



N.1141/2009

Reg. Dec.

N. 6556 Reg. Ric.

Anno 2008

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

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta) ha pronunciato la seguente

**D E C I S I O N E**

sul ricorso in appello NRG 6556/2008 proposto dallo Istituto Autonomo Case Popolari – I.A.C.P. per la Provincia di Lecce, nella persona del legale rappresentante, rappresentato e difeso dall'avvocato Riccardo Marzo ed elettivamente domiciliato in Roma Viale Mazzini n. 131 presso lo studio Serra;

**contro**

la Ditta individuale Masellis Metalmeccanica di Maselli Nicola, in persona del titolare legale rappresentante, rappresentato e difeso dall'avvocato Prof. Ernesto Sticchi Damiani presso lo studio del quale domicilia in Roma Via Bocca di Leone n. 78;

**e nei confronti**

della Edil Tecno Costruzioni s.n.c. di Piliego Emilio e Braga Roberto non costituita in giudizio;

**per l'annullamento**

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale  
per la Puglia – III Sezione di Lecce n. 17/2008;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione della appellata;

Vista le memorie prodotte dalle parti;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore alla pubblica Udienza del 9 gennaio 2009 il  
Consigliere A. Anastasi; udito l'avvocato Serra per delega  
dell'avvocato Marzo e l'avvocato Sticchi Damiani;

Visto il dispositivo di decisione n. 4 del 2009;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue.

**FATTO**

Nel mese di maggio del 2007 l'I.A.C.P. per la Provincia di  
Lecce ha indetto una gara aperta per l'affidamento di lavori di  
ristrutturazione di un immobile di proprietà, da aggiudicare  
col criterio del massimo ribasso e dell'esclusione automatica  
delle offerte anomale (purchè in presenza di un numero di  
offerte superiore a 5).

Nella seduta del 5 giugno 2007 la Commissione aggiudicava  
l'appalto in via provvisoria alla Edil Tecno Costruzioni s.n.c.,  
mentre l'offerta della odierna appellata Ditta Masellis  
Metalmeccanica veniva giudicata anomala ed esclusa.

L'istituto richiedeva quindi a tutte le 7 imprese partecipanti di  
comprovare quanto dichiarato in tema di regolarità

contributiva mediante esibizione del d.u.r.c., riferito alla data di presentazione della relativa dichiarazione e quindi in concreto – per la appellata – alla data del 29 maggio 2007.

La Masellis ha prodotto il documento unico recante però la data del 28 maggio.

Con determinazione pubblicata il 6 dicembre 2007 la Commissione ha escluso la Masellis dalla procedura per mancata dimostrazione del possesso del requisito della regolarità contributiva, con escussione della cauzione provvisoria e segnalazione del fatto alla relativa Autorità di vigilanza.

Con la stessa determinazione venivano escluse per irregolarità contributiva altre tre partecipanti e veniva confermata l'aggiudicazione provvisoria in favore della Edil Tecno Costruzioni s.n.c..

La Maselli ha quindi impugnato tale ultima deliberazione, non soltanto per evitare l'incameramento della cauzione e la segnalazione ma anche per conseguire l'appalto.

In tal senso la ricorrente ha dedotto: a) che il numero dei partecipanti ammessi si era ridotto a quattro; b) che pertanto non si applicava più il meccanismo di esclusione automatica delle offerte anomale; c) che infine, se riammessa in gara dal giudice, sarebbe risultata vincitrice avendo preposto il massimo ribasso.

Nel merito, la ricorrente sosteneva sotto vari profili di aver esaurientemente dimostrato la propria regolarità contributiva, a prescindere dallo scarto (di un giorno) tra la data di presentazione della dichiarazione e la data di attestazione d.u.r.c.

Con la sentenza in epigrafe indicata il Tribunale ha in sostanza accolto la tesi della ricorrente, rilevando da un lato che la prima esclusione (quella per anomalia) era stata in sostanza superata o revocata per effetto della seconda esclusione (quella per irregolarità contributiva); dall'altro che questa seconda esclusione era illegittima, avendo l'Impresa provato nei fatti la sua regolarità contributiva.

La sentenza è impugnata con l'atto di appello all'esame dall'Istituto che ne domanda l'integrale riforma.

Deduce l'appellante che la Masellis non è stata mai, nemmeno implicitamente, riammessa alla gara e che la determinazione del 6 dicembre era esclusivamente finalizzata alla adozione dei provvedimenti sanzionatori conseguenti alla mancata dimostrazione, da parte della concorrente, dei requisiti di regolarità contributiva dichiarati all'atto della presentazione dell'offerta.

