

N. 00008/2010 REG.SEN.

N. 00065/2009 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 della Valle D'Aosta

(Sezione Unica)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

Sul ricorso numero di registro generale 65 del 2009, proposto da:
Ice Gestioni S.r.l. in proprio e in qualita' di mandataria della A.T.I. Ice
S.r.l./Tour Ronde S.r.l./Alpi Scavi S.r.l., rappresentata e difesa dagli avv.
Maria Paola Roulet e Rosario Scalise, con domicilio eletto presso
Segreteria T.A.R. Valle D'Aosta in Aosta, piazza Accademia S. Anselmo,
2;

contro

Regione Valle D'Aosta, rappresentata e difesa dall'avv. Gianni Maria
Saracco, con domicilio eletto presso Dipartimento Legislativo e Legale
R.A.V.A in Aosta, piazza Deffeyes, 1;

nei confronti di

Sapia Benedetto Costruzioni S.r.l.;

per l'annullamento

- del provvedimento dirigenziale n. 2877 del 7 luglio 2009 della Regione Valle d'Aosta con il quale è stata disposta l'esclusione del raggruppamento temporaneo di imprese Tour Ronde s.r.l./Alpi Scavi s.r.l./Ice Gestioni s.r.l. dalla procedura per l'affidamento dei lavori di sistemazione del torrente Savara in loc. Creton nel tratto Levionaz-Ponte Tihe, in comune di Valsavarenche e, comunque ed in ogni caso, con il quale è stata disposta l'escussione della polizza fideiussoria assicurativa n. 808187413 – appendice 98917615 e la segnalazione all'Osservatorio dell'Autorità di Vigilanza per i lavori pubblici;
- dei verbali di gara relativi ai lavori di sistemazione del torrente Savara in loc. Creton nel tratto Levionaz-Ponte Tihe, in comune di Valsavarenche;
- delle comunicazioni, ove rivestenti natura provvedimento, del 30 luglio 2009 del 15 luglio 2009;
- per quanto ritenuto, del bando di gara e del disciplinare di gara relativi ai lavori di sistemazione del torrente Savara in loc. Creton nel tratto Levionaz-Ponte Tihe, in comune di Valsavarenche e del provvedimento dirigenziale con il quale sono stati approvati;
- per quanto ritenuto, dell'aggiudicazione definitiva dei lavori di sistemazione del torrente Savara in loc. Creton nel tratto Levionaz-Ponte Tihe, in comune di Valsavarenche, se intervenuta;
- di ogni altro atto agli stessi preordinato, preparatorio, propedeutico, consequenziale o comunque connesso nonche' per la condanna della Regione Autonoma della Valle d'Aosta al risarcimento dei danni

conseguenti, da effettuarsi anche per equivalente pecuniario che risulterà di giustizia, se impossibile in forma specifica.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Regione Valle D'Aosta;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 gennaio 2010 il cons. Silvio Ignazio Silvestri e uditi per le parti gli avvocati: Paola Rouillet per la società ricorrente e Gianni Maria Saracco per la Regione resistente;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La Ice Gestioni S.r.l., in qualità di mandante della costituenda Associazione temporanea di imprese con Tour Ronde S.r.l. e Alpi Scavi S.r.l., ha partecipato ad una gara bandita dalla Regione autonoma Valle d'Aosta per l'affidamento dei lavori di sistemazione del torrente Savara in località Creton; al termine della procedura è risultato aggiudicatario il raggruppamento temporaneo costituito da Cave de Senagy, Droz S.r.l. e I.VIES spa mentre l'associazione della ricorrente è risultata seconda graduata.

La stazione appaltante procedeva dunque alla verifica del possesso dei requisiti in capo al primo e secondo graduato, ai sensi dell'articolo 48 del DLgs 163/2006; dal DURC trasmesso dalla ricorrente risultava che era stato omesso il versamento all'Inail di Aosta; tale ente, interpellato in

proposito, ha precisato che si trattava di un importo pari a € 299,97, somma che avrebbe dovuto essere versata in data 17 marzo 2008 e che invece veniva versata il successivo 5 maggio.

