

T.A.R. Emilia Romagna – Bologna, Sez. I, sentenza 7 giugno 2010 n. 5425

Contratti della P.A. - Gara - Documento unico di regolarità contributiva (DURC) - Omessa produzione al momento della presentazione della domanda di partecipazione - Bando contenente clausola non chiara sul momento in cui presentarlo - Dichiarazione della ditta concorrente di essere in regola con i relativi adempimenti in materia di contributi – Sufficienza.

N. 05425/2010 REG.SEN.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Emilia Romagna

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

Sul ricorso numero di registro generale 71 del 2010, proposto da:

So.Ge.Co S.p.A., rappresentata e difesa dall'avv. Alessandro Castrignano, ed elettivamente domiciliata presso il suo studio in Bologna, via Audinot 31;

contro

Consorzio della Bonifica Renana, rappresentato e difeso dagli avv.ti Gualtiero Pittalis e Maria Giulia Roversi Monaco, ed elettivamente domiciliato presso il loro studio in Bologna, via S. Vitale 55;

nei confronti di

C.E.S.I. Cooperativa Edil-Strade Imolese, rappresentata e difesa dagli avv.ti Cristiana Carpani e Franco Mastragostino, ed elettivamente domiciliato presso lo studio dell'avv. Franco Mastragostino in Bologna, p.zza Aldrovandi 3;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia,

- del provvedimento del Consorzio della Bonifica Renana di aggiudicazione definitiva, mediante deliberazione consortile n. 51/2009, verb. 4/CP del 17 novembre 2009, pubblicato con avviso del 4 dicembre 2009, alla cooperativa Edil - Strade Imolese, della gara d'appalto a mezzo di procedura ristretta per l'affidamento dei lavori per il completamento della rete di distribuzione primaria delle acque del C.E.R. per l'alimentazione del settore sud dell'impianto pluvirriguo "Correcchio" nel territorio del Comune di Imola, comunicato alla ricorrente a mezzo fax il 24 novembre 2009;

- di ogni altro atto e provvedimento ad esso presupposto, conseguente o connesso, anche non cognito, comunque lesivo per la ricorrente, in particolare il verbale della seduta della Commissione di gara del 5 agosto 2009 con il quale si stabiliva che: "la Commissione giudicatrice prendendo atto che diverse ditte offerenti hanno omesso di allegare il documento DURC come previsto dall' 15 lettera "s" del bando integrale di gara, stabilisce nel rispetto del principio generale di favorire la massima competizione di non escludere dalla gara le offerte che portino come unico difetto l'omissione di detto documento";

e per la condanna del Consorzio della Bonifica Renana al risarcimento del danno patito dalla ricorrente.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Consorzio della Bonifica Renana e di C.E.S.I. Cooperativa Edil-Strade Imolese;

Visto il ricorso incidentale proposto da C.E.S.I. Cooperativa Edil-Strade Imolese;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 8 aprile 2010 il Cons. Rosaria Trizzino e uditi per le parti i difensori avv. Castrignano per la società ricorrente, avv. Pittalis per il Consorzio di Bonifica e avv. Carpani per la controinteressata;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. – La ricorrente impugna l'aggiudicazione a favore della controinteressata CESI e gli atti della procedura ristretta per l'affidamento dei lavori per "il completamento della rete di distribuzione primaria delle acque del C.E.R. per l'alimentazione del settore Sud dell'Impianto pluvirriguo "Correcchio", nel territorio del Comune di Imola (Bo)", indetta con bando di gara in data 3 febbraio 2009 dal Consorzio della Bonifica Renana.

A sostegno del gravame, con l'unico articolato motivo deduce la violazione della *lex specialis* di gara e l'eccesso di potere per contraddittorietà e illogicità manifeste, rilevando che l'aggiudicataria (unitamente ad altre concorrenti) avrebbe dovuto essere esclusa per non aver allegato all'offerta il DURC così come richiesto dal bando di gara.

