

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 01/07/2010

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/29802-la-verifica-della-regolarit-contributiva-delle-impres-non-pi-di-competenza-delle-stazioni-appaltanti-ma-demanda-agli-enti-previdenziali>

Autore: Lazzini Sonia

La verifica della regolarità contributiva delle imprese non è più di competenza delle stazioni appaltanti, ma è demandata agli enti previdenziali

Tar Sicilia, Palermo, 31.05.2010 n. 7054

La verifica della regolarità contributiva delle imprese non è più di competenza delle stazioni appaltanti, ma è demandata agli enti previdenziali.

A proposito della valenza della regolarizzazione tardiva del versamento contributivo omesso, il Collegio condivide l'orientamento secondo il quale a tale adempimento intempestivo non può essere riconosciuto alcun effetto sanante ai fini della sussistenza dei requisiti di ammissibilità alla gara nonché per la stipulazione dell'eventuale contratto di appalto.

Ai fini della esclusione è da ritenere, dunque, sufficiente la violazione della sola mancata regolarità nei versamenti, a prescindere dalla gravità dell'inadempimento e dalla sua accertata definitività.

L'Ente controinteressato, tuttavia, secondo la ricorrente, doveva essere escluso dalla gara poiché il provvedimento di ammissione, e la conseguente aggiudicazione a suo favore, disposti con gli atti impugnati, sarebbero illegittimi, per i seguenti tre motivi:

1) "Violazione e falsa applicazione delle previsioni del bando di gara; violazione e falsa applicazione dell'art. 38, comma 1 lettere b) e c) del D.lgs. n. 163/2006; eccesso di potere per erroneità dei presupposti di fatto e di diritto; grave travisamento dei fatti; erroneità della motivazione; difetto d'istruttoria".

La ricorrente sostiene che l'ente aggiudicatario non doveva essere ammesso alla gara perché il suo legale rappresentante in carica si sarebbe limitato a dichiarare, genericamente, al momento della presentazione dell'offerta, la sussistenza dei requisiti morali di cui all'art. 38, comma 1, lettere b) e c) del D.lgs. 163/06 rispetto agli amministratori cessati dalla carica nel triennio precedente la pubblicazione del bando di gara, senza indicarne i nominativi.

2) "Violazione e falsa applicazione delle previsioni del bando di gara; violazione e falsa applicazione dell'art. 38, comma 1, lett. i) del D.lgs. 163/2006; eccesso di potere per erroneità dei presupposti di fatto e di diritto; violazione della par condicio; erroneità della motivazione; difetto d'istruttoria".

Si sostiene che l'Ente controinteressato andava comunque escluso dalla gara da qua, in ragione della violazione della lett. j) del disciplinare di gara laddove richiede, in applicazione dell'art. 38, comma 1, lett. i) del D.lgs. 163/2006, la dichiarazione attestante il possesso di regolari posizioni contributive presso l'INPS e l'INAIL e la correntezza dei rispettivi versamenti.

Nonostante la dichiarazione di regolarità, infatti, sarebbe emersa la situazione di irregolarità contributiva nei versamenti rispetto ad entrambi i predetti Istituti previdenziali, alla data del 16 settembre 2009, così come attestata nel D.U.R.C. rilasciato il 22 ottobre 2009.

3) "Violazione e falsa applicazione delle previsioni del bando di gara; violazione e falsa applicazione dell'art. 38, comma 1, lett. i) del D.lgs. 163/2006; eccesso di potere per erroneità dei presupposti di fatto e di diritto; difetto d'istruttoria".

Secondo la ricorrente, la Commissione di gara avrebbe dovuto escludere l'Ente controinteressato anche a causa del mancato possesso del certificato di iscrizione al rispettivo Albo regionale o equivalente per la sezione inabili, che sarebbe stato richiesto, a pena di esclusione, dalla lett. b) del disciplinare di gara, atteso che l'ente medesimo sarebbe invece iscritto nel Registro nazionale per la protezione e l'assistenza per sordomuti.

Per resistere al gravame si sono costituiti in giudizio la Provincia Regionale di Trapani e l'Ente controinteressato, deducendone l'infondatezza e chiedendone, dunque, il rigetto, vinte le spese.

Con ordinanza collegiale n. 1228 del 21 dicembre 2009 è stata respinta l'istanza di sospensione dei provvedimenti impugnati.

Tale ordinanza è stata riformata dal C.G.A., con ordinanza n. 88/10, in accoglimento dell'appello proposto dalla ricorrente, al fine dell'approfondimento nel merito delle questioni relative al rispetto dell'art. 38 del D.lgs. n. 163/2006 e ai profili di regolarità contributiva, nonché della fissazione dell'udienza di trattazione del merito ai sensi dell'art. 23-bis, comma 3°, della L. n. 1034/1971, introdotto dall'art. 4 della L. n. 205/2000.

In prossimità dell'udienza pubblica, sia la ricorrente, sia l'Ente controinteressato, hanno articolato memorie difensive, insistendo nelle richieste già formulate.

Alla pubblica udienza del 29 aprile 2010, su conforme richiesta dei procuratori delle parti, la causa è stata posta in decisione.

In data 5 maggio 2010 è stato pubblicato, come per legge, il dispositivo della presente sentenza.

