



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 Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2880 del 2011, proposto da:
IL POLIGONO soc. coop. a r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti Filiberto Morelli e Guglielmo De Feis, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Tatiana Vaccaro, in Milano via Della Commenda n. 41;

contro

- Comune di Milano, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avv.ti Maria Rita Surano, Maria Teresa Maffey e Danilo Parvopasso, con domicilio eletto presso gli uffici dell'Avvocatura comunale in Milano, via Andreani n. 10;
- Cassa Edile della Provincia Jonica, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti Paolo

Manzoli ed Eliana Onofrio, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultima, in Milano via Visconti di Modrone n. 1;

nei confronti di

F.lli Macrì s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti Rosario Scalise e Stefano Soncini, presso lo studio dei quali ha eletto domicilio, in Milano viale Elvezia n. 12;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia,

- del verbale 30.9.2011 relativo all'appalto n. 31/2011 avente ad oggetto "Interventi di emergenza razionalizzazione nei mercati comunali coperti - IX lotto", con cui la Commissione ha annullato l'aggiudicazione definitiva disposta in favore della ricorrente escludendola dalla gara, nonché disposto l'aggiudicazione definitiva in favore della società F.lli Macrì s.r.l. e disposto l'escussione della cauzione provvisoria ai danni della Coop Il Poligono;
- della nota n. 691687 del 27.9.2011 nella parte in cui il Direttore del Settore Gare del Comune di Milano ha ritenuto sussistente l'inadempimento della ricorrente agli obblighi contributivi nei confronti della Cassa Edile di Taranto sulla base del Durc emesso in data 18.7.2011;
- di tutti gli atti connessi, compreso il Durc emesso in data 18.7.2011 Cassa Edile della Provincia Jonica, nei limiti dell'interesse della ricorrente;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Milano e di F.Lli Macrì S.r.l. e di Cassa Edile della Provincia Jonica;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Designato relatore nell'udienza pubblica del giorno 29 marzo 2012 il dott. Fabrizio Fornataro e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La società IL POLIGONO soc. coop. a r.l., impugna gli atti indicati in epigrafe, deducendone l'illegittimità per violazione di legge ed eccesso di potere, sotto diversi profili, chiedendone l'annullamento.

Si sono costituiti in giudizio il Comune di Milano, la Cassa Edile della Provincia Jonica e la società F.lli Macrì s.r.l., eccependo l'infondatezza del ricorso avversario e chiedendone il rigetto.

Con ordinanza depositata in data 25.11.2011, il Tribunale ha accolto la domanda cautelare contenuta nel ricorso.

Le parti hanno prodotto memorie e documenti.

All'esito dell'udienza pubblica del 29.03.2012, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1) Con bando di gara pubblicato nella G.U.R.I. del 06.05.2011, il Comune di Milano ha indetto una gara per l'affidamento dell'appalto

avente ad oggetto gli "Interventi di emergenza razionalizzazione nei mercati comunali coperti - IX lotto", da aggiudicare con procedura aperta secondo il criterio del prezzo più basso, partendo da un importo a base d'asta di Euro 852.459,34.

All'esito della seduta del 13.06.2011, la Commissione di gara ha disposto l'aggiudicazione in favore della società ricorrente, ma nella successiva seduta del 30.9.2011 ha annullato l'aggiudicazione, ha escluso la ricorrente dalla gara ed ha disposto nei suoi confronti l'escussione della cauzione provvisoria, individuando come aggiudicataria la società F.lli Macrì s.r.l..

Avverso i provvedimenti ora indicati la ricorrente ha proposto l'impugnazione di cui si tratta.

2) E' fondato e presenta carattere assorbente, per la dimensione sostanziale che presenta, il secondo dei motivi proposti, con il quale si lamenta in termini di carenza motivazionale ed istruttoria, la circostanza che l'amministrazione avrebbe ritenuto grave la violazione contributiva imputata alla ricorrente senza alcuna concreta valutazione e limitandosi a prendere atto del contenuto del documento unico di regolarità contributiva.