2. – Si sono costituiti in giudizio il Consorzio per la Bonifica Renana e la Cooperativa aggiudicataria contestando le censure svolte dalla ricorrente e chiedendo la reiezione del ricorso e dell'istanza cautelare.

La controinteressata, inoltre, con ricorso incidentale depositato il 20 gennaio 2010, ha impugnato il bando di gara nella parte in cui, all'articolo 15 lettera "s", prevede a pena di esclusione l'onere di allegare all'offerta il DURC, deducendo:

- violazione dell'articolo 64 dell'allegato IX A del d.lgs n. 163 del 2006;
- violazione dell'articolo 2 del D.L. 25 settembre 2002 n. 210 come modificato dalla legge di conversione n. 266 del 2002;
- irragionevolezza della prescrizione in rapporto all'articolo 55 del Codice dei contratti;
- violazione dell'articolo 38 del d.lgs n. 163 del 2006 e violazione dei principi di proporzionalità, ragionevolezza, della più ampia partecipazione e della concorrenzialità;
- violazione dei principi di efficacia, efficienza e speditezza dell'azione amministrativa; eccesso di potere per travisamento e illogicità grave e manifesta.

3. – All'udienza dell'8 aprile 2010, fissata per la discussione ai sensi del terzo comma dell'articolo 23 bis della legge 1034 del 1971, il ricorso è stato trattenuto in decisione.

4. – In punto di fatto e sulla base delle previsioni della *lex specialis* e della documentazione in atti, va innanzitutto precisato quanto segue:

A) Il bando di gara prescrive che:

- le ditte interessate dovevano presentare richiesta di essere invitate alla gara inserendo nel plico, a pena di esclusione, tutta la documentazione specificata nell'articolo 13, punto 1 - domanda di partecipazione alla gara con allegate le dichiarazioni sostitutive ai sensi del D.P.R. 28 dicembre 2000 n. 445 elencate alle lettere da *a*) a *m*); punto 2- attestazione di qualificazione e punto 3;
- a norma del successivo articolo 15, nel termine di 180 giorni dalla pubblicazione del bando, l'Amministrazione avrebbe provveduto a inviare a ciascun concorrente gli inviti a presentare le offerte;
- il medesimo articolo 15 (alla lettera "s") specifica poi che le imprese ammesse alla gara, in sede di offerta, sono tenute a presentare, a pena di esclusione, il documento di regolarità contributiva (DURC);

B) La lettera di invito, fra la documentazione che a pena di esclusione doveva essere contenuta nelle varie buste costituenti l'offerta, indica:

- a) dichiarazione sostitutiva ai sensi del DPR 28 dicembre 2000 n. 445 con la quale il concorrente, assumendosene la piena responsabilità, confermava quanto affermato e indicato nella dichiarazione sostitutiva presentata in sede di domanda di partecipazione alla gara e fra gli altri, si impegnava, in caso di aggiudicazione, a produrre la dichiarazione comprovante la regolarità contributiva (DURC);
- b) relazione illustrante la gestione della qualità, nonché la capacità dell'Impresa offerente a soddisfare il contratto;
- c) quietanza di versamento oppure fideiussione relativa alla cauzione;

d) ricevuta di versamento di € 100,00 ai sensi dell'articolo 1, comma 67, della legge 23 dicembre 2005 n. 266 a favore dell'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici (*la presentazione di tale attestazione di pagamento era già prevista nel bando all'articolo 15 lettera "r"*).

C) La lettera di invito, dunque, esplicita più in dettaglio le previsioni del bando di gara, ma non ripropone la prescrizione del bando che a pena di esclusione richiedeva la produzione del DURC già al momento della presentazione dell'offerta, richiedendolo solo in caso di aggiudicazione.

Alle indicazioni della lettera d'invito (per quanto qui interessa: conferma di quanto attestato nella dichiarazione sostitutiva presentata in sede di domanda di partecipazione e impegno a produrre il DURC all'atto dell'aggiudicazione) si atteneva la maggioranza dei 16 concorrenti: infatti, solo 3 (e fra questi la ricorrente) hanno prodotto il DURC già fra la documentazione di cui alla Busta A).