Nel merito evidenzia l'appellante Istituto che l'Impresa, benchè raggiunta da espressa richiesta di integrazione documentale, non ha mai prodotto un certificato regolare.

Si è costituita l'appellata, instando per il rigetto del gravame.

All'Udienza del 9 gennaio il ricorso è stato trattenuto in decisione.

### **DIRITTO**

L'appello è fondato e va pertanto accolto.

Il ricorso di primo grado non sembra infatti meritevole di accoglimento in quanto l'impresa oggi appellata per un verso non ha contestato la esclusione per anomalia dell'offerta e, per l'altro, non ha mai prodotto - onde comprovare quanto dichiarato nella domanda di partecipazione - il documento di regolarità contributiva richiesto a più riprese dall'Amministrazione appaltante.

Tanto premesso in sintesi, può procedersi all'esame della controversia sulla scorta dei motivi versati dall'appellante e delle censure, contenute nel ricorso introduttivo, non esaminate dal Tribunale e qui riproposte dalla appellata in forma incidentale semplificata.

Con il motivo che conviene prioritariamente esaminare l'Istituto sostiene che la (seconda) deliberazione del 6 dicembre non concretizza, come erroneamente ritenuto dal T.A.R., una rinnovazione della gara, con implicita riammissione alla procedura della Masellis, già esclusa per anomalia dell'offerta.

La citata delibera, infatti, è esclusivamente finalizzata a trarre le conseguenze previste dal bando in caso di mancata dimostrazione da parte delle imprese partecipanti dei requisiti

(nel caso, di regolarità contributiva) attestati in sede di presentazione dell'offerta.

Questa tesi è da condividere.

Si premette per chiarezza che la deliberazione è stata adottata il 19 novembre 2007 e pubblicata all'Albo dell'Istituto alla data indicata dall'appellante.

Ciò premesso, pur riscontrandosi varie imprecisioni nel contesto delle formule terminative della deliberazione per cui è processo, nessun elemento autorizza a ritenere, a giudizio di questo Collegio, che l'Istituto abbia mai veramente inteso riaprire una procedura selettiva arrestatasi, per quanto riguarda la Masellis, con la esclusione automatica per anomalia dell'offerta disposta nell'inoppugnato verbale del 5 giugno.

D'altro canto, una volta espletata positivamente nei confronti dell'aggiudicataria provvisoria Edil Tecno la verifica prevista dalla normativa di riferimento di cui al D. L.vo n. 163 del 2006, non sussistevano i presupposti per la riapertura della gara stessa, dovendosi invece solo confermare l'aggiudicazione provvisoria già sottoposta alla condizione risolutiva legale.

Quanto sopra non comporta però, come sostiene l'appellante, che il ricorso originario fosse inammissibile per difetto di interesse: anche nell'impossibilità di conseguire l'aggiudicazione, residua pur sempre l'interesse dell'impresa

esclusa a non vedersi applicare le sanzioni divise dall'art. 48 comma 1 del Codice.

Con il secondo motivo d'appello l'Istituto deduce che ha errato il Tribunale nel ritenere che l'Impresa avesse in sostanza provato il possesso del requisito di regolarità contributiva.

Anche questo mezzo è fondato.

In fatto, risulta dagli atti che l'Istituto - dichiarando di avvalersi della facoltà di cui all'art. 48 del Codice - ha richiesto alle Imprese offerenti di comprovare mediante esibizione del D.U.R.C. riferito alla data di presentazione della domanda di partecipazione quanto ivi dichiarato in relazione al requisito di cui all'art. 38 c. 1 lettera i).

La appellata, che aveva formalizzato la relativa dichiarazione alla data 29 maggio 2007, ha presentato un Documento rilasciato il 28 maggio ed attestante la regolarità dei contributi INPS al 25 maggio e di quelli INAIL al 20 aprile.

Avendo l'Amministrazione contestato l'inadempimento, la Masellis da un lato richiamava la validità bimestrale del D.U.R.C., dall'altro affermava di essersi attivata per il rilascio di un nuovo DURC, che peraltro non è mai stato consegnato all'Amministrazione.

In tale contesto appare evidente, a giudizio di questo Collegio, che l'Impresa non ha mai effettivamente provato la regolarità della sua posizione contributiva, essendo evidente che il periodo di validità del documento o certificato non ha nulla a

che vedere con l'arco temporale oggetto effettivo di certificazione.

In altri termini, il DURC presentato valeva sì per un periodo bimestrale, ma attestava una situazione di regolarità riferibile ad una data antecedente a quella di presentazione della relativa dichiarazione.