Qual è il parere dell'adito giudice amministrativo?

1. Il ricorso è fondato, in parte, nei termini di seguito esposti.

1.1. Con il primo motivo, la ricorrente sostiene che l'ente aggiudicatario non doveva essere ammesso alla gara perché il suo legale rappresentante in carica si sarebbe limitato a dichiarare, genericamente, al momento della presentazione dell'offerta, la sussistenza dei requisiti morali di cui all'art. 38, comma 1, lettere b) e c) del D.lgs. 163/06 rispetto agli amministratori cessati dalla carica nel triennio precedente la pubblicazione del bando di gara, senza indicarne i nominativi, con ciò impedendo l'identificazione dei soggetti in relazione ai quali le dichiarazioni devono intendersi rese e la loro riscontrabilità.

Tale dichiarazione, concernente l'insussistenza delle circostanze ostative alla partecipazione all'appalto pubblico, sarebbe stata imposta a tali soggetti specificamente dal punto e3) dello stesso disciplinare di gara.

E invero, successivamente all'espletamento della gara, a seguito delle verifiche compiute dalla stazione appaltante su impulso della ricorrente, sarebbe risultato che i soggetti cessati dalla carica e dotati dei poteri di rappresentanza illo tempore, tenuti, pertanto, a rendere la suddetta dichiarazione, erano due, il primo cessato dalla carica il 15 novembre 2007, e il successivo sostituito dal Presidente in carica al momento di presentazione dell'offerta. Peraltro, l'Ente aggiudicatario avrebbe trasmesso soltanto dopo l'aggiudicazione provvisoria i certificati del casellario giudiziale e dei carichi pendenti – entrambi negativi – dei detti Presidenti non più in carica.

Sul punto l'Amministrazione resistente e l'Ente controinteressato hanno argomentato deducendo, innanzitutto, la conformità della suddetta dichiarazione a quanto richiesto dal bando di gara e dall'art. 38 cit., di cui sarebbe stata riportata, esattamente, la dizione e, in secondo luogo, hanno invocato l'orientamento giurisprudenziale alla stregua del quale la concreta e dimostrata assenza delle cause ostative ex art. 38, comma 1, escluderebbe la violazione del precetto contenuto nella norma medesima.

Va condivisa la prima argomentazione addotta a proposito della formulazione della lex specialis sul punto in esame.

Il disciplinare di gara, lett. e3), pagina 4, richiede letteralmente e genericamente che l'insussistenza delle cause ex art. 38 cit. “va dichiarata anche nei confronti dei soggetti cessati dalla carica ...” senza specifica richiesta di elencazione e/o indicazione nominativa dei soggetti cui riferirla.

Trattasi, quantomeno, di clausola ambigua che giustifica l'integrazione in sede di gara e non può determinare l'esclusione automatica.

Nel caso concreto, infatti, la dichiarazione è stata integrata anche con la documentazione inerente ai certificati penali dei due precedenti presidenti cessati dalla carica, che ha confermato l'assenza di condanne, nei loro confronti, rilevanti ai sensi dell'art. 38 citato.

La predetta clausola, peraltro, non è stata impugnata dalla ricorrente.

Ne sortisce l'infondatezza del motivo.

Con la seconda censura la ricorrente sostiene che l'Ente controinteressato andava, in ogni caso, escluso dalla gara, in ragione della violazione della lett. j) del disciplinare di gara laddove si richiede, in applicazione dell'art. 38, comma 1, lett. i) del D.lgs. 163/2006, la dichiarazione attestante il possesso di regolari posizioni contributive presso l'INPS e l'INAIL e la correntezza dei rispettivi versamenti.

Nonostante la dichiarazione di regolarità, infatti, sarebbe emersa, viceversa, la situazione di irregolarità nei versamenti alla data del 16 settembre 2009, rispetto ad entrambi i predetti Istituti previdenziali, così come attestata nel D.U.R.C. rilasciato il 22 ottobre 2009.

Tale irregolarità, - seppur la controinteressata abbia dimostrato che, per quanto concerne l'INPS, era stata erroneamente certificata dall'istituto medesimo -, avrebbe dovuto determinare l'esclusione dalla gara, attesa l'irrilevanza sia della modesta entità del contributo omesso e sia della regolarizzazione postuma a favore dell'INAIL.

In merito, l'Amministrazione resistente e l'Ente controinteressato hanno replicato sostenendo che:

- a) alla data della presentazione delle offerte, l'Ente controinteressato non era ancora a conoscenza dell'irregolarità nei versamenti e che la stessa non era ancora definitivamente accertata;
- b) comunque, tale irregolarità, di modestissima entità - pari a € 517,59 -, è stata ritenuta dalla stazione appaltante medesima non grave ai sensi dell'art. 38, comma 1, lett. i), così come richiamato dal disciplinare di gara, paragrafo 1, lett. e9);
- c) essa è stata sanata con il versamento, postumo, eseguito il 6 ottobre 2009.

Le argomentazioni difensive dell'Amministrazione resistente e dell'Ente controinteressato non persuadono.

A proposito della valenza della regolarizzazione tardiva del versamento contributivo omesso, il Collegio condivide, anche con riguardo alla vicenda in esame, l'orientamento secondo il quale a tale adempimento intempestivo non può essere riconosciuto alcun effetto sanante ai fini della sussistenza dei requisiti di ammissibilità alla gara nonché per la stipulazione dell'eventuale contratto di appalto.

