REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia
Lecce - Sezione Terza
ha pronunciato la presente
SENTENZA
ex art. 21 e 26 della legge 1034/71 e successive modifiche e integrazioni,
Sul ricorso numero di registro generale 1262 del 2009, proposto da:
I. Srl, rappresentata e difesa dall'avv. L. D., con domicilio eletto presso G.P. in Lecce, x;
contro
Provincia di Brindisi, rappresentata e difesa dall'avv. V.R., con domicilio eletto presso A.D. in Lecce, x;
nei confronti di
E. Srl, rappresentata e difesa dall'avv. V.P., con domicilio eletto presso V. P. in Lecce, x;
per l'annullamento
previa sospensione dell'efficacia,
della nota prot. n. 83087 del 13.7.2009;
del provvedimento di esclusione dalla gara della I. s.r.l., adottato dal Presidente di gara nella seduta del 6.7.2009;
di ogni altro atto presupposto, conseguente o comunque connesso, con particolare riferimento, per quanto di ragione, al bando, al disciplinare ed ai verbali di gara;.
Visto il ricorso con i relativi allegati;
Visto l'atto di costituzione in giudizio di Provincia di Brindisi;
Visto l'atto di costituzione in giudizio di E. Srl;
Visto l'atto di costituzione in giudizio ed il ricorso incidentale proposto dal ricorrente incidentale E. Srl, rappresentato e difeso dall'avv. V.P., con domicilio eletto presso V.P. in Lecce, x;
Visti i motivi aggiunti prodotti avverso la determinazione dirigenziale 11 agosto 2009 n.1280 con la quale sono state approvate le operazioni di gara e sono stati aggiudicati in via definitiva i lavori in questione alla ditta E.
Viste le memorie difensive;
Visti tutti gli atti della causa;
Relatore nella camera di consiglio del giorno 24 settembre 2009 il dott. Antonio Cavallari e uditi per le parti i difensori D., R., G.P. in sostituzione di V. P.;
Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 21 decimo comma della legge n. 1034/71, introdotto dalla legge n. 205/2000;
I – I. s.r.l. impugna la nota prot. n. 83087 del 13.7.2009 con la quale è stata comunicata alla stessa l’esclusione dalla gara relativa ai “lavori di costruzione di un nuovo corpo di fabbrica in ampliamento dell’edificio sede del Liceo Scientifico “L.Leo” di San Vito dei Normanni (Br)” “in quanto il Documento di Regolarità Contributiva (DURC),pervenuto agli atti di questa Provincia in data 01.07.2009,non era in regola alla data del 17/02/2009,data in cui veniva espletata la gara in prima seduta”;impugna altresì il provvedimento di esclusione dalla gara della ICE s.r.l., adottato dal Presidente di gara nella seduta del 6.7.2009 ed ogni altro atto connesso.
Deduce i seguenti motivi.
1 – Violazione e falsa applicazione dell’art. 38 ,comma 1°,del d.lgs. n.163 del 2006 – Eccesso di potere per erroneità dei presupposti,insufficienza della motivazione ed altri profili.
2 – Violazione dei principi generali in materia di esclusione dalle gare di appalto. Violazione dell’art.16 bis,10° comma ,del d.l. n.185 del 2008 – eccesso di potere per difetto di istruttoria.
Conclude per l’annullamento,previa sospensione,degli atti impugnati.
Si costituiscono in giudizio E. e la Provincia di Brindisi contestando la fondatezza delle censure sollevate.
E. propone ricorso incidentale deducendo i seguenti motivi:
Violazione dell’art.48 del d.Lgs. n.163 del 2006 sotto diversi profili. Violazione dell’art. 38 del d.Lgs. n.163 del 2006. Violazione della Lex specialis di gara. Violazione del principio di trasparenza e di par condicio.

Violazione degli artt. 3 e 97 della Costituzione. Eccesso di potere per disparità di trattamento. Difetto di istruttoria. Difetto di motivazione.
Conclude per l'inammissibilità del ricorso principale.
La ricorrente impugna con motivi aggiunti la determinazione dirigenziale 11 agosto 2009 n.1280 con la quale sono state approvate le operazioni di gara e sono stati aggiudicati in via definitiva i lavori in questione alla ditta E. riproponendo i motivi formulati con l'atto introduttivo.
All'udienza in camera di consiglio del 24 settembre 2009 il ricorso è stato ritenuto per la decisione con sentenza.
II - Giova una breve ricostruzione dei fatti.
