



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 Regionale di Giustizia Amministrativa di Trento

(Sezione Unica)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 185 del 2010, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Lago Rosso Soc. Coop., rappresentata e difesa dagli avv.ti Antonio Tita e Piero Costantini, con domicilio eletto presso il loro studio in Trento, Via Lunelli, 48

contro

la Provincia autonoma di Trento, in persona del Presidente pro tempore della Giunta provinciale, non costituita in giudizio;

l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori servizi e forniture, rappresentata e difesa dall'Avvocatura distrettuale dello Stato, domiciliata per legge in Trento, Largo Porta Nuova, 9

nei confronti di

Burlon S.r.l., non costituita in giudizio

per l'annullamento

- della determinazione n. 6 del 4.8.2010, prot. N. 11702/3/09, con la quale l'Agenzia per i Servizi della Provincia autonoma di Trento ha revocato, in autotutela, l'aggiudicazione provvisoria precedentemente disposta a favore della ricorrente, aggiudicando provvisoriamente la gara a favore della concorrente seguente in graduatoria, Burlon S.r.l., e anticipando l'intendimento di procedere all'incameramento della cauzione provvisoria nonché all'esclusione dalla partecipazione dalle gare in corso e a quelle da indirsi dall'Agenzia per un periodo da 3 a 6 mesi, oltre alla segnalazione all'Autorità di vigilanza ed all'Autorità giudiziaria per la dichiarazione asseritamente falsa resa nel corso della procedura di gara;
- della nota prot. n. 11923/3/09 del 6.8.2010, con la quale l'Agenzia ha trasmesso alla ricorrente copia della sopraccitata determinazione;
- della nota prot. n. 7430/3/09 del 2.5.2010 con la quale l'Agenzia ha dato comunicazione alla ricorrente dell'avvio del procedimento volto all'annullamento dell'aggiudicazione;
- della nota con la quale la stazione appaltante ha operato la segnalazione all'Autorità di vigilanza per i contratti pubblici, nonché all'Autorità Giudiziaria;
- del bando di gara prot. n. 1851/3/09 del 25.3.2009, della lettera di invito prot. n. 11700/3/09 del 30.11.2009;
- della determinazione n. 8 del 12.8.2010, prot. n. 12502/3/09 con la quale è stata modificata la determinazione n. 6 del 4.8.2010;
- della nota dell'Agenzia per i Servizi prot. n. 12533/3/09 del 13.8.2010 con la quale è stata trasmessa alla Lago Rosso copia della

determinazione n. 8 del 12.8.2010 ed è stato confermato l'annullamento dell'aggiudicazione, l'incameramento della cauzione provvisoria e la segnalazione del fatto all'Autorità di Vigilanza;

- della nota dell'Agenzia per i Servizi prot. n. 12539/3/09 del 13.8.2010 con la quale la stazione appaltante ha operato la segnalazione all'Autorità di Vigilanza per i Contratti Pubblici;

- di ogni altro provvedimento presupposto, successivo e connesso; nonché per il risarcimento del danno ingiusto.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori servizi e fornitura;

Viste le memorie difensive;

Vista la propria ordinanza 9.9.2010, n. 134 con cui è stata accolta l'istanza cautelare proposta dalla ricorrente;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 24 marzo 2011 il dott. Lorenzo Stevanato e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

La ricorrente espone che:

- con lettera di invito prot. n. 11700/3/09 del 30.11.2009 l'Agenzia per i servizi della Provincia autonoma di Trento ha indetto una

licitazione privata per l'affidamento dei "lavori di realizzazione del percorso ciclopedonale Valli di Fiemme e Fassa, tratto Pozza di Fassa – Mazzin";

- la ricorrente soc. coop. Lago Rosso ha presentato offerta rendendo le dichiarazioni richieste dalla "lex specialis", tra le quali quella concernente "l'inesistenza delle cause di esclusione di cui all'art. 35, comma 1, lettere a), b), c), d), e), g) ed h) della L. P. n. 26/93. Per quanto qui più interessa, l'art. 35, lett. e, della L. P. n. 26/93 sancisce l'esclusione dalla partecipazione alle procedure di affidamento degli appalti e il divieto di stipulare i relativi contratti a carico del concorrente che non sia in regola con i requisiti previsti per il rilascio del documento unico di regolarità contributiva (il c.d. DURC) previsto dall'articolo 2, comma 2, del decreto-legge 25 settembre 2002, n. 210, convertito, con modificazioni, dalla legge 22 novembre 2002, n. 266, ovvero, laddove tale documento non sia acquisibile, che non sia in regola con gli obblighi concernenti le dichiarazioni e i conseguenti adempimenti in materia contributiva e assicurativa, ivi compresi i versamenti alla Cassa Edile, secondo la legislazione italiana e i contratti collettivi vigenti;

