

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 13/05/2010

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/29407-principio-consolidato-quello-secondo-cui-la-regolarit-contributiva-richiesta-in-via-dinamica-vale-a-dire-non-solo-per-tutto-lo-svolgimento-della-gara-e-al-momento-della-stipulazione-del-contratto>

Autore: Lazzini Sonia

È principio consolidato quello secondo cui la regolarità contributiva è richiesta in via dinamica, vale a dire non solo per tutto lo svolgimento della gara e al momento della stipulazione del contratto, ma anche al momento della partecipazione alla gara ,

C.St. 09.04.2010 n. 1998

È principio consolidato quello secondo cui la regolarità contributiva è richiesta in via dinamica, vale a dire non solo per tutto lo svolgimento della gara e al momento della stipulazione del contratto, ma anche al momento della partecipazione alla gara, restando irrilevante un eventuale adempimento tardivo della relativa obbligazione

la irregolarità rende oggettivamente falsa (e di per sé ragione di esclusione) la dichiarazione resa dalla Controinteressata due che in sede di gara aveva dichiarato di non avere commesso violazioni gravi, definitivamente accertate, alle norme in materia di contributi previdenziali.

L'Amministrazione se da un lato deve rimuovere il contratto (se nel frattempo stipulato), dall'altro lato è tenuta, durante il tempo necessario per procedere alla nuova aggiudicazione, a evitare che continuino a prodursi effetti irreversibili in contrasto con la sentenza e tali da pregiudicare la completa e puntuale esecuzione della medesima. Invero, annullata l'aggiudicazione, la prosecuzione dei lavori o del servizio è priva di titolo, e può essere consentita solo per lavori indifferibili, da retribuirsi, comunque, non a titolo contrattuale ma di indebito arricchimento (V. la recente decisione di questo Consiglio, sez. VI, 11 gennaio 2010 n.20).

Il TAR ha ritenuto di non condividere le censure proposte dalla ricorrente, attinenti alla errata o incongrua valutazione delle offerte, alla illegittima composizione della commissione giudicatrice e alla illegittima ammissione della aggiudicataria (per irregolarità contributiva della mandante Controinteressata due ritenendo tra l'altro a quest'ultimo riguardo che:

“4. Parimenti infondato è il quarto motivo di ricorso. A mezzo dello stesso, la ricorrente deduce che la Impianti Elettrici Calabresi s.n.c., capogruppo dell'ATI aggiudicataria, non era, al momento della scadenza del bando di gara in regola con gli obblighi contributivi. Tale grave irregolarità, dimostrata dal DURC, ottenuto dalla ricorrente a seguito di accesso, si appaleserebbe quale motivo idoneo e sufficiente a fondare l'esclusione dell'ATI aggiudicataria, ai sensi e per gli effetti dell'art. 38, comma I, lett. i), D.Lgs. n. 163/06.

La circostanza è stata ulteriormente trattata ed approfondita nelle memorie conclusive: la controinteressata ivi chiarisce di aver inoltrato richiesta del DURC in data 15 luglio 2008, in vista della stipula di un contratto di appalto con altra amministrazione e di aver ricevuto, il successivo 29 luglio, attestazione di irregolarità al 16 luglio 2008. Verificato che trattavasi del mancato pagamento di una rata della contribuzione INAIL per l'anno in corso, provvedeva immediatamente alla regolarizzazione, tant'è che, a seguito di nuova richiesta del DURC avanzata il 30 luglio, lo stesso risultava regolare. Precisa, altresì, che l'irregolarità era da imputare ad una rata di circa €.20.000 scaduta il 16 maggio 2008, a fronte della quale, l'amministrazione, constatato il mancato tempestivo pagamento della singola rata, aveva annotato a debito l'intero ammontare contributivo residuo, pari a circa €. 60.000 oltre gli interessi. Trattavasi dunque, nella tesi del controinteressato, di un mero ritardo nel pagamento e non di una irregolarità rilevante ai sensi dell'art. 38 del D.Lgs. n. 163/06.

4.1. Deve in proposito rilevarsi che l'art. 38, comma 1, lett.i) del codice dei contratti pubblici, nel richiedere il presupposto della gravità delle violazioni ed il loro definitivo accertamento stabilisce, in via generale ed in linea con le indicazioni interpretative della Corte di Giustizia (cfr. Corte di Giustizia CE, I, 9 febbraio 2006, C-226/04 e C-228/04), che l'inadempimento contributivo può essere considerato causa di esclusione solo ove sia grave e definitivamente accertato (T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, 22 ottobre 2008, n. 537, in termini Cons. St., VI, 27 febbraio 2008 n. 716) e non già quando l'impresa non sia in regola con il versamento al momento della scadenza del bando, atteso che, in tale ultima ipotesi, trattasi di mero ritardo produttivo di interessi e non di “violazione definitivamente accertata”. Del resto, la scelta del legislatore italiano di attuare, nel modo descritto, il disposto dell'art. 45 della direttiva 2004/18 - il quale fa invece riferimento al diverso e più ampio concetto di regolarità contributiva - è già stato esaminato, sia pur in relazione ad una prassi antecedente all'entrata in vigore del d.lgs 163/2006, dalla Corte di Giustizia che ha in quell'occasione affermato la facoltatività del recepimento della

predetta causa di esclusione ed, a fortiori, la possibilità di recepimento con minor grado di rigore (cfr. Corte di Giustizia CE, I, 9 febbraio 2006, C-226/04).