Dal verbale di gara n.5 del 29 giugno 2009 risulta che : a) l'ufficio Appalti e Contratti della Provincia di Brindisi con nota raccomandata 3 aprile 2009 n.42325 ha invitato la ditta M. s.r.l. (prima classificata) e le ditte I.s.r.l. e E. (seconde classificate ex aequo) a produrre, entro il termine perentorio di giorni dieci dal ricevimento della nota indicata, la documentazione comprovante il possesso dei requisiti d'ordine generale,compresi i DURC "all'attualità e alla data dell'offerta "; b) il Responsabile del procedimento,successivamente," ha fatto richiesta telematica,agli Uffici competenti,di verifica di autodichiarazioni di regolarità contributiva per appalto di lavori pubblici alla data del 17.02.2009"; c) dall'esame dei DURC ricevuti è risultato che la ditta I. non era "in regola alla data del 17.02.2009 – DURC del 23.06.2009 C.I.P. 200905584079808".
Dal successivo verbale n.6 del 6 luglio 2009 risulta che la ditta I. s.r.l. è stata esclusa perché il 1° luglio 2009 "è pervenuto agli atti di questa Provincia" il citato DURC,attestante la irregolarità contributiva della predetta impresa alla data del 17.02.2009.
III – A - Con la prima censura la ricorrente asserisce che "l'emissione di un DURC negativo non può di per sé giustificare l'esclusione dalla gara,che può essere disposta solo ove sussistano condizioni di gravità e definitività della sanzione".
La normativa in materia è costituita dalle seguenti fonti:
1) art. 45,secondo comma lett e), della direttiva comunitaria n.18 del 2004 :"
2. Può essere escluso dalla partecipazione all'appalto ogni operatore economico:
e) che non sia in regola con gli obblighi relativi al pagamento dei contributi previdenziali e assistenziali secondo la legislazione del paese dove è stabilito o del paese dell'amministrazione aggiudicatrice ";
2) art. 38 lett i,del d.lgs. n.163 del 2006 :" 1. Sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, né possono essere affidatari di subappalti, e non possono stipulare i relativi contratti i soggetti: …… i) che hanno commesso violazioni gravi, definitivamente accertate, alle norme in materia di contributi previdenziali e assistenziali, secondo la legislazione italiana o dello Stato in cui sono stabiliti" ;
3)art. 5 del D.M. 24 ottobre 2007 :" La regolarità contributiva è attestata dagli Istituti previdenziali qualora ricorrano le seguenti condizioni:
a) correntezza degli adempimenti mensili o, comunque, periodici;
b) corrispondenza tra versamenti effettuati e versamenti accertati dagli Istituti previdenziali come dovuti;
c) inesistenza di inadempienze in atto.
2. La regolarità contributiva sussiste inoltre in caso di:
a) richiesta di rateizzazione per la quale l'Istituto competente abbia espresso parere favorevole;
b) sospensioni dei pagamenti a seguito di disposizioni legislative;
c) istanza di compensazione per la quale sia stato documentato il credito.
3. La regolarità contributiva nei confronti della Cassa edile sussiste in caso di:
a) 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;
b) dichiarazione nella denuncia alla Cassa edile, per ciascun operaio, di un numero di ore lavorate e non lavorate non inferiore a quello contrattuale, specificando le causali di assenza;

c) richiesta di rateizzazione per la quale la Cassa competente abbia espresso parere favorevole".
4) art.7,comma 3, del D.M. 24 ottobre 2007 :" 3. In mancanza dei requisiti di cui all'art. 5 gli Istituti, le Casse edili e gli Enti bilaterali, prima dell'emissione del DURC o dell'annullamento del documento già rilasciato ai sensi dell'art. 3, invitano l'interessato a regolarizzare la propria posizione entro un termine non superiore a quindici giorni."
5) art. 8 del D.M. 24 ottobre 2007 :" 1. Il DURC è rilasciato anche qualora vi siano crediti iscritti a ruolo per i quali sia stata disposta la sospensione della cartella amministrativa a seguito di ricorso amministrativo o giudiziario.
2. Relativamente ai crediti non ancora iscritti a ruolo:
a) in pendenza di contenzioso amministrativo, la regolarità può essere dichiarata sino alla decisione che respinge il ricorso;
b) in pendenza di contenzioso giudiziario, la regolarità è dichiarata sino al passaggio in giudicato della sentenza di condanna, salvo l'ipotesi in cui l'Autorità giudiziaria abbia adottato un provvedimento esecutivo che consente l'iscrizione a ruolo delle somme oggetto del giudizio ai sensi dell'art. 24 del decreto legislativo 26 febbraio 1999, n. 46.
3. 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 € 100,00, fermo restando l'obbligo di versamento del predetto importo entro i trenta giorni successivi al rilascio del DURC.
