

N. 01969/2012 REG.PROV.COLL.  
N. 03183/2011 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

**ORDINANZA**

sul ricorso numero di registro generale 3183 del 2011, proposto da:

Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avv.ti Nicola Seminara e Roberto Invernizzi, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo in Milano, via Vincenzo Monti 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 Stefania Pagano, con domicilio eletto presso gli uffici dell'Avvocatura comunale in Milano, via Andreani n. 10;

***nei confronti di***

società Pascolo s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti Antonello Tornitore,

Franca Femiano e Gaia Fuzier, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultima in Milano, piazza Luigi Vittorio Bertarelli n. 1;

*per l'annullamento*

- del provvedimento, comunicato con nota PG 749032/2011 del 18.10.2011, trasmesso via fax il 19.10.2011, adottato nella seduta del 14.10.2011, con cui la Commissione di gara per l'appalto relativo ai lavori di "manutenzione straordinaria e opere per antintrusione su immobili di edilizia residenziale di proprietà del Comune di Milano - lotto C - B46B07000090004" ha annullato l'aggiudicazione definitiva già dichiarata in favore della odierna parte ricorrente, disponendo l'ulteriore sanzione dell' "escussione della cauzione provvisoria in considerazione della sentenza del C.S. IV, 30.1.2006 n. 288" e preannunciando la comunicazione all'AVCP ai fini dell'inserimento nel casellario informatico, effettuata il 25.10.2011;
- dei verbali della gara e in specie il verbale della seduta di gara del 14.10.2011;
- di ogni altro atto connesso e consequenziale, tra cui l'aggiudicazione alla controinteressata, il bando e il capitolato speciale d'appalto;
- nonché per la declaratoria di inefficacia ex tunc del contratto eventualmente stipulato con la controinteressata e per il subentro della ricorrente nell'esecuzione contrattuale;
- nonché per la condanna dell'amministrazione al risarcimento dei danni.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Milano e di Pascolo Srl;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 15 marzo 2012 il dott. Fabrizio Fornataro e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

#### FATTO

Il Consorzio ricorrente impugna i provvedimenti indicati in epigrafe, deducendone l'illegittimità per violazione di legge ed eccesso di potere, sotto diversi profili, chiedendone l'annullamento.

Si è costituito in giudizio il Comune di Milano, eccependo l'infondatezza dei ricorsi avversari e chiedendone il rigetto.

Si è costituita in giudizio la controinteressata società Pascolo s.r.l., eccependo l'infondatezza del ricorso avversario e chiedendone il rigetto

Con ordinanza depositata in data 05.12.2011, il Tribunale ha accolto la domanda cautelare contenuta nel ricorso.

Le parti hanno prodotto memorie e documenti.

All'esito dell'udienza pubblica del 15.03.2012 la causa è stata trattenuta in decisione..

#### DIRITTO

1) Con bando pubblicato nella G.U.R.I. del 6 giugno 2011, il

Comune di Milano (stazione appaltante) indiceva una gara per l'affidamento dell'appalto avente ad oggetto "i lavori di manutenzione straordinaria e opere antintrusione su immobili di edilizia residenziale di proprietà del Comune di Milano - lotto C - B46B07000090004", da aggiudicare secondo il criterio del massimo ribasso, partendo da un importo a base di gara pari a 4.784.914,61 Euro.

2) Il bando imponeva espressamente a ciascun concorrente a pena di esclusione di dichiarare il possesso dei requisiti di ordine generale per la partecipazione alla gara previsti dall'art. 38 del d.l.vo 2006 n. 163 (codice degli appalti).

3) Il Consorzio Stabile Libor presentava la domanda di partecipazione alla gara e dichiarava, ai sensi dell'art. 38, comma 1 lett. i), del d.l.vo 2006 n. 163, di "non avere commesso violazioni gravi, definitivamente accertate alle norme in materia di contributi previdenziali ed assistenziali, secondo la legislazione italiana".

4) All'esito della procedura il Comune di Milano disponeva l'aggiudicazione in favore del Consorzio Stabile Libor, risultato il miglior offerente e gliene dava comunicazione con nota del 28.07.2011.