Dinanzi alle posizioni già espresse dalla Corte di Giustizia ed avuto riguardo al tenore letterale dell'art. 38 cit. si ritiene non sussistano i presupposti per una nuova rimessione della questione interpretativa alla Corte medesima, pur sollecitata dalla controinteressata per l'ipotesi di specifica soccombenza.

Come accennato, nel caso di specie trattasi di un ritardo nel pagamento di una rata di un debito contributivo, tra l'altro sanato pochi giorni dopo la conoscenza, non sussumibile nel concetto di violazione grave e definitivamente accertata preso a riferimento dal legislatore quale causa di esclusione.

Logico corollario è la conseguente insussistenza dell'ulteriore causa di esclusione, pur prefigurata dalla ricorrente, consistente nella falsità della dichiarazione, resa dall'A.T.I. Controinteressata S.p.A. - Controinteressata due S.n.c. in sede di offerta, di non trovarsi in alcuna delle situazione di cui all'art. 38".

2. Avverso detta sentenza ha proposto appello la ricorrente originaria, censurando le argomentazioni del TAR, con riguardo tra l'altro al quarto motivo del ricorso originario e osservando in proposito che:

-contrariamente a quanto statuito dal TAR, l'ATI aggiudicataria doveva essere esclusa dalla gara in quanto la soc. Impianti elettrici calabresi (Controinteressata due), mandante di tale ATI, ha violato l'art. 38 comma 1° lett. i) D. L.vo n.163/2006 per non essere in regola con gli obblighi contributivi al momento della scadenza del termine di presentazione delle domande (21 luglio 2008) per mancato versamento dei premi ed accessori dovuti al 16 luglio 2008 per circa euro 60.000 (come documentato in atti); né può ritenersi non grave tale irregolarità secondo quanto previsto dal D. M. 24 ottobre 2007 e nella specie la conoscenza del debito maturato va rapportata non alla data del rilascio del DURC negativo (29 luglio 2008), come erroneamente ritenuto dal TAR, ma alla data di scadenza della rata (16 maggio 2008); in ogni caso non può riconoscersi alcun effetto sanante ai fini della partecipazione alla gara al successivo pagamento.

Ha concluso chiedendo il risarcimento del danno anche per equivalente.

3. Si sono costituiti in giudizio l'Azienda ospedaliera e l'ATI aggiudicataria Controinteressata-Controinteressata due.

L'azienda ha rilevato che il DURC negativo prodotto dalla ricorrente in primo grado riguarda un'altra gara indetta dal comune di Rombiolo e comunque l'irregolarità riscontrata non costituisce una violazione grave e definitivamente accertata, ma un mero ritardo poi sanato come risulta dal DURC del 9 marzo 2009, rilasciato in relazione all'appalto in esame.

L'ATI aggiudicataria a sua volta ha proposto appello incidentale insistendo sulla regolarità del DURC presentato e precisando che i contributi dovuti erano stati già acclarati dall'Ente previdenziale che aveva accolto l'istanza di rateizzazione e che vi era stato sollecito pagamento una volta conosciuto l'omesso versamento; che rileva solo la regolarità del DURC presentato in sede di aggiudicazione e che l'art. 38 D. L.vo n. 163/2006 non opera una chiara scelta al fine di stabilire il momento di rilevanza della regolarità contributivi (al momento della domanda o dell'aggiudicazione) in contrasto con la normativa comunitaria di cui all'art. 29 direttiva 1992/50/CE e di cui all'art. 45 direttiva 2004/18/CE che richiede di precisare in anticipo il termine della regolarità contributiva, tanto più che l'art. 2 del D. L. n.210/2002 (convertito dalla L. n.266/2002) riferisce la regolarità contributiva all'affidamento dell'appalto e non al momento della partecipazione alla gara; che il bando di gara ed il disciplinare sono illegittimi (come già rilevato in sede di ricorso incidentale con censura non esaminata dal TAR) se interpretati nel senso di richiedere la regolarità contributiva al momento della partecipazione alla gara. Chiede altresì che, ove il Collegio ritenesse di interpretare l'art.38 d.lgs. n.163/2006, nel senso che la presenza di violazioni gravi va valutata al momento della presentazione delle domande, venga sollevata questione pregiudiziale alla Corte di giustizia ex art.234 del Trattato, perché valuti se una lettura dell'art.38 di questo tenore sia compatibile con l'art.29 della direttiva 92/50/CE e con l'art.45 della direttiva 2004/18/CE.

Qual è il parere dell'adito giudice amministrativo di appello del Consiglio di Stato?

5. L'appello principale è fondato, dovendosi condividere la doglianza avente carattere pregiudiziale, con assorbimento delle ulteriori doglianze, secondo cui l'ATI aggiudicataria doveva essere esclusa dalla gara in quanto la soc. Impianti elettrici calabresi (Controinteressata due), mandante dell'ATI prima

classificata, aveva violato l'art. 38 comma 1° lett. i) D. L.vo n.163/2006 per non essere in regola con gli obblighi contributivi al momento della scadenza del termine di presentazione delle domande (21 luglio 2008).

Tale irregolarità, dimostrata dal DURC ottenuto dalla ricorrente a seguito di accesso, sia pure riferito ad altro appalto, si appalesa idonea e sufficiente a fondare l'esclusione dell'ATI aggiudicataria, ai sensi e per gli effetti della menzionata disposizione legislativa.

