



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 Puglia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1496 del 2009, proposto da Mole Consorzio società cooperativa e GE.CO.M. di Pasquale Magliocco, rappresentati e difesi dall'avv. Egidio Pignatelli, con domicilio eletto presso l'avv. Giuseppe Pignataro in Bari, via Trevisani, 106;

contro

Comune di Bari, rappresentato e difeso dall'avv. Rossana Lanza, con domicilio eletto presso l'Avvocatura comunale in Bari, via Principe Amedeo, 26;

nei confronti di

Sogem s.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. Pasquale Marotta, con domicilio eletto presso lo Studio Legale Trevi in Bari, via Tommaso Fiore, 62;

per l'annullamento

1) della determinazione dirigenziale n. 2009/100/00295 del 17 agosto 2009 della Ripartizione Contratti ed Appalti del Comune di Bari, con la quale veniva disposta l'esclusione del Consorzio ricorrente dalla procedura aperta per l'appalto dei lavori di ripristino dei pilastri e rifacimento delle ringhiere del lungomare di Bari - con conseguente decadenza della posizione di aggiudicataria provvisoria - e, quale conseguenza, l'aggiudicazione in via definitiva dell'appalto in favore della Sogem s.r.l., nonché della lettera di trasmissione di detta determina e della lettera prot. n. 194294 a firma del Direttore Marta Minichelli, ivi richiamata;

2) di ogni altro atto comunque connesso sia esso presupposto o conseguente, per quanto di interesse;

3) ove occorra anche del bando di gara *in parte qua*, nonché di ogni altro atto anche non conosciuto, comunque connesso, presupposto;

4) e per la condanna del Comune di Bari al risarcimento mediante reintegrazione in forma specifica ovvero per equivalente;

Visti il ricorso ed i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Bari e di Sogem s.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120 cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 ottobre 2010 il dott. Savio Picone e uditi per le parti i difensori avv.ti Egidio Pignatelli, Rossana Lanza e Daniela Lovicario (per delega di Pasquale Marotta);

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Il Consorzio Mole ha partecipato alla procedura aperta indetta dal Comune di Bari per l'appalto dei lavori di ripristino dei pilastri e rifacimento delle ringhiere del lungomare, di importo a base d'asta pari a euro 790.000. Ha indicato la ditta GE.CO.M. di Pasquale Magliocco quale ditta esecutrice.

Risultato migliore offerente ed aggiudicatario provvisorio, è stato tuttavia escluso con provvedimento del 17 agosto 2009 (impugnato), per la sussistenza di irregolarità contributive a carico della consorziata ditta GE.CO.M., confermate dalla sede I.N.P.S. di Andria e dalla Cassa Edile della Provincia di Bari. Con lo stesso atto, l'appalto è stato aggiudicato alla seconda classificata Sogem s.r.l., odierna controinteressata.

Avverso l'esclusione il consorzio ricorrente deduce violazione dell'art. 38, primo comma – lettera i), del d. lgs. n. 163 del 2006, violazione dei principi di trasparenza, buon andamento ed imparzialità, nonché eccesso di potere in molteplici figure sintomatiche.

Si è costituito il Comune di Bari, chiedendo il rigetto del ricorso.

La Sogem s.r.l. ha notificato ricorso incidentale, con il quale lamenta la mancata esclusione del consorzio Mole per dichiarazioni non veritiere, in asserita violazione dell'art. 38 del d. lgs. n. 163 del 2006, degli artt. 75 e 76 del D.P.R. n. 445 del 2000 e del bando di gara.

Questa Sezione, con ordinanza n. 678 del 5 novembre 2009, ha

respinto l'istanza cautelare.

Alla pubblica udienza del 20 ottobre 2010 la causa è passata in decisione.