- all'esito del procedimento di gara è stata disposta l'aggiudicazione provvisoria dell'appalto in favore della ricorrente;

- tuttavia, in sede di verifica delle dichiarazioni da essa effettuate, la stazione appaltante, dopo avere acquisito, presso lo Sportello Unico Previdenziale il DURC relativo alla posizione dell'impresa, con riferimento alle date del 7.4.2009 (data di presentazione

dell'autodichiarazione di regolarità contributiva) e del 17.12.2009 (data di svolgimento della seduta di gara con apertura delle buste recanti le offerte economiche), ha rilevato che, alla prima delle due date suddette, la ricorrente non risultava in regola con i versamenti dei contributi dovuti alla Cassa Edile, venendo in rilievo un omesso versamento nel mese di febbraio di euro 712,00, peraltro regolarizzato il 28.4.2009;

- per questa ragione la stazione appaltante, con nota prot. 7430/3/09 del 28.5.2010, ha comunicato alla società ricorrente l'avvio del procedimento diretto all'annullamento della aggiudicazione provvisoria, invitando la stessa a presentare eventuali osservazioni;

- Lago Rosso, in data 3.6.2010, ha formulato osservazioni, rilevando che il ritardato pagamento riguardava una somma ben al di sotto della soglia del 5% sull'ammontare complessivo del debito contributivo versato all'INPS, all'INAIL ed alla Cassa Edile nello stesso mese di febbraio 2009 (pari ad euro 45.630,00) e che quindi non si configurava un inadempimento contributivo "grave", come chiarito dall'Autorità di vigilanza con determinazione n. 1 del 12.1.2010;

-con determinazione n. 62 del 4.8.2010 l'Amministrazione ha annullato, in via di autotutela, l'aggiudicazione provvisoria e ha disposto di aggiudicare provvisoriamente la gara a favore della concorrente seconda in graduatoria, Burlon S.r.l.

Avverso e per l'annullamento della determinazione sopra riassunta e degli atti connessi e conseguenti, tra cui l'incameramento della cauzione provvisoria e la segnalazione del fatto all'Autorità di

Vigilanza, Lago Rosso ha dedotto i seguenti motivi:

- Violazione di legge. Mancata e/o erronea applicazione della “lex specialis”, nonché degli artt. 35, 41 e 43 della L. P. n. 26/93, degli artt. 38 e 48 del d. lgs. 163/2006 e dell’art. 45/2, lett. g, della direttiva 2004/18/CE. Eccesso di potere per travisamento dei fatti, difetto dei presupposti, irragionevolezza, illogicità ed ingiustizia manifeste. Violazione del principio di proporzionalità.

Si sostiene che la stazione appaltante nell’annullare l’aggiudicazione provvisoria disposta a favore di Lago Rosso non ha considerato la non gravità dell’omissione: infatti il debito contributivo sarebbe episodico e di modesto ammontare e l’irregolarità è stata prontamente definita con il pagamento del dovuto. Perciò la stazione appaltante non avrebbe potuto astenersi dal valutare la concreta e specifica rilevanza dell’inadempimento alla luce delle circostanze di fatto sopra evidenziate.

In altri termini, l’irregolarità contributiva, per la sua consistenza, dovrebbe essere tale da indurre la stazione appaltante a dubitare della capacità della impresa di assolvere in modo puntuale agli obblighi di settore, il che non si verifica qualora l’inadempimento sia episodico e di modesta entità, tale da non poter giustificare la grave conseguenza dell’esclusione da una pubblica gara. Non a caso il codice dei contratti pubblici, nel recepire la direttiva 2004/18/CE, ha previsto che la causa di esclusione in questione presupponga violazioni gravi, definitivamente accertate, alle norme in materia di contributi previdenziali e assistenziali (v. art. 38/1, lett i, d. lgs. n. 163/06). Nella

fattispecie in questione, come si è detto, il debito contributivo di euro 712,00 con la Cassa Edile di Treviso, se considerato in rapporto all'ammontare dei contributi versati dalla ricorrente per INPS, INAIL e Cassa Edile nello stesso periodo, complessivamente pari ad euro 45.630,00, è ampiamente al di sotto della percentuale del 5 %, individuata dall'AVCP sulla scorta di quanto prevede il D.M. 24 ottobre 2007, secondo cui costituisce scostamento non grave tra le somme dovute e quelle versate quello inferiore o pari al 5 % con riferimento a ciascun periodo di paga o di contribuzione.