5.1.La vicenda è stata trattata ed approfondita non solo negli scritti di primo grado e di appello ma anche in sede di discussione orale dell'odierna udienza e si è svolta nel modo seguente:

-le due imprese associate nell'ATI aggiudicataria hanno dichiarato, nell'autodichiarazione prescritta dal disciplinare di gara (art.3 punto 1) ai fini della partecipazione alla gara (con scadenza 21 luglio 2008) di essere in regola con gli obblighi contributivi di cui all'art. 38, comma 1 lett.i, del D. L.vo n.163/2006;

-intervenuta l'aggiudicazione definitiva a favore dell'ATI Controinteressata-Controinteressata due in data 26 febbraio 2009, l'Azienda ha proceduto alla verifica dei requisiti dichiarati ed è stato prodotto regolare documento unico di regolarità contributiva (DURC) alla data del 9 marzo 2009 da parte di Controinteressata due ;

-nell'impugnativa davanti al TAR (con ricorso depositato l'8 maggio 2009) l'ATI Ricorrente (seconda classificata) ha contestato la regolarità della posizione contributiva dell'ATI aggiudicataria al momento della domanda di partecipazione alla gara ed ha allegato copia del DURC acquisito in sede di accesso presso l'ente previdenziale (sia pure, come accennato, con riferimento ad una gara d'appalto indetta dal comune di Rombiolo) in cui si attesta che la posizione contributiva della soc. Emelca non risulta regolare alla data del 16 luglio 2008 per non aver versato i premi assicurativi per l'anno 2008 per un importo di euro 66.978, 48, o più esattamente per la rata in scadenza il 18 maggio 2008 pari a circa 20.000 euro;

-la soc. Controinteressata due ha poi pagato la somma dovuta e la sua posizione risulta regolare nel DURC riferito al 31 luglio 2008.

5.2.Da quanto esposto discende che la posizione dell'ATI aggiudicataria, in relazione alla mandante CONTROINTERESSATA DUE, non era regolare alla data di scadenza della domanda di partecipazione alla gara (21 luglio 2008) ai sensi dell'articolo 38, comma 1, lettera i), del D. Lgs. n. 163/2006 in quanto la violazione non solo era grave (lo scostamento tra le somme dovute e quelle versate era superiore al 5% delle somme dovute e superiore ad euro 100, che costituiscono il limite massimo previsto dall'art. 8 D. M. 24 ottobre 2007 per considerare non grave la irregolarità contributiva con riferimento a ciascun Istituto o Cassa) ma era anche definitivamente accertata, in quanto non contestata e oggetto di rateizzazione.

Né può considerarsi irrilevante l'irregolarità del DURC di Controinteressata due al momento della partecipazione alla gara, atteso che è principio consolidato quello secondo cui la regolarità contributiva è richiesta in via dinamica, vale a dire non solo per tutto lo svolgimento della gara e al momento della stipulazione del contratto, ma anche al momento della partecipazione alla gara , restando irrilevante un eventuale adempimento tardivo della relativa obbligazione (V. le decisioni di questo Consiglio, sez. V 23 gennaio 2008 n. 147 e sez. IV 12 marzo 2009 n. 1458). Tale conclusione è conforme anche a quanto ritenuto dall'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici, la quale con deliberazione in data 6 febbraio 2007 (richiamando la deliberazione n.89/2006) ha ribadito che "l'impresa deve essere in regola con gli obblighi contributivi fin dal momento della presentazione della domanda di partecipazione ovvero di presentazione delle offerte in caso di procedura aperta, essendo irrilevanti eventuali adempimenti tardivi".

5.4.La regolarità della posizione contributiva di Controinteressata due non può discendere dal il fatto che l'Azienda sanitaria appaltante non si è accorta dell'irregolarità sulla base della documentazione prodotta, in quanto prevale indubbiamente l'aspetto oggettivo dell'irregolarità rispetto allo stato soggettiva dell'Amministrazione.

5.5. Neppure vale sostenere la buona fede di Controinteressata due, la quale appena conosciuta l'irregolarità in data 29 luglio 2008 si sarebbe affrettata a sanarla il 31 successivo, in quanto, a parte l'irrelevanza di tale stato soggettivo di ignoranza , sta di fatto che l'irregolarità ha riguardato il mancato

pagamento all'ente previdenziale di una rata di un debito rateizzato, con la conseguenza che l'impresa doveva essere senz'altro a conoscenza della scadenza della relativa rata non versata tempestivamente.

Infine la irregolarità rende oggettivamente falsa (e di per sé ragione di esclusione) la dichiarazione resa dalla Controinteressata due che in sede di gara aveva dichiarato di non avere commesso violazioni gravi, definitivamente accertate, alle norme in materia di contributi previdenziali.

Contrariamente a quanto sostenuto dall'appellante incidentale (il cui gravame è perciò infondato), l'art. 38 D. L.vo n. 163/2006 opera una chiara scelta stabilendo che "sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamentoe non possono stipulare i relativi contratti" i soggetti che, tra l'altro, "hanno commesso violazioni gravi, definitivamente accertate, , rispetto alle norme in materia di contributi previdenziali ed assistenziali" (comma 1 lett. i).

Per cui la regolarità va accertata già in capo al mero partecipante (che in ipotesi può essere affidatario) e in tale senso non può ravvedersi una contraddittorietà tra la disciplina di cui all'art. 38, comma 1 lett. i, D. L.vo n. 163/2006 (che si rivolge ai soggetti partecipanti alle gare) e quella di cui all'art. 2, comma 1, D. L. 25 settembre 2002 (convertito dalla L. 22 novembre 2002 n. 266), che prevede la regolarità contributiva per le imprese affidatarie di appalti pubblici.