D) Il Consorzio di Bonifica, preso atto del contrasto fra le prescrizioni del bando (articolo 15 lettera s) e quelle della lettera di invito, ha ritenuto - in ossequio al principio del *favor participationis* - di sospendere le operazioni di gara e di invitare tutti i concorrenti inadempienti alla prescrizione del bando a depositare il DURC entro un termine prefissato.

Allo scadere di tale termine, a seguito della produzione del DURC da parte dei concorrenti a ciò espressamente invitati, il Consorzio ha proceduto alla apertura delle buste contenenti l'offerta tecnica e quella economica e all'aggiudicazione della gara a favore della Cooperativa Cesi.

5. – Premesso quanto sopra, sulla base dei principi generali e delle specifiche prescrizioni in materia, il Collegio, in merito al documento unico di regolarità contributiva (DURC), deve innanzitutto precisare quanto segue:

a) a seguito dell'entrata in vigore della disciplina di cui agli articoli 2 del d.l. 25 settembre 2002 n. 210 (convertito in legge, con modificazioni, dalla legge 22 novembre 2002 n. 266) e 3, comma 8, lett. b-*bis* del d.lgs. 14 agosto 1996, n. 494 (si veda ora il d.lgs. 9 aprile 2008 n. 81) è stato introdotto il documento unico di regolarità contributiva (DURC): certificato che attesta contestualmente la regolarità di un operatore economico per quanto concerne gli adempimenti Inps, Inail, nonché Cassa edile per i lavori, verificati sulla base della rispettiva normativa di riferimento;

b) come chiarito in giurisprudenza, la natura giuridica del Durc è quella di una dichiarazione di scienza da collocarsi fra gli atti di certificazione o di attestazione redatti da un pubblico ufficiale e aventi carattere meramente dichiarativo dei dati in possesso delle pubbliche amministrazioni e, pertanto, non residua in capo alla stazione appaltante alcun margine di valutazione o di apprezzamento in ordine ai dati e alle circostanze in esso contenuti;

c) il comma 1 dell'articolo 2 del d.l. 25 settembre 2002 n. 210 prevede l'effetto automatico della revoca a carico dell'affidataria che non presenti il Durc, così sanzionando il fatto oggettivo dell'omessa presentazione alla stazione appaltante del certificato relativo alla regolarità contributiva e non l'irregolarità contributiva in sé e per sé;

d) peraltro, tale previsione va oggi correlata con le disposizioni del comma 10 dell'articolo 16-*bis* del d.l. 29 novembre 2008, n. 185 (convertito in legge dalla legge 28 gennaio 2009, n. 2), con cui il procedimento di rilascio del DURC è stato semplificato attraverso l'introduzione dell'obbligo in capo alle stazioni appaltanti pubbliche di acquisirlo d'ufficio, anche attraverso strumenti informatici, dagli istituti o dagli enti abilitati al rilascio in tutti i casi in cui è richiesto dalla legge (cfr. Tar Molise, 3 dicembre 2009 n. 717, in base al quale è illegittimo il bando di

gara che trasferisce l'onere di acquisire il Durc in capo ai partecipanti prevedendone l'esclusione per il caso di mancato adempimento);

e) l'articolo 38 comma 1 lettera *i* del Codice dei Contratti (d.lgs n. 163 del 2010) prevede che "*Sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, né possono essere affidatari di subappalti, e non possono stipulare i relativi contratti i soggetti: . . . 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 successivo comma 3 dispone, invece che "*ai fini degli accertamenti relativi alle cause di esclusione di cui al presente articolo, si applica l'articolo 43, del decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445; 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. . . .*".