5) Successivamente, il Comune di Milano effettuava il controllo della dichiarazione resa dall'aggiudicatario in ordine all'assenza di gravi violazioni nei versamenti dei contributi previdenziali e assistenziali. A tale fine, il Comune di Milano acquisiva dall'amministrazione

competente (l'Istituto Nazionale di Previdenza Sociale – I.N.P.S.) il Documento Unico di Regolarità Contributiva (D.U.R.C.), ossia il documento che nell'ordinamento nazionale attesta se un'impresa è, ad un certa data, in regola o meno con i versamenti contributivi; documento che trova la propria disciplina nel decreto ministeriale datato 24 ottobre 2007.

6) Dal D.U.R.C. acquisito emergeva la sussistenza di una violazione contributiva a carico del Consorzio aggiudicatario; in particolare, il Consorzio aveva omesso di effettuare entro le scadenze previste i versamenti contributivi relativi al mese di maggio 2011, per un importo complessivo pari a 278,00 Euro. Le somme ora indicate venivano versate tardivamente dal Consorzio Stabile Libor in data 28.07.2011.

7) In definitiva dal documento unico di regolarità contributiva emergeva che il Consorzio aggiudicatario al momento della presentazione della domanda di partecipazione alla gara non era in regola con i versamenti contributivi, avendo omesso il pagamento delle somme inerenti al mese di maggio 2011 per un importo pari a 278,00 Euro.

8) In considerazione della violazione contributiva emergente dal D.U.R.C., il Comune di Milano annullava in autotutela l'aggiudicazione definitiva disposta in favore del Consorzio Stabile Libor e lo escludeva dalla procedura, individuando come nuova aggiudicataria l'impresa Pascolo s.r.l..

9) Il Comune di Milano poneva a fondamento del provvedimento ora indicato la circostanza che la violazione contributiva commessa dal Consorzio Stabile Libor era tale da determinarne l'esclusione dalla gara, ai sensi dell'art. 38, comma 2, del codice degli appalti, senza margini di valutazione discrezionale per la stazione appaltante, trattandosi di una violazione contributiva "grave" e definitivamente accertata, perché emergente come tale dal D.U.R.C..

10) Avverso il provvedimento di annullamento dell'aggiudicazione e di esclusione dalla gara, il Consorzio Stabile Libor proponeva impugnazione dinanzi al Tar per la Lombardia, articolando due motivi di ricorso; il primo, diretto a contestare la sussistenza di una violazione contributiva "grave" e a prospettare l'incompatibilità comunitaria dell'art. 38, comma 2, del d.l.vo 2006 n. 163, il secondo diretto a contestare la definitività della violazione contributiva commessa.

11) Sul piano normativo, il Tribunale rileva che la fattispecie in esame è disciplinata dall'art. 38 del d.l.vo 2006 n. 163, come modificato dal decreto legge 13 maggio 2011, n. 70, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana del 13 maggio 2011, n. 110, entrato in vigore il giorno successivo a quello della sua pubblicazione e convertito in legge dall'art. 1, comma 1, della legge 12 luglio 2011, n. 106.

12) L'art. 38, primo comma lett. i), del d.l.vo 2006 n. 163 dispone che devono essere esclusi da una gara diretta all'aggiudicazione di un

appalto i concorrenti: “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”.

Il secondo comma dell’art. 38, dopo le modifiche apportate dal decreto legge 13 maggio 2011, n. 70, definisce la nozione di violazione contributiva “grave”, stabilendo che “ai fini del comma 1, lettera i), si intendono gravi le violazioni ostative al rilascio del documento unico di regolarità contributiva ...”; a loro volta, le violazioni che ostano al rilascio del D.U.R.C. sono individuate dal Decreto del Ministero del lavoro e della previdenza sociale datato 24 ottobre 2007, che disciplina il documento unico di regolarità contributiva.

13) In particolare, l’art. 8, comma 3, del D.M. 24 ottobre 2007 dispone che “ai soli fini della partecipazione a gare di appalto non osta al rilascio del D.U.R.C. 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 D.U.R.C.”.

14) Il Tribunale evidenzia che dal coordinamento tra l’art. 38,

comma 2, del d.l.vo 2006 n. 163 e l'art. 8, comma 3, del D.M. 24 ottobre 2007 emerge che devono essere considerate "gravi", con conseguente esclusione dalla gara dell'impresa che le ha commesse, le violazioni contributive definitive che eccedono il 5% dello scostamento tra le somme dovute e quelle versate con riferimento a ciascun periodo di paga o di contribuzione, fermo restando che, in ogni caso, non è grave la violazione di importo inferiore a 100,00 Euro.

