

N. 04541/2010 REG.DEC.
N. 09597/2009 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 Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

DECISIONE

Sul ricorso numero di registro generale 9597 del 2009, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Valdelsa Costruzioni s.r.l., rappresentata e difesa dagli avv. Raffaele Izzo e Diego Vaiano, con domicilio eletto presso lo studio Vaiano - Izzo in Roma, Lungotevere Marzio n. 3;

contro

Provincia di Siena, rappresentata e difesa dall'avv. Domenico Iaria, con domicilio eletto presso lo studio Lessona in Roma, corso Vittorio Emanuele II n. 18;

nei confronti di

Eco 88 s.r.l.;

per la riforma

del dispositivo di sentenza n. 46/2009 e della sentenza n. 1606/2009

del T.A.R. TOSCANA - FIRENZE: SEZIONE I, resi tra le parti, concernenti APPALTO LAVORI E FORNITURE NECESSARIE PER LA REALIZZAZIONE DI INTERVENTI DI SISTEMAZIONE STRADALE.

Visto il ricorso in appello ed i motivi aggiunti, con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Provincia di Siena;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 aprile 2010 il Cons. Angelica Dell'Utri e uditi per le parti gli avvocati Izzo e Chierroni, quest' ultimo su delega dell' avv. Iaria;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con atto notificato in date 18 e 23 novembre 2009 e depositato il 30 seguente la Valdelsa Costruzioni s.r.l., seconda graduata nella gara indetta dalla Provincia di Siena per l'affidamento di lavori di sistemazione del Fosso Orlando nel Comune di Monteriggioni, poi esclusa per irregolarità contributiva – attestata nel DURC prodotto in sede di verifica del possesso dei requisiti dichiarati, a seguito dell'aggiudicazione provvisoria – alla data del 5 maggio 2009, di presentazione della sua offerta, ha appellato il dispositivo di sentenza 20 ottobre 2009 n. 46 del Tribunale amministrativo regionale per la

Toscana, sezione prima, recante reiezione del ricorso da ella proposto avverso l'esclusione. Premesso, tra l'altro, di aver spiegato che l'assunta irregolarità era da riferirsi alla circostanza che per disguidi della banca non risultava versato il compenso dovuto al 30 aprile 2009, in realtà versato il 5 maggio ma con valuta per il beneficiario all'8 seguente, l'appellante ha dedotto:

1.- Erroneità del dispositivo di decisione nella parte in cui non ha riconosciuto l'illegittimità dei provvedimenti impugnati per violazione e falsa applicazione degli artt. 3, 24 e 97 della Costituzione; violazione e falsa applicazione dei punti 1.3 ed 1.3.d) del bando di gara; violazione e falsa applicazione dell'art. 38, co. 1, lett. i), e co. 4 e dell'art. 46 del d.lgs. n. 163/2006; violazione e falsa applicazione degli artt. 3 e 97 Cost.; violazione e falsa applicazione dell'art. 45, co. 3, della direttiva 2004/18/CE.

2.- Erroneità del dispositivo di decisione nella parte in cui non ha riconosciuto l'illegittimità dei provvedimenti impugnati per violazione del principio di massima apertura della gara; violazione e falsa applicazione dell'art. 2, co. 1, e dell'art. 38, co. 1, d.lgs. n. 163/2006; violazione e falsa applicazione dell'art. 29, co. 1, lett. e) ed f) della direttiva 92/50/CEE; violazione e falsa applicazione della L.R. Toscana n. 38/2007; eccesso di potere per illogicità, irragionevolezza, disparità di trattamento, carenza di istruttoria e di motivazione.

Pubblicata in data 11 novembre 2009 la sentenza n. 1606, con atto

inviato per la notifica il 30 dicembre 2009 e depositato il giorno seguente la Valdelsa costruzioni ha proposto motivi aggiunti di erroneità della sentenza nella parte in cui non ha riconosciuto l'illegittimità dei provvedimenti impugnati per violazione e falsa applicazione degli artt. 3, 24 e 97 della Costituzione; violazione e falsa applicazione dei punti 1.3 ed 1.3.d) del bando di gara; violazione e falsa applicazione dell'art. 38, co. 1, lett. i), e co. 4 e dell'art. 46 del d.lgs. n. 163/2006; violazione e falsa applicazione degli artt. 3 e 97 Cost.; violazione e falsa applicazione dell'art. 45, co. 3, della direttiva 2004/18/CE.

L'Amministrazione provinciale di Siena si è costituita in giudizio ed ha svolto ampie controdeduzioni con memorie del 15 dicembre 2009 e 4 febbraio 2010.

All'odierna udienza pubblica l'appello è stato posto in decisione.

DIRITTO

Si discute della gara indetta dalla Provincia di Siena per l'affidamento di lavori pubblici, con termine di scadenza al 27 maggio 2008 per la presentazione delle domande di partecipazione. Al punto 1.3.a della parte seconda del relativo disciplinare si prescriveva la produzione, in allegato alla domanda, di una dichiarazione sostitutiva in ordine, tra l'altro, alla non ricorrenza delle "condizioni previste dall'art. 38, comma 1, lettere a), b), c) d), e), f), g), h), i), l), m), m-bis) del D.Lgs. n. 163 del 12.3.2006". L'attuale appellante Valdelsa Costruzioni s.r.l. produceva in data 5 maggio 2008 domanda di partecipazione,

