



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 71 del 2009, proposto da:
Italscavi S.r.l., rappresentato e difeso dagli avv. Maria Paola Rouillet e
Rosario Scalise, con domicilio presso Segreteria T.A.R. Valle D'Aosta
in Aosta, piazza Accademia S. Anselmo, 2;

contro

Comune di Donnas, rappresentato e difeso dagli avv. Hebert
D'Herin, Fabio Fantini e Alessandra Favre, con domicilio presso
Segreteria T.A.R. Valle D'Aosta in Aosta, piazza Accademia S.
Anselmo, 2;

nei confronti di

A.F.I.B. S.r.l.;

per l'annullamento

- della Determinazione del segretario comunale di Donnas n. 112 del
7 luglio 2009 con la quale il comune ha revocato la “aggiudicazione

provvisoria” a favore della Italscavi S.r.l. dei lavori di “ampliamento cimitero EF1 (capoluogo)” e, comunque, nella parte in cui il comune ha ritenuto di segnalare l’esclusione all’Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici e all’Autorità Giudiziaria “al fine delle proprie valutazioni in merito alle false dichiarazioni della Ditta Itascalvi s.r.l.” e di escutere la garanzia provvisoria, nonché della determinazione del segretario comunale n. 166 del 15 ottobre 2009 con la quale il comune ha confermato l’esclusione della ricorrente;

- per quanto ritenuto della lettera di invito ai lavori di ampliamento cimitero EF1 (capoluogo);

- del provvedimento di aggiudicazione definitiva a favore della società A.F.I.B. s.r.l., se intervenuta, dei lavori di ampliamento del cimitero EF1 (capoluogo);

- di ogni altro atto agli stessi preordinato, preparatorio, propedeutico, consequenziale o comunque connesso.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del comune di Donnas;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 10 febbraio 2010 il cons. Silvio Ignazio Silvestri e uditi per le parti gli avvocati: Maria Paola Roulet per la società ricorrente e Hebert d'Herin per il comune resistente;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

In data 20 febbraio 2009, il comune di Donnas diramava una lettera di invito finalizzata all'affidamento in economia dei lavori di ampliamento del cimitero EFI Capoluogo comune di Donnas; il termine di presentazione delle offerte era fissato per il giorno 17 marzo 2009, ore 13.00.

La Italscavi S.r.l. presentava la propria offerta e, a seguito dell'esperimento della procedura, risultava aggiudicataria.

In data 24 aprile 2009 il comune segnalava alla società ricorrente di aver riscontrato la non regolarità contributiva alla data del 16 marzo, come risultante da DURC del 17 aprile 2009, per un importo pari a € 3791,00.

Nonostante i chiarimenti e le controdeduzioni tempestivamente inviati da parte della Italscavi, la stazione appaltante, con determinazione n. 112 del 7 luglio 2009, revocava l'aggiudicazione provvisoria e procedeva alla escussione della cauzione ed alla segnalazione del fatto alla Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici, oltre che alla Autorità giudiziaria.

In data 11 settembre 2009 il giudice per le indagini preliminari archiviava il relativo procedimento penale e, in data 16 settembre, la società chiedeva al comune di annullare, in via di autotutela, il proprio precedente provvedimento ma, con determinazione del segretario comunale n. 166 del 15 ottobre 2009, veniva confermata l'esclusione.

Avverso tali atti, come meglio descritti in epigrafe, la Italscavi S.r.l. propone ricorso deducendo le seguenti censure.

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

Innanzitutto avrebbe errato il comune nel ritenere che la gravità della violazione non potesse essere oggetto di valutazione da parte della stazione appaltante; in realtà occorrerebbe che la regolarità contributiva venga debitamente accertata e sia considerata grave.

Nel caso di specie la violazione contestata non sarebbe grave tenuto conto che la somma dovuta è stata pagata il 6 marzo 2009 e, quindi, prima della scadenza del bando e cioè il 17 marzo 2009.

Inoltre la stazione appaltante avrebbe avuto l'onere di apprezzare la reale situazione di fatto anche tenendo conto che la procedura di gara in esame è un affidamento in economia mediante cottimo fiduciario.

