

Legittimo annullamento di un'aggiudicazione provvisoria (con relativa conseguente escussione della cauzione provvisoria) in quanto < A seguito di verifica - effettuata dalla stazione appaltante ai sensi dell'art. 17 della legge regionale n. 38 del 2007 -

Autore: Lazzini Sonia

In: Diritto civile e commerciale

Qual è il parere dell'adito giudice amministrativo avverso un ricorso dell'annullamento dell'aggiudicazione provvisoria

in quanto <

dichiarazione sostitutiva acclusa all'offerta sarebbe stata pienamente veritiera, conforme al bando ed alla legge, specificando che alla data del 28 aprile 2008 - data della presentazione del plico contenente l'offerta e la dichiarazione de qua - essa versava in una posizione di regolarità contributiva. La ricorrente ha, pertanto, contestato possa ritenersi mendace la dichiarazione con la quale essa, alla data di presentazione dell'offerta (28 aprile 2008) ha dichiarato di non trovarsi nelle condizioni previste dall'art. 38 del d. lgs. n. 163 del 2006. A riprova della indicata circostanza, la ricorrente ha sottolineato che la verifica ex officio mediante l'acquisizione del documento unico di regolarità contributiva è stata effettuata non già alla data di presentazione dell'offerta, bensì alla successiva data del 7 maggio 2008. Di qui la lamentata violazione dell'art. 17 della legge regionale Toscana n. 38 del 2007 che farebbe riferimento alla data di presentazione dell'offerta.>?

Ed ancora < La ricorrente ha dedotto che la irregolarità contributiva riscontrata non solo non sarebbe grave - poiché il ritardo nel versamento dell'importo da pagare sarebbe stato di soli venti giorni e l'importo dovuto e pagato in ritardo (di soli € 289) assai esiguo - ma non potrebbe neanche ritenersi definitivamente accertata; inoltre la ricorrente ha dedotto che le cause di esclusione di cui all'art. 38 sono di stretta interpretazione e non suscettibili di interpretazioni estensive, per cui la revoca dell'aggiudicazione provvisoria sarebbe in contrasto con il principio del favor admissionis. Infine, la ricorrente ha rappresentato che la irregolarità contributiva sarebbe conseguenza di un ritardo del proprio commercialista - delegato ad effettuare il pagamento dei contributi - che ha rilasciato apposita dichiarazione al riguardo, dalla quale risulterebbe l'assenza di qual si voglia responsabilità della ricorrentestessa.

Il motivo è infondato. Nella fase cautelare del presente giudizio, questo Tribunale ha favorevolmente apprezzato le argomentazioni svolte dalla ricorrente ma le stesse - anche in ragione delle argomentazioni svolte dal Consiglio di Stato che ha riformato l'ordinanza cautelare emessa da questo Tribunale - nella presente sede di merito non appaiono sufficienti a determinare l'accoglimento del ricorso, sulla scorta di una più meditata ed ampia ricostruzione della quadro normativo vigente in materia. La questione posta con il motivo di ricorso ora in esame è quella della individuazione della data con riferimento alla quale deve essere posseduto il requisito della regolarità contributiva.. Tale questione è già stata affrontata da questa sezione - vedi sentenza 2 febbraio 2009, n. 189 - con la quale s'è affermato che "appare logico e consequenziale che il requisito in esame (n.d.r. quello della regolarità contributiva) **sia richiesta sia richiesto in termini rigorosi anche sotto il profilo temporale e dunque se ne pretenda il possesso si dal momento del primo contatto tra l'impresa e l'amministrazione aggiudicatrice, cioè alla data di presentazione della domanda di partecipazione alla gara (... omissis ...); fermo restando che il requisito deve poi essere mantenuto, altresì, alla data dell'affidamento**". Anche il secondo motivo è destituito di fondamento. Innanzi tutto non sussiste alcuna violazione del principio del favor admissionis, poiché tale principio può essere utilmente invocato solo ove sussistano ragionevoli dubbi in ordine alla possibilità di ammettere alla gara un concorrente, non certo quando - come nel caso in esame - sussista una precisa e documentata causa di esclusione. È inoltre del tutto irrilevante la ragione per la quale l'Impresa verta in una situazione di irregolarità contributiva, rilevando solo la obiettiva sussistenza della suddetta circostanza. **Quanto alla asserita non gravità della situazione di irregolarità contributiva, poiché il ritardo nel pagamento dell'importo dovuto sarebbe stato di soli venti giorni, non può che ribadirsi che occorre dare rilievo alla circostanza obiettiva della insussistenza del requisito di regolarità contributiva, senza che l'Amministrazione possa accedere ad una valutazione della gravità dell'inadempimento.** Per quanto attiene, invece, alla dedotta non gravità della situazione di irregolarità contributiva in ragione della esiguità della somma il cui pagamento sarebbe stato omesso (€ 289), a parte quanto appena esposto, osserva il Collegio che **l'art. 8, comma 3, del d. m. Ministero del lavoro e della previdenza sociale 24 ottobre 2007 dispone che "ai soli fini della partecipazione a gare di appalto non osta al rilascio del DURC uno scostamento non grave tra le somme dovute e quelle versate, con riferimento a ciascun Istituto previdenziale ed a ciascuna Cassa edile. Non si considera grave lo scostamento inferiore a ciascun periodo di paga o di contribuzione o, comunque, uno scostamento inferiore ad Euro 100,00, fermo restando l'obbligo di versamento del predetto importo entro i trenta giorni successivi al rilascio del DURC"**. Ne deriva che l'omesso pagamento di un importo pari ad € 289 - indicato dallo stesso ricorrente - costituisce una mancanza che si pone ben oltre i termini di tolleranza fissati dal Ministero del lavoro.

