

Pubblicato il 22/01/2018

N. 00156/2018 REG.PROV.COLL.
N. 01387/2017 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 Lombardia

(Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1387 del 2017, proposto da:
Ditta Individuale Era Glaciale di Lio Bruno, in persona del legale
rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Stefania
Galbiati e Anna Laura Ferrario, con domicilio eletto presso lo studio
della prima in Milano, Largo Settimio Severo, 2;

contro

Comune di Rescaldina, in persona del legale rappresentante p.t.,
rappresentato e difeso dall'avvocato Giuseppe Franco Ferrari, con
domicilio eletto presso il suo studio in Milano, Via Larga, 23;

per l'annullamento

- della determinazione n. 275 del 18/05/2017, comunicata in data
19/05/2017, a firma del Responsabile Area 6 – servizi Sociali recante
“gara a procedura ristretta servizio di gestione dello stabile comunale
di via Sormani – presa d'atto verbali di gara. Presa d'atto inefficacia
aggiudicazione definitiva a favore di “Era Glaciale” di Lio Bruno”,

nonché della relativa comunicazione prot. n. 0009655/2017, del 19/05/2017, recante “gara a procedura ristretta servizio di gestione dello stabile comunale di via Sormani – comunicazione di inefficacia dell'affidamento”; - per quanto occorra, della comunicazione Area Affari Generali – Ufficio Appalti e contratti 15.05.2017, prot. n. 9249, non conosciuta e richiamata nella determinazione n. 275/2017, se esistente e in quanto diversa dalla nota di pari data e protocollo dell'Area Amministrativa, qui parimenti impugnata;

- di ogni altro atto connesso, presupposto o conseguente a quelli sopra indicati (allo stato non noti), e per la condanna al risarcimento in forma specifica mediante conseguimento dell'aggiudicazione e sottoscrizione del contratto, ovvero, in subordine, per equivalente.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Rescaldina;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 12 ottobre 2017 la dott.ssa Concetta Plantamura e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Il Comune di Rescaldina, volendo affidare in concessione per attività sociali e sportive il servizio di gestione dello stabile di via Sormani (composto da due campi bocce e da una palazzina comprensiva di magazzino, locale bar e cucina), aveva avviato un avviso pubblico esplorativo per manifestazione d'interesse a cui avevano risposto 5 soggetti, compresa la ricorrente.

2. Con delibera G.C. 128 del 25.7.2016 l'Amministrazione aveva approvato il relativo Capitolato, prevedendone la concessione in gestione per anni 2, prorogabile per ulteriori 2, con canone annuo a base di gara di € 5.000,00, da aggiudicarsi in esito a procedura ristretta, con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

3. Con determina n. 478 del 30.9.2016 veniva approvato il bando, confermandosi la procedura ristretta fra i soggetti che avevano manifestato interesse, il criterio di aggiudicazione e la circostanza che alla stessa si sarebbe proceduto anche in presenza di una sola offerta valida.

4. Alla gara, tuttavia, dei cinque soggetti invitati, partecipavano soltanto la Ditta Era Glaciale e l'Associazione Il Sorriso dell'Angelo.

5. La ricorrente, nell'ambito della propria offerta, rendeva le prescritte dichiarazioni di cui all'Allegato B al Capitolato ove, fra l'altro, dichiarava "che l'operatore economico ... j – non ha commesso violazioni gravi, definitivamente accertate, alle norme in materia di contributi previdenziali e assistenziali, secondo la legislazione italiana o dello Stato di appartenenza".

6. Nella seduta del 14.12.2016 la Commissione confermava l'ammissione alla gara della ditta Era Glaciale di Lio Bruno, mentre non ammetteva l'Associazione Il Sorriso dell'Angelo, e procedeva, quindi, in seduta riservata, a valutare l'offerta tecnica della ricorrente, che otteneva il punteggio di 24. A seguire, nella seduta del 15.12.2016, la Commissione valutava l'offerta economica della ricorrente (pari ad € 6.000,00), assegnando il punteggio massimo previsto.