2) ulteriore eccesso di potere per travisamento ed erronea valutazione dei fatti; violazione e falsa applicazione dell'articolo 48 del DLgs 163/2006 e dell'articolo 25, comma 10, della legge regionale 12/1996. In relazione alla escussione della cauzione e alla segnalazione alla autorità di vigilanza.

L'impresa avrebbe sempre agito in buona fede, pertanto l'errore commesso sarebbe comunque avvenuto a cagione di un errore scusabile, come emergerebbe anche dalla decisione del pubblico

ministero che ha archiviato il procedimento penale; di ciò l'amministrazione avrebbe dovuto tener conto quando ha deciso di escutere la cauzione e segnalare il fatto alla autorità di vigilanza.

In ogni caso, l'escussione e la segnalazione sarebbero illegittime perché, ai sensi delle disposizioni in rubrica, tale sanzione sarebbe riferibile unicamente alla mancata dimostrazione dei requisiti di ordine speciale e non, come nel caso di specie, quelli di ordine generale.

3) ancora eccesso di potere e travisamento di fatti con riferimento al principio di proporzionalità di cui all'articolo 2 del DLgs 163/2006.

Esisterebbe una evidente sproporzionalità tra la sanzione comminata il comportamento tenuto dalla società Italscavi.

Il comune si è costituito in giudizio controdeducendo puntualmente e chiedendo una pronuncia di rigetto.

Le parti hanno prodotto ulteriori memorie e documenti e, all'udienza pubblica del 10 febbraio 2010, il ricorso è stato spedito in decisione.

DIRITTO

La società Italscavi S.r.l. impugna la determinazione con la quale il comune di Donnas ha revocato l'aggiudicazione provvisoria a suo favore dei lavori di ampliamento del cimitero comunale ed ha inoltre escusso la cauzione provvisoria e fatto la segnalazione alla Autorità di vigilanza sui contratti pubblici; impugna altresì la successiva conferma dell'esclusione e gli atti conseguenti.

La ricorrente è stata esclusa perché l'amministrazione ne ha riscontrato la non regolarità contributiva al 16 marzo 2009 (data in cui

è stata fatta la relativa dichiarazione annessa alla domanda di partecipazione alla gara) alla luce del DURC del 17 aprile 2009 per un importo pari a € 3791,00 dovuti alla Cassa edile.

Rileva preliminarmente la ricorrente che il mancato pagamento attiene a quanto dovuto alla data del 28 febbraio 2009; tuttavia essa avrebbe pagato alla Cassa edile mediante bonifico bancario del 6 marzo 2009, benché la data contabile bancaria dell'effettivo pagamento risulti il 17 marzo, con valuta a favore del beneficiario al 28 febbraio del 2009.

Alla luce di tali circostanze, la società Italscavi, con il primo articolato motivo, sostiene innanzitutto l'illegittimità della sua esclusione in quanto l'amministrazione avrebbe erroneamente ritenuto di non poter valutare la gravità della irregolarità contributiva riscontrata.

Sostiene la ricorrente che la non gravità della violazione emergerebbe, non solo dall'importo dovuto ma soprattutto dall'analisi del suo comportamento, che evidenzerebbe la sua buona fede.

Infatti Italscavi avrebbe ordinato il pagamento, mediante il bonifico, il 6 marzo e dunque con un solo giorno di ritardo rispetto ai cinque giorni consentiti rispetto alla scadenza del 28 febbraio 2009; inoltre, se avesse compilato l'istanza di partecipazione e la relativa autodichiarazione il 17 marzo 2009 (data di scadenza del bando), anziché il giorno precedente, la sua dichiarazione sarebbe risultata veritiera posto che in quella data il pagamento sarebbe ormai pervenuto alla Cassa edile. Ciò confermerebbe la correttezza e buona fede del suo comportamento.

Ritiene infine la ricorrente che la valutazione della gravità debba anche tener conto del fatto che la procedura di gara in esame era un affido in economia mediante cottimo fiduciario, per il quale sarebbero richieste minori formalità.