DIRITTO

1. Il Consorzio Mole impugna il provvedimento del 17 agosto 2009, con cui il Comune di Bari ha disposto la sua esclusione dalla gara per l'appalto dei lavori di ripristino dei pilastri e rifacimento delle ringhiere del lungomare, dopo aver accertato la sussistenza di irregolarità contributive a carico della consorziata ditta GE.CO.M. (irregolarità confermate, a seguito di richiesta di chiarimenti, dalla sede I.N.P.S. di Andria e dalla Cassa Edile della Provincia di Bari). Con lo stesso provvedimento, l'appalto è stato aggiudicato alla seconda classificata Sogem s.r.l., odierna controinteressata.

Secondo la tesi del ricorrente, il Comune avrebbe illegittimamente omesso di valutare la gravità e definitività delle violazioni contributive e, in ogni caso, avrebbe dovuto tener conto della regolarizzazione della situazione contributiva, effettuata nei confronti dell'I.N.P.S. e della Cassa Edile prima del provvedimento di esclusione.

2. Il ricorso è infondato.

E' pacifico, dagli atti di causa, che il d.u.r.c. intestato alla ditta GE.CO.M. rivelasse, alla data del 7 maggio 2009, una situazione di irregolarità nel pagamento dei contributi previdenziali.

Il Comune di Bari ha svolto istruttoria ed ha appurato che la ditta consorziata risultava debitrice:

- dell'importo di euro 8.862,46 nei confronti della Cassa Edile della

Provincia di Bari, per omesso versamento dei contributi relativi al periodo ottobre 2008 – aprile 2009;

- dell'importo di euro 10.078,34 nei confronti dell'I.N.P.S., per omesso versamento dei contributi relativi al periodo novembre 2008 – aprile 2009.

La ditta GE.CO.M. afferma di aver provveduto al pagamento tardivo, sia a favore della Cassa Edile (in data 9 giugno 2009) che a favore dell'I.N.P.S. (in data 8 giugno 2009).

Alla luce delle descritte risultanze documentali, non hanno pregio le doglianze di parte ricorrente.

Da un lato, infatti, deve rilevarsi che l'atto di esclusione reca una puntuale e congrua motivazione in ordine alla gravità e definitività delle irregolarità contributive emerse dal d.u.r.c.: in totale, la ditta GE.CO.M. presentava un debito previdenziale di quasi 20.000 euro per un arco temporale inferiore all'anno. Tale inadempienza non può che ragionevolmente qualificarsi grave, avuto riguardo al numero delle mensilità ed al *quantum* della somma complessiva non versata nei termini.

Quanto, poi, alla regolarizzazione tardiva, osserva il Collegio che essa è avvenuta all'indomani dell'aggiudicazione provvisoria e non poteva legittimamente integrare in capo al consorzio ricorrente il requisito di partecipazione richiesto dalla legge.

Secondo l'orientamento ormai consolidato in giurisprudenza, la correttezza contributiva e fiscale è infatti richiesta, alle imprese partecipanti alla selezione per l'aggiudicazione dell'appalto, come

requisito indispensabile non solo per la stipulazione del contratto, bensì per l'ammissione alla gara, con la conseguenza che, ai fini della valida partecipazione, l'impresa deve essere in regola con tali obblighi fin dalla presentazione della domanda e conservare la correttezza del rapporto per tutto lo svolgimento di essa, restando irrilevante un eventuale adempimento tardivo delle obbligazioni previdenziali e tributarie (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 27 dicembre 2004 n. 8215; Id., sez. IV, 20 settembre 2005 n. 4817; Id., sez. IV, 30 gennaio 2006 n. 288; Id., sez. IV, 12 marzo 2009 n. 1458; Id., sez. VI, 11 agosto 2009 n. 4928; Id. sez. VI, 5 luglio 2010 n. 4243).

L'assunto non è smentito (e trova anzi conferma) dal disposto dell'art. 8, terzo comma, del decreto 24 ottobre 2007 del Ministero del Lavoro e della Previdenza sociale, in base al quale è ammessa, ai fini della partecipazione alle gare pubbliche, la regolarizzazione tardiva entro trenta giorni dall'emissione del d.u.r.c., purché si tratti di scostamenti inferiori o pari al 5% tra le somme dovute e quelle versate o, comunque, inferiori all'importo di 100 euro.