In data 23 ottobre, a seguito di richiesta di chiarimenti da parte della Regione, la ricorrente comunicava che il mancato versamento era dovuto ad un errato inserimento dei dati da parte degli addetti allo studio professionale del commercialista.

Successivamente veniva proposto da un altro degli operatori economici concorrenti un ricorso al Tar Valle d'Aosta che si concludeva con la sentenza n. 7 del 17 febbraio 2009 che annullava gli atti di gara.

Ciononostante, in data 7 luglio 2009 la Regione escludeva dalla procedura di gara il raggruppamento cui fa capo la ricorrente e provvedeva ad incamerare la garanzia provvisoria e segnalare l'accaduto all'osservatorio della Autorità di vigilanza.

Avverso tali atti la Ice Gestioni S.r.l. propone ricorso, precisando che il suo interesse non è finalizzato ad ottenere l'aggiudicazione dei lavori ma ad evitare le conseguenze di cui all'articolo 48 del DLgs 163/2006; deduce le seguenti censure.

1) violazione dell'articolo 48 del DLgs 163/2006 e dell'articolo 25, comma 10, della legge regionale 12/1996; eccesso di potere per travisamento dei fatti e illogicità.

La ricorrente sostiene che, avendo il Tar Valle d'Aosta annullato la graduatoria e gli altri atti di gara, ogni procedimento ed attività istruttoria

ad essa connessa sarebbe privo di effetti, pertanto gli atti impugnati sarebbero del tutto illegittimi perché carenti del presupposto.

2) ulteriore violazione dell'articolo 48 del DLgs 163/2006 nonché dell'articolo 25 della legge regionale 12/1996; violazione dell'articolo 38, comma 1, lettera i), del DLgs 163/2006; eccesso di potere per difetto assoluto dei presupposti, erroneità, contraddittorietà, illogicità; carenza di motivazione e violazione dei canoni di ragionevolezza e buon andamento.

Secondo la ricorrente la violazione commessa sarebbe stata determinata dall'errore altrui, inoltre non potrebbe definirsi accertata in modo definitivo e comunque non sarebbe grave; conseguentemente l'amministrazione non avrebbe potuto procedere all'incameramento della cauzione ed alla segnalazione alla Autorità di vigilanza.

3) violazione dell'articolo 5.3 del disciplinare di gara e dell'articolo 75 del DLgs 163/2006; eccesso di potere con riferimento alla durata e validità della garanzia provvisoria.

La garanzia provvisoria prodotta dal Raggruppamento della ricorrente scadeva il 15 dicembre 2008 pertanto la decisione della Regione di incamerarla, adottata il 7 luglio 2009, sarebbe giunta fuori termine.

4) ulteriore violazione dell'articolo 48 del DLgs 163/2006, dell'articolo 25, comma 10, della legge regionale 12/1996 e dell'articolo 4.2 del disciplinare di gara.

In applicazione delle norme in rubrica, e in particolare dell'articolo 48, le sanzioni in esso previste sarebbero riferibili unicamente alla mancata

dimostrazione dei requisiti di ordine speciale e non, come avvenuto, per quelli di ordine generale.

5) eccesso di potere per travisamento dei fatti, con riferimento al principio di proporzionalità di cui all'articolo 2 del DLgs 163/2006.

Le gravi sanzioni adottate in danno della ricorrente violerebbero il principio di proporzionalità di cui all'articolo in rubrica.

La Regione Valle d'Aosta si è costituita in giudizio controdeducendo puntualmente e chiedendo una pronuncia di rigetto.

Con propria ordinanza dell'11 novembre 2009, il Tar ha accolto l'istanza di sospensione del provvedimento dirigenziale per le parti in cui escute la polizza assicurativa e segnala l'esclusione all'Osservatorio della Autorità di vigilanza per i lavori pubblici.

