

Non può essere colpa della banca la mancata dimostrazione della regolarità fiscale

Autore: Lazzini Sonia

In: Diritto civile e commerciale

Non può essere colpa della banca la mancata dimostrazione della regolarità fiscale

Del pari legittimi, oltre all'esclusione, sono l'escussione della cauzione provvisoria e la segnalazione del fatto all'Autorità di vigilanza, a fronte di una violazione degli obblighi di gara chiaramente imputabile al ricorrente.

eventuali inadempimenti o inesatti adempimenti della banca, nel provvedere con tempestività e completezza al versamento delle imposte o dei contributi dovuti, dispiegano i loro effetti esclusivamente all'interno del rapporto contrattuale con il cliente.

Essi quindi non sono in grado di atteggiarsi quali attendibili e valide giustificazioni tese ad evitare, ovvero attenuare, la responsabilità del partecipante ad una gara pubblica il quale, in definitiva, ha omesso la diligente osservanza degli obblighi imposti dal bando e dalla normativa di settore.

Non rileva inoltre la circostanza della regolarizzazione postuma. E' sufficiente richiamare sul punto il consolidato orientamento giurisprudenziale (cfr., per tutti, Cons. St., sez. V, n. 5896/2009 e Tar Lazio, Roma, sez. III ter, n. 11598/2009) secondo cui la regolarità contributiva non solo deve sussistere alla data di presentazione della domanda, ma deve conservarsi per tutto lo svolgimento della procedura ed anche

durante l'esecuzione del contratto.

Il comune di Salerno ha indetto una gara d'appalto per l'affidamento dei lavori di manutenzione straordinaria della rete viaria urbana - lotto c - zona Frazioni, per un importo a base d'asta di € 750.000,00.

Al procedimento è stata invitata ed ha partecipato la società ricorrente.

In esito allo svolgimento della gara, come emerge dal verbale del 10 giugno 2008, depositato in giudizio dall'amministrazione comunale, l'appalto è stato aggiudicato in via provvisoria alla controinteressata Controinteressata; la Ricorrente si è classificata a secondo posto.

La stazione appaltante, procedendo alla verifica dei requisiti di ordine generale di cui all'art. 38 d. lgs n. 163 del 2006, col menzionato provvedimento prot. n. 165819 del 16 ottobre 2008, ha tuttavia escluso la ricorrente dal procedimento di gara per irregolarità emersa dal DURC, essendo accertato la sussistenza di un debito contributivo nei confronti della Cassa edile salernitana per l'importo pari ad € 5.017,00, con decorrenza 1° giugno 2008.

Di conseguenza, con nota prot. n. 167190 del 22 ottobre 2008, il Comune ha trasmesso all'Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici la documentazione relativa alla posizione della ricorrente per l'adozione degli eventuali provvedimenti sanzionatori di competenza, annotando la segnalazione ricevuta dal comune di Salerno nel casellario informatico.

Avverso i menzionati provvedimenti Ricorrente ha presentato l'odierno ricorso, notificato il 30.12.2008 e depositato il successivo il 7 gennaio, affidato ai seguenti motivi:

1. violazione e falsa applicazione del bando di gara; dell'art. 38, comma 1, lett. I, del d. lgs. n. 163 del 2006; dell'art. 29, comma 1, lett. e) ed f), della direttiva del consiglio 18.6.1992 n. 92/50/CE; eccesso di potere per difetto dei presupposti e d'istruttoria, erroneità, ingiustizia manifesta e sviamento.

La ricorrente né alla data di pubblicazione del bando né successivamente ha commesso gravi violazioni contributive; inoltre queste non sono state mai definitivamente accertate.

2. violazione degli artt. 3, 10 e ss. L. n. 241 del 1990; violazione e falsa applicazione del bando di gara, dell'art. 38, comma 1, lett. i), del d. lgs. n. 163 del 2006 e dell'art. 29, comma 1, lett. e) ed f), della direttiva del consiglio 92/50/CE; eccesso di potere per insufficienza della motivazione, difetto dei presupposti e d'istruttoria, erroneità, ingiustizia manifesta e sviamento.

L'amministrazione ha l'obbligo di valutare, con adeguata motivazione, le memorie scritte e i documenti presentati dai soggetti interessati.

Il comune di Salerno si è costituito in giudizio e, con memoria depositata del 20.1.2009, ha rilevato l'infondatezza del ricorso.

La ricorrente, a seguito della costituzione in giudizio dell'amministrazione comunale, è venuta a conoscenza dell'aggiudicazione provvisoria in favore della controinteressata Controinteressata. Ha quindi proposto motivi aggiunti, notificati il 28 gennaio 2009 e depositati il 30 successivo, con i quali ha riproposto, per illegittimità derivata, i motivi di censura formulati col ricorso introduttivo.

Ha chiesto l'annullamento degli atti impugnati ed il risarcimento del danno, vinte le spese.

Il comune ha replicato con altra memoria depositata il 18 febbraio 2009 nella quale ha ribadito le proprie ragioni.

Con ordinanza n. 182 del 20 febbraio 2009 il Tar ha accolto l'istanza di sospensione cautelare dei provvedimenti impugnati limitatamente alle annotazioni sul casellario informatico.

Alla pubblica udienza del 20 maggio 2010, la causa è passata in decisione.

Qual è il parere dell'adito giudice amministrativo?

Può affrontarsi direttamente l'esame del ricorso per motivi aggiunti essendo con lo stesso impugnata l'aggiudicazione in favore della controinteressata e riproposte le doglianze avverso gli atti già impugnati col ricorso introduttivo il quale va, pertanto, dichiarato improcedibile.

Il ricorso per motivi aggiunti è infondato.