La ditta Era Glaciale veniva quindi dichiarata aggiudicataria provvisoria e, con raccomandata del 13.04.2017, il Comune le

comunicava di aver riscontrato l'assenza di cause ostative alla contrattazione con la PA, inclusa la mancanza di situazioni di morosità nei confronti del Comune stesso.

7. Senonché, in data 11.04.17 nasceva un'interlocuzione tra la ricorrente e l'INAIL in ordine alla posizione contributiva dell'Associazione Era Glaciale. Accadeva, infatti, che il Durc, rilasciato con dichiarazione "RISULTA REGOLARE", indicasse la non iscrizione di Era Glaciale all'INAIL. Ciò, in quanto, secondo quanto riferito dall'istante, l'attività svolta dalla ditta, inizialmente non soggetta a denuncia Inail, era stata ampliata nel febbraio 2012 in attività artigiana, senza che il consulente procedesse alla prevista iscrizione, sul presupposto che il titolare di impresa artigiana senza dipendenti non fosse soggetto a detta iscrizione.

8. Su sollecitazione dell'INAIL, quindi, la ricorrente procedeva a dichiarare la propria attività, così come ampliata dal 2012 in attività artigiana, richiedendo se del caso l'iscrizione all'INAIL. L'Istituto, con nota in data 20.04.17 attestava che, dalla dichiarazione della ricorrente del 18.04.17 aveva accertato l'obbligo d'iscrizione della ditta, procedendo al conteggio del dovuto per l'assicurazione sino al 31.12.17. L'importo era liquidato in € 891,34 (ovvero € 1.352,12 includendo interessi di mora e sanzioni civili) da corrispondersi entro il 16/6/17.

9. Con nota del 03.05.2017 l'INAIL rilasciava, dunque, l'attestazione di regolarità anche con riferimento all'iscrizione all'Istituto medesimo, che veniva depositata in pari data dalla ricorrente al Comune.

10. Quest'ultimo, nondimeno, con nota del 19.05.2017, comunicava che, con determina n. 275 del 18/5/2017 aveva disposto l'inefficacia

dell'aggiudicazione definitiva poiché, in esito ai controlli, sarebbe emerso “il non possesso dei requisiti di carattere generale al momento della presentazione dell'offerta”. Ad avviso dell'ente locale, in sostanza, essendo stata richiesta la regolarizzazione soltanto successivamente alla scadenza del termine di presentazione delle offerte, fissato al 24/11/2016, la ricorrente avrebbe chiaramente rivelato il mancato possesso dei requisiti di carattere generale al momento della presentazione dell'offerta.

11. Con ricorso notificato il 19.6.2017 e depositato il 22.6.2017 l'esponente ha impugnato la determinazione n. 275 del 18/05/2017, lamentandone l'illegittimità sotto due profili.

11.1. Con un primo motivo, rubricato “violazione e omessa applicazione del d.lgs. n. 50/2016 e, in particolare, degli artt. 80, comma 4 e 86, comma 2, lett. b); violazione e omessa applicazione del capitolato di gara e del bando di gara; eccesso di potere per carenza assoluta di istruttoria; difetto di motivazione”, l'esponente lamenta l'illegittimità dell'Amministrazione per avere erroneamente interpretato e applicato l'art. 80, comma 4 del d.lgs. n. 50/16, applicabile alla gara di cui si tratta nella versione anteriore al “correttivo”, di cui al d.lgs. n. 56/2017, entrato in vigore il 20.05.17.