4. Non costituisce causa ostativa al rilascio del DURC l'aver beneficiato degli aiuti di Stato specificati nel decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri emanato ai sensi dell'art. 1, comma 1223 della legge 27 dicembre 2006, n. 296, sebbene non ancora rimborsati o depositati in un conto bloccato. "
B – Le norme contenute nell'art. 38 lett. i) del d.lgs. n.163 del 2006 non sono sicuramente in contrasto con l'art. 45,secondo comma lett.e), della direttiva comunitaria n.18 del 2004 perché questo rimette alla legislazione del paese ove le imprese stesse sono stabilite o della stazione appaltante la previsione delle violazioni degli obblighi contributivi che comportano l'esclusione dalle procedure di gara,quello concreta tale previsione.
Più indaginoso è stabilire se le norme del D.M. 24 ottobre 2007 siano coerenti col disposto dell'art. 38 lett. i) citato.
E' indubbio che la formula legislativa ,prevedendo l'esclusione dalle gare delle imprese che abbiano compiuto gravi violazioni degli obblighi contributivi e (nell'art. 38,secondo comma) l'utilità ai fini dell'ammissione della dichiarazione sostitutiva,rimette all'interessato la valutazione della gravità delle violazioni dallo stesso commesse.
Questo comporterebbe sia (quanto al concorrente) l'impossibilità di una dichiarazione falsa (per questo profilo),perché non può provarsi che una dichiarazione sia consapevolmente diversa da quello che l'interessato riteneva,sia (quanto alle stazioni appaltanti) la potenziale difformità delle valutazioni delle diverse stazioni appaltanti.
Tali incertezze hanno avuto fine con l'art.8,terzo comma,del D.M. 24 ottobre 2007,che quantifica l'entità della violazione degli obblighi contributivi che attinge il livello della "gravità" e sottrae,perciò,alle stazioni appaltanti la relativa valutazione.
Al requisito legislativo della definitività dell'accertamento il decreto ministeriale fa corrispondere una articolata previsione di situazioni che impediscono il rilascio del certificato attestante la regolarità contributiva e quindi la partecipazione alle gare.
Dopo l'iscrizione a ruolo dei crediti previdenziali,il rilascio dell'attestazione di regolarità contributiva è possibile solo quando vi sia stata la sospensione della cartella amministrativa a seguito di ricorso amministrativo o giudiziario.
Prima dell'iscrizione a ruolo, la regolarità può essere dichiarata :a) in pendenza di contenzioso amministrativo, sino alla decisione che respinge il ricorso;b) in pendenza di contenzioso giudiziario, sino al passaggio in

giudicato della sentenza di condanna, salvo l'ipotesi in cui l'Autorita' giudiziaria abbia adottato un provvedimento esecutivo che consente l'iscrizione a ruolo delle somme oggetto del giudizio.
Si può affermare che prima dell'iscrizione a ruolo vi sia un inadempimento accertato;non si può ritenere che dopo la decisione amministrativa che respinge il ricorso l'inadempimento sia definitivamente accertato.
Sul presupposto che il ruolo è esecutivo e consente l'avvio della procedura di esecuzione esattoriale,non si può affermare che dopo l'iscrizione a ruolo ed in pendenza del termine per proporre ricorso giurisdizionale (quaranta giorni ex art. 24,comma 5, del d.lgs. n.46 del 1999) l'inadempimento sia accertato definitivamente;così pure è nell'ipotesi in cui l'Autorita' giudiziaria abbia adottato un provvedimento esecutivo che consente l'iscrizione a ruolo delle somme oggetto del giudizio.
E' perciò consentito nutrire qualche dubbio sulla complessiva conformità della disciplina del decreto ministeriale alla previsione dell'art.38, lett.i) del decreto legislativo n.163 del 2006.
Tale difformità,tuttavia,sembra che possa essere giustificata dalla funzione esecutiva che il decreto ministeriale svolge rispetto alla previsione dell'art.1 comma 1176 della legge n.296 del 2006,atteso che questa norma attribuisce al decreto ministeriale il compito di definire le modalità di rilascio, i contenuti analitici del documento unico di regolarità contributiva di cui al comma 1175, nonchè le tipologie di pregresse irregolarità di natura previdenziale ed in materia di tutela delle condizioni di lavoro da non considerare ostative al rilascio del documento medesimo.
Si deve,in conclusione ritenere, che la individuazione,ad opera del decreto ministeriale, degli inadempimenti contributivi gravi trovi la sua giustificazione nella lacuna legislativa, nella necessità stessa della individuazione e nella delega contemplata dall'art.1,comma 1176, della legge n.296 del 2006.
