

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 20/05/2010

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/29525-l-ipotizzata-possibilit-di-rinunciare-all-avvalimento-originariamente-dichiarato-deve-pertanto-escludersi-perch-tale-rinuncia-determinerebbe-la-possibilit-di-partecipare-ad-una-gara-pur-in-assenz>

Autore: Lazzini Sonia

L'ipotizzata possibilità di rinunciare all'avvalimento originariamente dichiarato deve, pertanto, escludersi, perché tale rinuncia determinerebbe la possibilità di partecipare ad una gara pur in assenza dei prescritti requisiti di fatturato, solo perché r

C.St. 06.04.2010 n. 1930

L'ipotizzata possibilità di rinunciare all'avvalimento originariamente dichiarato deve, pertanto, escludersi, perché tale rinuncia determinerebbe la possibilità di partecipare ad una gara pur in assenza dei prescritti requisiti di fatturato, solo perché risultano poi concretamente sussistenti i requisiti per eseguire l'appalto con riferimento ai lotti aggiudicati

Al contrario, requisiti di partecipazione e requisiti di aggiudicazione vanno valutati separatamente e la mancanza dei primi non può essere sanata dalla presenza dei secondi.

Del resto, tramite la dichiarazione di avvalimento, l'odierna appellante ha comunque avuto un non trascurabile vantaggio, consistente nella possibilità di aggiudicarsi un numero maggiore di lotti. Tale vantaggio (di cui l'impresa ha goduto nel momento stesso in cui è stata ammessa a partecipare per tutti i lotti per i quali ha formulato l'offerta) che incide sulla tutela della concorrenza, perché modifica le possibilità di aggiudicazione di ciascuna impresa, ha come naturale contropartita l'assunzione del rischio che l'impresa ausiliaria sia priva di requisiti di partecipazione e possa, pertanto, compromettere l'aggiudicazione anche di quei lotti con riferimento ai quali l'impresa ausiliata avrebbe potuto partecipare da sola.

Con nota del 19 maggio 2009 Trenitalia comunicava alla ricorrente l'inefficacia dei provvedimenti di aggiudicazione definitiva alla ricorrente dei lotti 5 e 6, in quanto "è stata accertata in capo all'Impresa ausiliaria la sussistenza della causa ostativa di cui all'art. 38, comma 1, lettera i) del DLgs 163/2006 e, pertanto – considerato quanto previsto dall'art. 49, comma 2, lettera b) – l'invalidità dell'avvalimento prestato, con conseguente difetto dei requisiti di partecipazione in capo a codesta Società".

Con ricorso proposto innanzi al T.a.r. Lazio, la società ricorrente ha impugnato, chiedendone l'annullamento, il provvedimento che disponeva l'inefficacia dell'aggiudicazione in suo favore, nonché i provvedimenti di aggiudicazione dei lotti nn. 5 e 6 e tutti gli atti comunque connessi.

Con la sentenza di estremi indicati in epigrafe il T.a.r. ha respinto il ricorso.

8. Avverso tale decisione la ricorrente ha proposto appello chiedendone la riforma.

Le censure proposte dalla ricorrente avverso tale provvedimento possono essere così sintetizzate:

a) l'eventuale causa di esclusione ex art. 38, comma 1, lett. i) in capo alla ditta ausiliaria non potrebbe assumere alcuna rilevanza in quanto la Ricorrente in relazione ai lotti aggiudicati era in possesso del requisito di fatturato, a prescindere dell'avvalimento. Ciò in quanto Ricorrente avrebbe fatto ricorso all'avvalimento in sede di prequalifica solo al fine di potersi aggiudicare ulteriori lotti, mentre in relazione ai lotti aggiudicati in proprio favore (n. 5 e n. 6), il fatturato specifico della AUSILIARIA sarebbe comunque irrilevante, in quanto il medesimo requisito di fatturato era posseduto in toto dalla sola Ricorrente;

b) l'accertamento della irregolarità contributiva di AUSILIARIA sarebbe illegittimo in quanto Trenitalia: 1) non avrebbe accertato adeguatamente la sussistenza dei presupposti applicativi dell'art. 38, comma 1, lett. i, d.lgs n. 163/2006; 2) non avrebbe compiuto alcuna valutazione sulla "gravità" dell'inadempimento, che invece la norma le imponeva; 3) non avrebbe consentito il contraddittorio con l'impresa.