Le diverse censure a vario titolo formulate, in considerazione dei profili di sostanziale omogeneità nelle stesse riscontrabili, possono essere trattate congiuntamente.

L'impugnato provvedimento del 16 ottobre 2008 che ha comportato l'esclusione dalla gara della società ricorrente e l'attivazione dei conseguente provvedimenti sanzionatori (incameramento della cauzione e segnalazione all'Autorità di Vigilanza), è dovuto all'irregolarità contributiva riscontrata dal DURC della Cassa edile di Salerno, attestante l'omesso pagamento di euro 5.017,00, con decorrenza 1° giugno 2008.

Parte ricorrente, al riguardo, non contesta il fatto storico dell'irregolarità, tant'è che ha provveduto in seguito al relativo pagamento, precisamente nelle date del 19 e 24 giugno 2008, ma ne fornisce una giustificazione imputando l'inadempimento ad un mero disguido con la propria banca.

La circostanza è tuttavia irrilevante e non tanto perché la ricorrente non fornisce alcuna evidenza probatoria al riguardo ma perché è ben chiaro che eventuali inadempimenti o inesatti adempimenti della banca, nel provvedere con tempestività e completezza al versamento delle imposte o dei contributi dovuti, dispiegano i loro effetti esclusivamente all'interno del rapporto contrattuale con il cliente. Essi quindi non sono in grado di atteggiarsi quali attendibili e valide giustificazioni tese ad evitare, ovvero attenuare, la responsabilità del partecipante ad una gara pubblica il quale, in definitiva, ha omesso la diligente osservanza degli obblighi imposti dal bando e dalla normativa di settore.

Non rileva inoltre la circostanza della regolarizzazione postuma. E' sufficiente richiamare sul punto il consolidato orientamento giurisprudenziale (cfr., per tutti, Cons. St., sez. V, n. 5896/2009 e Tar Lazio, Roma, sez. III ter, n. 11598/2009) secondo cui la regolarità contributiva non solo deve sussistere alla data di presentazione della domanda, ma deve conservarsi per tutto lo svolgimento della procedura ed anche durante l'esecuzione del contratto.

Ammettere la regolarizzazione successiva costituirebbe in senso contrario un pericoloso vulnus al principio della par condicio dei partecipanti in quanto costituirebbe la premessa per una generalizzata sanatoria di posizioni irregolari in un settore, quello dei contributi previdenziali, nel quale l'obiettivo del legislatore è proprio quello di verificare e premiare comportamenti "virtuosi" perché conformi agli obblighi di legge (sull'irrilevanza di eventuali adempimenti tardivi v. altresì la deliberazione n. 89/2006 dell'Autorità di Vigilanza).

Parte ricorrente ha peraltro rilevato che il DURC, per quanto evidenzi una posizione contributiva irregolare, non può essere ritenuto di per sé sufficiente a cagionare l'esclusione di un'impresa da una gara d'appalto, essendo invece indispensabile che l'infrazione stessa si caratterizzi per il requisito della gravità e sia definitivamente accertata, aspetti che non sono stati presi in sufficiente considerazione dalla stazione

appaltante.

La censura investe il tema dell'esatta nozione di "grave irregolarità contributiva", sulla quale gli orientamenti della giurisprudenza non appaiono univoci.

Sul punto l'art. 38, comma 1, lett. 1) del d. lgs. 163/2006 esclude espressamente dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, i soggetti "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".

La normativa di riferimento va esattamente individuata nell'art. 2, comma 1, del d. l. n. 210/2002, convertito dalla l. n. 266/2002, nonché nel citato art. 38 d. lgs. n. 163/2006 che, al comma 3, stabilisce l'obbligo per i concorrenti e per le stazioni appaltanti, rispettivamente, di presentare la documentazione e di compiere gli accertamenti diretti a verificare la regolarità contributiva.

Sul punto parte della giurisprudenza ha chiarito che le dichiarazioni non veritiere rese in tale ambito rilevano di per sé, in termini di gravità, indipendentemente dal peso e dal carattere definitivo dell'irregolarità contributiva (TAR Sicilia Catania, sez. III, 13 novembre 2009, n. 1871).

Tuttavia, sull'argomento si sta affermando di recente un diverso indirizzo giurisprudenziale secondo cui il semplice rinvio operato alle risultanze del DURC non esclude la possibilità di sindacato del provvedimento di esclusione, sotto il profilo dell'adeguata istruttoria e motivazione. Ciò imporrebbe, dal punto di vista della razionalità e della proporzionalità di una decisione amministrativa, che la stazione appaltante non potrebbe far coincidere i diversi elementi dell'irregolarità contributiva e della gravità della violazione (cfr. TAR Campania, Napoli, sez. I, 11 gennaio 2010, n. 51). In questo senso è stato affermato che un conto è la regolarità contributiva formale, rimessa al potere di accertamento e di valutazione dell'Istituto previdenziale, un conto è la gravità della violazione in materia contributiva e previdenziale, ai fini della

partecipazione ad una gara. L'analisi di quest'ultimo profilo sarebbe infatti rimessa alla stazione appaltante che, in concreto ed al di fuori di ogni automatismo, dovrebbe per l'appunto valutare la presenza di indici sintomatici della gravità dell'infrazione, tali da giustificare l'estromissione dalla gara.

Questi elementi non poggerebbero quindi esclusivamente su dati numerici come, invece, è riscontrabile nel d.m. 24 ottobre 2007 (TAR Reggio Calabria, 23 marzo 2010, n. 296), ma guarderebbero ad una diversità di fattori: rapporto tra il quantum dell'irregolarità ed il prezzo a base della gara, l'offerta presentata, il numero e la ricorrenza delle infrazioni.

