



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 Basilicata

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 236 del 2011, proposto da:  
Impresa Franco Srl, in persona del legale rappresentante p.t. rappresentato e difeso  
dall'avv. Gaetano Esposito, con domicilio eletto presso Gianpaolo Magnante in  
Potenza, corso XVIII Agosto, n.56;

***contro***

Comune di Scanzano Jonico in persona del Sindaco p.t., n.c.;

***nei confronti di***

Tarantino Costruzioni S.a.s., in persona del legale rappresentante p.t. rappresentato  
e difeso dagli avv. Vincenzo Montagna, Rocco Palazzo, con domicilio eletto presso  
Segreteria T.A.R. in Potenza, via Rosica, n.89;

***per l'annullamento***

della determinazione dirigenziale n. 37 del 27/4/2011, recante aggiudicazione  
definitiva, in favore dell'impresa Tarantino Costruzioni s.a.s. della gara di appalto  
lavori per il recupero ed ampliamento della viabilità, parcheggi e zone pic nic di  
Lido Torre;

nei limiti dell'interesse, della nota accompagnatoria n.6679 prot. del 28/4/11 a firma del R.U.P. Dichio, della nota del 16/3/10 del Dichio e dell'altra del 22/3/11 della Edil Cassa di Basilicata;

nei limiti dell'interesse del ricorrente, di tutti gli atti presupposti, antecedenti, conseguenti e comunque connessi a quelli impugnati, anche se non conosciuti, ivi compreso e ove occorra il contegno silente (inteso come diniego di autotutela ai sensi del co.4 dell'art. 243 bis) serbato nei confronti dell'istanza presentata ai sensi del citato articolo di legge;

nonché per l'accertamento

del diritto dell'impresa ricorrente a vedersi aggiudicata, previa revoca e/o annullamento dell'aggiudicazione disposta in favore della controinteressata, la gara "de qua" e quindi per la condanna dell'amministrazione intimata a disporre a titolo di reintegrazione in forma specifica l'aggiudicazione dei lavori per cui è causa in favore della ricorrente.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Tarantino Costruzioni S.A.S.;

Vista l'ordinanza collegiale n.144/11 di accoglimento dell'istanza incidentale di sospensione cautelare del provvedimento impugnato e fissazione dell'udienza di discussione del gravame nonché recante ordine di incumbenti istruttori cui la Cassa Edile di Matera ha dato esecuzione in data 26/7/11;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 ottobre 2011 il dott. Giancarlo Pennetti e uditi per le parti i difensori Gaetano Esposito e Vincenzo Montagna;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La ricorrente, classificatasi seconda nella gara svoltasi mediante procedura aperta col criterio del prezzo più basso per l'affidamento dei lavori per il recupero ed ampliamento della viabilità, parcheggi e zone pic nic di Lido Torre, impugna l'aggiudicazione definitiva disposta in favore della controinteressata. Dichiara l'istante di avere accertato, a seguito del accesso agli di gara, che il DURC di regolarità contributiva acquisito dalla stazione appaltante per la verifica in ordine all'autodichiarazione resa dall'impresa in sede di gara alla data del 6/8/10 presentava una duplice irregolarità , sia nei confronti della cassa edile emittente e sia nei confronti della altre casse edili. Il comune di Scanzano chiedeva chiarimenti alla cassa edile emittente la quale rispondeva esprimendo un giudizio di non gravità dell'inadempimento della controinteressata sulla base di criteri del tutto estranei a quelli di cui al D.M. 24/10/07, art. 8 co.3.

Si deduce quanto segue:

1.-Illegittimità dell'atto impugnato- insindacabilità delle risultanze emergenti dal DURC- violazione e/o falsa applicazione dell'art. 38 codice dei contratti e del co.1 dell'art. 2 del D.L. n.210/02- eccesso di potere sub specie del difetto di istruttoria, travisamento dei fatti, irragionevolezza, contraddittorietà manifesta.

Si sostiene che illegittimamente l'amministrazione, pur in presenza, alla data di presentazione della domanda di partecipazione alla gara da parte della controinteressata d'una duplice irregolarità contributiva, anziché uniformarsi alla normativa di riferimento (art. 38 co.3 cod.- contr. e art. 2 d.l. n.210/03) e procedere alla revoca dell'affidamento ha aggiudicato l'appalto;

2.-Illegittimità dell'aggiudicazione disposta in favore della controinteressata- eccesso di potere per difetto istruttorio, travisamento dei fatti, irragionevolezza, contraddittorietà manifesta.