Per tutte le altre violazioni di entità superiore alla soglia di irrilevanza fissata dal d.m. del 2007, può considerarsi in regola solo l'impresa che, incorsa in situazione di irregolarità nel passato, abbia già condonato o in altro modo sanato le sue posizioni al momento della partecipazione. E' infatti indiscusso che il requisito di regolarità contributiva e fiscale sia richiesto dalla legge non già ai fini della stipulazione del contratto, ma per la stessa partecipazione alla gara: l'art. 38, comma 1, del Codice dei contratti pubblici dispone che “*sono*

esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento... e non possono stipulare i relativi contratti...” i soggetti ai quali sia imputabile una delle situazioni elencate nella norma.

L'impresa concorrente deve pertanto essere in regola con gli obblighi contributivi e fiscali fin dal momento di presentazione della domanda, con conseguente irrilevanza a tali fini di ogni adempimento tardivo dell'obbligazione, anche se riconducibile al momento della scadenza del termine del pagamento.

La giurisprudenza ha in tal senso chiarito che i meccanismi di regolarizzazione tardiva, tipici del diritto tributario e previdenziale, possono rilevare nelle reciproche relazioni di debito e credito tra l'impresa e l'Amministrazione o l'ente previdenziale, nel senso di consentire al contribuente, con l'adempimento successivo, di evitare le conseguenze del ritardo e di conseguire i medesimi benefici che avrebbe ottenuto in caso di esatto adempimento. Tale finzione giuridica non può però valere a costituire nei confronti della stazione appaltante quella correttezza fiscale e contributiva, che la norma prescrive al momento di partecipazione alla gara, come qualificazione soggettiva dell'impresa in termini di rispetto degli obblighi di legge, e quindi come espressione di affidabilità della stessa.

D'altronde, a ritenere legittima una regolarizzazione tardiva con efficacia retroattiva, successiva al momento della partecipazione, ne discenderebbe la modifica della natura del requisito di partecipazione, che si trasformerebbe in requisito per la stipulazione del contratto; si consentirebbe una violazione della *par condicio* tra i concorrenti, in

quanto l'aggiudicatario, dapprima non in regola con gli adempimenti di legge, potrebbe sanare *ex post* la propria situazione di irregolarità, con evidente disparità di trattamento nei confronti delle imprese che, in conformità della legge, avevano adempiuto agli obblighi fiscali e previdenziali prima di presentare l'offerta.

Inoltre, ha osservato la giurisprudenza che tale ampliamento della nozione di regolarità avrebbe anche l'effetto deleterio di indebolire l'osservanza della normativa fiscale e previdenziale, che al contrario, pur nell'ambito della normativa settoriale sull'espletamento delle gare, si vuol rafforzare. Le imprese sarebbero quasi incentivate alla violazione di legge, considerando di poter poi provvedere comodamente alla regolarizzazione, con l'effetto vantaggioso di poter scegliere se farlo o meno in funzione dell'utile risultato dell'aggiudicazione, senza il rischio di pregiudizio per il conseguimento dell'appalto.

3. In conclusione, il ricorso principale è infondato nel merito e deve essere respinto.

E' conseguentemente improcedibile, per difetto d'interesse, il ricorso incidentale proposto dalla Sogem s.r.l., sicché può prescindersi dal suo esame.

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate nella misura indicata in dispositivo.

P.Q.M.

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge. Dichiara improcedibile il ricorso incidentale.

Condanna i ricorrenti Mole Consorzio società cooperativa e GE.CO.M. di Pasquale Magliocco, in solido tra loro, al pagamento delle spese processuali, liquidate nella misura di euro 3.000 (tremila) in favore del Comune di Bari, e nella misura di euro 3.000 (tremila) in favore della Sogem s.r.l., il tutto maggiorato di i.v.a., c.a.p. ed accessori di legge se dovuti.

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

Così deciso in Bari nella camera di consiglio del giorno 20 ottobre 2010 con l'intervento dei magistrati:

Corrado Allegretta, Presidente

Doris Durante, Consigliere

Savio Picone, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 18/11/2010

IL SEGRETARIO

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