All'udienza pubblica del 13 gennaio 2010 le parti hanno insistito nelle rispettive richieste; in considerazione della intervenuta aggiudicazione definitiva e del connesso problema della sua specifica impugnazione, il legale della ricorrente ha dichiarato di rinunciare all'impugnativa della aggiudicazione ed il ricorso è stato spedito in decisione.

DIRITTO

L'odierno ricorso è volto all'annullamento dell'atto con cui la Regione Valle d'Aosta, dopo aver escluso dalla gara il raggruppamento temporaneo di imprese di cui fa parte la ricorrente Ice Gestioni S.r.l., ha conseguentemente disposto l'escussione della polizza fideiussoria assicurativa e la segnalazione all'Osservatorio della Autorità di vigilanza per i lavori pubblici.

Preliminarmente il Collegio deve dare atto della rinuncia della ricorrente all'impugnazione della aggiudicazione; permane l'interesse al gravame avverso l'escussione della polizza e la segnalazione all'Osservatorio.

La Regione ha eccepito, in relazione alla escussione della polizza, la carenza di interesse in capo alla ricorrente in quanto l'impresa capogruppo Tour Ronde S.r.l. ha provveduto direttamente al pagamento della somma corrispondente all'importo della garanzia provvisoria; pertanto anche l'eventuale accoglimento delle censure avverso tale atto non comporterebbe alcun vantaggio concreto per la ricorrente, posto che l'azione di regresso nei suoi confronti non sarebbe possibile nel caso di specie, ove l'importo garantito è stato corrisposto da una delle imprese del raggruppamento e non dal garante.

L'eccezione non convince in quanto Ice Gestioni è un soggetto coobbligato in solido con tutti gli altri componenti del raggruppamento in relazione alla polizza fideiussoria e l'adempimento spontaneo da parte di uno dei obbligati non comporta di per sé il venir meno del vincolo di solidarietà fra i soggetti che hanno stipulato e sottoscritto la polizza; in ogni caso, a fronte di una escussione causata da una irregolarità riconducibile alla ricorrente, questa ha interesse a contestare la legittimità del provvedimento al fine di evitare anche un ulteriore contenzioso con gli altri soggetti che lo hanno subito e che possono decidere di rivalersi nei suoi confronti.

Il collegio ritiene di esaminare per prima la censura con la quale si deduce la violazione degli articoli 48 e 38, comma 1, lettera i) del DLgs 163/2006,

nonché dell'articolo 25 della legge regionale della Valle d'Aosta n. 12/1996: la ricorrente sostiene che la stazione appaltante non avrebbe dovuto escluderla perché la violazione commessa e risultante dal DURC non sarebbe grave, inoltre sarebbe stata determinata dall'errore altrui e comunque non sarebbe stata accertata in modo definitivo.

La violazione contestata alla Ice Gestioni in occasione della verifica dei presupposti effettuata in sensi dell'articolo 48 del DLgs 163/1996 e dell'articolo 25, comma 10, della legge regionale 12/1996, consiste nella presentazione di un DURC irregolare, dovuto al mancato versamento della somma di € 299,27 all'Inail, somma che doveva essere versata in data 17 marzo 2008 e che invece veniva versata solo il 5 maggio, mentre la data di riferimento (ultimo giorno utile per la presentazione delle domande di partecipazione alla gara) era il 3 aprile.

La Regione afferma nel provvedimento impugnato che, a fronte di un DURC negativo rilasciato dagli enti previdenziali, non spetta all'amministrazione precedente valutare, ai fini dell'esclusione dalla gara, la gravità delle violazioni certificate; perciò l'accertamento in capo all'impresa di una dichiarazione mendace in relazione alla propria posizione di correttezza contributiva comporterebbe la sua esclusione, essendo comunque irrilevante la regolarizzazione successiva.