La individuazione degli inadempimenti che,pur non essendo accertati definitivamente, escludono la situazione di regolarità contributiva e quindi non consentono e la dichiarazione sostitutiva e il rilascio della certificazione di regolarità contributiva (dal combinato disposto dell'art. 3 ,comma 8, del d. lgs. n.494 del 1996,dell'art. 2 del d.l. n.210 del 2002 e dell'art. 38,comma 1 lett. i) e comma 3, del d.lgs. n.163 del 2006 risulta che la prova della regolarità contributiva può essere data solo col relativo certificato – salvo il caso della presentazione della relativa dichiarazione, sostitutiva della certificazione fino alla aggiudicazione -, sicchè la previsione della esclusione del rilascio del certificato in determinate situazioni implica la previsione di situazioni in cui è esclusa la regolarità contributiva -) non sembra che possa essere giustificata dalla parziale abrogazione del disposto dell'art. 38 ,primo comma lett. i), del d.lgs. n.163 del 2006 ad opera dell'art 1,comma 1176,della legge n.296 del 2006,integrato dal D.M. 24 ottobre 2007.
La formula della legge di delega non sembra,infatti, investire la definitività dell'accertamento,a meno di non ricomprendere nella categoria delle "tipologie di pregresse irregolarità di natura previdenziale ed in materia di tutela delle condizioni di lavoro " anche i diversi stadi di accertamento delle irregolarità in questione,facendo corrispondere ad ogni stadio una tipologia di irregolarità.
Ove non si condivida questa opzione interpretativa,si deve considerare che il decreto ministeriale è al tempo stesso una fonte normativa ed un atto amministrativo,valido ed operante fino all'annullamento,in base alla essenziale esigenza di certezza dei rapporti giuridici e delle loro fonti normative, sanzionata col breve termine di impugnazione previsto a pena di decadenza (operante nei confronti della fonte normativa che abbia veste di atto amministrativo).
Né si può ritenere che la conformità dell'atto amministrativo a contenuto normativo alle fonti di rango primario possa raggiungersi con la disapplicazione dello stesso ad opera del giudice in applicazione del principio di gerarchia delle fonti,atteso che tale principio è applicato nel nostro ordinamento da istituti specifici quali appunto la disapplicazione dell'atto amministrativo lesivo di diritti soggettivi e l'adeguamento automatico delle fonti legislative ex artt. 15 delle Disposizioni sulla legge in generale e 10 della legge n.62 del 1953.

Nella specie nessuna contestazione è stata sollevata,per ciò che attiene alla definitività dell'accertamento,nei confronti del D.M. 24 ottobre 2007 ,sicchè di questo il giudice non può conoscere per la necessaria corrispondenza dell'ambito della pronuncia all'ambito della richiesta.
Il parametro normativo è quindi sensibilmente diverso rispetto a quello invocato dalla ricorrente.
C – Dal complesso delle disposizioni richiamate risulta che l'accertamento delle situazioni di regolarità o irregolarità contributiva spetta non alla stazione appaltante ma agli enti che devono rilasciare il relativo certificato (INPS, INAIL e, per quanto di rispettiva competenza, le casse edili le quali stipulano una apposita convenzione con i predetti istituti al fine del rilascio di un documento unico di regolarità contributiva ,in base al disposto dell'art. 86, comma 10 lett. b bis,del d.l. n.276 del 2003).
L'unicità del mezzo di prova della regolarità contributiva,costituito dal relativo certificato, determina (sotto un certo angolo visuale) l'identità della situazione e della sua prova.
L'esclusività del potere degli istituti previdenziali di accertare la situazione e formare (o meno) la prova risulta espressamente dalla previsione dell'art. 86,comma 10 lett. b bis del d.l. n.276 del 2003.
ed è confermata dall'art. 5,primo comma ,del D.M. 24 ottobre 2007 (La regolarita' contributiva e' attestata dagli Istituti previdenziali qualora ricorrano le seguenti condizioni:…).
E' ,infine,ribadita dall'art. 7,terzo comma, del citato decreto ministeriale ("3. In mancanza dei requisiti di cui all'art. 5 gli Istituti, le Casse edili e gli Enti bilaterali, prima dell'emissione del DURC o dell'annullamento del documento gia' rilasciato ai sensi dell'art. 3, invitano l'interessato a regolarizzare la propria posizione entro un termine non superiore a quindici giorni.").