Il requisito della regolarità contributiva comporta l'assenza di qualsiasi inadempienza agli obblighi previdenziali, iniziando dal mancato tempestivo pagamento delle somme dovute a seguito di dichiarazioni e denunce da parte del soggetto obbligato, che non può essere regolarizzato successivamente, perché è evidente che ciò non elimina la "non regolarità" riscontrata e le conseguenze negative previste dalla legge (cfr. Cons. Stato, V, 1° agosto 2007, n. 4273).

Il predetto requisito, infatti, mira a soddisfare l'esigenza per la stazione appaltante di verificare l'affidabilità del soggetto partecipante alla gara e, per tale ragione, è del tutto irrilevante un eventuale adempimento tardivo dell'obbligazione contributiva quand'anche ricondotto retroattivamente, quanto ad efficacia, al momento della scadenza del termine di pagamento (cfr. Cons. Stato, IV, 12 marzo 2009, n. 1458).

Né può essere condiviso, e applicato al caso di specie, l'orientamento espresso dal Consiglio di Stato con la decisione n. 4906 del 2009, invocato dalla stazione appaltante, secondo cui alla presenza di un bando - si badi bene - "generico", la valutazione della non gravità spetta prima al concorrente e poi alla stazione appaltante, costituendo il D.U.R.C. irregolare solo un pesante indizio di gravità.

Ciò in considerazione, innanzitutto, della peculiarità del caso concreto, nel quale il disciplinare di gara non appare "generico" in merito alla dimostrazione del requisito della regolarità contributiva, tant'è che in esso è richiesto, alla lett. e9), di dichiarare "a pena di esclusione", non soltanto "di non avere commesso violazioni gravi, definitivamente accertate in materia di contributi previdenziali e assistenziali...", ma anche, alla lett. j), il mantenimento "di regolari posizioni previdenziali ed assicurative presso INPS e INAIL e di essere in regola con i relativi versamenti"; le seguenti "avvertenze" al punto 12) comminano, poi, nuovamente l'esclusione in ipotesi di "dichiarazione incompleta, generica, non conforme, non sottoscritta".

Ai fini della esclusione è da ritenere, dunque, sufficiente la violazione della sola lett. j), ossia la mancata regolarità nei versamenti, a prescindere dalla gravità dell'inadempimento e dalla sua accertata definitività.

La giurisprudenza ha invero 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 (cfr. Cons. Stato, VI, 6 aprile 2010, n. 1930).

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

Tornando alla sentenza n. 4906 del 2009 appena citata, va detto che essa è riconducibile al filone "sostanzialistico" sviluppatosi sull'argomento, al quale, però, si contrappone l'ormai prevalente orientamento giurisprudenziale - i cui principi, peraltro, bene si attagliano alla vicenda di qua - alla stregua del quale si ritiene che, a seguito dell'entrata in vigore della disciplina sul certificato di regolarità contributiva dettata dall'art. 2 del D.L. 25 settembre 2002 n. 210 - così come modificato dalla legge di conversione 22 novembre 2002 n. 266, e dall'art. 3, comma 8 lett. b-bis) del D.Lgs. 14 agosto 1996 n. 494, lettera aggiunta dall'art. 86, comma 10, del D.Lgs. 10 settembre 2003 n. 276 -, la verifica della regolarità contributiva delle imprese non è più di competenza delle stazioni appaltanti, ma è demandata agli enti previdenziali.

La stazione appaltante in una siffatta situazione non deve, allora, far altro che prendere atto della certificazione contenuta nel D.U.R.C., senza poter in alcun modo sindacarne le risultanze, così come avviene, del resto, con riferimento a qualsiasi certificazione acquisita per comprovare requisiti, il cui accertamento è affidato ad altre Amministrazioni.

Attesa la natura giuridica del D.U.R.C., quindi, 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, VI, n. 1930/2010 cit.)

Non risulta, d'altro canto, che siano state contestate le attestazioni riguardanti l'irregolarità nei confronti dell'INAIL contenute nel D.U.R.C. in questione che, possedendo 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, è assistito da pubblica fede ai sensi dell'articolo 2700 c.c., e fa prova fino a querela di falso (cfr. Cons. Stato, V, 23 gennaio 2008, n.147; IV, 12 marzo 2009, n. 1458).

Quanto alla dedotta non definitività è sufficiente rilevare che non risulta che per la situazione di attestata irregolarità verso l'INAIL sia stato attivato da parte dell'Ente controinteressato alcun tipo di tutela al fine di contestarne la sussistenza, tutela che, se azionata in modo non temerario, avrebbe reso non definitivamente accertato l'inadempimento.

A proposito della addotta mancata conoscenza dell'irregolarità al momento della presentazione dell'offerta corredata dalla dichiarazione sostitutiva di certificazione attestante la correttezza contributiva, così come affermata dall'Ente controinteressato, non può ritenersi raggiunta alcuna prova contraria e ciò porta a escludere, comunque, la configurabilità della dichiarazione non veritiera o falsa.

La rilevata fondatezza, per le considerazioni di cui sopra, di tale dirimente censura comporta - assorbito quant'altro - l'accoglimento del gravame, con il conseguente annullamento dei provvedimenti impugnati.