Di conseguenza, essendo rispettosi della normativa nazionale di settore e della normativa CE (atteso che l'art. 45 della Direttiva 2004/18/CE espressamente consente che gli Stati membri prevedano che possa essere escluso il partecipante che non sia in regola con gli obblighi relativi al pagamento dei contributi previdenziali e assistenziali). non possono ritenersi illegittimi il bando (punto III.2.1.) ed il disciplinare di gara (art. 3-documenti da inserire nella busta 1) nella parte in cui richiedono l'autocertificazione con riferimento, tra l'altro, alla regolarità contributiva per le imprese partecipanti alla gara.

L'Amministrazione se da un lato deve rimuovere il contratto (se nel frattempo stipulato), dall'altro lato è tenuta, durante il tempo necessario per procedere alla nuova aggiudicazione , a evitare che continuino a prodursi effetti irreversibili in contrasto con la sentenza e tali da pregiudicare la completa e puntuale esecuzione della medesima. Invero, annullata l'aggiudicazione, la prosecuzione dei lavori o del servizio è priva di titolo, e può essere consentita solo per lavori indifferibili, da retribuirsi, comunque, non a titolo contrattuale ma di indebito arricchimento (V. la recente decisione di questo Consiglio, sez. VI, 11 gennaio 2010 n.20) .

Pertanto, la domanda di risarcimento del danno avanzata dalla ricorrente non può essere esaminata in questa sede, essendo condizionata al riesame della situazione che effettuerà l'Amministrazione, anche in considerazione del fatto che l'appalto in esame ha una durata di sei anni e l'affidamento del servizio a favore dell'ATI aggiudicataria non è intervenuto prima del marzo 2009.

Si legga anche

A fronte, in particolare, di un giudicato di annullamento di un'aggiudicazione, l'Amministrazione se da un lato è tenuta a rimuovere il contratto e procedere alla nuova aggiudicazione, dall'altro lato è tenuta, durante il tempo necessario per procedere alla nuova aggiudicazione, a evitare che continuino a prodursi effetti irreversibili in contrasto con la sentenza e tali da pregiudicare la completa e puntuale esecuzione della medesima.

A fronte di una sentenza che annulla l'aggiudicazione, la prosecuzione dei lavori è priva di titolo, e può essere consentita solo per lavori indifferibili, da retribuirsi, comunque, non a titolo contrattuale ma di indebito arricchimento.

L'Amministrazione è pertanto tenuta a sospendere cautelatamente il contratto in corso di esecuzione.

L'adozione di tali misure conservative deve avvenire con ragionevole tempestività rispetto alla data in cui l'Amministrazione prende cognizione della sentenza.

I tempi sopra indicati per l'esecuzione delle sentenze (trenta giorni) sono termini entro i quali vanno adottati sia i provvedimenti positivi, sia le misure inibitorie. Se l'adozione di provvedimenti positivi

implica tempi maggiori, l'adozione di congrue misure inibitorie, essendo più semplice, non richiede tempi così lunghi.

Se ne deve trarre la conseguenza che sussiste la colpa dell'Amministrazione per aver consentito la prosecuzione dei lavori dopo il 22 aprile 2003 (computati così sette giorni lavorativi dalla notifica della sentenza avvenuta il 14 aprile 2003), sicché i lavori contabilizzati in favore dell'originario aggiudicatario nel s.a.l. n. 4 per il periodo 23 aprile - 15 maggio 2003, nonché i lavori contabilizzati nel s.a.l. n. 5 e riferibili al medesimo periodo 23 aprile - 15 maggio 2003 sono stati indebitamente sottratti all'esecuzione da parte dell'a.t.i., alla quale va perciò riconosciuto il risarcimento per equivalente del danno subito.

L'I.N.A.I.L. contesta in radice la misura del risarcimento accordato all'a.t.i., sotto il profilo che il T.a.r. dopo aver correttamente affermato la natura precontrattuale della responsabilità dell'Amministrazione, contraddittoriamente non ha liquidato il danno nei limiti dell'interesse negativo, ma ha riconosciuto l'interesse positivo, e dunque il mancato utile. Si sostiene che nella responsabilità precontrattuale non potrebbe essere riconosciuto il mancato utile, e che comunque il mancato utile non potrebbe essere forfetariamente liquidato nella misura del 10%, dovendo essere rapportato all'utile effettivo quale risulta dall'offerta presentata in gara.

Qual è il parere dell'adito giudice di appello del Consiglio di Stato?

Sul punto il Collegio osserva che la sentenza appare effettivamente contraddittoria laddove da un lato qualifica la responsabilità come precontrattuale, e dall'altro lato non ne trae la conseguenza di limitare la misura del risarcimento all'interesse negativo (comprensivo delle spese sostenute e della perdita di favorevoli occasioni) con esclusione dei vantaggi che si sarebbero conseguiti in caso di stipulazione ed esecuzione del contratto (Cass. civ., sez. III, 14 febbraio 2000 n. 1632; Cons. St., sez. IV, 27 dicembre 2004 n. 8220). Infatti il Tar riconosce anche il ristoro dell'interesse positivo (mancato utile). Il Collegio, poi, ritiene non condivisibile che il mancato utile venga forfetariamente quantificato nella misura del 10% del prezzo offerto in gara, preferendo l'orientamento che individua la percentuale di utile effettivo quale si desume dall'offerta presentata in gara (ex plurimis: Cons. St., sez. V, 13 giugno 2008 n. 2867; Id., 6 aprile 2009 n. 2143).

4.3. Tuttavia, posto che vi sono puntuali statuizioni della sentenza di primo grado che riconoscono il lucro cessante nonostante la qualificazione della responsabilità come precontrattuale, e quantificano il mancato utile forfetariamente nella misura del 10%, su tali statuizioni vi è la soccombenza dell'I.N.A.I.L. che sostiene la tesi opposta. Sicché, tali statuizioni, stante la soccombenza, dovevano essere contestate dall'I.N.A.I.L. mediante appello, invece risultano contestate solo con memoria non notificata.