Ne consegue che una violazione inferiore a 100,00 Euro non può mai essere considerata grave, anche se eccede il 5% dello scostamento tra le somme dovute e quelle versate.

Del pari, una violazione superiore a 100,00 Euro non può mai essere considerata grave se non eccede il 5% dello scostamento tra le somme dovute e quelle versate.

Viceversa, una violazione contributiva di importo superiore a 100,00 Euro deve necessariamente essere considerata grave se eccede il 5% dello scostamento tra le somme dovute e quelle versate nel periodo di riferimento.

15) Rispetto alla fattispecie concreta, va evidenziato che la violazione contributiva commessa dal Consorzio Stabile Libor deve essere qualificata "grave" in base alle norme appena richiamate, trattandosi di una violazione di valore superiore a 100,00 Euro e che eccede il 5% dello scostamento tra le somme dovute e quelle versate con riferimento al periodo di contribuzione considerato (il mese di

maggio 2011), in quanto corrisponde alla totalità dei contributi che l'impresa avrebbe dovuto versare in questo periodo. Occorre precisare che il pagamento tardivo effettuato dal Consorzio Stabile Libor non determina la sanatoria della violazione commessa, né incide sulla sua gravità, in quanto la regolarità nei versamenti contributivi, imposta a pena di esclusione dall'art. 38 del d.l.vo 2006 n. 163, deve sussistere dal momento della presentazione della domanda di partecipazione alla procedura e permanere per tutta la durata della gara, sicché resta irrilevante un eventuale adempimento tardivo da parte dell'impresa (sul punto la giurisprudenza nazionale è consolidata; si considerino: Consiglio di Stato, sez. IV, 12 marzo 2009, n.1458; Consiglio di Stato, sez. V, 10 agosto 2010, n. 5556; Consiglio di Stato, sez. IV, 15 settembre 2010, n. 6907; Consiglio di Stato, sez. V, 12 ottobre 2011, n. 5531).

16) Il Tribunale dubita che l'art. 38, comma 2, del d.l.vo 2006 n. 163, come modificato dal decreto legge 13 maggio 2011, n. 70, sia compatibile con il principio comunitario di proporzionalità e con il canone di ragionevolezza ad esso sotteso.

17) La questione è sicuramente rilevante nel caso concreto, perché il Consorzio Stabile Libor è stato escluso dalla gara proprio a causa della violazione contributiva commessa, ritenuta grave perché di valore superiore a 100,00 Euro ed eccedente il 5% dello scostamento tra le somme dovute e quelle versate con riferimento al periodo di contribuzione considerato.

Del resto, il Consorzio Stabile Libor ha impugnato il provvedimento di esclusione dalla gara, contestando espressamente la sussistenza di una violazione contributiva “grave”, specie in considerazione del suo riferirsi ad un importo oggettivamente contenuto. Ne deriva che la questione pregiudiziale è rilevante, sia perché la soluzione della controversia impone l’applicazione dell’art. 38, comma 2, del d.l.vo 2006 n. 163, sia perché l’esistenza in concreto di una grave violazione contributiva integra un punto controverso tra le parti.

18) In ordine all’individuazione della normativa comunitaria da applicare al caso specifico, il Tribunale evidenzia che la gara di cui si tratta non soggiace alla direttiva 31 marzo 2004, n. 2004/18/CE, in quanto il valore dell’appalto ammonta a 4.784.914,61 Euro ed è, quindi, inferiore alla soglia di rilevanza comunitaria, fissata, per gli appalti di lavori e con riferimento al tempo di indizione della particolare procedura, in 4.845.000,00 Euro, ai sensi dell’art. 7, lett. c), della direttiva n. 2004/18, come modificata dal Regolamento della Commissione del 30 novembre 2009, n. 1177/2009.

19) Nondimeno, secondo il consolidato orientamento della giurisprudenza comunitaria e nazionale, anche la disciplina di un appalto sotto soglia comunitaria deve rispettare le norme fondamentali del Trattato ed, in particolare, il principio della parità di trattamento, nonché i principi da esso desumibili, tra i quali i canoni di ragionevolezza e di proporzionalità.