La complessità delle questioni giuridiche sottese alle impugnazioni in esame, rende opportuna la ricostruzione del quadro normativo di riferimento, distinguendo la disciplina vigente prima e dopo l'adozione del d.l. 13 maggio 2011 n. 70, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale del 13 maggio 2011, n. 110, entrato in vigore il giorno

successivo a quello della sua pubblicazione ai sensi dell'art. 12 del decreto medesimo e convertito in legge, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, della legge 12 luglio 2011, n. 106.

2.1) Prima della novella l'art. 38, primo comma lett. i), disponeva l'esclusione dalla gara nei confronti delle imprese "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".

Inoltre, sempre in relazione agli obblighi di regolarità contributiva il terzo comma dell'art. 38 disponeva che "resta fermo, per l'affidatario, l'obbligo di presentare la certificazione di regolarità contributiva di cui all'articolo 2, del decreto legge 25 settembre 2002, n. 210, convertito dalla legge 22 novembre 2002, n. 266 e di cui all'articolo 3, comma 8, del decreto legislativo 14 agosto 1996, n. 494 e successive modificazioni e integrazioni".

Il d.l. 13 maggio 2011 n. 70 ha tenuto ferme le disposizioni ora viste, mentre ha modificato – mediante la previsione contenuta nell'art. 4, comma 2 lett. b) n. 4) - il comma 2 dell'art. 38 del codice degli appalti, che ora reca un'espressa disciplina del concetto di gravità della violazione contributiva, non presente prima della novella.

In particolare, il vigente comma 2 dell'art. 38 dispone che "ai fini del comma 1, lettera i), si intendono gravi le violazioni ostative al rilascio del documento unico di regolarità contributiva di cui all'articolo 2, comma 2, del decreto-legge 25 settembre 2002, n. 210, convertito,

con modificazioni, dalla legge 22 novembre 2002, n. 266; i soggetti di cui all'articolo 47, comma 1, dimostrano, ai sensi dell'articolo 47, comma 2, il possesso degli stessi requisiti prescritti per il rilascio del documento unico di regolarità contributiva”.

Il quadro normativo si completa con la disciplina dettata dal Decreto del Ministero del lavoro e della previdenza sociale datato 24 ottobre 2007, recante la disciplina del c.d. documento unico di regolarità contributiva (DURC).

Vale precisare, in primo luogo, che la disciplina del DURC non è rilevante solo ai fini della partecipazione ad una gara di appalto, in quanto, ai sensi dell'art. 1 del D.M. 2007, il possesso del DURC è richiesto ai datori di lavoro ai fini della fruizione dei benefici normativi e contributivi in materia di lavoro e legislazione sociale previsti dall'ordinamento e ai fini della fruizione dei benefici e sovvenzioni previsti dalla disciplina comunitaria; inoltre, è richiesto ai datori di lavoro ed ai lavoratori autonomi nell'ambito delle procedure di appalto di opere, servizi e forniture pubblici e nei lavori privati dell'edilizia.

Ai sensi dell'art. 4 del D.M. 2007, il DURC attesta la regolarità dei versamenti dovuti agli Istituti previdenziali e, per i datori di lavoro dell'edilizia, la regolarità dei versamenti dovuti alle Casse edili; a tale fine deve contenere, tra l'altro, la dichiarazione di regolarità, ovvero non regolarità contributiva, con indicazione della motivazione o della specifica scopertura, nonché la data di effettuazione della verifica di

regolarità.

Il decreto ministeriale individua, in modo dettagliato e con riferimento alla generalità delle ipotesi in cui rileva il contenuto positivo o negativo del DURC, le condizioni in presenza delle quali gli Istituti Previdenziali devono attestare la regolarità contributiva, fissandole, ai sensi dell'art. 5 in: 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.

Si precisa che, comunque, la regolarità contributiva sussiste 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.

Ulteriori parametri sono dettati dal comma 3 dell'art. 5, per l'ipotesi in cui la questione della regolarità contributiva si ponga nei confronti di una Cassa edile.

