

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 18/02/2010

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/28947-illegittimo-annullamento-di-un-aggiudicazione-con-relativa-illegittima-escussione-della-cauzione-provvisoria>

Autore: Lazzini Sonia

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

Tar Campania, Napoli, 11.01.2010 n. 51

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, né 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 consequenziale 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.

Riportiamo qui di seguito la sentenza numero 51 dell' 11 gennaio 2010 emessa dal Tar Campania, Napoli

N. 00051/2010 REG.SEN.

N. 04927/2009 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

Sul ricorso n. 4927/09 R.G., proposto da:

Ricorrente Srl, in persona del legale rappresentante p.t. rappresentata e difesa dall'avvocato Fulvio De Angelis, con domicilio eletto presso lo stesso in Napoli, via Vittoria Colonna,9;

contro

Comune di Acerra, in persona del Sindaco p.t., non costituito in giudizio;

nei confronti di

Ccs-Consorzio Controinteressata Service, in persona del legale rappresentante p.t. rappresentato e difeso dall'avvocato Cristina Serafino, con domicilio eletto presso Vincenzo Ferraiuolo in Napoli, via dei Fiorentini n. 61;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia,

della determina dirigenziale n.401 del 28.8.09 r.g. n.922 del 28.8.09 di revoca dell'aggiudicazione provvisoria della gara bandita con determinazione n.132 del 3.3.09;del bando di gara;della nota prot. 35899 del 31.8.09; e di ogni altro atto connesso e conseguente.

Nonché per l'annullamento su ricorso incidentale

Della determinazione di esclusione dalla gara del Consorzio Controinteressata Service n. 975 del 21 settembre 2009.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Ccs-Consorzio Controinteressata Service, nonché il ricorso incidentale;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Uditi all'udienza pubblica del giorno 18 novembre 2009 – relatore il consigliere Paolo Corciulo - i difensori delle parti come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

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.

Il provvedimento veniva comunicato alla Ricorrente s.r.l. con nota n. 35899 del 31 agosto 2009.

Avverso il provvedimento di revoca e contro la nota di comunicazione proponeva ricorso a questo Tribunale Amministrativo Regionale la Ricorrente s.r.l. chiedendone l'annullamento, previa concessione di idonee misure cautelari.

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.

Con decreto presidenziale n. 2220/09 del 25 settembre 2009 veniva concessa tutela cautelare inaudita altera parte.

Si costituiva in giudizio il Consorzio Controinteressata Service, società che si era collocata seconda in graduatoria e che anch'essa era stata esclusa in sede di verifica dei requisiti di partecipazione per accertate irregolarità fiscali di alcune sue società

consorziate. A tal proposito, proponeva ricorso incidentale volto ad ottenere l'annullamento della sua esclusione.

Il Comune di Acerra non si costituiva in giudizio.

Alla camera di consiglio del 7 ottobre 2009 il Tribunale, con ordinanza n. 2265/09, accoglieva la domanda cautelare della ricorrente principale e respingeva quella del Consorzio Controinteressata Service.

All'udienza del 18 novembre 2009 la causa veniva trattenuta per la decisione.

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).

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.

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.

Deve invece essere dichiarata l'inammissibilità del ricorso incidentale, sia perché – a prescindere da ogni ulteriore questione di ritualità - non risulta eseguita la notificazione dell'atto al Comune di Acerra, non costituito in giudizio, sia perché l'accoglimento del ricorso principale renderebbe comunque privo di attuale utilità l'eventuale accoglimento del mezzo di impugnazione in argomento.

Sussistono giusti motivi per compensare tra le parti le spese processuali.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania, I Sezione

- accoglie il ricorso principale e per l'effetto annulla il provvedimento impugnato;
- dichiara inammissibile il ricorso incidentale;
- spese compensate.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 18 novembre 2009 con l'intervento dei Magistrati:

Antonio Guida, Presidente

Paolo Corciulo, Consigliere, Estensore

Francesco Guarracino, Primo Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 11/01/2010

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

IL SEGRETARIO