c) in ogni caso, la AUSILIARIA s.p.a. sarebbe in regola con gli adempimenti prescritti dalla normativa di riferimento in materia oneri previdenziali ed assistenziali, come attestato dal DURC emesso in data 7 maggio 2009, ossia in data antecedente l'adozione del provvedimento impugnato.

d) anche prima del 7 maggio 2009, la posizione contributiva della AUSILIARIA dovrebbe considerarsi comunque regolare, dovendosi escludere che i DURC esibiti da Trenitalia siano significativi di violazioni definitivamente accertate e gravi, anche in considerazione della possibilità di compensare i

debiti contributivi verso l'INPS maturati da AUSILIARIA per gli importi anticipati per conto dell'INPS in relazione a trattamenti di integrazione salariale in attuazione degli accordi stipulati con il Ministero del lavoro e delle politiche sociali, nonché con le rappresentanze sindacali, accorsi aventi ad oggetto la c.d. solidarietà difensiva e la c.d. CIGS ai sensi dell'art. 1, comma 5, l. n. 223/1991.

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

L'appello non merita accoglimento.

12. Trenitalia ha dichiarato l'inefficacia dell'aggiudicazione disposta a favore di Ricorrente dei lotti nn. 5 e 6, in quanto "è stata accertata in capo all'impresa ausiliaria AUSILIARIA s.p.a. la sussistenza della causa ostativa di cui all'art. 38, comma 1, lett. i) d.lgs. n. 163/2006 e, pertanto – considerato quanto previsto dall'art. 49, comma 2, lett. b) – l'inammissibilità dell'avvalimento prestato, con conseguente difetto di partecipazione in capo a codesta Società".

Il primo motivo di ricorso, con cui si sostiene l'irrilevanza dell'avvalimento (e, quindi, della eventualmente carenza dei requisiti in capo all'impresa ausiliaria) non può essere condiviso perché introduce una inammissibile separazione tra requisiti di partecipazione alla gara e requisiti di aggiudicazione, portando alla conclusione, certamente inaccettabile, secondo cui l'eventuale carenza di un requisito di partecipazione può ritenersi superata se, comunque, risultano sussistenti i requisiti di aggiudicazione.

Nel caso di specie, è vero che la Ricorrente s.r.l. aveva un fatturato sufficiente per partecipare alla gara relativa ai lotti n. 5 e n. 6 (che poi si è aggiudicata). E' pacifico, tuttavia, che l'appellante abbia presentato un'offerta per altri lotti, all'aggiudicazione dei quali non avrebbe potuto concorrere senza avvalersi del fatturato di AUSILIARIA.

Per stabilire se Ricorrente avesse i requisiti per partecipare alla gara, occorre fare riferimento ai lotti per i quali si è chiesto di partecipare, non a quelli effettivamente aggiudicati. Del resto, se Ricorrente avesse presentato le stesse offerte senza avvalersi di AUSILIARIA sarebbe stata certamente esclusa dalla gara, perché sprovvista del prescritto requisito di fatturato. E' evidente allora che la partecipazione di AUSILIARIA è stata rilevante, in quanto ha consentito a Ricorrente di partecipare ad una gara, alla quale, altrimenti, non avrebbe potuto partecipare.

L'ipotizzata possibilità di rinunciare all'avvalimento originariamente dichiarato deve, pertanto, escludersi, perché, nella fattispecie oggetto del presente giudizio, tale rinuncia determinerebbe la possibilità di partecipare ad una gara pur in assenza dei prescritti requisiti di fatturato, solo perché risultano poi concretamente sussistenti i requisiti per eseguire l'appalto con riferimento ai lotti aggiudicati. Al contrario, requisiti di partecipazione e requisiti di aggiudicazione vanno valutati separatamente e la mancanza dei primi non può essere sanata dalla presenza dei secondi.