Se,infatti,solo l'istituto può invitare l'interessato a regolarizzare la propria posizione e se,solo dopo la tempestiva regolarizzazione,può essere attestata la regolarità contributiva,è confermato (se ve ne fosse bisogno) che la competenza in ordine agli accertamenti ed alle verifiche propedeutici al rilascio o meno del certificato di regolarità contributiva è radicata esclusivamente in capo agli istituti previdenziali.
Peraltro,questi sono i soli che possono svolgere le indicate attività perché sono i soli a disporre dei dati utili.
La disposizione da ultimo esaminata,inoltre,prova che la regolarità contributiva può essere attestata (e perciò esistere) a seguito della regolarizzazione di una situazione che,all'epoca in cui è stata oggetto di dichiarazione (di regolarità,altrimenti il dichiarante non potrebbe partecipare alla gara e non vi sarebbe quindi la necessità della successiva richiesta d'ufficio del certificato di regolarità contributiva),non era regolare.
Ci si può chiedere come si configuri la regolarizzazione di una situazione che era irregolare nel momento in cui è stata dichiarata come regolare,consentendo così la partecipazione alla gara.
La risposta è nella portata sanante attribuita dalla norma alla regolarizzazione tempestiva,in funzione del "favor partecipationis" alle procedure di gara e perciò dello stimolo alla regolarizzazione delle situazioni previdenziali irregolari (consentendo così di raggiungere due obiettivi).
La sanatoria della situazione irregolare non può essere tale se non sana anche la falsità della dichiarazione formulata ai fini della partecipazione .
Questo effetto,che è una "fictio iuris",cioè un dato giuridico che si sovrappone ad un diverso e confliggente dato materiale, sembra giustificato dalla portata della delega prevista dall'art.1,comma 1176,della legge n.296 del 2006 e dal D.M. 24 ottobre 2007.
Se così è ,sembra ingiustificato che la stazione appaltante richieda all'istituto competente l'attestazione della regolarità contributiva alla data della dichiarazione o dello svolgimento della gara; la regolarizzazione comporta il possesso della regolarità contributiva fino alla data della attestazione e,quindi, la legittimazione sia a partecipare alla gara che ad esserne aggiudicatario.
D - Fermo restando che nella specie il certificato in questione è stato acquisito d'ufficio,ai sensi dell'art.16 bis,comma 10,del d.l. n.185 del

2008,l’assenza di ogni potere della stazione appaltante in ordine allo accertamento e alla verifica dei fatti che condizionano la regolarità o la irregolarità contributiva,comporta che la contestazione relativa alla esattezza o meno del detto certificato avrebbe dovuto essere rivolta nei confronti dello stesso, intimando il soggetto che,nell’esercizio di poteri amministrativi propri o in regime di concessione,lo aveva rilasciato.
Alla stazione appaltante si può imputare un difetto di istruttoria e quindi censurarne l’attività solo se il certificato prodotto dal soggetto (istituto previdenziale pubblico o cassa edile) sia equivoco o non risponda alla richiesta della medesima stazione appaltante.
Nella specie questo non è,dato che la stazione appaltante ha chiesto di conoscere se la posizione contributiva della ricorrente era regolare alla data del 17 febbraio 2009 ed il certificato ha attestato la irregolarità alla data oggetto della richiesta.
Ogni contestazione in ordine al possesso del requisito in questione avrebbe dovuto investire il certificato e il soggetto che lo aveva rilasciato;attenendo ad un diritto soggettivo la contestazione avrebbe dovuto essere proposta innanzi a questo giudice, atteso che l’art. 6 della legge n.205 del 2000 affida alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutte le controversie relative a procedure di affidamento di lavori,servizi o forniture svolte da soggetti comunque tenuti,nella scelta del contraente,all’applicazione della normativa comunitaria (al rispetto della quale gli enti pubblici sono tenuti anche per i contratti di importo inferiore alla soglia di rilevanza comunitaria,ai sensi dell’art. 121 del d.lgs. n.163 del 2006)ovvero al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica previsti dalla normativa statale o regionale.
All’infondatezza dei motivi dedotti conseguono la reiezione del ricorso principale e l’inammissibilità del ricorso incidentale.
Sussistono valide ragioni per disporre la compensazione delle spese.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Puglia, terza Sezione di Lecce, respinge il ricorso introduttivo in epigrafe e dichiara inammissibile il ricorso incidentale.
Spese compensate.
Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.
Così deciso in Lecce nella camera di consiglio del giorno 24 settembre 2009 con l'intervento dei Magistrati:
Antonio Cavallari, Presidente, Estensore
Patrizia Moro, Primo Referendario
Gabriella Caprini, Referendario

IL PRESIDENTE ESTENSORE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA
Il 29/09/2009
(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)
IL SEGRETARIO