Su queste premesse, il Collegio è dell'avviso che alcuna censura possa essere mossa alla stazione appaltante posto che, una volta acquisiti i dati del DURC, non ha disposto l'esclusione immediata ed automatica della ricorrente, ma ha correttamente instaurato il contraddittorio chiedendo chiarimenti con nota del 10 luglio 2008.

Le giustificazioni addotte dalla ricorrente non sono apparse sufficienti a superare le riscontrate irregolarità contributive sicché la stazione appaltante non ha potuto che disporre l'esclusione.

Del pari legittimi sono l'escussione della cauzione provvisoria e la segnalazione del fatto all'Autorità di vigilanza, a fronte di una violazione degli obblighi di gara chiaramente imputabile al ricorrente.

Ne discende, per le ragioni sopra indicate, la piena legittimità dell'operato della Stazione appaltante e, pertanto, l'infondatezza delle censure dedotte con il ricorso per motivi aggiunti.

Va da sé che l'infondatezza del ricorso comporta il rigetto della richiesta di risarcimento del danno.

Giurisprudenza correlata: sentenza numero 51 dell' 11 gennaio 2010 emessa dal Tar Campania, Napoli

Illegittimo annullamento di un'aggiudicazione con relativa illegittima escussione della cauzione provvisoria

La giurisprudenza ha avuto modo di rilevare che “nell'ambito dei requisiti di ordine generale di partecipazione alla gara d'appalto, l'art. 38 del d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163 prevede ipotesi per le quali la situazione ostativa, per essere tale, deve avere carattere di gravità, in materia di sicurezza del lavoro (lett. e), negligenza e malafede nell'esecuzione delle prestazioni (lett. f), irregolarità contributiva (lett. i) ed altre ipotesi per le quali il requisito della gravità non è richiesto, e, tra le quali, la irregolarità fiscale di cui alla lett. g); pertanto, il Legislatore ha inteso attribuire all'Amministrazione il potere di valutare l'entità dell'infrazione, ai fini della sussistenza del requisito di affidabilità, soltanto nelle ipotesi caratterizzate dalla gravità, mentre nelle altre la sussistenza dell'infrazione è di per sé sufficiente ad impedire la partecipazione alla procedura” (Consiglio di Stato V Sezione, 23 marzo 2009 n. 1755).

Il rapporto che sussiste tra documento unico di regolarità contributiva e valutazione finale circa il possesso del requisito generale di partecipazione in questione è dunque nel senso che la stazione appaltante è comunque vincolata alle risultanze del d.u.r.c., in ragione della sua natura di dichiarazione di scienza, da collocarsi fra gli atti di certificazione o di attestazione redatti da un pubblico ufficiale ed aventi carattere meramente dichiarativo di dati in possesso della pubblica amministrazione, assistito da pubblica fede ai sensi dell'articolo 2700 c.c., facente pertanto prova fino a querela di falso (Consiglio di Stato Sezione IV, 12 marzo 2009 n. 1458).

Tuttavia, una volta acquisito il documento unico di regolarità contributiva, spetta alla stazione appaltante

decidere se le risultanze ivi contenute, oggettivamente non controvertibili - oltre alla definitività dell'accertamento, necessaria per ritenere integrato il precetto normativo di cui all'art. 38 - siano idonee e sufficienti anche a giustificare un giudizio in termini di gravità di una violazione che sia emersa dal d.u.r.c.; in altri termini, un conto è la regolarità contributiva formale rimessa al potere di accertamento e di valutazione dell'Istituto previdenziale, un conto è la gravità di una violazione in materia contributiva e previdenziale ai fini della partecipazione ad una gara pubblica che impone un'ulteriore valutazione alla stazione appaltante, cui è rimesso in via esclusiva il compito di verificare discrezionalmente se, in presenza di quella violazione, il concorrente debba ritenersi non affidabile con riferimento all'osservanza di norme poste a tutela dei lavoratori e a presidio della stessa serietà e continuità dell'attività di impresa.

In data 21 maggio 2009 la Ricorrente s.r.l. veniva dichiarata aggiudicataria provvisoria della procedura aperta indetta dal Comune di Acerra per l'affidamento del servizio triennale di pulizia dei locali della casa comunale e della ex Pretura, gara da aggiudicarsi con il criterio del massimo ribasso. Dell'aggiudicazione veniva data comunicazione alla società con nota n. 21846 del 13 maggio 2009.

Avviata la fase di verifica del possesso dei requisiti, con nota n. 28922 del 18 giugno 2009 la stazione appaltante comunicava alla Ricorrente s.r.l. che dagli accertamenti eseguiti erano emerse violazioni di natura fiscale per l'anno 2005, oltre ad una condizione di irregolarità nel versamento dei contributi - emergente dal d.u.r.c. ricevuto il 18 giugno 2009 - alla data 6 maggio 2009, giorno di svolgimento della gara, risultando tale inadempimento sanato solo con pagamenti successivi del 14 maggio 2009.

La Ricorrente s.r.l. con nota del 23 giugno 2009 n. 29314 rendeva giustificazioni sulla situazione contestata, evidenziando l'insussistenza di debiti tributari e rappresentando di avere eseguito già in data 16 marzo 2009 i propri versamenti contributivi mediante delega bancaria telematica; faceva altresì presente di non essere mai venuta a conoscenza delle cause del mancato pagamento all'INPS, confermando comunque di aver pagato la somma di €4.563,87, comprensiva di ravvedimento e sanzioni, nello stesso giorno in cui aveva ricevuto apposito sollecito da parte dell'ente previdenziale.