Del resto, tramite la dichiarazione di avvalimento, l'odierna appellante ha comunque avuto un non trascurabile vantaggio, consistente nella possibilità di aggiudicarsi un numero maggiore di lotti. Tale vantaggio (di cui l'impresa ha goduto nel momento stesso in cui è stata ammessa a partecipare per tutti i lotti per i quali ha formulato l'offerta) che incide sulla tutela della concorrenza, perché modifica le possibilità di aggiudicazione di ciascuna impresa, ha come naturale contropartita l'assunzione del rischio che l'impresa ausiliaria sia priva di requisiti di partecipazione e possa, pertanto, compromettere l'aggiudicazione anche di quei lotti con riferimento ai quali l'impresa ausiliata avrebbe potuto partecipare da sola.

13.2. Occorre, quindi, verificare se in capo a AUSILIARIA fosse configurabile la causa di esclusione di cui all'art. 38, comma 1, lett. i, d.lgs. n. 163/2006.

Anche a tale quesito si deve dare risposta positiva.

Con riguardo alle censure concernenti le modalità di accertamento del requisito della regolarità contributiva, non si può non tener conto che attualmente il nostro ordinamento affida un ruolo fondamentale alla certificazione di regolarità contributiva rilasciatoo dagli enti previdenziali e dalle Casse edili ai sensi dell'art.2 del d.l. 25 settembre 2002, n. 210 , così come modificato dalla legge di conversione 22 novembre 2002, n. 266 e dell'art. 3 , comma 8, lett. b-bis) d.lgs. 14 agosto 1996, n. 494, lettera aggiunta dall'art. 86, comma 10 d.lgs. 10 settembre 2003, n.276.

Il che significa che lo strumento principale per ogni accertamento in tema di regolarità contributiva è ormai la predetta certificazione proveniente dai suddetti organismi, mentre la precedente normativa in materia contenuta nell'art.75 del D.P.R. n. 554 del 1999 deve considerarsi ormai superata.

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 (cfr. Cons. Stato, sez. IV, n. 1458/2009)

A cura di Sonia Lazzini

Riportiamo qui di seguito la decisione numero 1930 del 6 aprile 2010 pronunciata dal Consiglio di Stato

N. 01930/2010 REG.DEC.
N. 09923/2009 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 Sesta)

ha pronunciato la presente

DECISIONE

Sul ricorso numero di registro generale 9923 del 2009, proposto da:
Ricorrente S.r.l., rappresentato e difeso dagli avv. Enzo Perrettini, Achille Reali,
con domicilio eletto presso Achille Reali in Roma, via Isonzo, 42 Pal. A;

contro

Trenitalia S.p.A., rappresentato e difeso dall'avv. Alessandra Sandulli, con
domicilio eletto presso Alessandra Sandulli in Roma, c.so Vittorio Emanuele II
349;

nei confronti di

Ausiliaria Source S.P.A (Gia' Imt S.p.A.), rappresentato e difeso dall'avv. Federico Massa, con domicilio eletto presso Federico Massa in Roma, via degli Avignonesi, 5; Controinteressata due Group Italia S.p.A. (Gia' Palmar S.p.A.), rappresentato e difeso dagli avv. Innocenzo Militerni, Massimo Militerni, Ernesto Stajano, con domicilio eletto presso Ernesto Stajano in Roma, via di Villa Albani,12;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. LAZIO - ROMA: SEZIONE III QUA n. 11599/2009, resa tra le parti, concernente della sentenza del T.A.R. LAZIO - ROMA: SEZIONE III QUA n. 11599/2009, resa tra le parti, concernente AGGIUDICAZIONE APPALTO PER SERVIZI DI PULIZIA..

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Trenitalia S.p.A. e di Controinteressata Source S.P.A (Gia' Imt S.p.A.) e di Controinteressata due Group Italia S.p.A. (Gia' Palmar S.p.A.);

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 2 febbraio 2010 il Cons. Roberto Giovagnoli e uditi per le parti gli avvocati Perrettini, Sandulli, Lentini per delega di Massa, Militerni Massimo.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Viene in decisione l'appello proposto da Ricorrente s.r.l. avverso la decisione del T.a.r. Lazio, sez. III ter, 24 novembre 2009, n. 11599.

2. Con bando di gara pubblicato sulla GURI in data 28 luglio 2007 e sulla GUUE del 24 luglio 2008, Trenitalia s.p.a. indiceva una procedura negoziata per la stipula di accordi quadro per l'affidamento dei servizi di pulizia dei materiali rotabili e degli impianti industriali.