Ciò è coerente con l’interesse transfrontaliero che caratterizza la gara

in questione, in considerazione tanto del valore dell'appalto, solo di poco inferiore alla soglia di rilievo comunitario, quanto della rilevanza oggettiva degli interventi da effettuare e dell'assenza di elementi di specificità tali da concentrare l'interesse per l'aggiudicazione solo in capo alle imprese stabilite in un delimitato ambito territoriale.

20) L'esigenza di garantire l'applicazione delle norme fondamentali e dei principi del Trattato, anche in relazione alle gare sotto soglia comunitaria, è stata più volte ribadita dalla Corte di Giustizia U.E., secondo la quale tale interpretazione è confermata dal secondo 'considerando' della direttiva 2004/18, a tenore del quale l'aggiudicazione di tutti gli appalti stipulati negli Stati membri per conto di enti aventi la qualifica di amministrazione aggiudicatrice deve rispettare le norme di base del Trattato, in particolare quelle concernenti la libera circolazione dei prodotti e dei servizi, nonché il diritto di stabilimento e i principi fondamentali che ne derivano, in particolare quelli della parità di trattamento, di funzionalità e di trasparenza (cfr. tra le più recenti, Corte di Giustizia C.E., sez. IV, 23 dicembre 2009, in causa C-376/08).

21) Nel caso in esame assumono rilevanza proprio i principi generali della parità di trattamento e di proporzionalità, discendenti sia dagli artt. 49 (ex articolo 43 del TCE) e 56 (ex articolo 49 del TCE) del TFUE, in relazione al diritto di stabilimento e alla libertà di prestazione dei servizi, sia dall'art. 101 (ex articolo 81 del TCE) del

TFUE, in materia di tutela della concorrenza, nonché i corollari da essi derivanti.

22) L'attenzione deve essere concentrata sul canone di proporzionalità, secondo l'interpretazione che ne ha fornito la giurisprudenza comunitaria.

23) Si tratta di un principio generale del diritto comunitario, in forza del quale le misure adottate dagli Stati membri non devono eccedere quanto è indispensabile per raggiungere l'obiettivo perseguito, pertanto esse devono essere idonee a realizzare il fine prefissato e necessarie, nel senso di consentire la realizzazione dell'obiettivo prescelto nel modo meno invasivo per gli interessi degli operatori economici coinvolti.

24) Proprio in tema di attuazione nazionale dei principi di parità di trattamento e di trasparenza, nonché del conseguente canone di proporzionalità, la Corte di Giustizia U.E. ha riconosciuto agli Stati membri una certa discrezionalità nell'adozione delle misure destinate a garantire il rispetto di tali valori, i quali si impongono alle stazioni appaltanti in tutte le procedure di aggiudicazione di un appalto pubblico; ciò perché ogni Stato membro è nella posizione migliore per individuare, alla luce di "considerazioni di ordine storico, giuridico, economico o sociale che gli sono proprie, le situazioni favorevoli alla comparsa di comportamenti idonei a provocare violazioni del rispetto di tali principi". Nondimeno le misure adottate devono essere proporzionate, ossia non eccedere quanto necessario

per raggiungere l'obiettivo perseguito, in termini sia di minima incidenza sulle posizioni soggettive coinvolte nelle procedure di gara, ossia solo nei limiti di quanto strettamente necessario, sia di coerenza con il fine da realizzare (cfr. sul punto, in particolare, Corte di Giustizia U.E., Grande Sezione, 14 dicembre 2004, in causa C-210/03; Corte di Giustizia U.E., sez. IV, 23 dicembre 2009, in causa C-376/08).

25) Il Tribunale, alla luce delle premesse ora esposte, ritiene necessario esaminare la ratio sottesa alla norma contenuta nell'art. 38, comma 2, del d.l.vo 2006 n. 163, nonché i parametri da essa posti ai fini della determinazione della nozione di violazione contributiva "grave", così da poterne analizzare la coerenza con i principi di proporzionalità e di ragionevolezza.