Tali argomentazioni vengono confermate nelle memorie difensive, anche con il richiamo a diverse pronunce giurisdizionali. In particolare, la Regione sostiene che la possibilità per la stazione appaltante di valutare la gravità e definitività delle violazioni contributive, ammessa dalla pronunce

invocate dalla ricorrente, sarebbe relativa ad una cornice istituzionale e normativa diversa da quella applicabile alla fattispecie considerata, a seguito dell'entrata in vigore della Decreto del ministero del lavoro ed della previdenza sociale in data 24 ottobre 2007, che è pure richiamato dal provvedimento impugnato.

Infatti, ai sensi del nuovo D.M., ai fini della partecipazione a gare di appalto viene fissata una soglia di gravità di violazioni al di sotto delle quali può essere rilasciato il DURC; inoltre, la presenza di un contenzioso amministrativo impedisce comunque di ritenere il soggetto in posizione irregolare.

Pertanto, secondo la Regione, nel vigore di tali disposizioni, il DURC attesta solo le irregolarità contributive definitivamente accertate e che superino una soglia di gravità già indicata nello stesso decreto; conseguentemente, in presenza di un DURC negativo, non residuerebbe alcun onere di valutazione o verifica in capo alla stazione appaltante.

L'articolo 38, comma 1, prevede tutti i casi nei quali si debba procedere alla esclusione dalle procedure di gara; in particolare, alla lettera i), sono indicati coloro che *"hanno commesso violazioni gravi, definitivamente accertate, alle norme in materia di contributi previdenziali e assistenziali"*.

Pertanto, l'esclusione dei soggetti partecipanti ad una gara, con le relative conseguenze indicate all'articolo 48, richiede espressamente l'accertamento di una violazione considerata grave (una disciplina in parte diversa è prevista nei confronti dell'aggiudicatario dall'articolo 38, comma 3); ciò evidentemente conduce alla necessità che la circostanza venga accertata e

valutata da parte della stazione appaltante prima di procedere all'esclusione. Perciò, quando la irregolarità contributiva o previdenziale sia riconducibile alla presentazione di un DURC negativo, l'amministrazione dovrà verificare in concreto le ragioni che lo hanno causato e non limitarsi a prenderne atto.

D'altronde, anche la pronuncia da ultimo invocata in una memoria della Regione (Consiglio di Stato, sezione VI, 4 agosto 2009, n. 4906), ben lungi dal affermare la carenza di un onere di valutazione e verifica in capo alla stazione appaltante, afferma espressamente che, anche dopo il D.M. del 2007 è *"escluso, comunque, ogni automatismo, segnatamente quanto alla valutazione di gravità, che il codice appalti riserva alla stazione appaltante, non essendo l'amministrazione vincolata a valutare la gravità con gli stessi parametri utilizzati dal citato D.M. de 2007, che non costituisce atto attuativo del codice appalti"*.

Oltretutto, nel Durc relativo alla ricorrente con riferimento all'Inail si afferma che l'impresa non risulta regolare con il versamento dei premi e accessori all'11 aprile 2008 in quanto *"non ha versato i premi assicurativi per gli anni 2008 per un importo di euro 0.0"*; nessuna parte di tale documento dimostra che sia stata svolta una qualsiasi attività di valutazione della gravità dell'inadempimento, eventualmente anche in relazione al D.M. del 2007, perciò anche questa circostanza avrebbe dovuto indurre la stazione appaltante a ritenere la necessità di svolgere autonomamente le proprie verifiche.

D'altronde, la Regione ha iniziato una attività istruttoria, chiedendo in proposito chiarimenti all'Inail, con nota 18 giugno 2008, protocollo 14935

ed ha ricevuto, il giorno successivo, la risposta di tale ente il quale precisava che la ditta avrebbe dovuto pagare, in data 17 marzo 2008, l'integrazione premio di € 299,97, che invece ha provveduto a pagare in data 5 maggio 2008; nonostante tali precisazioni la Regione non ha preso in considerazione la possibilità di valutare non grave l'inadempimento perché, secondo quanto risulta nel provvedimento impugnato, ha ritenuto di non essere abilitata a tale verifica.