Il successivo art. 8 individua una serie di situazioni non ostantive al rilascio del DURC, pur non essendovi certezza in ordine alla regolarità dei versamenti contributivi, distinguendo tra crediti iscritti a ruolo e crediti non ancora iscritti a ruolo.

Così, si prevede che il DURC è rilasciato anche qualora vi siano crediti iscritti a ruolo per i quali sia stata disposta la sospensione della cartella di pagamento a seguito di ricorso amministrativo o

giudiziario.

Inoltre, relativamente ai crediti non ancora iscritti a ruolo si dispone che 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.

L'art. 8, comma 3, del DM detta una disciplina ad hoc per gli appalti pubblici, disponendo 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”.

2.2) La modificazione introdotta dal d.l. 2011 n. 70 pone, in primo luogo, il problema dell'individuazione della disciplina da applicare nel caso in esame.

Il bando di gara è stato pubblicato nella G.U.R.I. del 06.05.2011, pertanto, siccome in forza dell'art. 66, comma 8, del codice degli

appalti “gli effetti giuridici che l’ordinamento connette alla pubblicità in ambito nazionale decorrono dalla pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana”, non è dubitabile che la fattispecie in esame trovi la propria disciplina nell’art. 38 del d.l.vo 163 secondo il testo vigente prima della novella, in quanto entrata in vigore dopo la pubblicazione del bando.

Né si può giungere a diversa conclusione attribuendo valore interpretativo alla novella, così da assegnarle una valenza retroattiva, in quanto l’art. 4, comma 2 lett. b) n. 4), del d.l. 2011 n. 70 non integra una norma di interpretazione autentica.

Ciò è desumibile dal comma 3 dell’art. 4 del d.l. n. 70, a mente del quale le disposizioni di cui al comma 2, lettere b), si applicano alle procedure i cui bandi o avvisi con i quali si indice una gara sono pubblicati successivamente alla data di entrata in vigore del decreto legge medesimo, nonché, in caso di contratti senza pubblicazione di bandi o avvisi, alle procedure in cui, alla data di entrata in vigore del decreto legge, non sono ancora stati inviati gli inviti a presentare le offerte.

Va, pertanto, ribadito che la nuova disciplina contenuta nel secondo comma dell’art. 38 del codice degli appalti non è riferibile al caso di specie.

2.3) Una volta individuate le norme da applicare, sorge una questione interpretativa, essendo necessario stabilire se, prima della novella, l’amministrazione disponesse di poteri valutativi autonomi in ordine

alla gravità della violazione contributiva commessa dal partecipante e, quindi, ai fini della sua esclusione dalla gara per difetto di un requisito di ordine generale, o se la gravità fosse correlata ad un parametro quantitativo prestabilito, tale da non lasciare spazio a poteri di apprezzamento discrezionale, con conseguente doverosità dell'esclusione del concorrente non in regola con i versamenti contributivi.

La questione ha dato vita ad un contrasto giurisprudenziale, caratterizzato dalla presenza di due orientamenti nettamente contrapposti ed è stata oggetto di rimessione all'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, che non si è ancora pronunciata sul punto (cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, ordinanza 05 marzo 2012, n. 1245).

Un primo orientamento esclude la titolarità di poteri valutativi da parte della stazione appaltante in ordine alla sussistenza in concreto della gravità della violazione commessa, perché, in base al decreto del Ministero del lavoro datato 24 ottobre 2007, proprio la presenza di un DURC negativo alla data di presentazione della domanda di partecipazione alla gara, obbligherebbe la stazione appaltante ad escludere dalla procedura l'impresa interessata, senza possibilità di effettuare apprezzamenti sulla gravità degli inadempimenti.

In sostanza, l'accertamento dell'esistenza di violazioni contributive spetta agli Istituti Previdenziali, secondo i parametri fissati dal D.M. del 2007, che come, già evidenziato, specifica quale sia, ai fini della partecipazione alle gare di appalto, lo scostamento "non grave tra le

somme dovute e quelle versate” che non osta al rilascio del DURC positivo, quantificandolo in quello 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.