26) L'art. 38, comma 2, introduce, mediante il rinvio alle norme dettate dal D.M. 24 ottobre 2007 (retro punti 12, 13, 14), una nozione di violazione contributiva "grave" del tutto rigida, desunta da un dato solo quantitativo, riferibile indifferentemente agli appalti sopra soglia e sotto soglia comunitaria e tale da determinare l'automatica esclusione dalla gara dell'impresa che se ne è resa responsabile. Difatti, quando la violazione contributiva commessa da un concorrente è definitiva, perché risultante come tale dal D.U.R.C., nonché contemporaneamente di valore superiore a 100,00 Euro e al 5% dello scostamento tra le somme dovute e quelle versate con riferimento al periodo di contribuzione considerato, il concorrente

deve necessariamente essere escluso.

27) La finalità perseguita dall'art. 38, comma 2, del d.l.vo 2006 n. 163 è quella di eliminare ogni autonomia valutativa della stazione appaltante rispetto all'accertamento del requisito di partecipazione integrato dalla regolarità contributiva, introducendo una nozione esclusivamente legale di "gravità" della violazione contributiva.

28) Il Tribunale ritiene che la scelta del legislatore nazionale di escludere poteri valutativi in capo alla stazione appaltante sia di per sé comunitariamente compatibile, perché rafforza la parità di trattamento tra i diversi operatori economici partecipanti ad una gara, evitando rischi di comportamenti discriminatori. Difatti, l'attribuzione di poteri discrezionali alle stazioni appaltanti, in ordine all'accertamento della gravità della violazione commessa, potrebbe favorire la proliferazione di scelte arbitrarie, tali da provocare trattamenti diversi di situazioni identiche, in violazione dei principi di parità di trattamento e di tutela della concorrenza. Insomma, rientra nell'autonomia del legislatore statale la decisione di introdurre dei rigidi parametri di individuazione della gravità della violazione contributiva, con esclusione di ogni apprezzamento discrezionale da parte delle stazioni appaltanti.

29) Resta fermo, però, che i criteri elaborati a tale fine dal legislatore nazionale devono essere coerenti con il canone comunitario della proporzionalità. Ciò implica che il criterio normativo introdotto deve essere adeguato, ossia idoneo alla realizzazione del fine prefissato,

nonché necessario, nel senso di consentire la realizzazione dell'obiettivo prescelto nel modo meno invasivo per gli interessi degli operatori economici coinvolti.

30) Per verificare se la definizione di gravità della violazione contributiva posta dall'art. 38, comma 2, del d.l.vo 2006 n. 163 è coerente con il principio di proporzionalità, occorre precisare per quale ragione gli operatori che partecipano ad una gara devono essere in regola con i versamenti contributivi.

31) La regolarità contributiva è un requisito di ordine generale di partecipazione ad una gara ed integra un indice dell'affidabilità, della diligenza e della serietà dell'impresa concorrente e della sua correttezza nei rapporti con i dipendenti (cfr. sul punto Consiglio di Stato, sez. V, 18 ottobre 2001, n. 5517). L'impresa che è in regola con i versamenti contributivi viene considerata affidabile dal legislatore nazionale, sia dal punto di vista della sua solidità finanziaria, perché adempie con regolarità ai propri debiti contributivi, sia sul piano della capacità di gestire in modo diligente e serio tanto i rapporti con l'amministrazione previdenziale, quanto i rapporti di lavoro con i propri dipendenti, palesandosi così come controparte contrattuale meritevole di fiducia.

32) Ne consegue che il parametro normativo di accertamento della regolarità contributiva previsto dall'art. 38, comma 2, del d.l.vo 2006 n. 163 si può ritenere coerente con i principi di proporzionalità e di ragionevolezza solo se risulta concretamente idoneo ad evidenziare

l'affidabilità o meno dell'operatore economico di volta in volta interessato.

33) Il Tribunale dubita della proporzionalità e della ragionevolezza del criterio dettato dall'art. 38, comma 2, perché il dato meramente quantitativo dell'importo della violazione commessa (superiore a 100,00 Euro) e della sua eccedenza rispetto al 5% dello scostamento tra le somme dovute e quelle versate non integra un indice significativo dell'inaffidabilità dell'impresa rispetto alla specifica procedura di gara.

34) Si tratta, infatti, di un criterio astratto, che non si modella sulle caratteristiche della singola gara, in relazione al suo oggetto e al suo valore concreto, né sulla struttura dell'impresa che ha commesso la violazione, in relazione al suo fatturato e alla sua capacità economica e finanziaria.