A cura di Sonia Lazzini

Riportiamo qui di seguito la sentenza numero 7054 del 31 maggio 2010 pronunciata dal Tar Sicilia, Palermo

N. 07054/2010 REG.SEN.
N. 02119/2009 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 per la Sicilia

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso con il numero di registro generale 2119 del 2009, proposto dalla “RICORRENTE COOPERATIVA SOCIALE a r.l.”, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, con domicilio eletto in Palermo, via N. Morello, 40, presso lo studio degli Avvocati Stefano Polizzotto e Antonietta Sartorio, dai quali è rappresentata e difesa;

contro

- la Provincia Regionale di Trapani, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli Avvocati Diego Maggio e Emilio Cadore, con domicilio eletto in Palermo, via Sciuti, 55, presso lo studio dell’Avv. Franco Giordano;

- la Commissione di gara per l’affidamento del servizio di assistenza alla comunicazione agli alunni con handicap sensoriale, frequentanti gli istituti scolastici di ogni ordine e grado della Provincia di Trapani, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituita in giudizio;

per l’annullamento

previa sospensione dell’efficacia,

- “della nota prot. n. 72991/GC del 6.11.2009 della Provincia Regionale di Trapani, che ha confermato l'aggiudicazione della gara di affidamento del servizio di assistenza agli alunni con handicap sensoriale, frequentanti gli Istituti Scolastici di ogni ordine e grado, all'Ente controinteressato”;
- “del verbale del 16.09.2009 di apertura della gara di affidamento del servizio di assistenza alla comunicazione agli alunni con handicap sensoriale, frequentanti gli istituti scolastici di ogni ordine e grado, nella parte in cui la Commissione di gara non ha escluso l'Ente Nazionale per la Protezione e l'Assistenza dei Sordi - ONLUS - Sez. Provinciale di Trapani”;
- “del verbale di prosecuzione dei lavori del 17.09.2009, nella parte in cui si è proceduto all'aggiudicazione provvisoria del servizio all'Ente”;
- “di ogni altro atto, presupposto e/o consequenziale”.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto il controricorso, con i relativi allegati, della Provincia Regionale di Trapani;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Ente Nazionale per la Protezione e l'Assistenza dei Sordi - Onlus - Sezione Provinciale di Trapani;

Vista l'ordinanza n. 1228/09;

Vista l'ordinanza del C.G.A. n. 88/10;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore il Referendario Anna Pignataro;

Uditi, nell'udienza pubblica del giorno 29 aprile 2010, l'Avv. Stefano Polizzotto per la parte ricorrente, l'Avv. Antonino Barbiera, giusta delega dell'Avv. Emilio Cadore, per la Provincia Regionale di Trapani, e l'Avv. Luca Giardina Cannizzaro per l'Ente Nazionale per la Protezione e l'Assistenza dei Sordi - ONLUS – Sezione provinciale di Trapani;

Visto l'art. 23-*bis*, comma sesto, della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, introdotto dall'art. 4 della legge 21 luglio 2000, n. 205;

Visto il decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, così come modificato dal decreto legislativo 20 marzo 2010, n. 53;

Visto il dispositivo di sentenza n. 42/10;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso ritualmente notificato il 2 dicembre 2009 e depositato il successivo giorno 3, la Ricorrente Cooperativa Sociale a r.l. ha impugnato i provvedimenti di cui in epigrafe e ne ha chiesto l'annullamento, oltre il risarcimento dei danni, esponendo, in fatto, che:

- con bando ritualmente adottato e pubblicato, la Provincia Regionale di Trapani ha indetto un'asta pubblica per l'affidamento, con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, del “servizio di assistenza alla comunicazione agli alunni con handicap sensoriale (audiolesi) frequentanti gli Istituti scolastici di ogni ordine e grado della Provincia di Trapani per l'anno scolastico 2009/2010”, per un importo totale di 749.700,00 euro, con ribasso d'asta calcolato esclusivamente sulle spese di gestione quantificate in € 35.700,00, e possibilità di rinnovo dell'affidamento del servizio per i successivi tre anni;
- nella seduta del 16 settembre 2009, verificata la documentazione amministrativa contenuta nella busta “A”, la Commissione di gara, ha ammesso alle successive fasi di selezione l'ente controinteressato;
- nella successiva seduta del 17 settembre, a seguito della valutazione delle offerte tecniche ed economiche, il servizio in appalto è stato aggiudicato provvisoriamente all'Ente controinteressato, mentre la ricorrente medesima è stata collocata al secondo posto della graduatoria;

- con istanza del 7 ottobre 2009 e la successiva del 14 ottobre 2009, ha invitato la stazione appaltante a verificare il possesso della correntezza contributiva e fiscale, così come dichiarata in sede di gara, dell' Ente Nazionale per la Protezione e l'Assistenza dei Sordi - Onlus - Sezione Provinciale di Trapani, a seguito della quale l'aggiudicazione in favore di quest'ultima è stata confermata.