4.4. Ne deriva l'inammissibilità delle questioni medesime, a causa del passaggio in giudicato di siffatte statuizioni, in difetto di tempestiva impugnazione.

Sicché il Collegio deve mantenere fermo il criterio stabilito dal Tar, e non impugnato, della risarcibilità dell'interesse positivo inteso come mancato utile, e della sua quantificazione forfetaria nella misura del 10%.

Il Collegio aggiunge che milita in favore del riconoscimento dell'interesse positivo la considerazione che dopo un giudicato da cui deriva l'obbligo per l'Amministrazione di aggiudicare e stipulare con la parte vittoriosa in giudizio, la responsabilità per mancata stipulazione non può essere qualificata come responsabilità precontrattuale, ma come responsabilità per inosservanza degli obblighi derivanti dal giudicato. Infatti un conto è la conduzione di una trattativa contrattuale, da cui non deriva mai un obbligo di stipulare il contratto, ma solo l'obbligo di buona fede (con conseguente responsabilità precontrattuale se si viola il dovere di buona fede), un conto è essere obbligati, in virtù di un giudicato, a procedere ad aggiudicazione e stipulazione. L'inadempimento dell'obbligo comporta la nascita della responsabilità contrattuale, anche se la fonte non è il contratto, ma, come nella specie, il giudicato.

Dalla qualificazione della responsabilità come contrattuale deriva la risarcibilità dell'interesse positivo, oltre che di quello negativo.

Va in diritto premesso che se l'aggiudicazione viene annullata in sede giurisdizionale dopo che è già iniziata l'esecuzione del contratto, e la parte vittoriosa deve subentrare nel contratto al posto dell'originario aggiudicatario, ciò non può che avvenire tenendo conto delle condizioni della gara originaria a cui il contratto si riferisce. E, invero, chi subentra in un contratto in corso di esecuzione non può conseguire un vantaggio maggiore rispetto a quello che avrebbe ottenuto se fosse stato ab initio parte contrattuale. Inoltre non si tratta di una nuova procedura di affidamento e di un diverso contratto, ma pur sempre dell'originaria procedura e dell'originario contratto.

A cura di Sonia Lazzini

Riportiamo qui di seguito la decisione numero 1998 del 9 aprile 2010 pronunciata dal Consiglio di Stato

N. 01998/2010 REG.DEC.
N. 07157/2009 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 Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

DECISIONE

Sul ricorso numero di registro generale 7157 del 2009, proposto da: Impresa di Costruzioni Ricorrente di Giovanni M. in proprio. e quale mandataria dell' Ati con la Ricorrente due Impianti Tecnologici Srl, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentate e difese dagli avv.ti Natale Carbone e Giovanni Leone, con domicilio eletto presso lo Studio dell'avv. Natale Carbone in Roma, via Germanico n.172;

contro

Azienda Ospedaliera Bianchi-Melacrino-Morelli di Reggio Calabria, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avv. Maria Grazia Bottari, con

domicilio eletto presso Studio Legale Orrick in Roma, piazza della Croce Rossa, n. 2 B;

nei confronti di

Controinteressata Spa , in qualità di mandataria dell'ATI con Controinteressata due Snc , in persona del legale rappresentante p.t.. rappresentata e difesa dall'avv. Gherardo Marone, con domicilio eletto presso lo Studio dell'avv. Luigi Napolitano in Roma, via Sicilia n.50;

e con l'intervento di

per la riforma
della sentenza del T.A.R. CALABRIA - SEZ. STACCATA DI REGGIO CALABRIA n. 00477/2009, resa tra le parti, concernente APPALTO DI MANUTENZIONE GLOBALE IMMOBILI E IMPIANTI – RISARCIMENTO DANNI.

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Azienda Ospedaliera Bianchi-Melacrino-Morelli di Reggio Calabria e dell' Ati Controinteressata Spa - Controinteressata due Snc, che ha proposto anche appello incidentale;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visto l'art. 23 bis comma sesto della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, introdotto dalla legge 21 luglio 2000, n. 205;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 22 gennaio 2010 il Cons. Aniello Cerreto e uditi per le parti gli avvocati gli avv.ti Carbone, Leone, Bottari e Marone;

Visto il dispositivo di decisione n.26/2010;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con la sentenza indicata in epigrafe, il TAR Calabria-Sezione staccata di Reggio Calabria ha respinto il ricorso proposto da Ricorrente Impresa di Costruzioni avverso la delibera n. 60/2009 con la quale il Direttore Generale dell'Azienda Ospedaliera Bianchi-Melacrino-Morelli di Reggio Calabria ha disposto in data 26.2.2009 l'aggiudicazione definitiva dell'appalto di manutenzione globale degli immobili e degli impianti in favore dell'A.T.I. Controinteressata spa-Controinteressata due snc ed atti presupposti e conseguenti.

Il TAR ha ritenuto di non condividere le censure proposte dalla ricorrente, attinenti alla errata o incongrua valutazione delle offerte, alla illegittima composizione della commissione giudicatrice e alla illegittima ammissione della aggiudicataria (per irregolarità contributiva della mandante Controinteressata due ritenendo tra l'altro a quest'ultimo riguardo che:

“4. Parimenti infondato è il quarto motivo di ricorso. A mezzo dello stesso, la ricorrente deduce che la Impianti Elettrici Calabresi s.n.c., capogruppo dell'ATI aggiudicataria, non era, al momento della scadenza del bando di gara in regola con gli obblighi contributivi. Tale grave irregolarità, dimostrata dal DURC, ottenuto dalla ricorrente a seguito di accesso, si appaleserebbe quale motivo idoneo e sufficiente a fondare l'esclusione dell'ATI aggiudicataria, ai sensi e per gli effetti dell'art. 38, comma I, lett. i), D.Lgs. n. 163/06.