Il collegio condivide l'argomentazione della ricorrente riguardo alla possibilità per la stazione appaltante di valutare ed accertare la gravità della irregolarità contributiva commessa (Tar Valle D'Aosta 11 febbraio 2010, n. 8; Consiglio di Stato, sezione VI, 4 agosto 2009, n. 4906); tuttavia, nel caso di specie, il comune ha svolto tale valutazione in quanto ha preso in considerazione tutte le circostanze, ivi comprese le argomentazioni presentate sul punto dalla ricorrente con le osservazioni alla richiesta di chiarimenti e con la successiva richiesta di annullamento, in autotutela, della revoca dell'aggiudicazione.

Infatti, sia la determinazione del segretario comunale 112/2009 che la successiva conferma adottata con atto n. 116 del 15 ottobre contengono una articolata esposizione dei fatti e delle ragioni che hanno convinto la stazione appaltante a considerare grave la violazione accertata in capo alla ricorrente.

Occorre dunque esaminare tali ragioni al fine di verificare se, in concreto, il comune ha correttamente svolto le proprie valutazioni che hanno condotto al giudizio di gravità della irregolarità commessa e all'accertamento della non veridicità del contenuto della dichiarazione circa il possesso dei requisiti di regolarità contributiva.

Secondo quanto risulta dall'atto impugnato, il comune ha innanzitutto rilevato che la ditta Italscavi ha sottoscritto in data 16 marzo 2009, al

momento della presentazione dell'offerta, il modulo attestante che l'impresa mantiene regolari posizioni previdenziali e assicurative, anche dal punto di vista del pagamento dei relativi contributi; ciò nonostante dal DURC, rilasciato in data 17 aprile 2009, risultava che alla data del 16 marzo la ditta non era regolare.

Tale ultima circostanza dipendeva dal fatto che la ditta avrebbe dovuto effettuare il pagamento di € 3791,00 entro il 28 febbraio 2009 perciò, anche tenendo conto della possibilità di pagare entro il quinto giorno successivo a quello di scadenza, e quindi il 5 marzo, il versamento sarebbe tardivo.

Infatti, come emergeva dal bonifico bancario di Italscavi, il pagamento era stato ordinato in data 6 marzo 2009, sia pure con valuta 28 febbraio; inoltre, secondo quanto confermato dalla Cassa edile, cui erano stati richiesti chiarimenti, la documentazione esibita dalla ricorrente non era una ricevuta di effettuato pagamento ma un ordinativo telematico di bonifico, mentre l'effettivo accredito era avvenuto solo in data 17 marzo 2009.

In relazione a tali circostanze, confermate dalla copia del bonifico depositata agli atti del ricorso, la società ricorrente invoca il decreto con cui il GIP ha disposto l'archiviazione del procedimento a suo carico per falsa dichiarazione, ritenendo insussistente il dolo nella dichiarazione presentata.

La ricorrente ha successivamente depositato, in data 29 gennaio 2010, una ulteriore copia di bonifico bancario, da cui risulta il pagamento avvenuto in data 17 marzo con valuta per il beneficiario al 2 marzo

2009 e, perciò entro il termine concesso per la regolarizzazione del debito, che scadeva, come si è visto, il 5 marzo.

Il Collegio non può non rilevare la discrepanza tra i dati contenuti nella copia del bonifico allegata all'atto introduttivo del ricorso rispetto a quella depositata il 29 gennaio: infatti, la prima (che si presenta come una fotocopia priva di qualsiasi intestazione) indica come data di ordinativo il 6 marzo 2009, con valuta per il beneficiario al 28 febbraio, mentre la seconda, intestata alla Biverbanca, Cassa di Risparmio di Biella e Vercelli, indica come data dell'ordinativo il 17 marzo, con valuta per il beneficiario al 2 marzo.

D'altronde tale contraddittorietà non è stata giustificata durante la discussione tenuta in udienza pubblica e il legale della ricorrente non ha neppure chiesto ulteriori termini per produrre documentazione, eventualmente proveniente dalla banca, per fornire ulteriori chiarimenti. Comunque, anche volendo ritenere provato che l'ordinativo di pagamento mediante bonifico è stato effettuato in data 6 marzo 2009, e non il successivo 17 marzo, resta accertato che l'ordine è stato dato comunque in ritardo rispetto al termine ultimo consentito (5 marzo) e, in ogni caso, l'effettivo accredito presso la Cassa edile di Aosta è del 17 marzo, data confermata in entrambi i bonifici.