La stazione appaltante avrebbe dovuto attenersi in maniera pedissequa alle risultanze del DURC ma, ove pure fosse residuo un potere istruttorio

all'amministrazione esso avrebbe dovuto essere esercitato in modo diverso dato che il comune ha chiesto chiarimenti alla sola cassa edile emittente assumendo che vi fosse invece regolarità con le altre casse edili "come da esito BNI o equivalente del 25/2/11";

3.-Illegittimità dell'aggiudicazione definitiva disposta in favore dell'odierna contro interessata- violazione e falsa applicazione dell'art. 8 co.3 D.M. Lavoro e Previdenza Sociale del 24/10/07.

Si rileva che comunque il giudizio espresso dalla Edil Cassa della Basilicata, ripreso dal Comune, viola l'art. 8 co.3 del D.M. in rubrica che individua dei criteri oggettivi volti a individuare la soglia di gravità rilevante ai fini dell'esclusione dalle procedure selettive. Ciò escluderebbe qualsiasi forma di discrezionalità in capo alle stazioni appaltanti e agli enti previdenziali ai fini dell'accertamento della soglia di gravità, come ribadito dalla c.m. n.5/08 del Ministero del lavoro. L'Edil Cassa avrebbe basato il proprio giudizio su valutazioni soggettive e opinabili relative al fatto che una mera dimenticanza sarebbe all'origine del mancato adempimento e che l'impresa avrebbe sanato in via postuma la propria irregolarità, dopo il pagamento della mensilità di luglio; il che in contrasto con la preminenza che deve avere la obiettiva sussistenza dell'inadempimento e con la irrilevanza di eventuali adempimenti tardivi dell'obbligazione previdenziale.

Il comune di Scanzano e l'Edil Cassa di Basilicata non si sono costituiti. Si è costituito il controinteressato che resiste e chiede il rigetto del gravame.

Con ordinanza collegiale n.144/11 è stata accolta l'istanza incidentale di sospensione cautelare del provvedimento impugnato e fissata l'udienza di discussione del gravame con ordine di incumbenti istruttori cui la Cassa Edile di Matera ha dato esecuzione in data 26/7/11.

Alla pubblica udienza del 20 ottobre 2011 il ricorso è stato ritenuto per la decisione.

## DIRITTO

In fatto deve preliminarmente essere rilevato che, a seguito dell'istruttoria disposta in sede cautelare, la Cassa Edile di Basilicata ha chiarito che l'impresa Tarantino era in una posizione irregolare "nei confronti della sola Cassa Edile emittente ovvero dell'Edilcassa di Basilicata in quanto non aveva versato i contributi ad essa dovuti al 6/8/2010, ma questa era l'unica posizione irregolare in quanto l'altra.....riportata, <<nei confronti di altre casse edili, come da esito BNI>>, si riferiva sempre alla medesima irregolarità nei confronti dell'EdilCassa di Basilicata. Difatti, la consultazione della Banca Nazionale delle Imprese riportava che <<alla data del 6/8/2010 l'impresa.....è stata segnalata IRREGOLARE dalle seguenti casse Edili: EdilCassa Regionale di Basilicata>>".

Da tale precisazione ne consegue l'infondatezza del secondo motivo di gravame. Il ricorso però è fondato in base alle restanti censure dedotte.

Va premesso che, nell'atto impugnato, l'amministrazione dà atto che l'accertamento effettuato presso la citata cassa edile ai fini della verifica della veridicità delle dichiarazioni rese in sede di gara ha portato all'acquisizione del DURC rilasciato dalla cassa edile di Basilicata in data 7/3/2011 con cui si certifica l'esistenza di posizione contributiva irregolare dell'impresa Tarantino Costruzioni s.a.s. alla data del 6/8/2010, cioè al momento della presentazione dell'offerta in sede di gara. Dopo di chè il comune, sulla base di chiarimenti resi dal direttore della cassa edile (in data 29/3/2011) che definiva non grave l'inadempienza "de qua" trattandosi della sola mensilità di giugno 2010, di cui l'impresa, solitamente puntuale e precisa nei pagamenti, si sarebbe accorta in occasione del pagamento della mensilità di luglio si da provvedere al pagamento di quanto scoperto, ha ritenuto che da sola la posizione irregolare non fosse sufficiente a cagionare l'esclusione dovendo ricorrere la gravità e l'accertamento definitivo.