L'Ente controinteressato, tuttavia, secondo la ricorrente, doveva essere escluso dalla gara poiché il provvedimento di ammissione, e la conseguente aggiudicazione a suo favore, disposti con gli atti impugnati, sarebbero illegittimi, per i seguenti tre motivi:

1) “Violazione e falsa applicazione delle previsioni del bando di gara; violazione e falsa applicazione dell'art. 38, comma 1 lettere b) e c) del D.lgs. n. 163/2006; eccesso di potere per erroneità dei presupposti di fatto e di diritto; grave travisamento dei fatti; erroneità della motivazione; difetto d'istruttoria”.

La ricorrente sostiene che l'ente aggiudicatario non doveva essere ammesso alla gara perché il suo legale rappresentante in carica si sarebbe limitato a dichiarare, genericamente, al momento della presentazione dell'offerta, la sussistenza dei requisiti morali di cui all'art. 38, comma 1, lettere b) e c) del D.lgs. 163/06 rispetto agli amministratori cessati dalla carica nel triennio precedente la pubblicazione del bando di gara, senza indicarne i nominativi.

2) “Violazione e falsa applicazione delle previsioni del bando di gara; violazione e falsa applicazione dell'art. 38, comma 1, lett. i) del D.lgs. 163/2006; eccesso di potere per erroneità dei presupposti di fatto e di diritto; violazione della par condicio; erroneità della motivazione; difetto d'istruttoria”.

Si sostiene che l'Ente controinteressato andava comunque escluso dalla gara *da qua*, in ragione della violazione della lett. j) del disciplinare di gara laddove richiede, in applicazione dell'art. 38, comma 1, lett. i) del D.lgs. 163/2006, la dichiarazione

attestante il possesso di regolari posizioni contributive presso l'INPS e l'INAIL e la correttezza dei rispettivi versamenti.

Nonostante la dichiarazione di regolarità, infatti, sarebbe emersa la situazione di irregolarità contributiva nei versamenti rispetto ad entrambi i predetti Istituti previdenziali, alla data del 16 settembre 2009, così come attestata nel D.U.R.C. rilasciato il 22 ottobre 2009.

3) “Violazione e falsa applicazione delle previsioni del bando di gara; violazione e falsa applicazione dell'art. 38, comma 1, lett. i) del D.lgs. 163/2006; eccesso di potere per erroneità dei presupposti di fatto e di diritto; difetto d'istruttoria”.

Secondo la ricorrente, la Commissione di gara avrebbe dovuto escludere l'Ente controinteressato anche a causa del mancato possesso del certificato di iscrizione al rispettivo Albo regionale o equivalente per la sezione inabili, che sarebbe stato richiesto, a pena di esclusione, dalla lett. b) del disciplinare di gara, atteso che l'ente medesimo sarebbe invece iscritto nel Registro nazionale per la protezione e l'assistenza per sordomuti.

Per resistere al gravame si sono costituiti in giudizio la Provincia Regionale di Trapani e l'Ente controinteressato, deducendone l'infondatezza e chiedendone, dunque, il rigetto, vinte le spese.

Con ordinanza collegiale n. 1228 del 21 dicembre 2009 è stata respinta l'istanza di sospensione dei provvedimenti impugnati.

Tale ordinanza è stata riformata dal C.G.A., con ordinanza n. 88/10, in accoglimento dell'appello proposto dalla ricorrente, al fine dell'approfondimento nel merito delle questioni relative al rispetto dell'art. 38 del D.lgs. n. 163/2006 e ai profili di regolarità contributiva, nonché della fissazione dell'udienza di trattazione del merito ai sensi dell'art. 23-bis, comma 3°, della L. n. 1034/1971, introdotto dall'art. 4 della L. n. 205/2000.

In prossimità dell'udienza pubblica, sia la ricorrente, sia l'Ente controinteressato, hanno articolato memorie difensive, insistendo nelle richieste già formulate.

Alla pubblica udienza del 29 aprile 2010, su conforme richiesta dei procuratori delle parti, la causa è stata posta in decisione.

In data 5 maggio 2010 è stato pubblicato, come per legge, il dispositivo della presente sentenza.

DIRITTO

1. Il ricorso è fondato, in parte, nei termini di seguito esposti.

1.1. Con il primo motivo, la ricorrente sostiene che l'ente aggiudicatario non doveva essere ammesso alla gara perché il suo legale rappresentante in carica si sarebbe limitato a dichiarare, genericamente, al momento della presentazione dell'offerta, la sussistenza dei requisiti morali di cui all'art. 38, comma 1, lettere b) e c) del D.lgs. 163/06 rispetto agli amministratori cessati dalla carica nel triennio precedente la pubblicazione del bando di gara, senza indicarne i nominativi, con ciò impedendo l'identificazione dei soggetti in relazione ai quali le dichiarazioni devono intendersi rese e la loro riscontrabilità.

Tale dichiarazione, concernente l'insussistenza delle circostanze ostative alla partecipazione all'appalto pubblico, sarebbe stata imposta a tali soggetti specificamente dal punto e3) dello stesso disciplinare di gara.

E invero, successivamente all'espletamento della gara, a seguito delle verifiche compiute dalla stazione appaltante su impulso della ricorrente, sarebbe risultato che i soggetti cessati dalla carica e dotati dei poteri di rappresentanza *illo tempore*, tenuti, pertanto, a rendere la suddetta dichiarazione, erano due, il primo cessato dalla carica il 15 novembre 2007, e il successivo sostituito dal Presidente in carica al momento di presentazione dell'offerta. Peraltro, l'Ente aggiudicatario avrebbe trasmesso soltanto dopo l'aggiudicazione provvisoria i certificati del casellario

giudiziale e dei carichi pendenti – entrambi negativi – dei detti Presidenti non più in carica.