Quanto all'applicazione dei provvedimenti sanzionatori di cui all'art. 41 della L. P. n. 26/93 (incameramento della cauzione provvisoria e segnalazione all'AVCP) si osserva che non sarebbe imputabile alla ricorrente alcuna falsa dichiarazione, prima di tutto perché, all'atto della partecipazione alla procedura, essa si trovava in una situazione di regolarità, e in secondo luogo perché l'impresa, al momento di prendere parte alla gara, era in possesso di DURC datati 6.4.2009, 7.4.2009, 30.4.2009 e 7.5.2009, attestanti la propria posizione regolare, e in corso di validità alla data in cui è stata resa la dichiarazione di partecipazione alla gara stessa. In terzo luogo, le sanzioni previste per l'ipotesi di falsità di dichiarazioni rese da un concorrente presuppongono un positivo riscontro della consapevolezza di rendere una dichiarazione non conforme al vero e quindi l'intenzionalità della dichiarazione medesima, intenzionalità che nel caso in esame farebbe difetto.

Con motivi aggiunti successivamente notificati tali censure sono state

estese ai provvedimenti di conferma dell'autoannullamento dell'aggiudicazione, di incameramento della cauzione e di segnalazione all'AVCP.

L'Amministrazione provinciale intimata non si è costituita in giudizio, mentre si è costituita l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori servizi e forniture, ma con controricorso puramente formale. Questo TRGA, con ordinanza 10.9.2010, n. 124, ha accolto la domanda di misura cautelare presentata dalla ricorrente nel rilievo che *“il ricorso, in questa fase di sommaria delibazione, appare assistito da sufficiente fumus boni iuris. Invero, l'annullamento in autotutela dell'aggiudicazione provvisoria, precedentemente disposta in favore della ricorrente, è stato pronunciato per l'accertata irregolarità in materia di contributi previdenziali ed assistenziali, risultanti dal documento unico di regolarità contributiva (d.u.r.c.), prescritta a pena di esclusione dalla lex specialis che richiama, sul punto, l'art. 35, lett. e, della L.p. 10.9.1993 n. 26. Quest'ultima disposizione prevede l'esclusione dalle gare di chi “non sia in regola con i requisiti previsti per il rilascio del d.u.r.c.”, ma tale norma va estensivamente interpretata nel senso che si deve trattare di “violazioni gravi, definitivamente accertate, alle norme in materia di contributi previdenziali e assistenziali”, come previsto dall'art. 38, lett. i, del D. lgs. 12.4.2006, n. 163 in attuazione della direttiva comunitaria 2004/18 in materia di appalti, cui l'ordinamento trentino non può restare impermeabile. Ora, nella specie il debito contributivo a carico della ricorrente è risultato di soli € 712,00, successivamente pagato, a fronte di un impegno complessivo per versamento di contributi pari ad € 45.630,00. Esso, per la sua modesta entità ed il suo carattere episodico, nonché per la sua scarsa rilevanza in relazione*

all'impegno contributivo complessivamente assolto dalla ricorrente, non sembra incidere in modo apprezzabile sulla solvibilità dell'impresa ricorrente né influire sulla par condicio e sulla concorrenzialità delle imprese partecipanti. Invero, una volta acquisito il documento unico di regolarità contributiva, spettava alla stazione appaltante decidere se le risultanze ivi contenute fossero idonee e sufficienti a giustificare un giudizio in termini di gravità della violazione emersa dal d.u.r.c. e potessero, in concreto e al di fuori di ogni automatismo, giustificare l'estromissione dalla gara. Ma nella specie, come detto, tale gravità obiettivamente non sembrava sussistere. Considerato, inoltre, che il pregiudizio allegato è estremamente grave ed irreparabile per l'incidenza sull'attività economica e sul curriculum della ricorrente ed, oltretutto, coincide con l'interesse dell'Amministrazione a non esporsi a conseguenze risarcitorie se non venisse accordata la richiesta misura cautelare.”

Ciò premesso, il ricorso è fondato e va accolto in quanto il Collegio, anche ad un'ulteriore e più approfondita disamina, ritiene di dover ribadire l'indicazione di fondatezza del gravame, già espressa in sede cautelare.

In sostanza, l'Amministrazione provinciale ha ritenuto che, in presenza di un DURC dal quale emerga una irregolarità contributiva, la stazione appaltante è tenuta a prendere atto della certificazione senza poterne in alcun modo sindacare le risultanze. Nonostante la posizione contributiva di Lago Rosso fosse stata regolarizzata in data 28.4.2010, ciò sarebbe irrilevante per l'amministrazione, dovendosi avere riguardo alla sussistenza del requisito della correttezza contributiva al momento della presentazione dell'offerta.