È poi del tutto irrilevante il fatto che la valuta riconosciuta alla Cassa sia precedente alla scadenza (28 febbraio o 2 marzo secondo le differenti versioni) in quanto ciò che rileva è che il pagamento sia giunto al destinatario con molti giorni di ritardo rispetto al termine

stabilito, potendo semmai la valuta retroattiva avere effetti ad altri fini, quali ad esempio quello della liquidazione degli interessi dovuti.

Alla luce delle considerazioni che precedono occorre ricordare che la lettera di invito prevedeva, per quanto qui interessa, che i soggetti partecipanti alla gara dovessero presentare a pena di esclusione, nella busta A (documentazione), la dichiarazione attestante, tra l'altro, (si veda il modulo sottoscritto dalla ricorrente, al punto n. 8) *"che l'impresa mantiene regolari posizioni previdenziali ed assicurative, anche dal punto di vista del pagamento dei relativi contributi e di quelli previsti a favore dei lavoratori dai contratti collettivi nazionali e territoriali di lavoro, ivi compresi gli obblighi nei confronti delle casse edili, alla data di sottoscrizione del presente modulo"*.

La dichiarazione è stata fatta dal legale rappresentante della Italscavi, ai sensi degli articoli 46, 47 e 76 del d.p.r. 28 dicembre 2000 n. 445, anche in relazione alle norme penali in materia di falsità degli atti; ciò nonostante, come si è visto, tale dichiarazione non è risultata veritiera in quanto, al momento in cui è stata effettuata, 16 marzo 2009, la ricorrente non era in regola con il pagamento degli oneri dovuti alla Cassa edile di Aosta.

Conseguentemente è confermata la circostanza rilevata dalla stazione appaltante della non veridicità della dichiarazione per l'esistenza di una grave violazione delle norme sulle posizioni previdenziali ed assicurative.

Infatti, correttamente, la gravità è stata valutata in relazione alla somma dovuta ed alle particolari circostanze con le quali l'interessata ha fornito la dichiarazione ed ha documentato l'avvenuto pagamento;

quanto alla pretesa che sia stato provato l'adempimento con un solo giorno di ritardo (a parte la riscontrata discrepanza tra i due bonifici nonché il differito momento di effettiva ricezione del pagamento da parte della Cassa) è sufficiente osservare che comunque, al momento in cui è stata fatta la dichiarazione, questa era sicuramente falsa.

Né appare rilevante il decreto di archiviazione del gip dovuto alla mancanza del dolo specifico richiesto per la sussistenza del reato di falsità ideologica previsto dall'articolo 483 del codice penale.

Infatti (a parte il problema circa l'idoneità del decreto ad essere considerato cosa giudicata) le norme di gara, in ciò autorizzate dalle leggi sulla materia, consentono ai partecipanti di sostituire le certificazioni attestanti il possesso dei requisiti necessari mediante autodichiarazioni delle quali sono evidentemente responsabili; pertanto, prima di effettuarle, costoro sono tenuti a svolgere tutte le necessarie verifiche al fine di accertarne la veridicità, non essendo sufficiente una ipotetica "buona fede" riguardante, nel caso in esame, la regolarità del pagamento.

D'altronde, la falsità della dichiarazione di regolarità contributiva costituisce di per sé motivo di esclusione da una gara d'appalto e la mancanza del requisito della regolarità contributiva non può essere sanata dall'eventuale adempimento tardivo dell'obbligazione contributiva (Consiglio Stato, sez. VI, 17 settembre 2009, n. 5548; T.A.R. Sicilia Catania, sez. IV, 08 febbraio 2007, n. 235).

Né la gravità di tale comportamento può essere sminuita dal fatto che la gara in esame sia un affidamento in economia mediante cottimo

fiduciario in quanto, anche ipotizzando la possibilità di minori formalità, tra queste non possono farsi rientrare le norme che incidono sulla affidabilità delle imprese partecipanti.

In definitiva la censura con cui viene contestata l'esclusione dalla gara è infondata e, pertanto, vanno esaminate le ulteriori violazioni dedotte nei confronti della escussione della cauzione e della comunicazione alla Autorità di vigilanza sui contratti pubblici.