L'affidamento veniva suddiviso in 20 lotti distribuiti sul territorio nazionale.

Tra i requisiti di capacità tecnica il bando richiedeva al punto III.2.3. a) che la ditta dimostrasse “di aver realizzato un fatturato medio annuo (al netto di IVA) nel triennio 2005-2007, in attività di pulizia, non inferiore a una volta l'importo annuo a base d'asta (al netto di IVA) di ciascun lotto per il quale si intenda concorrere”.

3. In esito alle ordinanze Cons. Stato nn. 5206/08 e 5207/08, che in accoglimento dei ricorsi AUSILIARIA e PMA rilevavano l'incongruenza del limite di partecipazione (pur confermando quello di aggiudicazione) originariamente previsto nel bando, con comunicato del 7 ottobre 2008 Trenitalia informava le imprese partecipanti delle modalità di svolgimento delle fasi successive alla qualificazione degli aventi titolo, specificando, tra l'altro, che ciascuna impresa, in forma singola o raggruppata, avrebbe potuto aggiudicarsi esclusivamente i lotti il cui valore complessivo stimato annuo (IVA esclusa) non eccedesse il fatturato medio annuo di cui al punto III.2.3 comma 1 lettera a) del bando di gara.

La Ricorrente s.r.l., impresa specializzata nel settore delle pulizie civile e industriali, entro il previsto termine del 26.9.2008 presentava domanda di partecipazione in relazione ai lotti nn. 1, 2, 3, 5, 6, 9 e 15.

Per ognuno di questi la ricorrente, essendo parzialmente carente del requisito di cui al punto III.2.3 lett. a) del bando, dichiarava: “di avvalersi da parte della AUSILIARIA s.p.a. (...) ai sensi e per gli effetti dell'art. 49 del DLgs n. 163/2006, del seguente requisito previsto al punto III.2.3 lett. a), del quale l'impresa concorrente risulta parzialmente carente”.

5. Alla dichiarazione di avvalimento la Ricorrente allegava una nota della AUSILIARIA in cui la stessa dichiarava di essere in possesso dei requisiti di ordine generale di cui all'art. 38 del DLgs n. 163/2006, e, precisamente (lett. i), di non aver commesso violazioni gravi, definitivamente accertate, alle norme in materia di contributi previdenziali e assistenziali, secondo la legislazione italiana.

La ricorrente presentava, quindi, offerte per 5 lotti, ribadendo di avvalersi dei requisiti della AUSILIARIA per poter soddisfare le prescrizioni di gara.

In data 8 aprile 2009 la stazione appaltante, esaminate le offerte, comunicava alla Ricorrente l'aggiudicazione dei lotti 5 e 6 Puglia, precisando che ai fini dell'espletamento delle verifiche, al cui esito positivo è subordinata l'efficacia dell'aggiudicazione definitiva, l'Impresa era invitata a trasmettere, tra l'altro, i dati necessari alla verifica della regolarità contributiva.

In tale contesto la Ricorrente specificava che il fatturato specifico conseguito dalla stessa nel triennio di riferimento era sufficiente per soddisfare il requisito del fatturato minimo di cui al punto III.2.3. lett. a) del bando di gara.

Con nota del 19 maggio 2009 Trenitalia comunicava alla ricorrente l'inefficacia dei provvedimenti di aggiudicazione definitiva ad Ricorrente dei lotti 5 e 6, in quanto "è stata accertata in capo all'Impresa ausiliaria AUSILIARIA s.p.a. la sussistenza della causa ostativa di cui all'art. 38, comma 1, lettera i) del DLgs 163/2006 e, pertanto – considerato quanto previsto dall'art. 49, comma 2, lettera b) – l'inammissibilità dell'avvalimento prestato, con conseguente difetto dei requisiti di partecipazione in capo a codesta Società".

6. A seguito del provvedimento di declaratoria di inefficacia delle aggiudicazioni in favore della Ricorrente, Trenitalia aggiudicava il lotto 5 a Controinteressata Source s.p.a. e il lotto 6 a Palmar s.p.a.