Nella versione applicabile *ratione temporis*, dunque, chiarisce l'istante, l'articolo in questione avrebbe previsto quale motivo di esclusione non qualsivoglia violazione in materia contributiva, ma solo le “violazioni gravi, definitivamente accertate, rispetto agli obblighi relativi al pagamento dei contributi previdenziali” espressamente prevedendone e disciplinandone la soglia di gravità. Secondo detto art. 80, comma 4, infatti: “costituiscono gravi violazioni in materia contributiva e previdenziale quelle ostantive al

rilascio del documento unico di regolarità contributiva (DURC), di cui all'art. 8 del decreto del Ministero del Lavoro e delle politiche sociali 30 gennaio 2015, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 125 del 1 giugno 2015". Si tratterebbe, quindi, delle violazioni di natura previdenziale e in materia di tutela delle condizioni di lavoro, individuate nell'Allegato A del medesimo d.M., nessuna delle quali commessa dalla ricorrente.

Non sarebbe neppure corretto – sempre ad avviso della medesima difesa – quanto affermato dall'Amministrazione, a proposito dell'impossibilità di regolarizzazioni postume, né sarebbe stato possibile verificare d'ufficio la regolarità, ma solo chiedere all'interessata di produrre il DURC, il che le avrebbe comunque consentito di regolarizzare (se ritenuta non regolare) la propria posizione.

Dalla violazione dell'art. 80 co. 4 citato conseguirebbe anche la palese carenza di istruttoria e la carenza assoluta di motivazione commessa dalla PA, che si richiamerebbe, nella propria determinazione, non già a violazioni di legge, ma alla giurisprudenza formatasi sulla base del diverso (non più in vigore) d.lgs. n. 163/2006 e del diverso (non più in vigore) d.M. 24 ottobre 2007.

11.2. Con il secondo motivo si deduce, poi, la violazione e falsa applicazione degli artt. 3 e 7 della legge n.241/90, per mancato avviso di avvio del procedimento, nonché la violazione e falsa applicazione dell'art. 32, comma 8 del d.lgs. n. 50/16. Ciò, dovendosi ritenere la stazione appaltante obbligata al rispetto delle garanzie partecipative allorché l'esercizio del potere di autotutela abbia ad oggetto l'aggiudicazione definitiva, in ragione della posizione di vantaggio che solo quest'ultima costituisce in capo all'impresa

aggiudicataria, considerando anche la legittima aspettativa ingenerata nella ricorrente con la nota del 13.04.2017 e tenuto conto del gran tempo trascorso tra l'aggiudicazione provvisoria (avvenuta il 15.12.16) e il provvedimento gravato (18.5.17).

12. Con ordinanza del 10/7/2017 la Sezione ha accolto la domanda incidentale di sospensione, sul presupposto che:

“... il ricorso appare assistito dal prescritto fumus boni iuris, poiché la violazione commessa dall'esponente in materia previdenziale non appare riconducibile fra quelle ostative alla partecipazione alla gara, ai sensi dell'art. 80, co. 4 d.lgs. n. 50 del 2016, avendo riguardo al testo applicabile ratione temporis alla fattispecie per cui è causa (anteriore, cioè, alle recenti modifiche introdotte con il d.lgs. n. 56 del 2017, in vigore dal 20.05.2017)”.

13. Si è costituito l'intimato Comune, controdeducendo con separata memoria.

14. In vista dell'udienza entrambe le parti costituite hanno replicato.

15. All'udienza pubblica del 12 ottobre 2017 la causa, presenti gli avv. S. Galbiati per la ricorrente e C. Baccinelli, in sostituzione dell'avv. Ferrari, per il Comune intimato, è stata trattenuta in decisione.

16. Il primo motivo di ricorso è fondato.

16.1. È indubbio che alla fattispecie per cui è causa si applichi l'art. 80, co. 4 del d.lgs. n. 50 del 2016, nella versione precedente le modifiche apportate dall'art. 49 del d.lgs. n. 56/2017, cd. correttivo, entrato in vigore il 20.05.2017. La procedura risulta, infatti, espletata dopo 19/4/2016 (data di entrata in vigore del d.lgs. n. 50/2016), mentre il provvedimento di autotutela impugnato risulta adottato il

18.05.2017 e, dunque, prima dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 56/2017.