Secondo tale impostazione il DURC negativo non sarebbe sindacabile dalla stazione appaltante, che dovrebbe solo prenderne atto, adottando le conseguenti determinazioni in punto di esclusione dell'impresa interessata.

Di conseguenza, l'art. 38 nel subordinare l'esclusione all'esistenza di violazioni “gravi”, rinvierebbe per la definizione della “gravità” al D.M. del 2007 e, quindi, al contenuto del DURC di volta in volta rilasciato (per questa soluzione si vedano, tra le altre, Consiglio di Stato, sez. IV, 15 settembre 2010, n. 6907; Consiglio di Stato, sez. V, 30 giugno 2011, n. 3912; Consiglio di Stato, sez. V, 16 settembre 2011, n. 5194; Consiglio di Stato, sez. V, 12 ottobre 2011, n. 5531).

Il Tribunale, non condivide la soluzione ora prospettata ed aderisce alla diversa opzione interpretativa, che riconosce, quanto meno per le fattispecie escluse *ratione temporis* dall'applicazione della novella introdotta con il d.l. 2011 n. 70, l'esistenza di autonomi poteri valutativi della stazione appaltante, quanto alla gravità della violazione contributiva accertata in capo ad un partecipante e ai fini della sua esclusione dalla gara.

In primo luogo, vale osservare che non è dirimente il contenuto del

D.M. del 2007, la cui disciplina non impone la soluzione ermeneutica prospettata dalla prima impostazione.

Sicuramente il D.M. individua quale sia la violazione esistente, ma non grave, che non preclude il rilascio del DURC positivo ai fini della partecipazione ad una gara di appalto; tuttavia, ciò non vuol dire che ogni altra violazione, che pure comporta il rilascio di un DURC negativo, assurga per ciò solo al rango di gravità cui si riferisce l'art. 38, primo comma lett. i), del codice degli appalti e determini automaticamente l'esclusione dalla gara.

Difatti, l'art. 38 non richiama, ai fini della determinazione della nozione di gravità, i contenuti del D.M. 2007, sicché la tesi che estende il concetto di gravità emergente dal D.M. anche ai fini della verifica della sussistenza dei requisiti di ordine generale di cui all'art. 38 non poggia su alcuna previsione normativa.

Più in generale, la disciplina del DM 2007 è tesa a regolare il comportamento degli Istituti Previdenziali, al fine di stabilire in presenza di quali situazioni debba essere rilasciato il DURC positivo, mentre non si rivolge alle stazioni appaltanti e non è diretto, né ad escluderne, né a limitarne i poteri valutativi quanto alla sussistenza dei requisiti di ordine generale.

Né l'autonomia dei poteri valutativi della stazione appaltante si traduce in un sindacato, da parte sua, del contenuto del DURC, così da interferire con i poteri di accertamento della regolarità contributiva assegnati agli Istituti Previdenziali, giacché la valutazione

che l'art. 38 rimette all'amministrazione attiene alla gravità della violazione e non alla circostanza che essa sia o meno sussistente.

L'unica interferenza astrattamente configurabile tra i due diversi profili attiene all'ipotesi in cui esiste in concreto una violazione contributiva, che, però, non eccede i limiti posti dall'art. 8, comma 3, del D.M. 2007 e, quindi, conduce al rilascio di un DURC positivo.

L'interferenza è solo apparente, perché nell'ipotesi ora prospettata la violazione, pur commessa in concreto, non è rilevante giuridicamente ai fini della partecipazione ad una gara di appalto e, sempre a tali fini, conduce ad un DURC positivo, sicché la stazione appaltante non può neppure ritenere esistente una violazione contributiva, al di fuori di ogni apprezzamento sulla gravità.