Ciò esposto, il collegio deve anzitutto ricordare che la regolarità contributiva costituisce requisito sostanziale di partecipazione alla gara, avendo il legislatore ritenuto tale regolarità indice dell'affidabilità, diligenza e serietà dell'impresa e della sua correttezza nei rapporti con le maestranze (cfr. Cons. St., IV, 15/9/10 n.6907). La regolarità contributiva e fiscale deve essere presente al momento dell'offerta e deve essere assicurata pure in momenti successivi alla presentazione della domanda e dell'offerta e quindi certamente fino al momento dell'aggiudicazione, essendo palese l'esigenza per la stazione appaltante di verificare l'affidabilità del soggetto partecipante alla gara fino alla conclusione della stessa (cfr. Cons. St., IV, 12/3/09 n.1548; Cons. St., IV, 31/5/07 n.2876).

Punto di riferimento ineludibile, in quest'ottica, sono dunque le risultanze del documento unico di regolarità contributiva che, come da costante giurisprudenza, vincola la p.a. in ragione della sua natura di dichiarazione di scienza da collocarsi fra gli atti di certificazione o di attestazione redatti da un pubblico ufficiale e aventi carattere meramente dichiarativo di dati in possesso dell'amministrazione e assistiti da pubblica fede ex art. 2700 c.c., facente pertanto prova fino a querela di falso essendo la formale regolarità contributiva rimessa al potere di accertamento e di valutazione dell'istituto previdenziale (cfr. Cons. St., V, 3/2/2011 n.789).

E' cioè giurisprudenza consolidata -in materia di esclusione dalla partecipazione alle procedure di gara e dalla stipula dei relativi contratti dei soggetti che "hanno commesso violazioni gravi, definitivamente accertate, alle norme in materia di contributi previdenziali e assistenziali, secondo la legislazione italiana e dello Stato in cui sono stabiliti"- che l'art. 38, comma 1, lett. i), del Codice dei contratti pubblici (d.lg. n. 163 del 2006) vada interpretato nel senso che il principio dell'autonomia del procedimento di rilascio del DURC (documento unico regolarità contributiva) impone che la stazione appaltante debba basarsi sulle certificazioni risultanti da quest'ultimo documento, prendendole come un dato di

fatto inoppugnabile (cfr. TAR Campania, Salerno, sez. I, 4 aprile 2011 , n. 617) dovendo residuare tuttavia in capo alla stazione appaltante, oltre alla valutazione sulla sussistenza di procedimenti diretti a contestare gli accertamenti degli enti previdenziali riportati nel DURC, o condoni, anche quella afferente il se la violazione riportata nel DURC, risulti o no "grave".

Senonchè, sotto quest'ultimo profilo, questo Tribunale condivide la giurisprudenza (cfr. Cons. St., V, 16/9/2011 n.5194; TAR Basilicata 24/12/08 n.1026) che ritiene che la stazione appaltante debba effettuare detta valutazione sulla base del DM 24/10/2007 n. 28578, di disciplina del documento unico di regolarità contributiva, il cui articolo 8 (cause non ostative al rilascio del DURC) co. 3 fornisce un criterio uniforme e a carattere vincolato per l'individuazione della linea di demarcazione fra scostamento grave e non grave nel rapporto fra somme dovute e somme versate. La disposizione infatti recita:

“Ai soli fini della partecipazione a gare di appalto non osta al rilascio del DURC uno scostamento non grave tra le somme dovute e quelle versate, con riferimento a ciascun Istituto previdenziale ed a ciascuna Cassa edile. Non si considera grave lo scostamento inferiore o pari al 5% tra le somme dovute e quelle versate con riferimento a ciascun periodo di paga o di contribuzione o, comunque, uno scostamento inferiore ad Euro 100,00, fermo restando l'obbligo di versamento del predetto importo entro i trenta giorni successivi al rilascio del DURC.”.

Il d.m. 24 ottobre 2007, nel disciplinare le modalità di rilascio del D.U.R.C. e definendo in tal modo la soglia di gravità dell'inadempimento, limita sul punto la discrezionalità delle stazioni appaltanti (vedi Circolare del Ministero del Lavoro e della Previdenza Sociale del 30/01/2008 n. 5), che al riguardo possono quindi solo prendere atto della certificazione di cui al D.U.R.C.

Infatti, come di recente rilevato (cfr. Cons. St., V, n.5194/11 cit.), la dichiarazione di irregolarità espressa dagli enti previdenziali interessati implica anche l'avvenuta

verifica della gravità dei relativi scostamenti, in quanto il citato decreto ministeriale ha attribuito al D.U.R.C. l' idoneità ad attestare anche l' entità dell' inadempimento degli obblighi contributivi, dando conto delle sole irregolarità tali da superare la delineata soglia di gravità.