Merita di essere segnalata la sentenza numero 741 del 30 aprile 2009, emessa dal Tar Toscana, Firenze ed in particolare il seguente passaggio:

Occorre preliminarmente osservare che il d. lgs. 12 aprile 2006, n. 163 pre-vede all'art. 38 comma 1, lett. i) che sono esclusi dalla partecipazione alle procedure per l'affidamento degli appalti di lavori coloro "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" e che il comma 3 del medesimo art. 38 del citato d. lgs n. 163 del 2006 dispone che l'affidatario ha "l'obbligo di presentare la certificazione di regolarità contributiva, di cui all'art. 2 del d. l. 25 settembre 2002, n. 210, convertito dalla legge 22 novembre 2002, n. 266 e di cui all'art. 3, comma 8, del d. lgs. 14 agosto 1996, n. 494 e successive modificazioni ed integrazioni". Inoltre, l'art. 2 del d. l. n. 210 del 2002 - convertito con la appena citata legge 22 novembre 2002, n. 266 - dispone, al primo comma, che "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".

Un esame delle appena indicate disposizioni consente di individuarne agevolmente la finalità, poiché risulta palese che "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 sono 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" (così Cons. Stato, sez. V, 23 ottobre 2007, n. 5575). E, coerentemente con detta finalità, si deve necessariamente ritenere non solo che il requisito di regolarità contributiva debba sussistere al momento della presentazione dell'offerta ma che essa debba persistere anche successivamente a detto momento, per tutta la durata della procedura di gara, ossia sino alla aggiudicazione (Cons. Stato, sez. IV, 31 maggio 2007, n. 2876; Cons. Stato, sez. IV, 30 gennaio 2006, n. 288; Cons. Stato, 27 dicembre 2004, n. 8215). Ciò risulta chiaramente dall'art. 38, comma 3, del d. lgs. n. 163 del 2006 che richiede che l'aggiudicatario produca il suddetto certificato. Proprio tale norma è poi perfettamente compatibile con la disposizione dell'art. 17 della legge regionale Toscana n. 38 del 2007 che nel prevedere che la regolarità contributiva debba sussistere alla data della presentazione dell'offerta non esclude certo che il medesimo requisito debba persistere anche dopo detto momento; in tale prospettiva interpretativa, pertanto, di nessun ausilio per la ricorrente è l'invocata norma regionale. È, peraltro, evidente che non avrebbe alcun senso limitare la necessità della sussistenza della regolarità contributiva alla sola data della presentazione dell'offerta, disinteressandosi di quanto accada successivamente a detto momento, poiché un siffatto approccio interpretativo non risulterebbe coerente con l'indicata finalità delle richiamate disposizioni, volte ad escludere dalla possibilità di stipulare contratti pubblici le imprese che non si trovino in una situazione di regolarità contributiva.