Sul punto l'Amministrazione resistente e l'Ente controinteressato hanno argomentato deducendo, innanzitutto, la conformità della suddetta dichiarazione a quanto richiesto dal bando di gara e dall'art. 38 cit., di cui sarebbe stata riportata, esattamente, la dizione e, in secondo luogo, hanno invocato l'orientamento giurisprudenziale alla stregua del quale la concreta e dimostrata assenza delle cause ostative *ex art. 38*, comma 1, escluderebbe la violazione del precetto contenuto nella norma medesima.

Va condivisa la prima argomentazione addotta a proposito della formulazione della *lex specialis* sul punto in esame.

Il disciplinare di gara, lett. e3), pagina 4, richiede letteralmente e genericamente che l'insussistenza delle cause *ex art. 38* cit. “va dichiarata anche nei confronti dei soggetti cessati dalla carica ...” senza specifica richiesta di elencazione e/o indicazione nominativa dei soggetti cui riferirla.

Trattasi, quantomeno, di clausola ambigua che giustifica l'integrazione in sede di gara e non può determinare l'esclusione automatica.

Nel caso concreto, infatti, la dichiarazione è stata integrata anche con la documentazione inerente ai certificati penali dei due precedenti presidenti cessati dalla carica, che ha confermato l'assenza di condanne, nei loro confronti, rilevanti ai sensi dell'art. 38 citato.

La predetta clausola, peraltro, non è stata impugnata dalla ricorrente.

Ne sortisce l'infondatezza del motivo.

1.2. Con la seconda censura la ricorrente sostiene che l'Ente controinteressato andava, in ogni caso, escluso dalla gara, in ragione della violazione della lett. j) del disciplinare di gara laddove si richiede, in applicazione dell'art. 38, comma 1, lett. i)

del D.lgs. 163/2006, la dichiarazione attestante il possesso di regolari posizioni contributive presso l'INPS e l'INAIL e la correttezza dei rispettivi versamenti.

Nonostante la dichiarazione di regolarità, infatti, sarebbe emersa, viceversa, la situazione di irregolarità nei versamenti alla data del 16 settembre 2009, rispetto ad entrambi i predetti Istituti previdenziali, così come attestata nel D.U.R.C. rilasciato il 22 ottobre 2009.

Tale irregolarità, - seppur la controinteressata abbia dimostrato che, per quanto concerne l'INPS, era stata erroneamente certificata dall'istituto medesimo -, avrebbe dovuto determinare l'esclusione dalla gara, attesa l'irrilevanza sia della modesta entità del contributo omesso e sia della regolarizzazione postuma a favore dell'INAIL.

In merito, l'Amministrazione resistente e l'Ente controinteressato hanno replicato sostenendo che:

- a) alla data della presentazione delle offerte, l'Ente controinteressato non era ancora a conoscenza dell'irregolarità nei versamenti e che la stessa non era ancora definitivamente accertata;
- b) comunque, tale irregolarità, di modestissima entità – pari a € 517,59 -, è stata ritenuta dalla stazione appaltante medesima non grave ai sensi dell'art. 38, comma 1, lett. i), così come richiamato dal disciplinare di gara, paragrafo 1, lett. e9);
- c) essa è stata sanata con il versamento, postumo, eseguito il 6 ottobre 2009.

Le argomentazioni difensive dell'Amministrazione resistente e dell'Ente controinteressato non persuadono.

A proposito della valenza della regolarizzazione tardiva del versamento contributivo omesso, il Collegio condivide, anche con riguardo alla vicenda in esame, l'orientamento secondo il quale a tale adempimento intempestivo non può essere riconosciuto alcun effetto sanante ai fini della sussistenza dei requisiti di

ammissibilità alla gara nonché per la stipulazione dell'eventuale contratto di appalto.

Il requisito della regolarità contributiva comporta l'assenza di qualsiasi inadempienza agli obblighi previdenziali, iniziando dal mancato tempestivo pagamento delle somme dovute a seguito di dichiarazioni e denunce da parte del soggetto obbligato, che non può essere regolarizzato successivamente, perché è evidente che ciò non elimina la "non regolarità" riscontrata e le conseguenze negative previste dalla legge (cfr. Cons. Stato, V, 1° agosto 2007, n. 4273).

Il predetto requisito, infatti, mira a soddisfare l'esigenza per la stazione appaltante di verificare l'affidabilità del soggetto partecipante alla gara e, per tale ragione, è del tutto irrilevante un eventuale adempimento tardivo dell'obbligazione contributiva quand'anche ricondotto retroattivamente, quanto ad efficacia, al momento della scadenza del termine di pagamento (cfr. Cons. Stato, IV, 12 marzo 2009, n. 1458).

Né può essere condiviso, e applicato al caso di specie, l'orientamento espresso dal Consiglio di Stato con la decisione n. 4906 del 2009, invocato dalla stazione appaltante, secondo cui alla presenza di un bando – si badi bene – “generico”, la valutazione della non gravità spetta prima al concorrente e poi alla stazione appaltante, costituendo il D.U.R.C. irregolare solo un pesante indizio di gravità.