Ne deriva che anche in questo caso i poteri valutativi della stazione appaltante non interferiscono con gli accertamenti degli Istituti Previdenziali, poiché l'amministrazione si trova di fronte ad un DURC positivo, in ragione del fatto che la violazione contributiva commessa non è tale ai fini della partecipazione ad una gara di appalto, sicché deve prenderne atto, con conseguente mancanza del presupposto per la valutazione di gravità.

In via di ulteriore precisazione è opportuno chiarire che il profilo ora esposto non comporta una generalizzata insindacabilità del DURC.

Invero, la produzione della certificazione INPS attestante la regolarità contributiva dell'impresa partecipante alla gara di appalto costituisce uno dei requisiti posti dalla normativa in materia di appalti

pubblici ai fini della ammissione alla gara, sicché appartiene alla cognizione del giudice amministrativo, in giurisdizione esclusiva, anche la verifica della regolarità di una certificazione costituente specifico requisito per la partecipazione alla gara e posta a fondamento delle successive determinazioni della stazione appaltante (cfr. Cass. Civ., SS. UU., ordinanza 11 dicembre 2007, n. 25818; Cass. Civ., SS. UU., 9 febbraio 2011, n. 3169).

L'esistenza di autonomi poteri valutativi della stazione appaltante, in ordine alla gravità della violazione contributiva commessa dal partecipante ed emergente dal DURC, trova conferma nel contenuto dello stesso art. 38, laddove distingue l'apprezzamento della regolarità contributiva del partecipante alla gara dall'accertamento della regolarità medesima in capo all'aggiudicatario.

Invero, l'art. 38 del d.l.vo 2006 n. 163 introduce una differenza tra la regolarità contributiva richiesta al partecipante alla gara ai sensi del comma 1, lettera i) e la regolarità contributiva richiesta all'aggiudicatario al fine della stipula del contratto.

Infatti, il concorrente, ai sensi di detta norma, può essere escluso solo in presenza di gravi violazioni, definitivamente accertate, sicché le violazioni non gravi, o ancora non definitive, non sono causa di esclusione.

Al contrario, al fine della stipula del contratto, il comma 3 dell'art. 38 impone all'affidatario di presentare la certificazione di regolarità contributiva ai sensi dell'art. 2, del d.l. 2002 n. 210, il quale, a sua

volta, prevede il rilascio del DURC, che attesta contemporaneamente la regolarità contributiva quanto agli obblighi nei confronti dell'I.N.P.S., dell'I.N.A.I.L. e delle Casse edili.

Ne deriva che, mentre in sede di verifica dei requisiti di ordine generale, il concorrente può essere escluso soltanto quando la stazione appaltante valuta, autonomamente dalle risultanze negative del DURC, il suo debito contributivo come grave e definitivamente accertato, perché non esistono elementi concreti che possano condurre a diversa conclusione, viceversa, prima della stipulazione del contratto, il soggetto individuato come aggiudicatario deve esibire un DURC positivo, dal quale emerga la sua regolarità contributiva, senza che residuino poteri valutativi della stazione appaltante (cfr. in argomento Consiglio di Stato, sez. V, 7 luglio 2011, n. 4053).

Si badi che, in tale caso, il vincolo per l'amministrazione ad attenersi alla risultanze del DURC deriva dall'espressa previsione normativa del terzo comma dell'art. 38, relativo alla regolarità contributiva dell'aggiudicatario, previsione che difetta rispetto alla regolarità dei soli partecipanti alla gara, per i quali la lettera i) del primo comma dell'art. 38 impone all'amministrazione di apprezzare la gravità della violazione commessa.

Insomma, il legislatore, mentre in sede di accertamento dei requisiti di ordine generale, privilegia una scelta elastica, rimettendo alla valutazione dell'amministrazione la gravità o meno della violazione,

al contrario una volta individuato il contraente, mediante l'aggiudicazione, pretende una sua piena regolarità contributiva, senza possibilità di valutazioni ulteriori, perché si tratta di assicurare la completa affidabilità e solidità finanziaria della controparte contrattuale, solidità esclusa a priori verso l'aggiudicatario che presenta irregolarità contributive.