Mentre la condizione di irregolarità tributaria risultava superata dall'esistenza di corrispondenti sgravi

fiscali, per la situazione contributiva la stazione appaltante acquisiva in data 28 luglio 2009 nuovamente il d.u.r.c. della Ricorrente s.r.l. alla data del 6 maggio 2009, documento che ovviamente non poteva che confermare l'irregolarità dei versamenti, sanati solo il 14 maggio 2009.

In data 27 agosto 2009 con determinazione n. 401 il dirigente del settore, sulla scorta dei dati emergenti dai due d.u.r.c. della Ricorrente s.r.l. rispettivamente del 18 giugno e del 22 luglio 2009 riteneva sussistenti i presupposti per la revoca dell'aggiudicazione provvisoria per mancanza del requisito di cui all'art. 38, primo comma lettera i) del d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163; con lo stesso provvedimento veniva disposto l'incameramento della cauzione provvisoria e la segnalazione all'Autorità di Vigilanza.

Con la prima censura la ricorrente contestava che del tutto irragionevolmente la stazione appaltante aveva insistito nel ritenere irregolare la sua situazione contributiva sulla base dei due d.u.r.c., essendo stato per converso adeguatamente dimostrato che le ragioni del mancato tempestivo versamento erano dovute ad un mero errore materiale di digitazione di un codice INPS nella delega bancaria telematica che aveva determinato il mancato esito della fase di pagamento.

Con il secondo motivo di ricorso la Ricorrente s.r.l. nel rilevare che la sua condizione di non regolarità contributiva avrebbe dovuto imporre alla stazione appaltante, al più, un provvedimento di annullamento e non già di revoca dell'aggiudicazione, negava di avere commesso una grave violazione in materia contributiva ai sensi dell'art. 38, primo comma lettera i) del d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163, trattandosi del mancato tempestivo pagamento di una somma esigua da parte di una società mai incorsa in precedenti ritardi o omissioni. In terzo luogo, si evidenziava che la valutazione di regolarità contributiva era di esclusiva competenza dell'istituto previdenziale e non anche della stazione appaltante.

Con l'ultimo motivo di impugnazione la ricorrente contestava la segnalazione all'Autorità di Vigilanza e l'incameramento della cauzione disposta con il provvedimento impugnato.

Qual è il parere dell'adito giudice amministrativo?

Il secondo motivo del ricorso principale è fondato.

L'art. 38 del d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163 stabilisce che “sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, nè possono essere affidatari di subappalti, e non possono stipulare i relativi contratti i soggetti... i) 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”.

La medesima disposizione, al terzo comma, stabilisce altresì che “resta fermo, per l'affidatario, l'obbligo di presentare la certificazione di regolarità contributiva di cui all'articolo 2, del decreto-legge 25 settembre 2002, n. 210, convertito dalla legge 22 novembre 2002, n. 266 e di cui all'articolo 3, comma 8, del decreto legislativo 14 agosto 1996, n. 494 e successive modificazioni e integrazioni”.

Questione preliminare da risolvere nell'economia del presente giudizio è quella che riguarda l'accertamento della “grave violazione, definitivamente accertata, alle norme in materia di contributi previdenziali ed assistenziali” e segnatamente se, a tal fine, la stazione appaltante debba limitarsi a recepire quanto contenuto nel documento unico di regolarità contributiva, in tal senso individuando la competenza a verificare la sussistenza del requisito in capo alla sola autorità previdenziale, oppure se la caratteristica di “gravità” rappresenti un elemento ulteriore della fattispecie rispetto al dato formale emergente dal d.u.r.c., in quanto tale sottendente una valutazione autonoma della medesima stazione appaltante, quale titolare del potere di accertamento della sussistenza dei requisiti di partecipazione in capo ai concorrenti.

Al riguardo, va osservato che sebbene sulla questione non vi sia stata uniformità di vedute, secondo l'orientamento prevalente, a cui il Collegio aderisce, la valutazione circa l'esistenza di gravi violazioni in materia contributiva e previdenziale come requisito generale di partecipazione alle gare costituisce oggetto di autonoma valutazione da parte della stazione appaltante, rispetto alla quale le risultanze del documento unico di regolarità contributiva si pongono come elementi indiziari, da cui non può prescindere, ma che comunque non esauriscono l'ambito di accertamento circa la sussistenza di una violazione "grave" (Consiglio di Stato VI Sezione, 4 agosto 2009 n. 4907).

Al riguardo, la stazione appaltante ben potrà limitarsi a recepire il documento unico di regolarità contributiva e ritenere che eventuali situazioni dall'INPS ritenute come condizioni di irregolarità contributiva - quali, ad esempio, il non tempestivo versamento o il mancato o parziale pagamento di contributi effettivamente dovuti - costituiscano di per sé anche una violazione grave, tale da giustificare l'estromissione dalla gara; ovviamente, il semplice rinvio operato alle risultanze del d.u.r.c. non esclude la sindacabilità del provvedimento di esclusione sotto il profilo dell'adeguatezza e della sufficienza dell'istruttoria e della motivazione, ma soprattutto dal punto di vista della razionalità e proporzionalità di una decisione amministrativa che implicitamente abbia fatto coincidere irregolarità contributiva e gravità della violazione.