35) Ciò conduce a delle conseguenze irragionevoli e non coerenti con il principio di proporzionalità, perché l'affidabilità di un concorrente può essere apprezzata solo in concreto, ossia tenendo conto delle caratteristiche specifiche dell'appalto da aggiudicare e delle caratteristiche specifiche della singola impresa.

36) In particolare, la medesima violazione contributiva, pur astrattamente "grave" ai sensi dell'art. 38, comma 2, del d.l.vo 2006 n. 163, può essere indice di concreta inaffidabilità per un'impresa di piccole dimensioni, che ha ripetutamente omesso di effettuare i versamenti contributivi, mentre perde di significato rispetto ad una

impresa di grandi dimensioni, che realizza ingenti fatturati e che è incorsa in un'unica ed occasionale violazione contributiva.

Allo stesso modo, una violazione contributiva qualificabile come "grave" ai sensi dell'art. 38, comma 2, cambia di significato ai fini dell'affidabilità in concreto dell'impresa a seconda che si tratti di aggiudicare un appalto di ingente valore, che richiede una marcata solidità economica e finanziaria del concorrente, o di particolare complessità tecnica, che impone alla stazione appaltante di fare notevole affidamento sulla serietà e sulla diligenza dell'aggiudicatario, oppure che si tratti di aggiudicare un appalto di modesta entità o persino sotto soglia comunitaria e privo di difficoltà tecniche.

37) Ne deriva che l'art. 38, comma 2, conduce a trattare in modo uguale situazioni profondamente diverse, così da risultare inidoneo a palesare l'inaffidabilità del concorrente che si è reso responsabile di una violazione contributiva.

38) Anche l'entità del dato quantitativo valorizzato dal legislatore nazionale per definire come "grave" una violazione contributiva non sembra coerente con il principio di proporzionalità.

39) Difatti, può accadere che una violazione di importo oggettivamente modesto, ma superiore anche di poco a 100,00 Euro, ecceda il 5% dello scostamento tra le somme dovute e quelle versate nel periodo di riferimento. In tale ipotesi, nonostante l'oggettiva esiguità della violazione, l'impresa che l'ha commessa deve essere esclusa. Sul punto, è emblematico il caso che è alla base del ricorso in

esame, in cui l'impresa è stata esclusa dalla gara per una violazione di soli 278,00 Euro, ma superiore al 5% dello scostamento tra le somme dovute e quelle versate, essendo corrispondente al 100% delle somme dovute nel periodo considerato. In simili casi l'esclusione dalla gara integra una conseguenza sproporzionata, perché l'irrisorietà della violazione commessa non è indice significativo, secondo comuni criteri di ragionevolezza, dell'inaffidabilità dell'impresa che viene esclusa.

40) L'irragionevolezza e la sproporzionalità del criterio quantitativo di gravità prescelto per le violazioni contributive emergono anche dal confronto con la diversa scelta operata dal legislatore nazionale in relazione alle violazioni fiscali.

41) Difatti, per le violazioni in materia fiscale, l'art. 38, comma 2, del d.l.vo 2006 n. 163 (coordinato con l'articolo 48-bis, commi 1 e 2-bis, del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 602) considera gravi solo le violazioni superiori a 10.000,00 Euro e pertanto si riferisce ad importi notevolmente superiori rispetto a quelli valorizzati ai fini della gravità delle violazioni contributive, nonostante si tratti in entrambi i casi di inadempimenti di prestazioni pecuniarie normativamente imposte ed assunte ad indice dell'affidabilità dell'impresa concorrente.

42) Le considerazioni ora svolte conducono ad evidenziare un ulteriore profilo della disciplina dell'art. 38, comma 2, che non risulta coerente con il canone della proporzionalità. In particolare,

l'esclusione dalla gara disposta perché il concorrente ha commesso una violazione contributiva "grave" ai sensi dell'art. 38, comma 2, si traduce in un effetto incidente in modo eccessivamente pregiudizievole e, pertanto, sproporzionato nella sfera giuridica del concorrente escluso, perché non è collegata ad un dato concretamente espressivo della sua inaffidabilità, ma ad un parametro del tutto astratto, privo di ragionevole attitudine dimostrativa della maggiore o minore serietà del concorrente. L'incidenza in modo esorbitante nella sfera del concorrente escluso evidenzia un ulteriore aspetto della disciplina non coerente con il canone della proporzionalità.