La circostanza è stata ulteriormente trattata ed approfondita nelle memorie conclusive: la controinteressata ivi chiarisce di aver inoltrato richiesta del DURC in data 15 luglio 2008, in vista della stipula di in contratto di appalto con altra amministrazione e di aver ricevuto, il successivo 29 luglio, attestazione di irregolarità al 16 luglio 2008. Verificato che trattavasi del mancato pagamento di una rata della contribuzione INAIL per l'anno in corso, provvedeva immediatamente alla regolarizzazione, tant'è che, a seguito di nuova richiesta del DURC avanzata il 30 luglio, lo stesso risultava regolare. Precisa, altresì, che l'irregolarità era da

imputare ad una rata di circa €20.000 scaduta il 16 maggio 2008, a fronte della quale, l'amministrazione, constatato il mancato tempestivo pagamento della singola rata, aveva annotato a debito l'intero ammontare contributivo residuo, pari a circa €. 60.000 oltre gli interessi. Trattavasi dunque, nella tesi del controinteressato, di un mero ritardo nel pagamento e non di una irregolarità rilevante ai sensi dell'art. 38 del D.Lgs. n. 163/06.

4.1. Deve in proposito rilevarsi che l'art. 38, comma 1, lett.i) del codice dei contratti pubblici, nel richiedere il presupposto della gravità delle violazioni ed il loro definitivo accertamento stabilisce, in via generale ed in linea con le indicazioni interpretative della Corte di Giustizia (cfr. Corte di Giustizia CE, I, 9 febbraio 2006, C-226/04 e C-228/04), che l'inadempimento contributivo può essere considerato causa di esclusione solo ove sia grave e definitivamente accertato (T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, 22 ottobre 2008, n. 537, in termini Cons. St., VI, 27 febbraio 2008 n. 716) e non già quando l'impresa non sia in regola con il versamento al momento della scadenza del bando, atteso che, in tale ultima ipotesi, trattasi di mero ritardo produttivo di interessi e non di "violazione definitivamente accertata". Del resto, la scelta del legislatore italiano di attuare, nel modo descritto, il disposto dell'art. 45 della direttiva 2004/18 - il quale fa invece riferimento al diverso e più ampio concetto di regolarità contributiva - è già stato esaminato, sia pur in relazione ad una prassi antecedente all'entrata in vigore del d.lgs 163/2006, dalla Corte di Giustizia che ha in quell'occasione affermato la facoltatività del recepimento della predetta causa di esclusione ed, a fortiori, la possibilità di recepimento con minor grado di rigore (cfr. Corte di Giustizia CE, I, 9 febbraio 2006, C-226/04).

Dinanzi alle posizioni già espresse dalla Corte di Giustizia ed avuto riguardo al tenore letterale dell'art. 38 cit. si ritiene non sussistano i presupposti per una nuova rimessione della questione interpretativa alla Corte medesima, pur sollecitata dalla controinteressata per l'ipotesi di specifica soccombenza.

Come accennato, nel caso di specie trattasi di un ritardo nel pagamento di una rata di un debito contributivo, tra l'altro sanato pochi giorni dopo la conoscenza, non sussumibile nel concetto di violazione grave e definitivamente accertata preso a riferimento dal legislatore quale causa di esclusione. Logico corollario è la conseguente insussistenza dell'ulteriore causa di esclusione, pur prefigurata dalla ricorrente, consistente nella falsità della dichiarazione, resa dall'A.T.I. Controinteressata S.p.A. -Controinteressata due S.n.c.in sede di offerta, di non trovarsi in alcuna delle situazione di cui all'art. 38”.

2. Avverso detta sentenza ha proposto appello la ricorrente originaria, censurando le argomentazioni del TAR, con riguardo tra l'altro al quarto motivo del ricorso originario e osservando in proposito che:

-contrariamente a quanto statuito dal TAR, l'ATI aggiudicataria doveva essere esclusa dalla gara in quanto la soc. Impianti elettrici calabresi (Controinteressata due), mandante di tale ATI, ha violato l'art. 38 comma 1° lett. i) D. L.vo n.163/2006 per non essere in regola con gli obblighi contributivi al momento della scadenza del termine di presentazione delle domande (21 luglio 2008) per mancato versamento dei premi ed accessori dovuti al 16 luglio 2008 per circa euro 60.000 (come documentato in atti); né può ritenersi non grave tale irregolarità secondo quanto previsto dal D. M. 24 ottobre 2007 e nella specie la conoscenza del debito maturato va rapportata non alla data del rilascio del DURC negativo (29 luglio 2008), come erroneamente ritenuto dal TAR, ma alla data di scadenza della rata (16 maggio 2008); in ogni caso non può riconoscersi alcun effetto sanante ai fini della partecipazione alla gara al successivo pagamento.

Ha concluso chiedendo il risarcimento del danno anche per equivalente.

3. Si sono costituiti in giudizio l'Azienda ospedaliera e l'ATI aggiudicataria Controinteressata-Controinteressata due.

L'azienda ha rilevato che il DURC negativo prodotto dalla ricorrente in primo grado riguarda un'altra gara indetta dal comune di Rombiolo e comunque l'irregolarità riscontrata non costituisce una violazione grave e definitivamente accertata, ma un mero ritardo poi sanato come risulta dal DURC del 9 marzo 2009, rilasciato in relazione all'appalto in esame.