La scelta del legislatore di attribuire poteri valutativi discrezionali alla stazione appaltante in ordine alla gravità della violazione contributiva è coerente con la normativa comunitaria, che rispetto al profilo in esame assume una posizione neutrale.

L'art. 45, comma 2, della direttiva 2004 n. 18 prevede che “può essere escluso” dalla partecipazione all'appalto ogni operatore economico “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”.

E' evidente che la disposizione, nella parte in cui prevede una possibilità di scelta rispetto alla configurazione di una certa causa di esclusione, si rivolge al legislatore nazionale, che può decidere di introdurla o meno, mentre non pone preclusioni in ordine al carattere rigido o elastico della formulazione della causa di esclusione nel singolo Stato, ossia non stabilisce a priori se la particolare fattispecie di esclusione debba correlarsi o meno a poteri valutativi della stazione appaltante.

In tale senso, anche la Corte di Giustizia considera - seppure in relazione alle previgenti disposizioni della direttiva 92/50/CEE in materia di appalti pubblici di servizi, la quale per il profilo in esame dettava norme sostanzialmente sovrapponibili a quelle della direttiva 2004 n. 18 - che, salvo il limite dell'impossibilità di prevedere cause di esclusione diverse da quelle ivi indicate e di rispetto dei principi generali di trasparenza e di parità di trattamento, il legislatore statale ha facoltà di inserirle con un grado di rigore variabile, in funzione di considerazioni di ordine giuridico, economico o sociale prevalenti a livello nazionale (cfr. Corte di Giustizia delle Comunità Europee, sent. 9 febbraio 2006 in Cause riunite C- 226/04 e C- 228/04).

A ben vedere, la novella introdotta dal d.l. 2011 n. 70 conforta la tesi che riconosce autonomi poteri valutativi in capo alla stazione appaltante rispetto alla gravità della violazione contributiva.

Invero, il legislatore modificando il secondo comma dell'art. 38 ha cristallizzato il concetto di gravità, ancorandolo alle violazioni ostative al rilascio del documento unico di regolarità contributiva di cui all'articolo 2, comma 2, del decreto legge 25 settembre 2002, n. 210 e così escludendo, per il futuro, l'esistenza di poteri discrezionali in capo all'amministrazione.

Proprio la circostanza che il legislatore sia intervenuto espressamente, al fine di introdurre un meccanismo rigido, tale da escludere un potere di apprezzamento da parte delle stazioni appaltanti, conferma che, per il periodo anteriore alla novella, l'art.

38 lett. i) configura l'esistenza di un tale potere di apprezzamento.

Va, pertanto, ribadito, in conformità all'orientamento giurisprudenziale condiviso dal Tribunale, che, per le gare non incise dalla disciplina posta dal d.l. 2011 n. 70, spetta alla stazione appaltante valutare se la violazione contributiva commessa da un partecipante ed attestata dal DURC sia grave alla luce di tutti gli elementi di giudizio sussistenti in concreto (cfr. per tale impostazione si vedano, tra le altre, Consiglio di Stato, sez. V, 16 settembre 2011, n. 5186; Consiglio di Stato, sez. V, 7 luglio 2011, n. 4053; Consiglio di Stato, sez. IV, 24 febbraio 2011, n. 1228; Consiglio di Stato, sez. VI, 04 agosto 2009, n. 4907; Consiglio di Stato, sez. V, 30 settembre 2009, n. 5896).

2.4) Nel caso di specie, l'amministrazione ha posto a fondamento dell'esclusione le seguenti argomentazioni: a) l'inadempimento riguarda il rapporto contributivo dell'impresa con la Cassa edile della Provincia Jonica di Taranto e consiste nel ritardato pagamento di tutti i versamenti mensili relativi al periodo settembre 2010 – aprile 2011 per un importo totale di Euro 2.683,00 che risultano tutti pagati il 14.07.2011, anziché alle rispettive scadenze; b) la violazione emerge dal DURC emesso il 18.07.2011 a carico della ricorrente ai fini della verifica della veridicità dell'autocertificazione presentata in sede di gara il 16.05.2011 e l'irregolarità è stata confermata dalla Cassa edile della Provincia Jonica in data 28.07.2011; c) l'entità dei mancati versamenti, alla luce dei criteri dettati dall'art. 8, comma 3, del D.M.