Ed in questi termini risulta fondato il ricorso nella parte in cui è stata ritenuta illegittima la decisione della stazione appaltante di non disporre l'aggiudicazione definitiva della gara in favore della ricorrente, essendosi la stessa limitata a richiamare il contenuto del d.u.r.c. ed a sovrapporre in tal modo irregolarità contributiva e gravità della violazione; infatti, nonostante fosse al Comune di Acerra ben nota l'intera vicenda che aveva dato luogo a quello che può essere definito al più come un mero disguido, sarebbe stato conforme a principi di una corretta ed razionale azione amministrativa tenere in considerazione la causa del mancato tempestivo pagamento, l'ammontare della somma non versata ed il comportamento di immediata regolarizzazione da parte della Ricorrente s.r.l., al fine di poter valutare al meglio se, sia sotto il profilo della imputabilità soggettiva, sia da un punto di vista di incidenza oggettiva della irregolarità, si fosse realmente in presenza di una violazione grave ai sensi dell'art. 38 del d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163.

In questi termini, il ricorso principale deve essere accolto, con conseguenziale annullamento della

determinazione dirigenziale n 401 del 28 agosto 2009 di revoca dell'aggiudicazione, fatti i salvi gli ulteriori provvedimenti dell'amministrazione.

Si legga anche

Attesa la natura giuridica del DURC, non residua in capo alla stazione appaltante alcun margine di valutazione o di apprezzamento in ordine ai dati ed alle circostanze in esso contenute.

La regolarità contributiva e fiscale delle imprese partecipanti alla gara per l'aggiudicazione di appalti con la p.a. deve essere presente al momento della offerta e deve essere assicurata pure in momenti successivi alla presentazione della domanda e dell'offerta e quindi certamente fino al momento della aggiudicazione, essendo palese la esigenza per la stazione appaltante di verificare l'affidabilità del soggetto partecipante alla gara fino alla conclusione della stessa (C. Stato, IV, 31 maggio 2007, n.2876).

La necessità della regolarità è tale che il presupposto normativo consente alla amministrazione di appurare, in presenza di elementi contraddittori, la reale situazione in ordine, tra l'altro, anche alla posizione contributiva della singola ditta partecipante (C. Stato, IV, 31 maggio 2007, n.2876).

A seguito della entrata in vigore della disciplina sul certificato di regolarità contributiva, dettata dagli articoli 2, d.l. 25 settembre 2002, n.210, come modificato dalla l.conv. 22 novembre 2002 n.266, e 86 comma 10 d.lgs. 10 settembre 2003, n.276, la verifica della regolarità contributiva delle imprese partecipanti alle procedure di gara per l'aggiudicazione di appalti con la pubblica amministrazione è demandata agli istituti di previdenza, le cui certificazioni si impongono alle stazioni appaltanti, che non possono sindacarne il contenuto (Consiglio Stato, V, 23 gennaio 2008, n.147).

In materia di gare per l'aggiudicazione di lavori pubblici, dalla disciplina istitutiva del Durc (Documento

unico di regolarità contributiva, rilasciato in base a convenzioni tra Inps e Inail ai sensi dell'articolo 2 comma 2 d.l. 25 settembre 2002 n.210), l'impresa che si rende aggiudicataria di un appalto deve non solo essere in regola con gli obblighi previdenziali ed assistenziali sulla stessa gravanti fin dal momento della presentazione della domanda, ma deve conservare la correttezza contributiva per tutto lo svolgimento del rapporto contrattuale.

Ne consegue che l'eventuale accertamento di una pendenza di carattere previdenziale o assistenziale in capo all'impresa pur dichiarata aggiudicataria dell'appalto prodottasi anche in epoca successiva alla scadenza del termine per partecipare al procedimento di scelta del contraente implica, a seconda dei casi, la impossibilità per l'amministrazione appaltante di stipulare il contratto con l'impresa medesima, ovvero la risoluzione dello stesso; sempre in forza di ciò, è del tutto irrilevante un eventuale adempimento tardivo della obbligazione contributiva quand'anche ricondotto retroattivamente, quanto ad efficacia, al momento della scadenza del termine di pagamento.

In tema di affidamento di un appalto di lavori pubblici, la produzione di un durc, entro il periodo di sua efficacia, è utile non solo al fine della partecipazione alla gara, ma è anche idoneo a comprovare la posizione di regolarità o irregolarità contributiva di cui all'articolo 75 dpr 554/1999; pertanto, una volta che il legislatore abbia normato lo spazio temporale entro il quale un durc deve ritenersi valido (nella specie copriva fino alla fase di aggiudicazione e non era consentita una regolarità successiva), la sua efficacia vale sotto tutti i profili per i quali viene in rilievo nell'ambito di una gara.

Si ritiene anche che - a causa della inderogabilità e imperatività della disciplina in questione - nel caso in cui un bando di gara di appalto pubblico non preveda l'obbligo per l'impresa che risulti aggiudicataria di presentare alla stazione appaltante la certificazione relativa alla regolarità contributiva, il medesimo bando debba intendersi integrato dalla prescrizione di tale obbligo di cui all'art. 2, d.l. 25 settembre 2002, n.210. L'articolo 1 comma 1 d.l. 25 settembre 2002 n.210 (convertito con modificazioni dalla l.22 novembre 2002 n.266), ha stabilito che le imprese affidatarie di un appalto pubblico sono tenute a presentare alla stazione appaltante la certificazione relativa alle regolarità contributive a pena di revoca dell'affidamento. Una evidente logica di economia dei mezzi giuridici conduce a interpretare la norma citata nel senso di rendere doverosa la esclusione dalla gara quante volte, come nella specie, la situazione

di irregolarità sia conclamata, alla stregua della documentazione amministrativa in possesso dalla stazione appaltante, in uno stadio anteriore all'intervento della aggiudicazione; e tanto al fine di evitare la illogica aggiudicazione di una gara destinata ad essere oggetto di successiva ed obbligatoria autotutela alla stregua della normativa ora richiamata (Consiglio di Stato, VI; 29 ottobre 2004, n.7045).