Ciò in considerazione, innanzitutto, della peculiarità del caso concreto, nel quale il disciplinare di gara non appare “generico” in merito alla dimostrazione del requisito della regolarità contributiva, tant'è che in esso è richiesto, alla lett. e9), di dichiarare “a pena di esclusione”, non soltanto “di non avere commesso violazioni gravi, definitivamente accertate in materia di contributi previdenziali e assistenziali...” , ma anche, alla lett. j), il mantenimento “di regolari posizioni previdenziali ed assicurative presso INPS e INAIL e di essere in regola con i relativi versamenti”; le seguenti “avvertenze” al punto 12) comminano, poi,

nuovamente l'esclusione in ipotesi di "dichiarazione incompleta, generica, non conforme, non sottoscritta".

Ai fini della esclusione è da ritenere, dunque, sufficiente la violazione della sola lett. j), ossia la mancata regolarità nei versamenti, a prescindere dalla gravità dell'inadempimento e dalla sua accertata definitività.

La giurisprudenza ha invero 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 (cfr. Cons. Stato, VI, 6 aprile 2010, n. 1930).

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

Tornando alla sentenza n. 4906 del 2009 appena citata, va detto che essa è riconducibile al filone "sostanzialistico" sviluppatosi sull'argomento, al quale, però, si contrappone l'ormai prevalente orientamento giurisprudenziale - i cui principi, peraltro, bene si attagliano alla vicenda *de qua*-

alla stregua del quale si ritiene che, a seguito dell'entrata in vigore della disciplina sul certificato di regolarità contributiva dettata dall'art. 2 del D.L. 25 settembre 2002 n. 210 - così come modificato dalla legge di conversione 22 novembre 2002 n. 266, e dall'art. 3, comma 8 lett. b-*bis*) del D.Lgs. 14 agosto 1996 n. 494, lettera aggiunta dall'art. 86, comma 10, del D.Lgs. 10 settembre 2003 n. 276 -, la verifica della regolarità contributiva delle imprese non è più di competenza delle stazioni appaltanti, ma è demandata agli enti previdenziali.

La stazione appaltante in una siffatta situazione non deve, allora, far altro che prendere atto della certificazione contenuta nel D.U.R.C., senza poter in alcun modo sindacarne le risultanze, così come avviene, del resto, con riferimento a qualsiasi certificazione acquisita per comprovare requisiti, il cui accertamento è affidato ad altre Amministrazioni.

Attesa la natura giuridica del D.U.R.C., quindi, 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, VI, n. 1930/2010 cit.)

Non risulta, d'altro canto, che siano state contestate le attestazioni riguardanti l'irregolarità nei confronti dell'INAIL contenute nel D.U.R.C. in questione che, possedendo 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, è assistito da pubblica fede ai sensi dell'articolo 2700 c.c., e fa prova fino a querela di falso (cfr. Cons. Stato, V, 23 gennaio 2008, n.147; IV, 12 marzo 2009, n. 1458).

Quanto alla dedotta non definitività è sufficiente rilevare che non risulta che per la situazione di attestata irregolarità verso l'INAIL sia stato attivato da parte dell'Ente controinteressato alcun tipo di tutela al fine di contestarne la sussistenza, tutela che, se azionata in modo non temerario, avrebbe reso non definitivamente accertato l'inadempimento.

A proposito della addotta mancata conoscenza dell'irregolarità al momento della presentazione dell'offerta corredata dalla dichiarazione sostitutiva di certificazione attestante la correttezza contributiva, così come affermata dall'Ente controinteressato, non può ritenersi raggiunta alcuna prova contraria e ciò porta a escludere, comunque, la configurabilità della dichiarazione non veritiera o falsa.

Non pare, invero, convincente l'argomento contenuto nella memoria depositata 23 aprile 2010, unitamente alla quale la ricorrente ha prodotto documentazione

proveniente dall'INAIL che dimostrerebbe come i calcoli del premio non pagato sarebbero stati effettuati dall'Ente controinteressato/contribuente in autoliquidazione, per dimostrare che quest'ultimo, per tale ragione, non avrebbe potuto non sapere dell'irregolarità che stava commettendo in ordine al *quantum* da versare. In realtà è proprio il meccanismo dell'autoliquidazione che già astrattamente potrebbe giustificare la commissione di un errore di calcolo nella determinazione del contributo, con conseguente versamento, alla data di scadenza, di un importo inferiore a quello che potrebbe poi essere accertato dall'Ente previdenziale; errore che non potrebbe verificarsi – almeno ad opera del soggetto obbligato – se l'importo del premio fosse già liquidato a monte dall'Ente creditore.

1.3. La rilevata fondatezza, per le considerazioni di cui sopra, di tale dirimente censura comporta - assorbito quant'altro - l'accoglimento del gravame, con il conseguente annullamento dei provvedimenti impugnati.