7. Con ricorso proposto innanzi al T.a.r. Lazio, la società Ricorrente ha impugnato, chiedendone l'annullamento, il provvedimento che disponeva l'inefficacia

dell'aggiudicazione in suo favore, nonché i provvedimenti di aggiudicazione dei lotti nn. 5 e 6 e tutti gli atti comunque connessi.

Con la sentenza di estremi indicati in epigrafe il T.a.r. ha respinto il ricorso.

8. Avverso tale decisione Ricorrente s.r.l. ha proposto appello chiedendone la riforma.

9. Si costituivano in giudizio Trenitalia e Controinteressata Source s.p.a. chiedendo il rigetto dell'appello. Si costituiva in giudizio anche Controinteressata due Group Italia s.p.a. che riproponeva anche, tramite appello incidentale, il ricorso incidentale proposto in primo grado, volto ad ottenere l'annullamento del provvedimento di ammissione della Ricorrente alla gara in oggetto, della lettera di invito e di tutti gli atti connessi o, in subordine, del provvedimento con cui Trenitalia aveva disposto l'inefficacia dell'aggiudicazione definitiva dei lotti 5 e 6 in favore della ricorrente, nella parte in cui non rilevava che, in sede di verifica dei requisiti, la Ricorrente non aveva fornito la prova documentale che i servizi e i fatturati dichiarati fossero stati da questa regolarmente eseguiti.

10. Alla pubblica udienza del 2 febbraio 2010 la causa è stata trattenuta per la decisione.

11. L'appello non merita accoglimento.

12. Trenitalia ha dichiarato l'inefficacia dell'aggiudicazione disposta a favore di Ricorrente dei lotti nn. 5 e 6, in quanto “è stata accertata in capo all'impresa ausiliaria AUSILIARIA s.p.a. la sussistenza della causa ostativa di cui all'art. 38, comma 1, lett. i) d.lgs. n. 163/2006 e, pertanto – considerato quanto previsto dall'art. 49, comma 2, lett. b) – l'inammissibilità dell'avvalimento prestato, con conseguente difetto di partecipazione in capo a codesta Società”.

13. Le censure proposte da Ricorrente avverso tale provvedimento possono essere così sintetizzate:

- a) l'eventuale causa di esclusione ex art. 38, comma 1, lett. i) in capo alla ditta ausiliaria AUSILIARIA s.p.a. non potrebbe assumere alcuna rilevanza in quanto la Ricorrente in relazione ai lotti aggiudicati era in possesso del requisito di fatturato, a prescindere dell'avvalimento. Ciò in quanto Ricorrente avrebbe fatto ricorso all'avvalimento in sede di prequalifica solo al fine di potersi aggiudicare ulteriori lotti, mentre in relazione ai lotti aggiudicati in proprio favore (n. 5 e n. 6), il fatturato specifico della AUSILIARIA sarebbe comunque irrilevante, in quanto il medesimo requisito di fatturato era posseduto in toto dalla sola Ricorrente;
- b) l'accertamento della irregolarità contributiva di AUSILIARIA sarebbe illegittimo in quanto Trenitalia: 1) non avrebbe accertato adeguatamente la sussistenza dei presupposti applicativi dell'art. 38, comma 1, lett. i, d.lgs n. 163/2006; 2) non avrebbe compiuto alcuna valutazione sulla "gravità" dell'inadempimento, che invece la norma le imponeva; 3) non avrebbe consentito il contraddittorio con l'impresa.
- c) in ogni caso, la AUSILIARIA s.p.a. sarebbe in regola con gli adempimenti prescritti dalla normativa di riferimento in materia oneri previdenziali ed assistenziali, come attestato dal DURC emesso in data 7 maggio 2009, ossia in data antecedente l'adozione del provvedimento impugnato.
- d) anche prima del 7 maggio 2009, la posizione contributiva della AUSILIARIA dovrebbe considerarsi comunque regolare, dovendosi escludere che i DURC esibiti da Trenitalia siano significativi di violazioni definitivamente accertate e gravi, anche in considerazione della possibilità di compensare i debiti contributivi verso l'INPS maturati da AUSILIARIA per gli importi anticipati per conto dell'INPS in relazione a trattamenti di integrazione salariale in attuazione degli accordi stipulati con il Ministero del lavoro e delle politiche sociali, nonché con le rappresentanze sindacali, accorsi aventi ad oggetto la c.d. solidarietà difensiva e la c.d. CIGS ai sensi dell'art. 1, comma 5, l. n. 223/1991.