Ai sensi della richiamata disposizione, quindi, “Costituiscono gravi violazioni in materia contributiva e previdenziale quelle ostantive al rilascio del documento unico di regolarità contributiva (DURC), di cui all'art. 8 del decreto del Ministero del lavoro e delle politiche sociali 30 gennaio 2015, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 125 del 1° giugno 2015.”

Le violazioni gravi sono dunque quelle di cui all'art. 8 d.M. 30.01.2015, recante “Semplificazione in materia di documento unico di regolarità contributiva (DURC)”, che all' “Allegato A”, nel prevedere l' “Elenco delle disposizioni in materia di tutela delle condizioni di lavoro di cui all'articolo 8 la cui violazione è causa ostantiva alla regolarità” non include l'ipotesi addebitata nella specie all'esponente.

16.2. La norma si differenzia, a ben vedere, da quella del previgente d.lgs. n. 163/2006, per il quale, se da un lato, ai sensi dell'art. 38, co. 1, lett. i), erano esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento i soggetti che avevano commesso violazioni gravi, definitivamente accertate, alle norme in materia di contributi previdenziali e assistenziali, secondo la legislazione italiana o dello Stato in cui era stabilito l'operatore economico; dall'altro, si intendevano “gravi le violazioni ostantive al rilascio del documento unico di regolarità contributiva di cui all'art. 2, comma 2, del decreto-legge 25 settembre 2002, n. 210”.

Il Decreto del Ministero del lavoro e della previdenza sociale del 24/10/2007, intervenuto per disciplinare il “Documento unico di regolarità contributiva” ha, come noto, stabilito all'art. 8, co. 3, che:

“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”.

Tale D.M. è stato, poi, abrogato e sostituito dal D.M. 30/01/2015, il cui art. 8 ha ridisciplinato le cause ostative alla regolarità contributiva, prevedendo, fra l'altro, che: “Ai fini del godimento di benefici normativi e contributivi sono ostative alla regolarità, ai sensi dell'art. 1, comma 1175, della legge 27 dicembre 2006, n. 296, le violazioni di natura previdenziale ed in materia di tutela delle condizioni di lavoro individuate nell'allegato A, che costituisce parte integrante del presente decreto, da parte del datore di lavoro o del dirigente responsabile, accertate con provvedimenti amministrativi o giurisdizionali definitivi, inclusa la sentenza di cui all'art. 444 del codice di procedura penale...”.

16.3. Con il correttivo n. 56/2017, entrato in vigore il 20 maggio 2017, l'art. 80, co. 4 è stato ulteriormente modificato, nella parte che qui interessa, prevedendosi ora che: “Costituiscono gravi violazioni in materia contributiva e previdenziale quelle ostative al rilascio del documento unico di regolarità contributiva (DURC), di cui al decreto del Ministero del lavoro e delle politiche sociali 30 gennaio 2015, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 125 del 1° giugno 2015, ovvero

delle certificazioni rilasciate dagli enti previdenziali di riferimento non aderenti al sistema dello sportello unico previdenziale”.

16.4. Tale essendo il contesto di riferimento, reputa il Collegio che non sussistono elementi univoci per ritenere che la modifica apportata dal correttivo n. 56/2017 all’art. 80, co. 4 del d.lgs. n. 50/2016, sia da intendersi alla stregua di una mera correzione formale, ricavabile già precedentemente dal testo fuoriuscito dal d.lgs. n. 50/2016 e, dunque, applicabile retroattivamente anche alla fattispecie per cui è causa.

L’art. 1, comma 8, della legge delega n. 11/2016 ha, come noto, previsto che entro un anno dalla data di entrata in vigore del codice dei contratti pubblici, “il Governo potrà adottare disposizioni integrative e correttive nel rispetto dei principi e criteri direttivi e della procedura dettati dalla delega per il codice”.