Ed ancora:

Con il terzo ed ultimo motivo di ricorso, in via subordinata, la ALFA ha lamentato la “violazione del decreto del ministero del lavoro 24 ottobre 2007 (in particolare, art. 7) in relazione all’art. 38 d. lgs. n. 163/2006 - eccesso di potere - travisamento dei fatti - irragionevolezza - illogicità manifesta”.

Con tale motivo, la ALFA ha dedotto che la disciplina vigente escluderebbe una efficacia “fulminante” dell’eventuale DURC negativo, consentendo all’Impresa - anche ai fini della partecipazione alle gare d’appalto - la possibilità di una regolarizzazione della propria posizione entro un breve termine, come risulterebbe dall’art. 7, comma 3, del d. m. Lavoro e previdenza sociale del 24 ottobre 2007.

Anche tale motivo è infondato.

Ritiene il Collegio che la procedura di rilascio del DURC sia diversa da quella ipotizzata dal ricorrente; ciò risulta dalla lettura coordinata dell’art. 7, dell’art. 6 ed 8 del d. m. Lavoro e previdenza sociale 24 ottobre 2007.

L’art. 7, comma 3, del citato d. m. prevede che “in mancanza dei requisiti di cui all’art. 5 gli Istituti, le Casse edili e gli Enti bilaterali, prima dell’emissione del DURC o dell’annullamento del documento già rilasciato ai sensi dell’art. 3, invitano l’interessato a regolarizzare la propria posizione entro un termine non superiore a quindici giorni”; l’art. 6, comma 3, del d. m. indicato dispone che “nelle ipotesi di cui al comma 3 dell’art. 7 il termine di trenta giorni per il rilascio del DURC è sospeso sino all’avvenuta regolarizzazione, fatto salvo quanto previsto dall’art. 8, comma 3”. Come s’è innanzi visto, tale ultima norma prevede che sia consentita la partecipazione alle gare di appalto anche ove il DURC evidenzi uno scostamento non grave tra le somme dovute e quelle versate, con riferimento a ciascun Istituto ed a ciascuna cassa edile, con l’espressa avvertenza che non si considera grave uno scostamento inferiore o pari al 5% tra le somme dovute e quelle versate, e comunque uno scostamento inferiore ad € 100,00. Ne deriva che se è vero che prima dell’emissione del DURC, ove difettino i requisiti di cui all’art. 5 del d. m. Lavoro e previdenza sociale del 24 ottobre 2007, gli Istituti e/o le Casse edili invitano l’Impresa interessata a regolarizzare la propria posizione, risulta dalle disposizioni innanzi indicate che tale procedura non trova applicazione nel caso in cui il DURC sia richiesto ai fini della partecipazione ad una gara di appalto, poiché - in tali casi - il DURC può anche attestare una situazione di regolarità anche nel caso in cui vi sia una inadempienza, purché essa sia “non grave” ai sensi dell’art. 8, comma 3 del medesimo d.m.

A cura di *****

N. 00741/2009 REG.SEN.

N. 02119/2008 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana

Sezione Prima

ha pronunciato la presente

SENTENZA

Sul ricorso numero di registro generale 2119 del 2008, proposto da:

ALFA Costruzioni S.r.l., rappresentata e difesa dagli avv.ti ***** e *****, con domicilio eletto presso Segreteria T.A.R. in Firenze, via Ricasoli n. 40;

contro

Siena Casa S.p.A., rappresentata e difesa dagli avv.ti ***** e *****, con domicilio eletto presso ***** in Firenze, via Santa Reparata n. 40;

nei confronti di

BETA. ***** non costituitasi;