L'ATI aggiudicataria a sua volta ha proposto appello incidentale insistendo sulla regolarità del DURC presentato e precisando che i contributi dovuti erano stati già acclarati dall'Ente previdenziale che aveva accolto l'istanza di rateizzazione e che vi era stato sollecito pagamento una volta conosciuto l'omesso versamento; che rileva solo la regolarità del DURC presentato in sede di aggiudicazione e che l'art. 38 D. L.vo n. 163/2006 non opera una chiara scelta al fine di stabilire il momento di rilevanza della regolarità contributivi (al momento della domanda o dell'aggiudicazione) in contrasto con la normativa comunitaria di cui all'art. 29 direttiva 1992/50/CE e di cui all'art. 45 direttiva 2004/18/CE che richiede di precisare in anticipo il termine della regolarità contributiva, tanto più che l'art. 2 del D. L. n.210/2002 (convertito dalla L. n.266/2002) riferisce la regolarità contributiva all'affidamento dell'appalto e non al momento della partecipazione alla gara; che il bando di gara ed il disciplinare sono illegittimi (come già rilevato in sede di ricorso incidentale con censura non esaminata dal TAR) se interpretati nel senso di richiedere la regolarità contributiva al momento della partecipazione alla gara. Chiede altresì che , ove il Collegio ritenesse di interpretare l'art.38 d.lgs. n.163/2006, nel senso che la presenza di violazioni gravi va valutata al momento della presentazione delle domande, venga sollevata questione pregiudiziale alla Corte di giustizia ex art.234 del Trattato, perché valuti se una lettura dell'art.38 di questo tenore sia compatibile con l'art.29 della direttiva 92/50/CE e con l'art.45 della direttiva 2004/18/CE.

4.Tutte le parti costituite hanno presentato memoria conclusiva.

All'udienza del 22 gennaio 2010 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

5. L'appello principale è fondato, dovendosi condividere la doglianza avente carattere pregiudiziale, con assorbimento delle ulteriori doglianze, secondo cui l'ATI aggiudicataria doveva essere esclusa dalla gara in quanto la soc. Impianti elettrici calabresi (Controinteressata due), mandante dell'ATI prima classificata, aveva violato l'art. 38 comma 1° lett. i) D. L.vo n.163/2006 per non essere in regola con gli obblighi contributivi al momento della scadenza del termine di presentazione delle domande (21 luglio 2008).

Tale irregolarità, dimostrata dal DURC ottenuto dalla ricorrente a seguito di accesso, sia pure riferito ad altro appalto, si appalesa idonea e sufficiente a fondare l'esclusione dell'ATI aggiudicataria, ai sensi e per gli effetti della menzionata disposizione legislativa.

5.1.La vicenda è stata trattata ed approfondita non solo negli scritti di primo grado e di appello ma anche in sede di discussione orale dell'odierna udienza e si è svolta nel modo seguente:

-le due imprese associate nell'ATI aggiudicataria hanno dichiarato, nell'autodichiarazione prescritta dal disciplinare di gara (art.3 punto 1) ai fini della partecipazione alla gara (con scadenza 21 luglio 2008) di essere in regola con gli obblighi contributivi di cui all'art. 38, comma 1 lett.i, del D.. L.vo n.163/2006;

-intervenuta l'aggiudicazione definitiva a favore dell'ATI Controinteressata-Controinteressata due in data 26 febbraio 2009, l'Azienda ha proceduto alla verifica dei requisiti dichiarati ed è stato prodotto regolare documento unico di regolarità contributiva (DURC) alla data del 9 marzo 2009 da parte di Controinteressata due ;

-nell'impugnativa davanti al TAR (con ricorso depositato l'8 maggio 2009) l'ATI Ricorrente (seconda classificata) ha contestato la regolarità della posizione contributiva dell'ATI aggiudicataria al momento della domanda di partecipazione

alla gara ed ha allegato copia del DURC acquisito in sede di accesso presso l'ente previdenziale (sia pure, come accennato, con riferimento ad una gara d'appalto indetta dal comune di Rombiolo) in cui si attesta che la posizione contributiva della soc. Emelca non risulta regolare alla data del 16 luglio 2008 per non aver versato i premi assicurativi per l'anno 2008 per un importo di euro 66.978, 48, o più esattamente per la rata in scadenza il 18 maggio 2008 pari a circa 20.000 euro; -la soc. Controinteressata due ha poi pagato la somma dovuta e la sua posizione risulta regolare nel DURC riferito al 31 luglio 2008.

5.2. Da quanto esposto discende che la posizione dell'ATI aggiudicataria, in relazione alla mandante CONTROINTERESSATA DUE, non era regolare alla data di scadenza della domanda di partecipazione alla gara (21 luglio 2008) ai sensi dell'articolo 38, comma 1, lettera i), del D. Lgs. n. 163/2006 in quanto la violazione non solo era grave (lo scostamento tra le somme dovute e quelle versate era superiore al 5% delle somme dovute e superiore ad euro 100, che costituiscono il limite massimo previsto dall'art. 8 D. M. 24 ottobre 2007 per considerare non grave la irregolarità contributiva con riferimento a ciascun Istituto o Cassa) ma era anche definitivamente accertata, in quanto non contestata e oggetto di rateizzazione.