Nella fattispecie, l' amministrazione, in sede procedimentale, ha pertanto illegittimamente prescinduto dalla valutazione di gravità intrinseca al DURC e vincolata alla disposizione ministeriale predetta, preferendo rifarsi a quanto fatto presente dalla Edl Cassa di Basilicata sul punto con considerazioni estranee al citato parametro di verifica. Del resto, in sede processuale il contro interessato non ha dichiarato un inadempimento di entità inferiore a quella indicata nella norma ministeriale (cioè non ha contestato il DURC del 7/3/11) con la conseguenza che la natura "grave" dell' inadempimento resta provata "in re ipsa". Il controinteressato, nella memoria finale, sostiene che, "alla data del 31/7/2011" (rectius: 2010), "il DURC sarebbe risultato regolare", in dipendenza della dichiarata circostanza dell' intervenuto pagamento, sia pure a debito scaduto, del relativo importo. Epperò, tale circostanza non è stata provata in alcun modo, da parte del contro interessato; conseguentemente, va ripetuto che, secondo la certificazione di DURC del 7/3/11, alla data del 6/8/2010 non sussisteva regolarità nel versamento dei contributi e ciò costituisce, per quanto prima chiarito, un dato non contestabile in questa sede, tanto più alla luce dell' art. 5 del citato D.M. che, nello stabilire i requisiti in presenza dei quali l' Istituto previdenziale deve attestare la regolarità contributiva (correttezza degli adempimenti mensili o comunque periodici; corrispondenza tra i versamenti effettuati quelli accertati dagli istituti previdenziali come dovuti; inesistenza di inadempienze in atto), prevede al comma 3 la regolarità "nei confronti della cassa edile" in caso di versamento dei contributi e degli accantonamenti dovuti, compresi quelli relativi all' ultimo mese per il quale è scaduto l' obbligo di versamento all' atto della richiesta di certificazione.

Perr quanto sopra esposto ne consegue che la posizione della controinteressata non poteva essere considerata regolare al momento della presentazione della domanda di partecipazione alla gara.

Tale inadempimento contributivo costituisce poi, altresì, una "violazione definitivamente accertata", non solo perché l'infrazione è stata debitamente accertata dai competenti organi previdenziali come esistente ad una determinata data, ma anche perché non risultano pendenti avverso di essa ricorsi amministrativi o giurisdizionali (cfr. Consiglio di Stato, Sez. VI, n. 1931/2010 cit. e 27 febbraio 2008 n. 716) e, in ultimo, perché esplicitamente riconosciuta dallo stesso controinteressato.

Quanto infine all'asserita assenza, nella lex di gara, di una clausola comminante l'esclusione dalla gara in ipotesi di violazione dell'obbligo di cui al n.2 lettera i) del punto 2.1 (requisiti di ordine generale) del disciplinare, il collegio deve richiamare non solo la chiara previsione di legge (art.38 co.1) ma anche la lettera d.2 in combinato disposto con la b.4 del punto 5 (cause di esclusione) del disciplinare medesimo che sanziona con l'esclusione i concorrenti che si trovino in una delle situazioni che costituiscono causa di esclusione (fra queste quella relativa alle dichiarazioni errate o non veritiere) che, ancorchè dichiarate inesistenti, sia accertata con qualunque mezzo dalla stazione appaltante.

Conclusivamente il ricorso va accolto con annullamento dell'aggiudicazione definitiva. Quanto alla domanda di reintegrazione in forma specifica, l'effetto ripristinatorio derivante dall'annullamento giurisdizionale dell'atto illegittimo costituisce di per sé modalità specifica di tutela dell'interesse dell'impresa ricorrente rispetto alla situazione di illiceità scaturita dall'illegittimità dell'atto imputabile.

Sussistono comunque giusti motivi per compensare le spese di giudizio fra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Basilicata (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla l'aggiudicazione definitiva e dispone la reintegrazione in forma specifica in favore della ricorrente nei termini indicati in motivazione.

Spese compensate.

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

Così deciso in Potenza nella camera di consiglio del giorno 20 ottobre 2011 con l'intervento dei magistrati:

Michele Perrelli, Presidente

Antonio Ferone, Consigliere

Giancarlo Pennetti, Consigliere, Estensore

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 03/11/2011

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)