Sportello Unico Previdenziale Inps-Inail-Cassa Edilie della Provincia di Arezzo, rappresentato e difeso dall'avv. *****, con domicilio eletto presso ***** in Firenze, via Nino Bixio n. 2;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia,

a)- della comunicazione pervenuta a mezzo telefax in data 31.10.2008, a firma del Responsabile dell'Area Nuove Costruzioni e Recupero Edilizio, mediante la quale è stato dato avviso della revoca, giusta verbale della Commissione di gara del 27.10.2008, dell'aggiudicazione provvisoria dell'appalto dei lavori di recupero di un immobile e per la realizzazione di otto alloggi nel Comune di Castelnuovo Berardenga, alla via dell'Arco;

b)-del verbale di gara del 27.10.2008, richiamato nel provvedimento sub a) impugnato, di cui si ignora il contenuto;

c) -della nota, priva di firma e stampata dal sito internet www.sienacasa.net, pervenuta a mezzo posta raccomandata il 4.11.2008, con cui è stato comunicato che, a seguito della rideterminazione della soglia di anomalia, si è provveduto all'aggiudicazione dell'appalto in via provvisoria alla contro interessata BETA s.r.l.;

d)-dell'eventuale provvedimento di aggiudicazione definitiva, intervenuto medio tempore, di cui si ignorano estremi, data e contenuto;

e)-di ogni altro atto agli stessi preordinato, presupposto, connesso e conseguente, parimenti lesivo.

PER L'ANNULLAMENTO E/O LA DISAPPLICAZIONE

f) quatenus opus ed in via subordinata, del D.U.R.C. citato nella nota prot. n. 3995 del 25.6.2008, di cui si ignorano, estremi, data e contenuto, richiesto erroneamente al momento della data di esperimento della gara d'appalto;

NONCHE'

per il risarcimento dei danni mediante reintegrazione in forma specifica ex art. 7 della L. n. 205/2000 - mercè la declaratoria dell'obbligo della Stazione appaltante di procedere all'aggiudicazione dell'appalto - ovvero, in via subordinata, mediante equivalente pecuniario commisurato all'utile d'impresa ingiustamente non goduto, da quantificarsi in corso di causa.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Siena Casa S.p.A.;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Sportello Unico Previdenziale Inps-Inail-Cassa Edilie della Provincia di Arezzo;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 11/03/2009 il dott. ***** e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

1. In data 11 marzo 2008, la Siena Casa S.p.A. indiceva un pubblico incanto per l'appalto dei lavori di recupero di un fabbricato sito in Castelnuovo Berardenga, via dell'Arco, n. 8-14, da destinarsi alla realizzazione di otto alloggi di edilizia residenziale pubblica.

In data 28 aprile 2008 la ALFA Costruzioni s.r.l. presentava la propria offerta di ribasso del 14,40% sull'importo a base d'asta. La gara si svolgeva in data 7 maggio 2008 ed in esito ad un esame della documentazione prodotta e delle offerte presentate, la suindicata società era dichiarata aggiudicataria provvisoria, giusta comunicazione della stazione appaltante del 28 giugno 2008, prot. 3985. A seguito di verifica - effettuata dalla stazione appaltante ai sensi dell'art. 17 della legge regionale n. 38 del 2007 - dal D.U.R.C. emesso il 7 maggio 2008 e acquisito dalla Committente, risultava che la ALFA era inadempiente all'obbligo di versamento dei contributi alla Cassa Edile di Arezzo, con la conseguenza che la dichiarazione resa in sede di gara non rispondeva al vero.

Nonostante le deduzioni svolte dalla suindicata società, la Stazione appaltante revocava il provvedimento di aggiudicazione provvisoria dell'appalto alla ALFA Costruzioni s.r.l. e aggiudicava provvisoriamente l'appalto alla BETA. s.r.l..

Con il ricorso in esame la ALFA Costruzioni s.r.l. ha, quindi, impugnato i provvedimenti indicati in epigrafe e ha contestualmente chiesto il risarcimento dei danni.

2. Si può prescindere dall'esame delle eccezioni di improcedibilità, inammissibilità ed irritualità del ricorso - formulate dall'Amministrazione resistente - stante la infondatezza del ricorso nel merito in tutte le sue articolazioni.

Con il primo motivo di ricorso la ALFA ha lamentato la "violazione degli artt. 38 e 48, comma 2, del d. lgs. n. 163/2006 - falsa ed erronea applicazione dell'art. 17 della l.r. Toscana n. 38/2007 - violazione del

disciplinare di gara (punto 3) - eccesso di potere per sviamento - falsità della causa - contraddittorietà estrinseca ed intrinseca - irragionevolezza - illogicità manifesta - manifesta ingiustizia - erroneità nei presupposti di fatto e di diritto - erronea ponderazione della fattispecie contemplata - travisamento dei fatti - difetto assoluto di istruttoria - altri profili”.