Ma tale convincimento, come si è visto, è del tutto errato perché, nel caso di specie, sussistevano le ragioni per considerare non grave l'inadempimento.

Infatti si tratta di una somma relativamente bassa e riferita ad una integrazione che, perciò, presuppone l'avvenuto pagamento di ulteriori somme dovute; inoltre, risulta documentato in atti (si veda la nota della ricorrente in data 26 febbraio 2008), e comunque non contestato direttamente dalla Regione, che Ice Gestioni ha tempestivamente trasmesso allo studio del proprio commercialista la comunicazione di variazione Inail con contestuale richiesta di provvedere all'inserimento del debito nel modulo di pagamento F24 con scadenza 17 marzo 2008. Anche tale ultima circostanza (indipendentemente dai suoi effetti in relazione agli obblighi previdenziali) può considerarsi utile al fine di escludere la gravità del (temporaneo) inadempimento.

In definitiva, il Collegio ritiene che il provvedimento impugnato sia illegittimo perché avrebbe dovuto considerare non grave l'inadempimento

agli obblighi previdenziali risultante a carico della ricorrente, anziché limitarsi a prendere atto del DURC negativo.

In proposito, non appare condivisibile nel caso in esame l'affermazione contenuta nel richiamato precedente giurisprudenziale (n. 4906/2009) secondo cui non sarebbe consentito al giudice valutare la gravità dell'inadempimento nelle ipotesi in cui l'amministrazione si sia limitata a prendere atto del DURC, senza esprimere un proprio giudizio.

Infatti la ricorrente non si è limitata a contestare in astratto il diniego di valutazione da parte della Regione ma ha dedotto argomenti che potevano consentire (ed hanno in fatto consentito) di ritenere non grave l'inadempimento che ha condotto al DURC negativo; in tale situazione la omissione da parte della stazione appaltante non può comportare la conseguenza, negativa per la ricorrente, di impedire una cognizione completa di tutte le censure dedotte per contestare la legittimità dell'atto, ma si deve ammettere una pronuncia che sia in grado di soddisfare completamente il suo interesse attraverso l'accertamento giudiziale della mancanza, in concreto, dei presupposti per considerare grave l'inadempimento accertato.

In definitiva, la fondatezza della censura esaminata conduce all'annullamento del provvedimento impugnato nella parte in cui è stata disposta l'escussione della polizza fideiussoria e la segnalazione all'Osservatorio della Autorità di vigilanza per i lavori pubblici.

Tenendo conto della rinuncia parziale, la ricorrente ottiene completa soddisfazione in relazione a quanto richiesto, risulta perciò superfluo

esaminare le ulteriori censure che possono rimanere assorbite; per le stesse ragioni non occorre pronunciarsi sulla richiesta di risarcimento del danno per equivalente pecuniario dedotta in via subordinata, avendo la ricorrente ottenuto diretta e piena soddisfazione del suo interesse, anche in forza della pronuncia cautelare favorevole.

Per quanto riguarda le spese di giudizio, considerato che, rispetto al ricorso originario, si è comunque verificata una parziale rinuncia, queste possono essere integralmente compensate tra le parti.

P.Q.M.

dà atto della rinuncia alla impugnazione avverso la aggiudicazione.

Accoglie il ricorso per il resto e, per l'effetto, annulla l'escussione della polizza fideiussoria e la segnalazione all'Osservatorio della Autorità di Vigilanza per i Lavori Pubblici.

Compensa integralmente tra le parti le spese di giudizio.

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

Così deciso in Aosta nella camera di consiglio del giorno 13 gennaio 2010 con l'intervento dei Signori:

Paolo Turco, Presidente

Maddalena Filippi, Consigliere

Silvio Ignazio Silvestri, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 11/02/2010

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

IL SEGRETARIO