13. I motivi sono infondati.

13.1. Il primo motivo di ricorso, con cui si sostiene l'irrilevanza dell'avvalimento (e, quindi, della eventualmente carenza dei requisiti in capo all'impresa ausiliaria) non può essere condiviso perché introduce una inammissibile separazione tra requisiti di partecipazione alla gara e requisiti di aggiudicazione, portando alla conclusione, certamente inaccettabile, secondo cui l'eventuale carenza di un requisito di partecipazione può ritenersi superata se, comunque, risultano sussistenti i requisiti di aggiudicazione.

Nel caso di specie, è vero che la Ricorrente s.r.l. aveva un fatturato sufficiente per partecipare alla gara relativa ai lotti n. 5 e n. 6 (che poi si è aggiudicata). E' pacifico, tuttavia, che l'appellante abbia presentato un'offerta per altri lotti, all'aggiudicazione dei quali non avrebbe potuto concorrere senza avvalersi del fatturato di AUSILIARIA.

Per stabilire se Ricorrente avesse i requisiti per partecipare alla gara, occorre fare riferimento ai lotti per i quali si è chiesto di partecipare, non a quelli effettivamente aggiudicati. Del resto, se Ricorrente avesse presentato le stesse offerte senza avvalersi di AUSILIARIA sarebbe stata certamente esclusa dalla gara, perché sprovvista del prescritto requisito di fatturato. E' evidente allora che la partecipazione di AUSILIARIA è stata rilevante, in quanto ha consentito a Ricorrente di partecipare ad una gara, alla quale, altrimenti, non avrebbe potuto partecipare.

L'ipotizzata possibilità di rinunciare all'avvalimento originariamente dichiarato deve, pertanto, escludersi, perché, nella fattispecie oggetto del presente giudizio, tale rinuncia determinerebbe la possibilità di partecipare ad una gara pur in assenza dei prescritti requisiti di fatturato, solo perché risultano poi concretamente sussistenti i requisiti per eseguire l'appalto con riferimento ai lotti aggiudicati. Al contrario, requisiti di partecipazione e requisiti di aggiudicazione vanno valutati

separatamente e la mancanza dei primi non può essere sanata dalla presenza dei secondi.

Del resto, tramite la dichiarazione di avvalimento, l'odierna appellante ha comunque avuto un non trascurabile vantaggio, consistente nella possibilità di aggiudicarsi un numero maggiore di lotti. Tale vantaggio (di cui l'impresa ha goduto nel momento stesso in cui è stata ammessa a partecipare per tutti i lotti per i quali ha formulato l'offerta) che incide sulla tutela della concorrenza, perché modifica le possibilità di aggiudicazione di ciascuna impresa, ha come naturale contropartita l'assunzione del rischio che l'impresa ausiliaria sia priva di requisiti di partecipazione e possa, pertanto, compromettere l'aggiudicazione anche di quei lotti con riferimento ai quali l'impresa ausiliata avrebbe potuto partecipare da sola.

13.2. Occorre, quindi, verificare se in capo a AUSILIARIA fosse configurabile la causa di esclusione di cui all'art. 38, comma 1, lett. i, d.lgs n. 163/2006.

Anche a tale quesito si deve dare risposta positiva.

Con riguardo alle censure concernenti le modalità di accertamento del requisito della regolarità contributiva, non si può non tener conto che attualmente il nostro ordinamento affida un ruolo fondamentale alla certificazione di regolarità contributiva rilasciatoo dagli enti previdenziali e dalle Casse edili ai sensi dell'art.2 del d.l. 25 settembre 2002, n. 210 , così come modificato dalla legge di conversione 22 novembre 2002, n. 266 e dell'art. 3 , comma 8, lett. b-bis) d.lgs. 14 agosto 1996, n. 494, lettera aggiunta dall'art. 86, comma 10 d.lgs. 10 settembre 2003, n.276.

Il che significa che lo strumento principale per ogni accertamento in tema di regolarità contributiva è ormai la predetta certificazione proveniente dai suddetti organismi, mentre la precedente normativa in materia contenuta nell'art.75 del D.P.R. n. 554 del 1999 deve considerarsi ormai superata.