In particolare, per quanto concerne l'INAIL deve sottolinearsi che il documento rappresentava una situazione antecedente alla scadenza mensile dei versamenti relativi, di talchè – tenendo conto del fatto che all'omissione non è mai stato posto riparo nel corso del procedimento e tenendo conto del rilievo pubblicistico degli adempimenti finalizzati alla protezione del lavoratore – non sembra al Collegio possibile configurare un comportamento di buona fede da parte dell'offerente o una ipotesi di errore scusabile.

Nè può sostenersi che all'omissione avrebbe potuto supplire un accertamento d'ufficio ai sensi dell'art. 43 del T.U. n. 445 del 2000 in quanto da un lato ciò, nel caso concreto e visto il tenore del non gravato disciplinare di gara, avrebbe comportato una evidente violazione della *par condicio* tra i concorrenti; dall'altro, secondo consolidata giurisprudenza, in tema di regolarità contributiva la stazione appaltante non può far altro che prendere atto della certificazione, senza poterne in alcun modo sindacarne le risultanze, come del resto avviene con riferimento a qualsiasi certificazione acquisita per



comprovare requisiti il cui accertamento è demandato ad altre Amministrazione. (cfr. V Sez. n. 4273 del 2007).

I rilievi ora svolti valgono anche per disattendere la censura – contenuta nel ricorso introduttivo – mediante la quale l'Impresa denuncia la sproporzione tra l'inadempimento addebitatole e la sanzione irrogata.

Da disattendere è anche l'ulteriore censura mediante la quale la ricorrente ha dedotto sotto un duplice profilo l'illegittimità della richiesta rivolta dall'Amministrazione a tutti i concorrenti.

Secondo l'Impresa ricorrente, infatti, l'Istituto da un lato ha errato nel richiedere a tutti i concorrenti, e non al solo aggiudicatario, di comprovare la sussistenza dei requisiti dichiarati in seno alla domanda di partecipazione; dall'altro ha comunque inoltrato tale richiesta quando le buste contenenti l'offerta economica erano state già aperte, in violazione della scansione procedimentale imposta dall'art. 48 del Codice.

Ancorchè suggestivamente dedotti questi rilievi a giudizio del Collegio non colgono nel segno.

Per quanto riguarda il novero dei soggetti da controllare, infatti, l'art. 48 comma 1 del Codice fissa solo il numero minimo (il 10% dei partecipanti) dei concorrenti le cui dichiarazioni vanno controllate.

Per quanto riguarda la inversione procedimentale, poi, rileva nella presente controversia il particolare disposto dell'art. 2

comma secondo del Disciplinare allegato al bando, il quale facoltizza la stazione appaltante a non effettuare il sorteggio previsto dall'art. 48 ma fa al contempo salva la sua potestà di controllo evidentemente successivo.

In ogni caso, per questa parte, l'impresa sembra difettare di interesse, in quanto l'anticipo della verifica non avrebbe potuto recarle vantaggio.

La complessa questione relativa alla tipologia dei requisiti (generalisti o speciali) la cui mancata comprova dà luogo alle sanzioni ex art. 48 non va invece approfondita, esulando dall'ambito del giudizio di primo grado.

Infine, per quanto riguarda la decisione di incameramento della cauzione provvisoria, essa – secondo quanto risulta dagli atti e come si è osservato sopra – risale in realtà a data alla quale era in pieno corso di validità la fideiussione con la quale l'Impresa aveva fornito la cauzione stessa, non venendo quindi in rilievo alcun vizio di legittimità del provvedimento amministrativo.

Sulla scorta delle considerazioni che precedono l'appello va quindi accolto, con integrale riforma della sentenza impugnata e rigetto del ricorso originario.

Le spese del giudizio sono poste a carico della soccombente Ditta Masellis e sono liquidate forfettariamente nel dispositivo.

**PQM**

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione IV), definitivamente pronunciando, accoglie l'appello. riforma la sentenza impugnata e respinge il ricorso di primo grado.

Condanna l'appellata al pagamento di Euro 5000,00 per le spese di giudizio.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Roma il 9 gennaio 2009 dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quarta, nella Camera di Consiglio con l'intervento dei Signori:

Gaetano TROTTA	Presidente
Giuseppe ROMEO	Consigliere
Antonino ANASTASI	Consigliere, est.
Sergio DE FELICE	Consigliere
Sandro AURELI	Consigliere
L'ESTENSORE	IL PRESIDENTE
Antonino Anastasi	Gaetano Trotta

IL SEGRETARIO

Rosario Giorgio Carnabuci

**Depositata in Segreteria**

26/02/2009

(Art. 55, L. 27.4.1982, n. 186)

Per / Il Dirigente

Sig. Nusca Maria Grazia