Con l’articolato motivo di ricorso, la ALFA ha sostenuto che la dichiarazione sostitutiva acclusa all’offerta sarebbe stata pienamente veritiera, conforme al bando ed alla legge, specificando che alla data del 28 aprile 2008 - data della presentazione del plico contenente l’offerta e la dichiarazione de qua - essa versava in una posizione di regolarità contributiva. La ALFA ha, pertanto, contestato possa ritenersi mendace la dichiarazione con la quale essa, alla data di presentazione dell’offerta (28 aprile 2008) ha dichiarato di non trovarsi nelle condizioni previste dall’art. 38 del d. lgs. n. 163 del 2006. A riprova della indicata circostanza, la ricorrente ha sottolineato che la verifica ex officio mediante l’acquisizione del documento unico di regolarità contributiva è stata effettuata non già alla data di presentazione dell’offerta, bensì alla successiva data del 7 maggio 2008. Di qui la lamentata violazione dell’art. 17 della legge regionale Toscana n. 38 del 2007 che farebbe riferimento alla data di presentazione dell’offerta.

Il motivo è infondato.

Nella fase cautelare del presente giudizio, questo Tribunale ha favorevolmente apprezzato le argomentazioni svolte dalla ALFA ma le stesse - anche in ragione delle argomentazioni svolte dal Consiglio di Stato che ha riformato l’ordinanza cautelare emessa da questo Tribunale - nella presente sede di merito non appaiono sufficienti a determinare l’accoglimento del ricorso, sulla scorta di una più meditata ed ampia ricostruzione della quadro normativo vigente in materia.

La questione posta con il motivo di ricorso ora in esame è quella della individuazione della data con riferimento alla quale deve essere posseduto il requisito della regolarità contributiva.

Tale questione è già stata affrontata da questa sezione - vedi sentenza 2 febbraio 2009, n. 189 - con la quale s’è affermato che “appare logico e consequenziale che il requisito in esame (n.d.r. quello della regolarità contributiva) sia richiesto sia richiesto in termini rigorosi anche sotto il profilo temporale e dunque se ne pretenda il possesso sin dal momento del primo contatto tra l’impresa e l’amministrazione aggiudicatrice, cioè alla data di presentazione della domanda di partecipazione alla gara (... omissis ...); fermo restando che il requisito deve poi essere mantenuto, altresì, alla data dell’affidamento”. Il Collegio non ha ragione di discostarsi da tali conclusioni e ne condivide pienamente il contenuto per le ragioni qui di seguito esposte.

Occorre preliminarmente osservare che il d. lgs. 12 aprile 2006, n. 163 pre-vede all’art. 38 comma 1, lett. i) che sono esclusi dalla partecipazione alle procedure per l’affidamento degli appalti di lavori coloro “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” e che il comma 3 del medesimo art. 38 del citato d. lgs. n. 163 del 2006 dispone che l’affidatario ha “l’obbligo di

presentare la certificazione di regolarità contributiva, di cui all'art. 2 del d. l. 25 settembre 2002, n. 210, convertito dalla legge 22 novembre 2002, n. 266 e di cui all'art. 3, comma 8, del d. lgs. 14 agosto 1996, n. 494 e successive modificazioni ed integrazioni". Inoltre, l'art. 2 del d. l. n. 210 del 2002 - convertito con la appena citata legge 22 novembre 2002, n. 266 - dispone, al primo comma, che "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".