43) Il Tribunale ritiene che per rendere aderente ai principi di proporzionalità e di ragionevolezza la scelta legislativa di introdurre un criterio legale di gravità della violazione contributiva, sarebbe necessario ancorare il parametro quantitativo dell'entità della violazione ad aspetti oggettivi della gara, che siano rilevanti, secondo l'*'id quod plerumque accidit*, per giudicare dell'affidabilità in concreto del concorrente incorso in violazioni contributive.

44) In tale senso, la violazione contributiva dovrebbe ritenersi grave quando raggiunge un importo individuato in funzione di una pluralità di parametri, attinenti alle caratteristiche sia del singolo appalto, sia dell'impresa di volta in volta interessata.

45) In relazione, al primo profilo si dovrebbe tenere conto del valore dell'appalto, nonché delle caratteristiche dell'opera da realizzare,

ossia del livello di difficoltà tecnica che essa presenta, perché, come già evidenziato (retro punti 35 e 36), il medesimo importo di debito contributivo non pagato assume un diverso significato ai fini dell'affidabilità in concreto dell'impresa a seconda delle caratteristiche di valore e di difficoltà tecnica dell'appalto da aggiudicare.

46) In relazione al secondo profilo, la violazione "grave" andrebbe individuata sia in dipendenza del rapporto tra l'entità della violazione e il fatturato dell'impresa, oppure la capacità economico finanziaria dichiarata per la partecipazione alla gara, sia in dipendenza della riferibilità della violazione contributiva alla totalità o solo ad una parte dei lavoratori assunti dall'impresa medesima, nonché in funzione dell'occasionalità o meno della violazione commessa.

47) Quelli ora indicati sono parametri oggettivi, non astratti ma riferiti alle caratteristiche della fattispecie specifica e tali da creare un collegamento concreto tra la violazione contributiva commessa e l'accertamento dell'affidabilità e della serietà dell'impresa rispetto al particolare appalto da aggiudicare.

48) In definitiva, ai fini della decisione del ricorso indicato in epigrafe, il Tribunale ritiene di sollevare la seguente questione pregiudiziale dinanzi alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, ai sensi dell'art. 267 del TFUE (ex articolo 234 del TCE), in relazione all'interpretazione della normativa comunitaria:

“Il principio di proporzionalità, discendente dal diritto di

stabilimento e dai principi di non discriminazione e di tutela della concorrenza, di cui agli articoli 49, 56 e 101 del TFUE, nonché il canone di ragionevolezza in esso racchiuso, ostano ad una normativa nazionale che, tanto per gli appalti sopra soglia, quanto per gli appalti sotto soglia comunitaria, qualifica come grave una violazione contributiva, definitivamente accertata, quando il suo importo eccede il valore di 100,00 Euro ed è contemporaneamente superiore al 5% dello scostamento tra le somme dovute e quelle versate con riferimento a ciascun periodo di paga o di contribuzione, con conseguente obbligo per le stazioni appaltanti di escludere da una gara il concorrente che si è reso responsabile di una simile violazione, senza valorizzare altri profili oggettivamente espressivi dell'affidabilità del concorrente come controparte contrattuale?"

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Terza):

Visto l'art. 267 del TFUE;

Visto l'art. 23 dello Statuto della Corte di giustizia dell'Unione Europea;

Visto l'art. 3 della L. 13 marzo 1958, n. 204;

Vista la "Nota informativa riguardante le domande di pronuncia pregiudiziale da parte delle giurisdizioni nazionali", diramata dalla Corte di giustizia dell'Unione Europea e pubblicata sulla G.U.C.E. del 28 maggio 2011;

RIMETTE alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea la questione pregiudiziale indicata in motivazione;

SOSPENDE il processo fino alla definizione della questione pregiudiziale;

DISPONE che il presente provvedimento, unitamente a copia del fascicolo della causa, sia trasmesso, in plico raccomandato, alla Cancelleria della Corte di Giustizia dell'Unione Europea.

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 15 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 12/07/2012

IL SEGRETARIO

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