Senonché, né il parere del Consiglio di Stato sul d.lgs. n. 50 del 2016 (n. 855 del 1° aprile 2016), né la relazione illustrativa al correttivo di cui al d.lgs. n. 56/2017 e, neppure, il parere del Consiglio di Stato sul correttivo medesimo (n. 782 del 30.03.2017), contengono elementi utili a far ritenere che la ridetta modifica apportata dal correttivo all’art. 80, co. 4, terzo periodo del Codice debba intendersi alla stregua di una mera correzione di errore materiale anziché in termini di modifica sostanziale, come tale applicabile soltanto dalla data di entrata in vigore del correttivo in parola.

Depone, invero, nel secondo senso la giurisprudenza citata da parte ricorrente che, nel vigore del d.lgs. n. 50/2016, ante correttivo, ha affermato che «costituiscono “violazioni gravi” non più quelle ostative al rilascio del DURC ai sensi dell’art. 8 d.m. 24 ottobre 2007

(vale a dire gli omessi versamenti con scostamenti superiori al 5% tra le somme dovute e quelle versate con riferimento a ciascun periodo di paga o di contribuzione o, comunque, uno scostamento superiore ad euro 100,00), bensì “quelle ostative al rilascio del documento unico di regolarità contributiva (DURC) di cui all’art. 8 del decreto del Ministero del lavoro e della politiche sociali 30 gennaio 2015” (art. 80, c.4, d.lgs. n. 50/2016), vale a dire le violazioni anche di natura penale elencate nell’allegato A al d.m 30 gennaio 2015; non vi è infatti coincidenza di contenuto tra il previgente art.8, d.m 24 ottobre 2007 e l’art. 8 d.m 30 gennaio 2015 ora richiamato dall’art. 80, c.4 d.lgs. n. 50/2016 (l’art. 8, d.m 24 ottobre 2007 corrisponde invece all’art. 3, d.m 30 gennaio 2015, che non è richiamato dall’art. 80, c.4, d.lgs. n. 50 /2016)>> (così, parere CGARS numero 1063, in data 19/10/2016).

16.5. La violazione commessa dall’esponente in materia previdenziale non è riconducibile fra quelle elencate nell’Allegato A al d.M. 30.01.2015 e perciò ostative alla partecipazione alla gara, ai sensi dell’art. 80, co. 4 d.lgs. n. 50 del 2016, avendo riguardo al testo applicabile *ratione temporis* alla fattispecie per cui è causa.

17. Il carattere radicale e assorbente della suesposta censura consente, previo assorbimento delle restanti censure, di accogliere il ricorso, con conseguente annullamento della determina impugnata.

18. Tale annullamento, mentre restituisce efficacia all’approvazione tacita dell’aggiudicazione provvisoria, ai sensi dell’art. 33, co. 1 d.lgs. n. 50/2016, rimette alla discrezionalità della resistente amministrazione l’adozione del provvedimento di aggiudicazione definitiva il quale, ai sensi dell’art. 32, co. 5 d.lgs. citato, non può che rivestire le forme del provvedimento espresso (cfr. T.A.R. Puglia,

Bari, 17/10/2017, n. 1049; T.A.R. Campania Salerno 12/07/2017, n. 1153).

19. Risulta, allo stato, inammissibile la domanda risarcitoria, come pure quella ad essa connessa di pronuncia parziale ex art. 36 c.p.a., dipendendo la soddisfazione della pretesa dell'esponente dall'esercizio di poteri amministrativi non ancora dispiegati.

20. Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla la determinazione impugnata. Dichiara inammissibile la domanda risarcitoria.

Pone le spese di lite a carico della resistente e a favore della ricorrente, liquidandole in complessivi euro 3.000,00, oltre accessori di legge.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 12 ottobre 2017 con l'intervento dei magistrati:

Angelo Gabbricci, Presidente

Concetta Plantamura, Consigliere, Estensore

Fabrizio Fornataro, Consigliere

L'ESTENSORE
Concetta Plantamura

IL PRESIDENTE
Angelo Gabbricci

IL SEGRETARIO