La regolarità va accertata in capo già al mero partecipante (che in ipotesi può essere affidatario) e in tale senso non può ravvedersi una diversità di rigidità della disciplina tra partecipanti e affidatari.

La difesa dell'impresa ricorda che l'articolo 38 comma 1 lettera i) richiede la sussistenza di "violazioni gravi" e la semplice menzione nel DURC della assenza di regolarità contributiva non può condurre di per sé alla esclusione della impresa risultata non in regola anche perché il documento in questione non specifica nulla a proposito della definitività dell'accertamento (in tal senso parere della Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di Lavori, Servizi e Forniture n.102 dell'8 novembre 2007, che in sostanza demanda la decisione alla stazione appaltante).

In senso contrario rispetto alle posizioni difensive della impresa ALFA va osservato che nella specie la partecipante, poi affidataria, come risulta dalle relative attestazioni, alla data del 17 dicembre 2007, coincidente con la avvenuta aggiudicazione, non era in regola né con la Cassa edile né con l'INPS.

Si tratta quindi di una irregolarità grave e sussistente già all'epoca della fase di aggiudicazione.

Non risulta inoltre la contestazione o confutazione di tali attestazioni e il DURC assume la valenza di una dichiarazione di scienza, da collocarsi fra gli atti di certificazione o di attestazione redatti da un pubblico ufficiale ed aventi carattere meramente dichiarativo di dati in possesso della pubblica amministrazione, assistito da pubblica fede ai sensi dell'articolo 2700 c.c., facente pertanto prova fino a querela di falso.

Attesa la natura giuridica del DURC, non residua in capo alla stazione appaltante alcun margine di valutazione o di apprezzamento in ordine ai dati ed alle circostanze in esso contenute.

Non risulta che per la situazione di attestata irregolarità sia stato attivato alcun tipo di tutela al fine di contestare l'accertamento (tutela che, se azionata in modo non temerario, avrebbe reso non definitivamente accertato il grave inadempimento).

Nella specie si è verificata in primo luogo una ipotesi di falsità della dichiarazione in merito alla posizione di regolarità contributiva; in secondo luogo, e in ogni caso, la posizione di irregolarità contributiva deve ritenersi acclarata, non contestata, non regolarizzabile a posteriori, non contestata in fatto, da valutarsi certamente non lieve, riguardando in quel periodo di riferimento, ben due istituti su tre.

A cura di *****

Riportiamo qui di seguito la sentenza numero 10763 del 7 settembre 2010 pronunciata dal Tar Campania, Salerno

N. 10763/2010 REG.SEN.

N. 00035/2009 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

sezione staccata di Salerno (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

Sul ricorso numero di registro generale 35 del 2009, integrato da motivi aggiunti, proposto da:
Ricorrente s.r.l., con sede in Battipaglia, in persona del legale rappresentante pro tempore,

rappresentato e difeso dall'avv. *****
con domicilio eletto presso il
studio in Salerno, corso ***** n. 181;

contro

- Comune di Salerno, in persona del sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dagli avv. ***** , ***** , ***** , con domicilio eletto presso l'ufficio legale del comune in Salerno, via Roma, presso il Palazzo di Città;

nei confronti di

- Controinteressata. Costruzioni s.r.l (in seguito Controinteressata), in persona del legale rappresentante pro tempore, non costituitosi in giudizio.

per l'annullamento

A. quanto al ricorso introduttivo:

1. del provvedimento prot. n.165819 del 16 ottobre 2008 con il quale il comune di Salerno ha escluso la società ricorrente dalla gara di appalto per l'esecuzione dei lavori di manutenzione straordinaria della rete viaria urbana;

2. della nota del 4 dicembre 2008, con la quale l'amministrazione comunale, in risposta alle deduzioni notificate dalla ricorrente, ha confermato i provvedimenti assunti;

3. di tutti i verbali di gara, non conosciuti, redatti dalla commissione ovvero dal soggetto deputato all'espletamento della gara e, in particolare, del verbale nel quale è stata disposta l'esclusione della

società ricorrente;

4. della determina dirigenziale, ove intervenuta, recante l'approvazione dei verbali di gara e l'aggiudica definitiva;

5. di ogni altro atto non conosciuto, presupposto, connesso o conseguente, ivi comprese, per quanto occorra, le note del 17 e del 20 ottobre 2008 (prot. nn. 167190, 165949, 165880) con le quali il funzionario responsabile del servizio appalti del comune di Salerno ha avviato, nei confronti della ricorrente, il procedimento sanzionatorio per l'assunta non veridicità della dichiarazione relativa alla regolarità del DURC.

B. quanto al ricorso per motivi aggiunti:

1. del verbale del 10 giugno 2008 (conosciuto il 20 gennaio 2009) della commissione di gara, recante l'aggiudicazione provvisoria in favore di Controinteressata;

2. della determina dirigenziale, ove intervenuta, recante l'approvazione dei verbali di gara e l'aggiudicazione definitiva in favore di Controinteressata;

3. di ogni altro atto, presupposto, connesso o conseguente.

Nonché per il risarcimento, ai sensi degli artt. 35 d. lgs. n. 80 del 1998 e 7 L. 1034 del 1971, come modificati dall'art. 7 L. n. 205 del 2000, di tutti i danni anche in forma specifica derivanti alla ricorrente per effetto degli atti impugnati.

Visti il ricorso introduttivo ed i motivi aggiunti, con i relativi allegati;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Vista l'ordinanza cautelare n. 182 del 20 febbraio 2010.

Relatore alla pubblica udienza del giorno 20 maggio 2010 il dott. ***** ed uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale.

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Il comune di Salerno ha indetto una gara d'appalto per l'affidamento dei lavori di manutenzione straordinaria della rete viaria urbana - lotto c - zona Frazioni, per un importo a base d'asta di € 750.000,00.