La ricorrente insiste innanzitutto sulla sua buona fede in quanto, avendo effettuato il bonifico alla data del 6 marzo 2009, ben poteva ritenere di aver adempiuto ai propri obblighi; in ogni modo, anche a voler ritenere errato o comunque poco diligente il comportamento della Italscavi, si tratterebbe di un errore scusabile che, perciò, non avrebbe legittimato il provvedimento di esclusione.

L'argomentazione è destituita di fondamento perché, come si è già visto, la ricorrente ha dichiarato falsamente di aver adempiuto agli obblighi previdenziali e tale circostanza, di per sé, è sufficiente a consentire l'esclusione dalla gara della ditta inadempiente, con le ulteriori sanzioni connesse.

Un ulteriore profilo di illegittimità del provvedimento riguarderebbe la violazione delle disposizioni di cui all'articolo 48 del DLgs 163/2006 e all'articolo 25 della legge regionale 12/1996; ciò perché l'articolo 48 dispone unicamente in ordine alla verifica dei soli requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa mentre nulla precisa in relazione alla mancanza dei requisiti di tipo generale di cui all'articolo 38 dello stesso codice, perciò la triplice

sanzione della esclusione, escussione e segnalazione sarebbe riferibile unicamente alla mancata dimostrazione dei requisiti di ordine speciale e non di quelli di ordine generale, come è accaduto per il caso in esame.

Inoltre l'articolo 25, comma 10 della legge regionale 12/1996, nel prevedere la escussione e la segnalazione in caso di esclusione di un soggetto dalla gara, precisa che ciò va fatto "ove ricorrano le condizioni" e quindi implicitamente ammettendo la non automaticità di tale operazione.

Preliminarmente si deve dare atto che l'articolo 48 del DLgs 163/2006, il quale prevede la sanzione della escussione della cauzione provvisoria e della segnalazione alla Autorità come conseguenza dell'esclusione dalla gara, si riferisce testualmente alla mancanza dei soli requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa; tuttavia il collegio ritiene che tale norma vada letta in combinato disposto con l'articolo 38 dello stesso decreto legislativo, il quale prevede l'esclusione dalle gare per tutti i soggetti privi dei requisiti di ordine generale; ed in particolare (articolo 38, comma 1, lettera i) per quelli che abbiano violato le norme in materia di contributi previdenziali ed assistenziali, e conseguentemente si debba ritenere immanente nell'ordinamento un obbligo generalizzato di segnalare alla Autorità sui contratti tutte le false dichiarazioni rese in sede di gara, ivi comprese quelle relative ai requisiti di carattere generale (Consiglio Stato, sez. VI, ord. 21 aprile 2009 n. 1970).

Con riferimento alla escussione, il collegio ritiene che tale possibilità

discenda direttamente dall'articolo 75, comma 6, del DLgs 163/2006 il quale dispone che la cauzione sia posta a garanzia della sottoscrizione del contratto da parte dell'aggiudicatario e ne prevede lo svincolo solo al momento della avvenuta sottoscrizione, con ciò quindi statuendo l'escussione in caso di mancata sottoscrizione per fatto dell'aggiudicatario (Tar Lazio Roma sezione III, 26 ottobre 2009 n. 10429).

Le argomentazioni che precedono consentono di rigettare anche l'ultima la censura con la quale si deduce la sproporzionalità degli atti adottati, in relazione al principio di cui all'articolo 2 del DLgs 163/2006; infatti, una volta accertata la responsabilità della società ricorrente le sanzioni adottate conseguono necessariamente sulla base delle disposizioni che regolano la materia e delle previsioni specifiche di gara e non possono perciò considerarsi sproporzionate.

In definitiva il ricorso è infondato e deve essere rigettato.

Le spese di giudizio seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

respinge il ricorso in epigrafe.

Condanna la società ricorrente al pagamento delle spese di giudizio a favore del comune di Donnas, che si liquidano in euro 3000,00 (tremila,00).

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

Così deciso in Aosta nella camera di consiglio del giorno 10 febbraio

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 10/03/2010

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

IL SEGRETARIO