesso dei requisiti generali e della regolarità delle dichiarazioni rese a corredo della domanda di partecipazione, erano a conoscenza dei ribassi offerti dai soggetti sorteggiati e, pertanto, in astratto erano consapevoli che dalla loro ammissione o esclusione dipendeva l'esito della gara e quindi l'individuazione dell'aggiudicatario.

E' innegabile, per questo aspetto, che la lettera d'invito abbia invertito l'ordine delle operazioni.

Va tuttavia detto che la censura non può essere presa in considerazione perché se è vero che la normativa di riferimento prevede un diverso percorso procedimentale, tuttavia non è in alcun modo provato che l'inversione dello stesso abbia compromesso la trasparenza e l'imparzialità della procedura. Parte ricorrente si fonda solo su mere ipotesi e, come essa stessa ammette, sul "sospetto" che la conoscenza dei ribassi abbia potuto condizionare il seggio di gara, influenzandone le determinazioni in merito all'ammissione o all'esclusione delle imprese sorteggiate per la verifica.

A ciò si aggiunga che la stazione appaltante era tenuta a verificare secondo un criterio oggettivo i requisiti effettivamente posseduti dai partecipanti, sorteggiati ai fini del controllo, criterio oggettivo che impedisce un apprezzamento discrezionale della stazione appaltante circa il possesso dei requisiti.

In ogni caso, la censura è smentita dalla stazione appaltante la quale rileva che la verifica dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa è avvenuta mediante acquisizione dei dati del casellario delle imprese istituito presso l'Autorità di vigilanza dei lavori pubblici insieme all'accertamento di eventuali

annotazioni a carico delle imprese interessate la cui esistenza impedisce la permanenza in gara.

Solo dopo tale verifica ha proceduto all'apertura delle offerte economiche.

5.- Con l'ultima censura dei motivi aggiunti la ricorrente si duole, infine, della violazione dell'art. 11 del d. lgs. 163/2006, posto che il contratto è stato stipulato a distanza di poco più di una settimana dall'aggiudicazione definitiva, senza che siano state in alcun modo prospettate ed evidenziate dalla stazione appaltante le ipotetiche ragioni d'urgenza.

Il motivo è privo di consistenza.

Il richiamato art. 11, stabilisce al comma 10 che il contratto non può comunque essere stipulato prima di trenta giorni dalla comunicazione ai controinteressati del provvedimento di aggiudicazione, ai sensi dell'art. 79, salvo motivate ragioni di particolare urgenza che non consentono all'amministrazione di attendere il decorso del predetto termine.

Nel caso di specie la stazione appaltante è stata indotta a procedere celermente a fronte della necessità di completare l'istruttoria della procedura di finanziamento dell'opera dedotta in gara, riconosciuto dalla Comunità europea tramite la Regione Campania.

Il Cronoprogramma dei lavori ed il Capitolato speciale di Appalto prevedono che l'ultimazione dei lavori sarebbe dovuta avvenire entro 211 giorni naturali e consecutivi, decorrenti dalla data di consegna e, fatto salvo imprevisti, entro il 31.12.2008, come previsto dal Quadro comunitario di sostegno e dal Documento di programmazione redatto dalla Regione Campania ed approvato dalla Comunità europea.

E' sufficiente questo per porre in evidenza che il differimento dei tempi connessi alla consegna dei lavori non avrebbe consentito di rispettare altrimenti i termini previsti.

6.- La non fondatezza delle censure formulate comporta l'infondatezza anche della richiesta di risarcimento del danno.

Per quanto sopra il ricorso introduttivo ed i relativi motivi aggiunti vanno respinti.

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate nella misura indicata nel dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania – 1° Sezione di Salerno – respinge il ricorso introduttivo n. 1961/2007 ed i relativi motivi aggiunti, proposti da RICORRENTE N. s.r.l.

Condanna la ricorrente al pagamento delle spese processuali che si liquidano in € 2.000,00 (duemila/00) a titolo di onorari, spese e rimborsi, oltre IVA e Cassa, in favore di ciascuna delle parti costituite (Comune di Salerno; CONTROINTERESSATA s.r.l./CONTROINTERESSATA BIS. s.r.l.)

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

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

Sabato Guadagno, Presidente FF

Giovanni Grasso, Consigliere

Gianmario Palliggiano, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 26/11/2009

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

IL SEGRETARIO