24.10.2007, integra il 100% degli importi relativi ai mesi considerati e supera il valore di 100,00 Euro, posto dal D.M. citato come parametro di gravità dell'inadempimento; d) che la gravità vada apprezzata secondo il parametro ora indicato sarebbe confermato dal secondo comma dell'art. 38 del codice degli appalti, come modificato dal d.l. 2011 n. 70, ove si qualificano come gravi proprio le violazioni ostative al rilascio del DURC; e) le violazioni commesse sono definitivamente accertate, in quanto l'impresa non ha neppure contestato l'insussistenza delle violazioni, provvedendo alla tardiva effettuazione dei pagamenti omessi; f) l'impresa interessata aveva dichiarato in sede di presentazione della domanda di partecipazione di essere in regola con gli obblighi relativi al pagamento dei contributi previdenziali ed assistenziali a favore dei lavoratori, ma le imprese partecipanti alla gara devono conservare tale regolarità durante l'intero svolgimento della procedura di appalto; e) le valutazioni sulla regolarità contributiva competono esclusivamente ad altre amministrazioni, senza alcun margine di apprezzamento da parte di quella appaltante, la quale "non ha alcun autonomo potere di accertamento o di valutazione e apprezzamento" del contenuto delle c.d. certificazioni di regolarità contributiva; g) è irrilevante l'accordo che l'impresa ha sottoscritto con il sindacato FENEAL-UIL di Taranto in data 10.12.2010, in quanto pur essendo stato comunicato alla Cassa edile di riferimento non è stato seguito dall'autorizzazione esplicita alla dilazione dei termini di pagamento.

Tanto premesso va ribadita la fondatezza della censura in esame.

In primo luogo, vale osservare che l'intera impostazione seguita dall'amministrazione muove dalla tesi dell'inesistenza di un autonomo potere valutativo da parte della stazione appaltante, tesi che non riflette i contenuti dell'art. 38 lett. i) del codice degli appalti nel testo vigente al tempo della gara, secondo il criterio ermeneutico già illustrato.

Ne deriva che il giudizio di gravità è viziato nella sua impostazione di base, perché si limita alla presa d'atto della violazione contributiva e del superamento del parametro quantitativo di 100,00 Euro di cui al D.M. 2007, ma tali richiami, proprio perché fondati su dati di natura puramente formale, non sono espressivi del giudizio di gravità richiesto dal citato art. 38.

Del resto, si è già evidenziato che il d.l. 2011 n. 70 non è riferibile *ratione temporis* alla gara di cui si tratta, sicché è priva di fondamento la tesi espressa nel provvedimento, secondo la quale proprio la norma ora citata consentirebbe di escludere la presenza di poteri valutativi in capo alla stazione appaltante.

In ogni caso, vale precisare che pacificamente la regolarità contributiva costituisce un requisito sostanziale di partecipazione alla gara, avendo il legislatore ritenuto tale regolarità indice dell'affidabilità, della diligenza e della serietà dell'impresa e della sua correttezza nei rapporti con le maestranze (cfr. in argomento già Consiglio di Stato, sez. V, 18 ottobre 2001, n. 5517).

Ne deriva che l'amministrazione in sede di apprezzamento della gravità della violazione emergente dal DURC, secondo il criterio interpretativo già esplicitato, non deve limitarsi a prendere atto del dato formale della violazione, ma deve stabilire, alla luce di tutti gli elementi rilevanti ed emersi nel corso della gara, se la violazione sia grave, nel senso di porsi come ragionevole espressione dell'inaffidabilità, della negligenza e della scarsa serietà dell'impresa.