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 (cfr. Cons. Stato, sez. IV, n. 1458/2009)

Va ancora evidenziato che nel settore previdenziale, in considerazione dei gravi effetti negativi sui diritti dei lavoratori, sulla finanze pubbliche e sulla concorrenza tra le imprese derivanti dalla mancata osservanza degli obblighi in materia, debbono considerarsi "gravi" tutte le inadempienze rispetto a detti obblighi, salvo che non siano riscontrabili adeguate giustificazioni, come, ad esempio, la sussistenza di contenziosi di non agevole e pronta definizione sorti a seguito di verifiche e contestazioni da parte degli organismi previdenziali ovvero la necessità di verificare le condizioni per un condono o per una rateizzazione (Cons. Stato, sez. V, n. 5096/2008).

Non può dunque negarsi che sussisteva il requisito della "gravità" della infrazione, senza che ci fosse necessità di alcuna particolare motivazione.

Ancora, come questo Consiglio ha già avuto modo di chiarire, deve escludersi la rilevanza di un eventuale adempimento tardivo dell'obbligazione contributiva, quand'anche ricondotto retroattivamente, quanto ad efficacia, al momento della scadenza del termine di pagamento (Cons. Stato, sez. IV, n. 1458/2009).

13.3. Le considerazioni che precedono evidenziano la palese infondatezza di tutti i motivi con i quali l'appellante contesta l'accertamento della regolarità contributiva in capo alla AUSILIARIA.

La violazione deve considerarsi grave in quanto dai DURC depositati si evince che la AUSILIARIA non risultava regolare con il versamento dei premi e accessori INAIL sia al 26.9.2008 (termine per la presentazione delle domande), sia al

4.2.2009 (termine per la presentazione delle offerte), in quanto, in entrambi i casi, “non ha versato i premi e accessori per gli anni 2007/2008 per un importo di euro 265.211,75”. Inoltre, la AUSILIARIA non risultava regolare con il pagamento dei contributi INPS al 25.3.2009, ed in pari data non risultava regolare anche nei confronti dell'INAIL “in quanto non ha versato i premi assicurativi per gli anni 2008 per un importo di euro 398.508,77”.

13.4. Quanto poi alla necessità che l'infrazione dovesse essere debitamente accertata deve ritenersi che tale sia l'infrazione che sia stata accertata dai competenti organi previdenziali, salva l'ipotesi, che non ricorre nel caso di specie, che sia stato promossa dal soggetto interessato azione dinanzi all'autorità giudiziaria per contestarne le risultanze.

Del resto, in conformità ai suesposti principi si è espressa anche l'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici con la determinazione n.13/2003 in data 15 luglio 2003, al paragrafo II lett.E , sia per quanto riguarda il soggetto preposto all'accertamento, sia per quel che concerne la gravità del mancato versamento dei contributi, indipendentemente dall'importo.

13.5. In senso contrario, non può assumere rilevanza, a differenza di quanto sostiene l'appellante, né il DURC positivo del 7 maggio 2009, che non vale a sanare le irregolarità contributive risultanti dai DURC precedenti, né l'invocata compensazione tra il debito contributivo verso l'INPS e i crediti vantati da AUSILIARIA per avere anticipato importi per conto dell'INPS in relazione a trattamenti di integrazione salariale, in quanto, anche ad ammettere che operi automaticamente, la compensazione andrebbe a cancellare l'irregolarità contributiva verso l'INPS, ma non quella nei confronti dell'INAIL (che già da sola giustifica il provvedimento impugnato).

14. Alla luce delle considerazioni che precedono, l'appello deve, in definitiva, essere respinto.

L'appello incidentale proposto da Controinteressata due può ritenersi assorbito.

15. La complessità delle questioni esaminate giustifica la compensazione delle spese di lite.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato, in sede giurisdizionale, Sezione Sesta, respinge l'appello.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 2 febbraio 2010 con l'intervento dei Signori:

Claudio Varrone, Presidente

Paolo Buonvino, Consigliere

Roberto Garofoli, Consigliere

Roberto Giovagnoli, Consigliere, Estensore

Claudio Contessa, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Il Segretario

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 06/04/2010

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

Il Dirigente della Sezione