2. La recentissima entrata in vigore del Decreto Legislativo 20 marzo 2010, n. 53 (in G.U. n. 84 del 12 aprile 2010 - in vigore dal 27 aprile 2010) di “Attuazione della direttiva 2007/66/CE che modifica le direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE per quanto riguarda il miglioramento dell'efficacia delle procedure di ricorso in materia d'aggiudicazione degli appalti pubblici”, impone di decidere in ordine alla domanda di risarcimento del danno in forma specifica o per equivalente ai sensi e per gli effetti degli articoli 10 e 12 del predetto Decreto, che integrano il Decreto Legislativo 12 aprile 2006, n. 163, rispettivamente con gli articoli 245-ter e 245-quinquies, e che così dispongono:

«Art. 245-ter (Inefficacia del contratto negli altri casi (articolo 44, comma 1, lettera f) e lettera h), legge delega; articoli 2, paragrafi 6 e 7, 2-quinquies, 2-sexies, 3-bis, direttiva 89/665/CEE e articoli 2, paragrafi 1 e 6, 2-quinquies, 2-sexies, 3-bis, direttiva 92/13/CEE, come modificati dalla direttiva 2007/66/CE; 23° considerando, direttiva 2007/66/CE). - 1. Fuori dei casi indicati dagli articoli 245-

bis e 245-quater, comma 3, il giudice che annulla l'aggiudicazione definitiva stabilisce se dichiarare inefficace il contratto, fissandone la decorrenza, tenendo conto, in particolare, degli interessi delle parti, dell'effettiva possibilità per il ricorrente di conseguire l'aggiudicazione alla luce dei vizi riscontrati, dello stato di esecuzione del contratto e della possibilità di subentrare nel contratto, nei casi in cui il vizio dell'aggiudicazione non comporti l'obbligo di rinnovare la gara e la relativa domanda sia stata proposta.».

«Art. 245-quinquies (Tutela in forma specifica e per equivalente). - 1. L'accoglimento della domanda di conseguire l'aggiudicazione e il contratto è comunque condizionato alla dichiarazione di inefficacia del contratto ai sensi degli articoli 245-bis e 245-ter. Se il giudice non dichiara l'inefficacia del contratto dispone, su domanda e a favore del solo ricorrente avente titolo all'aggiudicazione, il risarcimento per equivalente del danno da questi subito e provato.

2. La condotta processuale della parte che, senza giustificato motivo, non ha proposto la domanda di cui al comma 1, o non si è resa disponibile a subentrare nel contratto, è valutata dal giudice ai sensi dell'articolo 1227 del codice civile.».

2.1. Ciò posto, il Collegio ritiene di non dovere dichiarare inefficace il contratto già stipulato, tenuto conto della natura socio-assistenziale del servizio affidato e dello stato di presumibile sua avanzata esecuzione, la cui durata è coincidente con l'anno scolastico 2009/2010, ormai al termine; va, in ogni caso, escluso che l'Amministrazione resistente possa dare esecuzione all'impegno previsto dall'art. 5 del capitolato speciale d'oneri a proposito della possibilità di rinnovo dell'incarico per i successivi tre anni del medesimo servizio a favore dell'Ente controinteressato, dovendosi invece procedere, in tale ipotesi, a favore della ricorrente, non comportando il vizio dell'aggiudicazione l'obbligo di rinnovare la gara.

2.2.. Va, infine, respinta anche la domanda di risarcimento del danno per equivalente, indicato nel danno emergente e nel lucro cessante, che la ricorrente ha

chiesto calcolarsi in base “al valore del contratto risolto e della percentuale di utile presunto (pari al 10% in applicazione analogica dell’art. 345 della l. 20 marzo 1865, n. 2248, all. f)”, per mancanza dell’elemento soggettivo: non si può, infatti, ritenere dimostrata la colpa della Amministrazione resistente, in presenza degli orientamenti giurisprudenziali divergenti sulla questione interpretativa posta con la seconda censura a proposito del requisito della regolarità contributiva verificata attraverso il D.U.R.C..

A ciò si aggiunga, per completezza, con riguardo all’elemento oggettivo del danno, che la controversia in esame vede in lite organizzazioni appartenenti alla categoria degli enti no profit e che, nel caso di specie, la ricorrente ha offerto, sulla base d’asta, un ribasso pari al 100%.

3. In ragione dell’accoglimento parziale del ricorso, nei termini sopra indicati, va disposta la compensazione tra le parti, per metà delle spese di giudizio, mentre la metà residua va posta a carico della parte soccombente, nella misura indicata nel dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Sicilia, Sede di Palermo, Sezione terza, definitivamente pronunciando, accoglie in parte, secondo quanto specificato in motivazione, il ricorso in epigrafe e, per l’effetto, annulla gli atti impugnati; respinge la domanda di risarcimento del danno.

Dispone la compensazione per metà delle spese di giudizio, e condanna la Provincia Regionale di Trapani e l’Ente Nazionale per la Protezione e l’Assistenza dei Sordi – Sezione provinciale di Trapani, in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, in solido, al pagamento in favore della ricorrente dell’altra metà, liquidata in € 2.000,00 (euro duemila/00), oltre I.V.A. e C.P.A. e la rifusione dell’importo del contributo unificato.

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

Così deciso in Palermo nella camera di consiglio del giorno 29 aprile 2010 con l'intervento dei Magistrati:

Calogero Adamo, Presidente

Maria Cappellano, Referendario

Anna Pignataro, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 31/05/2010

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

IL SEGRETARIO