Un esame delle appena indicate disposizioni consente di individuarne agevolmente la finalità, poiché risulta palese che "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 sono 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" (così Cons. Stato, sez. V, 23 ottobre 2007, n. 5575). E, coerentemente con detta finalità, si deve necessariamente ritenere non solo che il requisito di regolarità contributiva debba sussistere al momento della presentazione dell'offerta ma che essa debba persistere anche successivamente a detto momento, per tutta la durata della procedura di gara, ossia sino alla aggiudicazione (Cons. Stato, sez. IV, 31 maggio 2007, n. 2876; Cons. Stato, sez. IV, 30 gennaio 2006, n. 288; Cons. Stato, 27 dicembre 2004, n. 8215). Ciò risulta chiaramente dall'art. 38, comma 3, del d. lgs. n. 163 del 2006 che richiede che l'aggiudicatario produca il suddetto certificato. Proprio tale norma è poi perfettamente compatibile con la disposizione dell'art. 17 della legge regionale Toscana n. 38 del 2007 che nel prevedere che la regolarità contributiva debba sussistere alla data della presentazione dell'offerta non esclude certo che il medesimo requisito debba persistere anche dopo detto momento; in tale prospettiva interpretativa, pertanto, di nessun ausilio per la ricorrente è l'invocata norma regionale. È, peraltro, evidente che non avrebbe alcun senso limitare la necessità della sussistenza della regolarità contributiva alla sola data della presentazione dell'offerta, disinteressandosi di quanto accada successivamente a detto momento, poiché un siffatto approccio interpretativo non risulterebbe coerente con l'indicata finalità delle richiamate disposizioni, volte ad escludere dalla possibilità di stipulare contratti pubblici le imprese che non si trovino in una situazione di regolarità contributiva.

Ne deriva che il primo motivo di ricorso è destituito di fondamento, poiché risulta per tabulas che la ALFA non versava in una situazione di regolarità contributiva nel periodo compreso tra la data della presentazione dell'offerta e quella dell'aggiudicazione.

3. Con il secondo motivo di ricorso, la ALFA ha lamentato la "violazione degli artt. 38 e 48, comma 2, del d. lgs. n. 163/2006 - Violazione del principio del favor admissionis - eccesso di potere - sviamento - erroneità nei presupposti di fatto e di diritto - illogicità manifesta - altri profili".

La ricorrente ha dedotto che la irregolarità contributiva riscontrata non solo non sarebbe grave - poiché il ritardo nel versamento dell'importo da pagare sarebbe stato di soli venti giorni e l'importo dovuto e pagato in ritardo (di soli € 289) assai esiguo - ma non potrebbe neanche ritenersi definitivamente accertata; inoltre la ricorrente ha dedotto che le cause di esclusione di cui all'art. 38 sono di stretta interpretazione e non suscettibili di interpretazioni estensive, per cui la revoca dell'aggiudicazione provvisoria sarebbe in contrasto con il principio del favor admissionis. Infine, la ricorrente ha rappresentato che la irregolarità contributiva sarebbe conseguenza di un ritardo del proprio commercialista - delegato ad effettuare il pagamento dei contributi - che ha rilasciato apposita dichiarazione al riguardo, dalla quale risulterebbe l'assenza di qual si voglia responsabilità della ALFA stessa.

Anche tale motivo è destituito di fondamento.

Innanzitutto non sussiste alcuna violazione del principio del favor admissionis, poiché tale principio può essere utilmente invocato solo ove sussistano ragionevoli dubbi in ordine alla possibilità di ammettere alla gara un concorrente, non certo quando - come nel caso in esame - sussista una precisa e documentata causa di esclusione. È inoltre del tutto irrilevante la ragione per la quale l'Impresa verta in una situazione di irregolarità contributiva, rilevando solo la obiettiva sussistenza della suddetta circostanza (Cons. Stato 28 maggio 2004, n. 3466).

Quanto alla asserita non gravità della situazione di irregolarità contributiva, poiché il ritardo nel pagamento dell'importo dovuto sarebbe stato di soli venti giorni, non può che ribadirsi che occorre dare rilievo alla circostanza obiettiva della insussistenza del requisito di regolarità contributiva, senza che l'Amministrazione possa accedere ad una valutazione della gravità dell'inadempimento (Cons. Stato 28 maggio 2004, n. 3466). Per quanto attiene, invece, alla dedotta non gravità della situazione di irregolarità contributiva in ragione della esiguità della somma il cui pagamento sarebbe stato omesso (€ 289), a parte quanto appena esposto, osserva il Collegio che l'art. 8, comma 3, del d. m. Ministero del lavoro e della previdenza sociale 24 ottobre 2007 dispone che "ai soli fini della partecipazione a gare di appalto non osta al rilascio del DURC uno scostamento non grave tra le somme dovute e quelle versate, con riferimento a ciascun Istituto previdenziale ed a ciascuna Cassa edile. Non si considera grave lo scostamento inferiore a ciascun periodo di paga o di contribuzione o, comunque, uno scostamento inferiore ad Euro 100,00, fermo restando l'obbligo di versamento del predetto importo entro i trenta giorni successivi al rilascio del DURC". Ne deriva che l'omesso pagamento di un importo pari ad € 289 - indicato dallo stesso ricorrente - costituisce una mancanza che si pone ben oltre i termini di tolleranza fissati dal Ministero del lavoro.