Nel caso in esame, la ricorrente ha documentato che il comportamento sfociato nella violazione contestata si colloca nel quadro di una più ampia vicenda, connotata dall'intervento di un accordo sindacale.

La cooperativa ricorrente ha stipulato un accordo sindacale in data 10.12.2010, quindi prima della presentazione della domanda di partecipazione alla gara risalente al 16.05.2011, in forza del quale ha convenuto, con i propri soci lavoratori, di differire al mese di luglio 2011 il termine per il versamento dei ratei contributivi relativi al periodo compreso tra settembre 2010 e aprile 2011 (cfr. documentazione in atti).

Tale accordo è stato comunicato alla Cassa Edile della Provincia Jonica, che, in data 13.12.2010, ha rilasciato un DURC positivo alla data del 30.10.2010; solo in data 23.06.2011 la Cassa ha diffidato l'impresa ad effettuare i versamenti mancanti entro luglio 2011 e la cooperativa li ha eseguiti entro il termine così individuato, termine peraltro coincidente con quello emergente dall'indicato accordo

sindacale.

Sicuramente il contenuto in sé dell'accordo sindacale non vale a rendere lecito il ritardato versamento degli importi dovuti, atteso che esso non è stato seguito da una specifica autorizzazione della Cassa a differire i versamenti.

Nondimeno, la circostanza che l'accordo sia stato stipulato, che la società ricorrente abbia uniformato la propria condotta all'accordo medesimo in relazione alle scadenze prefissate per l'effettuazione dei pagamenti, rispettando immediatamente la diffida di pagamento adottata dalla Cassa edile, assume rilevanza ai fini dell'apprezzamento sul piano sostanziale della gravità della violazione commessa.

Invero, la violazione perpetrata sfuma sul piano della gravità, proprio perché è dipesa dall'esecuzione di un accordo tempestivamente comunicato alla Cassa di riferimento, senza che quest'ultima abbia sollevato obiezioni di sorta o abbia immediatamente diffidato la società ad adempiere entro i termini previsti.

Insomma, il contesto complessivo in cui si è verificato l'inadempimento non consente di ritenere, secondo un criterio di ragionevolezza, che esso integri un indice dell'inaffidabilità, della negligenza e della scarsa serietà dell'impresa, perché la violazione è la conseguenza di uno specifico accordo sindacale e non l'effetto di approssimazione e negligenza nella gestione dei rapporti con le maestranze.

Nondimeno, l'amministrazione non ha adeguatamente ponderato tali

risultanze istruttorie, fermandosi al dato formale del superamento del parametro posto dal DM del 2007 e al dato, altrettanto formale, della mancanza di un'autorizzazione al differimento dei pagamenti.

Le determinazioni assunte dalla stazione appaltante, da un lato, sono viziate dalla non corretta interpretazione dell'art. 38, perché si muovono nell'ottica dell'esclusione di poteri di apprezzamento da parte dell'amministrazione, dall'altro, sono viziate sul piano istruttorio e motivazionale, perché non hanno apprezzato, ai fini del giudizio di gravità, la rilevanza del quadro complessivo in cui si è collocata la violazione, limitandosi a prendere atto della mancanza di un'autorizzazione al differimento del pagamento.

Va, pertanto, ribadita la fondatezza della censura in esame, il cui carattere sostanziale consente di ritenere assorbite le ulteriori doglianze articolate nel ricorso.

3) In definitiva il ricorso è fondato e deve essere accolto.

La complessità delle questioni giuridiche sottese alle impugnazioni proposte conduce a ravvisare giusti motivi per compensare tra le parti le spese della lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Terza)

definitivamente pronunciando, accoglie il ricorso e per l'effetto annulla gli atti impugnati indicati in epigrafe.

Compensa tra le parti le spese della lite.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 29 marzo 2012 con l'intervento dei magistrati:

Domenico Giordano, Presidente

Silvana Bini, Primo Referendario

Fabrizio Fornataro, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 11/05/2012

IL SEGRETARIO

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