5.1 - Non è questa la sede per affrontare ex professo le questioni relative alla applicazione delle disposizioni del comma 10 dell'articolo 16-*bis* del d.l. 29 novembre 2008, n. 185 (convertito in legge dalla legge 28 gennaio 2009, n. 2), ancorché applicabile *ratione temporis* alla fattispecie (al riguardo va tuttavia sottolineato che il Tar Molise nella sentenza 717/2009 citata ha affermato che "*Il tenore testuale della disposizione, ed i principi di cui essa è espressa attuazione, . . . i, depongono per la perentorietà della disposizione, che pertanto non può essere interpretata come se introducesse una mera facoltà per l'amministrazione (interpretazione che, tra l'altro, renderebbe la disposizione quasi totalmente priva di utilità)*".

A prescindere da disposizioni, infatti, il Collegio deve rilevare che stante il tenore delle disposizioni dell'articolo 38, la mancata presentazione del Durc già all'atto della presentazione dell'offerta non può essere ritenuta causa di esclusione dalla gara.

5.2 - In proposito va precisato quanto segue, sulla base di quel consolidato e condiviso insegnamento giurisprudenziale che si caratterizza per l'approccio formalistico alle problematiche sottese alla richiesta regolarità contributiva.

1) A norma dell'articolo 38, comma 1, lettera *i*), deve ritenersi che il requisito della regolarità contributiva delle imprese partecipanti a gare per l'aggiudicazione di appalti con la p.a. non solo deve essere presente al momento della offerta, ma deve essere assicurata pure in momenti successivi alla presentazione della domanda e dell'offerta e quindi certamente fino al momento della aggiudicazione, essendo palese l'esigenza per la stazione appaltante di verificare l'affidabilità del soggetto partecipante alla gara fino alla conclusione della stessa (cfr. Cons. Stato, IV, 31 maggio 2007, n. 2876);

2) L'articolo 38 del d.lgs. n. 163/2006, peraltro, indica anche una differenza tra la regolarità contributiva richiesta al partecipante alla gara e la regolarità contributiva richiesta all'aggiudicatario al fine della stipula del contratto. Infatti, il concorrente 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. Invece, al fine della stipula del contratto, l'affidatario deve presentare la certificazione di regolarità contributiva ai sensi dell'articolo 2 del d.l. n. 210/2002 cit. (articolo 38, comma 3 del d.lgs. n. 163/2006. Il d.u.r.c. regolare, poi, è requisito che accompagna l'intera fase di esecuzione del contratto, essendo necessario al fine del pagamento secondo gli stati di avanzamento e al fine del pagamento della rata di saldo dopo il collaudo;

3) A causa della inderogabilità e imperatività della disciplina in materia di regolarità contributiva, nel caso in cui un bando di gara di appalto pubblico non preveda l'obbligo per

l'impresa che risulti aggiudicataria di presentare alla stazione appaltante la certificazione relativa alla regolarità contributiva, il medesimo bando deve intendersi integrato dalla prescrizione di tale obbligo di cui all'articolo 2 del D.L. 25 settembre 2002 n. 2010 (cfr. Consiglio di Stato, IV, 12 marzo 2009 n. 1458);

4) Tuttavia, come ribadito dal Consiglio di Stato nella decisione da ultima citata, "*una evidente logica di economia dei mezzi giuridici conduce a interpretare la norma nel senso di rendere doverosa l'esclusione dalla gara quante volte, la situazione di irregolarità sia conclamata alla stregua della documentazione amministrativa in possesso della stazione appaltante, in uno stadio anteriore all'intervento dell'aggiudicazione*" atteso che la regolarità va accertata già in capo al mero partecipante (che in ipotesi può essere affidatario) e in tale senso non può ravvedersi una diversità di rigidità della disciplina tra partecipanti e affidatari".

5) Può, dunque, conclusivamente affermarsi che il requisito della regolarità contributiva è requisito indispensabile non solo per la stipulazione del contratto, bensì per la stessa partecipazione alla gara: è conseguentemente necessario che l'impresa sia in regola con i relativi obblighi fin dalla presentazione della domanda e che conservi tale regolarità per tutto lo svolgimento della procedura, essendo tale requisito indice rivelatore della correttezza dell'impresa nei rapporti con le proprie maestranze.