Al procedimento è stata invitata ed ha partecipato la società ricorrente.

In esito allo svolgimento della gara, come emerge dal verbale del 10 giugno 2008, depositato in giudizio dall'amministrazione comunale, l'appalto è stato aggiudicato in via provvisoria alla controinteressata

Controinteressata; la Ricorrente si è classificata a secondo posto.

La stazione appaltante, procedendo alla verifica dei requisiti di ordine generale di cui all'art. 38 d. lgs n. 163 del 2006, col menzionato provvedimento prot. n. 165819 del 16 ottobre 2008, ha tuttavia escluso la ricorrente dal procedimento di gara per irregolarità emersa dal DURC, essendo accertato la sussistenza di un debito contributivo nei confronti della Cassa edile salernitana per l'importo pari ad € 5.017,00, con decorrenza 1° giugno 2008.

Di conseguenza, con nota prot. n. 167190 del 22 ottobre 2008, il Comune ha trasmesso all'Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici la documentazione relativa alla posizione della ricorrente per l'adozione degli eventuali provvedimenti sanzionatori di competenza, annotando la segnalazione ricevuta dal comune di Salerno nel casellario informatico.

Avverso i menzionati provvedimenti Ricorrente ha presentato l'odierno ricorso, notificato il 30.12.2008 e depositato il successivo il 7 gennaio, affidato ai seguenti motivi:

1. violazione e falsa applicazione del bando di gara; dell'art. 38, comma 1, lett. I, del d. lgs. n. 163 del 2006; dell'art. 29, comma 1, lett. e) ed f), della direttiva del consiglio 18.6.1992 n. 92/50/CE; eccesso di potere per difetto dei presupposti e d'istruttoria, erroneità, ingiustizia manifesta e sviamento.

La ricorrente né alla data di pubblicazione del bando né successivamente ha commesso gravi violazioni contributive; inoltre queste non sono state mai definitivamente accertate.

2. violazione degli artt. 3, 10 e ss. L. n. 241 del 1990; violazione e falsa applicazione del bando di gara, dell'art. 38, comma 1, lett. i), del d. lgs. n. 163 del 2006 e dell'art. 29, comma 1, lett. e) ed f), della direttiva del consiglio 92/50/Ce; eccesso di potere per insufficienza della motivazione, difetto dei

presupposti e d'istruttoria, erroneità, ingiustizia manifesta e sviamento.

L'amministrazione ha l'obbligo di valutare, con adeguata motivazione, le memorie scritte e i documenti presentati dai soggetti interessati.

Il comune di Salerno si è costituito in giudizio e, con memoria depositata del 20.1.2009, ha rilevato l'infondatezza del ricorso.

La ricorrente, a seguito della costituzione in giudizio dell'amministrazione comunale, è venuta a conoscenza dell'aggiudicazione provvisoria in favore della controinteressata Controinteressata. Ha quindi proposto motivi aggiunti, notificati il 28 gennaio 2009 e depositati il 30 successivo, con i quali ha riproposto, per illegittimità derivata, i motivi di censura formulati col ricorso introduttivo.

Ha chiesto l'annullamento degli atti impugnati ed il risarcimento del danno, vinte le spese.

Il comune ha replicato con altra memoria depositata il 18 febbraio 2009 nella quale ha ribadito le proprie ragioni.

Con ordinanza n. 182 del 20 febbraio 2009 il Tar ha accolto l'istanza di sospensione cautelare dei provvedimenti impugnati limitatamente alle annotazioni sul casellario informatico.

Alla pubblica udienza del 20 maggio 2010, la causa è passata in decisione.

DIRITTO

Può affrontarsi direttamente l'esame del ricorso per motivi aggiunti essendo con lo stesso impugnata l'aggiudicazione in favore della controinteressata e riproposte le doglianze avverso gli atti già impugnati col ricorso introduttivo il quale va, pertanto, dichiarato improcedibile.

Il ricorso per motivi aggiunti è infondato.

Le diverse censure a vario titolo formulate, in considerazione dei profili di sostanziale omogeneità nelle stesse riscontrabili, possono essere trattate congiuntamente.

L'impugnato provvedimento del 16 ottobre 2008 che ha comportato l'esclusione dalla gara della società ricorrente e l'attivazione dei conseguente provvedimenti sanzionatori (incameramento della cauzione e segnalazione all'Autorità di Vigilanza), è dovuto all'irregolarità contributiva riscontrata dal DURC della Cassa edile di Salerno, attestante l'omesso pagamento di euro 5.017,00, con decorrenza 1° giugno 2008.

Parte ricorrente, al riguardo, non contesta il fatto storico dell'irregolarità, tant'è che ha provveduto in seguito al relativo pagamento, precisamente nelle date del 19 e 24 giugno 2008, ma ne fornisce una giustificazione imputando l'inadempimento ad un mero disguido con la propria banca.

La circostanza è tuttavia irrilevante e non tanto perché la ricorrente non fornisce alcuna evidenza probatoria al riguardo ma perché è ben chiaro che eventuali inadempimenti o inesatti adempimenti della banca, nel provvedere con tempestività e completezza al versamento delle imposte o dei contributi dovuti, dispiegano i loro effetti esclusivamente all'interno del rapporto contrattuale con il cliente. Essi quindi non sono in grado di atteggiarsi quali attendibili e valide giustificazioni tese ad evitare, ovvero attenuare, la responsabilità del partecipante ad una gara pubblica il quale, in definitiva, ha omesso la diligente osservanza degli obblighi imposti dal bando e dalla normativa di settore.