4. Con il terzo ed ultimo motivo di ricorso, in via subordinata, la ALFA ha lamentato la "violazione del decreto del ministero del lavoro 24 ottobre 2007 (in particolare, art. 7) in relazione all'art. 38 d. lgs. n. 163/2006 - eccesso di potere - travisamento dei fatti - irragionevolezza - illogicità manifesta".

Con tale motivo, la ALFA ha dedotto che la disciplina vigente escluderebbe una efficacia "fulminante" dell'eventuale DURC negativo, consentendo all'Impresa - anche ai fini della partecipazione alle gare

d'appalto - la possibilità di una regolarizzazione della propria posizione entro un breve termine, come risulterebbe dall'art. 7, comma 3, del d. m. Lavoro e previdenza sociale del 24 ottobre 2007.

Anche tale motivo è infondato.

Ritiene il Collegio che la procedura di rilascio del DURC sia diversa da quella ipotizzata dal ricorrente; ciò risulta dalla lettura coordinata dell'art. 7, dell'art. 6 ed 8 del d. m. Lavoro e previdenza sociale 24 ottobre 2007.

L'art. 7, comma 3, del citato d. m. prevede che "in mancanza dei requisiti di cui all'art. 5 gli Istituti, le Casse edili e gli Enti bilaterali, prima dell'emissione del DURC o dell'annullamento del documento già rilasciato ai sensi dell'art. 3, invitano l'interessato a regolarizzare la propria posizione entro un termine non superiore a quindici giorni"; l'art. 6, comma 3, del d. m. indicato dispone che "nelle ipotesi di cui al comma 3 dell'art. 7 il termine di trenta giorni per il rilascio del DURC è sospeso sino all'avvenuta regolarizzazione, fatto salvo quanto previsto dall'art. 8, comma 3". Come s'è innanzi visto, tale ultima norma prevede che sia consentita la partecipazione alle gare di appalto anche ove il DURC evidenzi uno scostamento non grave tra le somme dovute e quelle versate, con riferimento a ciascun Istituto ed a ciascuna cassa edile, con l'espressa avvertenza che non si considera grave uno scostamento inferiore o pari al 5% tra le somme dovute e quelle versate, e comunque uno scostamento inferiore ad € 100,00. Ne deriva che se è vero che prima dell'emissione del DURC, ove difettino i requisiti di cui all'art. 5 del d. m. Lavoro e previdenza sociale del 24 ottobre 2007, gli Istituti e/o le Casse edili invitano l'Impresa interessata a regolarizzare la propria posizione, risulta dalle disposizioni innanzi indicate che tale procedura non trova applicazione nel caso in cui il DURC sia richiesto ai fini della partecipazione ad una gara di appalto, poiché - in tali casi - il DURC può anche attestare una situazione di regolarità anche nel caso in cui vi sia una inadempienza, purché essa sia "non grave" ai sensi dell'art. 8, comma 3 del medesimo d.m..

Ne deriva che anche tale motivo è infondato.

Il ricorso, pertanto, per la parte impugnatoria va respinto.

5. Va respinta, altresì, la domanda di risarcimento danni, stante l'accessorietà di tale domanda rispetto alla domanda principale.

6. La particolarità del caso e l'alternativo esito della fase cautelare e di quella di merito inducono a ritenere equa l'integrale compensazione tra le parti costituite delle spese del giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana, Sez. I, definitivamente pronunciando in ordine al ricorso n. 2119/08, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Firenze nella camera di consiglio del giorno 11/03/2009 con l'intervento dei Magistrati:

*****ò, Presidente

***** , ***** , Estensore

***** , Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 30/04/2009

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

IL SEGRETARIO

<https://www.diritto.it/legittimo-annullamento-di-un-aggiudicazione-provvisoria-con-relativa-conseguente-es-cussione-della-cauzione-provvisoria-in-quanto-a-seguito-di-verifica-effettuata-dalla-stazione-appaltant/>