5.3 – Alla stregua delle suesposte considerazioni è perciò ragionevole ritenere che a fronte della dichiarazione di essere in regola con i relativi adempimenti in materia di contributi (v. bando, punto 13.1 lettera b) resa dai concorrenti in sede di richiesta di partecipazione alla gara e in presenza dell'impegno a produrre il DURC all'atto dell'aggiudicazione, la mancata allegazione del DURC all'offerta non potesse costituire legittima causa di esclusione (cfr. Consiglio di Stato, VI, 4 agosto 2009 n. 4906).

Può infatti conclusivamente sostenersi che il comportamento tenuto nella fattispecie dall'Amministrazione se da un lato va stigmatizzato per il mancato coordinamento fra le prescrizioni del bando e quelle della lettera di invito (ma entrambi gli atti costituiscono la *lex specialis* di gara), dall'altro non presenta vizi di legittimità suscettibili di favorevole apprezzamento e quindi tali da condurre all'annullamento delle operazioni di gara e a maggior ragione dell'aggiudicazione a favore della Cooperativa Ce.Si, la cui regolarità contributiva già all'epoca della richiesta di partecipazione alla gara è assolutamente incontestata.

Ed invero, la previsione contenuta al punto 15 lettera s del bando (comunque oggetto di ricorso incidentale) - se si privilegia un'interpretazione sistematica della stessa, in armonia con le altre clausole del bando e con la specifica disciplina del DURC - non impedisce all'Amministrazione di richiedere un eventuale completamento della documentazione di gara, ai sensi dell'articolo 46, d.lgs. n. 163 del 2006 (cfr. T.A.R. Campania, Napoli, I, 23 aprile 2009 n. 2146 che ammette l'interpretazione sistematica *solo in caso di evidente incertezza di significato e di palese contraddittorietà fra clausole della lex specialis*).

5.4 - In merito al principio della integrazione documentale, sancito in via generale dall'articolo 6 comma 1 lettera b) della legge 7 agosto 1990 n. 241, va rilevato che tale principio è stato introdotto in materia di contratti pubblici dall'articolo 46 del d.lgs n. 163 del 2006 in attuazione della corrispondente disposizione contenuta nella Direttiva 2004/18/CE.

Esso ha la sua *ratio* nella esigenza di assicurare la massima partecipazione alle gare di appalto, evitando che l'esito delle stesse possa essere alterato da carenze di ordine meramente formale nella documentazione comprovante il possesso dei requisiti dei partecipanti.

La giurisprudenza ha tuttavia sottolineato che l'integrazione documentale è sempre ammessa solo se essa non costituisca un mezzo per supplire ad eventuali omissioni del concorrente (cfr.

Consiglio Stato, V, 27 marzo 2009 n. 1840; T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, 15 dicembre 2009 n. 1295; T.A.R. Sardegna, I, 9 ottobre 2009 , n. 1537).

5.5 - E dunque, nella fattispecie, la legittimità dell'agire dell'Amministrazione trova giustificazione non solo nella specificità del requisito della regolarità contributiva e della sua verifica, ma anche in tale orientamento giurisprudenziale.

6. – Per tutte le ragioni fin qui esposte il ricorso principale deve essere respinto e conseguentemente il ricorso incidentale della controinteressata va dichiarato improcedibile per sopravvenuto difetto di interesse alla sua decisione.

Peraltro, la questione trattata presenta tratti di peculiarità tali da indurre il Collegio a compensare integralmente fra le parti le spese e competenze del giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Emilia-Romagna - Bologna, I sezione respinge il ricorso principale e dichiara improcedibile il ricorso incidentale.

Spese compensate.

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

Così deciso in Bologna nelle camere di consiglio dei giorni 8 e 30 aprile 2010 e con l'intervento dei Magistrati:

Rosaria Trizzino, Presidente, Estensore

Grazia Brini, Consigliere

Sergio Fina, Consigliere

DEPOSITATA IN SEGRETERIA il 07/06/2010.