5.3. Né può considerarsi irrilevante l'irregolarità del DURC di Controinteressata due al momento della partecipazione alla gara, atteso che è principio consolidato quello secondo cui la regolarità contributiva è richiesta in via dinamica, vale a dire non solo per tutto lo svolgimento della gara e al momento della stipulazione del contratto, ma anche al momento della partecipazione alla gara , restando irrilevante un eventuale adempimento tardivo della relativa obbligazione (V. le decisioni di questo Consiglio, sez. V 23 gennaio 2008 n. 147 e sez. IV 12 marzo 2009 n. 1458). Tale conclusione è conforme anche a quanto ritenuto dall'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici, la quale con deliberazione in data 6 febbraio 2007 (richiamando

la deliberazione n.89/2006) ha ribadito che “l’impresa deve essere in regola con gli obblighi contributivi fin dal momento della presentazione della domanda di partecipazione ovvero di presentazione delle offerte in caso di procedura aperta, essendo irrilevanti eventuali adempimenti tardivi”.

5.4. La regolarità della posizione contributiva di Controinteressata due non può discendere dal fatto che l’Azienda sanitaria appaltante non si è accorta dell’irregolarità sulla base della documentazione prodotta, in quanto prevale indubbiamente l’aspetto oggettivo dell’irregolarità rispetto allo stato soggettivo dell’Amministrazione.

5.5. Neppure vale sostenere la buona fede di Controinteressata due, la quale appena conosciuta l’irregolarità in data 29 luglio 2008 si sarebbe affrettata a sanarla il 31 successivo, in quanto, a parte l’irrilevanza di tale stato soggettivo di ignoranza, sta di fatto che l’irregolarità ha riguardato il mancato pagamento all’ente previdenziale di una rata di un debito rateizzato, con la conseguenza che l’impresa doveva essere senz’altro a conoscenza della scadenza della relativa rata non versata tempestivamente.

Infine la irregolarità rende oggettivamente falsa (e di per sé ragione di esclusione) la dichiarazione resa dalla Controinteressata due che in sede di gara aveva dichiarato di non avere commesso violazioni gravi, definitivamente accertate, alle norme in materia di contributi previdenziali.

5.6. Contrariamente a quanto sostenuto dall’appellante incidentale (il cui gravame è perciò infondato), l’art. 38 D. L.vo n. 163/2006 opera una chiara scelta stabilendo che “sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamentoe non possono stipulare i relativi contratti” i soggetti che, tra l’altro, “hanno commesso violazioni gravi, definitivamente accertate, , rispetto alle norme in materia di contributi previdenziali ed assistenziali” (comma 1 lett. i).

Per cui la regolarità va accertata già in capo al mero partecipante (che in ipotesi può essere affidatario) e in tale senso non può ravvedersi una contraddittorietà tra la disciplina di cui all'art. 38, comma 1 lett. i, D. L.vo n. 163/2006 (che si rivolge ai soggetti partecipanti alle gare) e quella di cui all'art. 2, comma 1, D. L. 25 settembre 2002 (convertito dalla L. 22 novembre 2002 n. 266), che prevede la regolarità contributiva per le imprese affidatarie di appalti pubblici.

Di conseguenza, essendo rispettosi della normativa nazionale di settore e della normativa CE (atteso che l'art. 45 della Direttiva 2004/18/CE espressamente consente che gli Stati membri prevedano che possa essere escluso il partecipante che non sia in regola con gli obblighi relativi al pagamento dei contributi previdenziali e assistenziali). non possono ritenersi illegittimi il bando (punto III.2.1.) ed il disciplinare di gara (art. 3-documenti da inserire nella busta 1) nella parte in cui richiedono l'autocertificazione con riferimento, tra l'altro, alla regolarità contributiva per le imprese partecipanti alla gara.

6.In conclusione il provvedimento di aggiudicazione definitiva a favore dell'ATI Controinteressata-Controinteressata due (deliberazione n. 60 del 26 febbraio 2009) deve essere annullato.

Con la conseguenza che l'Amministrazione se da un lato deve rimuovere il contratto (se nel frattempo stipulato), dall'altro lato è tenuta, durante il tempo necessario per procedere alla nuova aggiudicazione , a evitare che continuino a prodursi effetti irreversibili in contrasto con la sentenza e tali da pregiudicare la completa e puntuale esecuzione della medesima. Invero, annullata l'aggiudicazione, la prosecuzione dei lavori o del servizio è priva di titolo, e può essere consentita solo per lavori indifferibili, da retribuirsi, comunque, non a titolo contrattuale ma di indebito arricchimento (V. la recente decisione di questo Consiglio, sez. VI, 11 gennaio 2010 n.20) .

Pertanto, la domanda di risarcimento del danno avanzata dalla ricorrente non può essere esaminata in questa sede, essendo condizionata al riesame della situazione che effettuerà l'Amministrazione, anche in considerazione del fatto che l'appalto in esame ha una durata di sei anni e l'affidamento del servizio a favore dell'ATI aggiudicataria non è intervenuto prima del marzo 2009.

Sussistono giusti motivi per la compensazione integrale delle spese di giudizio dei due gradi in ragione della particolarità della vicenda.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, accoglie l'appello principale e respinge l'appello incidentale e per l'effetto, in riforma della sentenza del TAR, accoglie come in motivazione il ricorso originario.

Spese compensate per i due gradi.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 22 gennaio 2010 con l'intervento dei Signori:

Pier Giorgio Trovato, Presidente

Aniello Cerreto, Consigliere, Estensore

Francesco Caringella, Consigliere

Carlo Saltelli, Consigliere

Nicola Russo, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Il Segretario

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 09/04/2010

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

Il Dirigente della Sezione