Senonché, sulla rilevanza della “maggiore o minore gravità

dell'inadempimento degli obblighi previdenziali" va ribadito (v. sent. di questo Tribunale 21.12.2010, n. 244, nonché le ordinanze n. 80/10; conf. n. 124/10) che l'art. 35, lett. e, della L. P. n. 26/93 dev'essere interpretato alla luce di quanto previsto dall'art. 38, lett. i, del d. lgs. n. 163/06, applicabile alla procedura de qua, attuativo della direttiva comunitaria 2004/18 in materia di appalti, cui l'ordinamento trentino non può restare impermeabile. Secondo la disposizione statale è causa di esclusione dalla procedura di gara non qualsivoglia violazione in materia di obblighi contributivi, ma solo le "violazioni gravi, definitivamente accertate, alle norme in materia di contributi previdenziali e assistenziali" (in tema di integrazione della legislazione provinciale con i principi dell'Ordinamento giuridico statale e dell'Unione Europea nell'analogo settore delle irregolarità riferite a obblighi di pagamento di imposte e tasse: v. TRGA –Trento, sent. nn. 193/07 e 231/08; sulla recente modifica della L. P. n. 26/93 nel senso di subordinare l'esclusione a un inadempimento contributivo grave e accertato in modo definitivo, cfr.: L.P. n. 10/08).

Perciò, la fattispecie normativa che riguarda la regolarità contributiva dev'essere interpretata in base al criterio teleologico secondo cui va escluso che, in presenza di violazioni di scarso (o addirittura, come nella specie, di scarsissimo) rilievo, sia inciso il principio di concorrenza.

Invece, la stazione appaltante non ha valutato, con specifica motivazione e al di fuori di qualsiasi automatismo, la concreta e peculiare rilevanza dell'inadempimento suddetto, in relazione

all'esigenza di applicare i principi di tutela della concorrenza e di proporzionalità.

Il Collegio intende rimarcare che la stazione appaltante, prima di decidere in via di autotutela, avrebbe dovuto vagliare il carattere episodico (riferito a un periodo di contribuzione unico) e, oggettivamente, di limitato (anzi, irrisorio) rilievo del debito contributivo, e ciò anche avendo riguardo all'ammontare degli obblighi contributivi complessivamente gravanti sulla impresa concorrente e all'importo a base di gara, oltre al fatto che il debito risultava estinto. Elementi che avrebbero dovuto indurre la P.A. a un apprezzamento finale di assoluta e manifesta non gravità delle violazioni contributive, con conseguente desistenza dal proposito di annullare in via di autotutela l'aggiudicazione provvisoria.

In questa prospettiva non pare inutile rammentare la recente modifica della L. P. n. 26/93 che, all'art. 35, lett. h, prevede l'esclusione del concorrente "che ha commesso violazioni gravi, definitivamente accertate, alle norme in materia di contributi previdenziali e assistenziali, secondo la legislazione italiana o dello Stato in cui è stabilito, risultanti dal documento unico di regolarità contributiva previsto dall'articolo 2, comma 2, del decreto-legge 25 settembre 2002, n. 210 (Disposizioni urgenti in materia di emersione del lavoro sommerso e di rapporti di lavoro a tempo parziale), convertito, con modificazioni, dalla legge 22 novembre 2002, n. 266"; e segnalare che, con DGP n. 2320 del 15 ottobre 2010, è stata approvata una Direttiva in materia che, "in merito alle violazioni contributive ed assicurative",

fa gravare sull'Amministrazione l'onere di procedere, in concreto, e al di fuori di ogni automatismo, a una valutazione discrezionale in ordine all'ammissione alla gara e/o alla aggiudicazione della medesima, appurando l'eventuale sussistenza di presupposti che possano giustificare la non estromissione del concorrente dalla procedura in base a una pluralità di elementi indiziari, indicati a pag. 3 della delibera citata, depositata in giudizio il 3.3.2010.

L'annullamento della determinazione impugnata, nella parte in cui prevede l'incameramento della cauzione provvisoria e la segnalazione all'AVCP, è consequenziale alla statuizione giudiziale principale di annullamento del provvedimento di autotutela.

Restano assorbiti ulteriori profili di censura non esplicitamente esaminati, mentre la concessione immediata della misura cautelare non consente di accogliere la domanda risarcitoria, che resta comunque assorbita dall'accoglimento del ricorso nella parte impugnatoria, dal che deriva il risarcimento in forma specifica.

Le spese del giudizio seguono la soccombenza.

P.Q.M.

Il Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa di Trento (Sezione Unica)

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto annulla i provvedimenti impugnati, indicati in epigrafe.

Condanna l'Amministrazione provinciale resistente a pagare alla parte ricorrente le spese del giudizio che liquida in euro 4.000,00

(quattromila/00) oltre ad I.V.A., C.N.P.A. ed al 12,5% su tale somma a titolo di spese generali, nonché alla rifusione del contributo unificato (ai sensi dell'art. 13, comma 6-bis, del D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115).

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

Così deciso in Trento nella camera di consiglio del giorno 24 marzo 2011 con l'intervento dei magistrati:

Armando Pozzi, Presidente

Lorenzo Stevanato, Consigliere, Estensore

Fiorenzo Tomaselli, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 07/04/2011

IL SEGRETARIO

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