Non rileva inoltre la circostanza della regolarizzazione postuma. E' sufficiente richiamare sul punto il consolidato orientamento giurisprudenziale (cfr., per tutti, Cons. St., sez. V, n. 5896/2009 e Tar Lazio, Roma, sez. III ter, n. 11598/2009) secondo cui la regolarità contributiva non solo deve sussistere alla data di presentazione della domanda, ma deve conservarsi per tutto lo svolgimento della procedura ed anche durante l'esecuzione del contratto.

Ammettere la regolarizzazione successiva costituirebbe in senso contrario un pericoloso vulnus al principio della par condicio dei partecipanti in quanto costituirebbe la premessa per una generalizzata sanatoria di posizioni irregolari in un settore, quello dei contributi previdenziali, nel quale l'obiettivo del legislatore è proprio quello di verificare e premiare comportamenti "virtuosi" perché conformi agli obblighi di legge (sull'irrilevanza di eventuali adempimenti tardivi v. altresì la deliberazione n. 89/2006 dell'Autorità di Vigilanza).

Parte ricorrente ha peraltro rilevato che il DURC, per quanto evidenzi una posizione contributiva irregolare, non può essere ritenuto di per sé sufficiente a cagionare l'esclusione di un'impresa da una gara d'appalto, essendo invece indispensabile che l'infrazione stessa si caratterizzi per il requisito della gravità e sia definitivamente accertata, aspetti che non sono stati presi in sufficiente considerazione dalla stazione appaltante.

La censura investe il tema dell'esatta nozione di "grave irregolarità contributiva", sulla quale gli orientamenti della giurisprudenza non appaiono univoci.

Sul punto l'art. 38, comma 1, lett. 1) del d. lgs. 163/2006 esclude espressamente dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, i soggetti "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".

La normativa di riferimento va esattamente individuata nell'art. 2, comma 1, del d. l. n. 210/2002, convertito dalla l. n. 266/2002, nonché nel citato art. 38 d. lgs. n. 163/2006 che, al comma 3, stabilisce l'obbligo per i concorrenti e per le stazioni appaltanti, rispettivamente, di presentare la documentazione e di compiere gli accertamenti diretti a verificare la regolarità contributiva.

Sul punto parte della giurisprudenza ha chiarito che le dichiarazioni non veritiere rese in tale ambito rilevano di per sé, in termini di gravità, indipendentemente dal peso e dal carattere definitivo dell'irregolarità contributiva (TAR Sicilia Catania, sez. III, 13 novembre 2009, n. 1871).

Tuttavia, sull'argomento si sta affermando di recente un diverso indirizzo giurisprudenziale secondo cui il semplice rinvio operato alle risultanze del DURC non esclude la possibilità di sindacato del provvedimento di esclusione, sotto il profilo dell'adeguata istruttoria e motivazione. Ciò imporrebbe, dal punto di vista della razionalità e della proporzionalità di una decisione amministrativa, che la stazione appaltante non potrebbe far coincidere i diversi elementi dell'irregolarità contributiva e della gravità della violazione (cfr. TAR Campania, Napoli, sez. I, 11 gennaio 2010, n. 51). In questo senso è stato affermato che un conto è la regolarità contributiva formale, rimessa al potere di accertamento e di valutazione dell'Istituto previdenziale, un conto è la gravità della violazione in materia contributiva e previdenziale, ai fini della partecipazione ad una gara. L'analisi di quest'ultimo profilo sarebbe infatti rimessa alla stazione appaltante che, in concreto ed al di fuori di ogni automatismo, dovrebbe per l'appunto valutare la presenza di indici sintomatici della gravità dell'infrazione, tali da giustificare l'estromissione dalla gara.

Questi elementi non poggerebbero quindi esclusivamente su dati numerici come, invece, è riscontrabile nel d.m. 24 ottobre 2007 (TAR Reggio Calabria, 23 marzo 2010, n. 296), ma guarderebbero ad una diversità di fattori: rapporto tra il quantum dell'irregolarità ed il prezzo a base della gara, l'offerta presentata, il numero e la ricorrenza delle infrazioni.

Su queste premesse, il Collegio è dell'avviso che alcuna censura possa essere mossa alla stazione appaltante posto che, una volta acquisiti i dati del DURC, non ha disposto l'esclusione immediata ed automatica della ricorrente, ma ha correttamente instaurato il contraddittorio chiedendo chiarimenti con

nota del 10 luglio 2008.

Le giustificazioni addotte dalla ricorrente non sono apparse sufficienti a superare le riscontrate irregolarità contributive sicché la stazione appaltante non ha potuto che disporre l'esclusione.

Del pari legittimi sono l'escussione della cauzione provvisoria e la segnalazione del fatto all'Autorità di vigilanza, a fronte di una violazione degli obblighi di gara chiaramente imputabile al ricorrente.

Ne discende, per le ragioni sopra indicate, la piena legittimità dell'operato della Stazione appaltante e, pertanto, l'infondatezza delle censure dedotte con il ricorso per motivi aggiunti.

Va da sé che l'infondatezza del ricorso comporta il rigetto della richiesta di risarcimento del danno.

Le spese di giudizio, in considerazione degli indirizzi non univoci della giurisprudenza sulla questione controversa, relativa al requisito della gravità delle violazioni agli obblighi contributivi, possono comunque compensarsi tra le parti costituite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania, Sede di Salerno, Sezione prima, definitivamente pronunciando sul ricorso n. 35/2009 R.G. in epigrafe indicato:

- dichiara improcedibile il ricorso introduttivo;

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

IL SEGRETARIO

<https://www.diritto.it/non-puo-essere-colpa-della-banca-la-mancata-dimostrazione-della-regolarita-fiscale/>