allegando alla medesima la prescritta dichiarazione. All'esito della procedura, la Valdelsa si collocava al secondo posto della graduatoria, sicché la Provincia procedeva anche nei suoi confronti alla verifica delle dichiarazioni dei requisiti di ordine generale acquisendo il DURC riferito alla data di presentazione dell'offerta, dal quale però risultava la non regolarità contributiva al 5 maggio 2008. Con nota datata 13 giugno 2008 la Valdelsa precisava che l'irregolarità era dovuta a "disguidi con la Banca", avendo ella effettuato il versamento dei contributi nella stessa giornata del 5 maggio 2008, come da ricevuta del disposto bonifico in favore della Cassa Edile (recante la data dell'8 maggio 2008 quale valuta del beneficiario), e chiedeva l'acquisizione di altro DURC successivo. Tuttavia l'Amministrazione, previa comunicazione di avvio del procedimento diretto all'esclusione per insussistenza del requisito di cui al richiamato art. 38, co. 1, lett. i), con provvedimento dirigenziale del 6 ottobre 2008 annullava l'aggiudicazione provvisoria per essere risultata priva di altri requisiti anche la prima classificata, dunque entrambe da escludere dalla gara; poi con successivo provvedimento riformulava la graduatoria disponendo l'aggiudicazione in favore della Eco 88 s.r.l..

Con la sentenza appellata in questa sede il TAR ha respinto il ricorso proposto da Valdelsa Costruzioni, osservando – in estrema sintesi – che, ai fini dell'integrazione del requisito in parola, concernente la regolarità contributiva, occorre distinguere il momento iniziale della

partecipazione alla gara, in cui il requisito deve sussistere alla data di presentazione della relativa domanda, ossia del primo contatto dell'impresa con l'amministrazione aggiudicatrice, e non quella della scadenza del termine di presentazione della stessa domanda (anche per evitare che i concorrenti possano essere indotti a regolarizzare la propria posizione solo se ed in quanto si prospettino concrete possibilità di esito positivo della procedura a cui hanno chiesto di partecipare), ed il momento successivo di conclusione della gara, quanto meno in via provvisoria, ed in vista dell'aggiudicazione definitiva; nel primo momento, l'irregolarità contributiva della Valdelsa Costruzioni non integra di per sé la condizione ostativa alla partecipazione alla gara di cui all'art. 38, co. 1, lett. i), occorrendo una valutazione discrezionale della stazione appaltante in merito ai profili della gravità della violazione e della sua definitività; nel secondo momento, invece, non necessita di tali valutazioni, tenuto conto sia della scelta operata dal legislatore di attribuire agli enti previdenziali ed assicurativi la competenza esclusiva a certificare la regolarità contributiva attraverso il DURC (pur sempre riferito anche alla data di presentazione della domanda di partecipazione alla gara), sia, nella specie, del disposto dell'art. 17 della legge regionale 13 luglio 2007 n. 38, richiamato nel provvedimento impugnato, secondo cui "La stazione appaltante procede all'aggiudicazione definitiva solo dopo aver verificato, mediante l'acquisizione del documento unico di regolarità contributiva (DURC), la regolarità contributiva ed

assicurativa dell'impresa risultata provvisoriamente aggiudicataria riferita alla data di presentazione dell'offerta". In ordine, poi, alla contestazione dell'avvenuta considerazione come giorno utile per la regolarizzazione della data della valuta per il destinatario, anziché quella di effettuazione del bonifico, il primo giudice, premesso che è circostanza nota come qualsiasi bonifico non venga accreditato lo stesso giorno della disposizione, ha ritenuto che debba essere fatto riferimento al momento in cui la Cassa Edile ha ottenuto la disponibilità della somma.

Ciò posto, la Sezione ritiene che le conclusioni alle quali è pervenuta la pronuncia meritino di essere pienamente condivise.

A proposito della censura secondo cui, ai sensi dell'art. 38, co. 1, lett. i), l'Amministrazione non avrebbe potuto legittimamente arrestarsi alla presa d'atto del responso sintetico fornito col DURC, dovendo effettuare un'autonoma valutazione della gravità e definitività della violazione, il Collegio rileva che la Valdelsa Costruzioni non ha posto in grado la Provincia di effettuare tale valutazione nella fase di ammissione alla gara, avendo ella dichiarato non l'irregolarità in cui era incorsa, bensì di non aver commesso violazioni gravi e definitivamente accertate, tenuto altresì conto che siffatta valutazione, da un lato, riguarda il momento di ammissione del concorrente alla gara e, dall'altro lato, è attribuita dal legislatore all'amministrazione e non al concorrente (cfr., su quest'ultimo punto, Cons. St., sez. V, 23 marzo 2009 n. 1755 e sez. IV, 19 febbraio 2009

n. 740). Neppure sussiste, dunque, la pretesa contraddittorietà tra l'ammissione della concorrente alla gara e l'impugnato provvedimento espulsivo.

Alla medesima valutazione la Provincia di Siena non era invece tenuta in sede di verifica dei requisiti dichiarati dopo l'aggiudicazione provvisoria ed ai fini dell'aggiudicazione definitiva. Al riguardo, basta rilevare come tanto sia escluso dalla norma regionale menzionata dal primo giudice, ossia dall'art. 17 della legge regionale n. 38 del 2007, applicabile, ai sensi del precedente art. 2, co. 1, lett. b, anche agli enti locali ricadenti nel territorio regionale, espressamente richiamata nell'atto impugnato in primo grado "in merito alla verifica della regolarità contributiva ed assicurativa", in conformità al disposto del disciplinare (paragrafo "procedura di aggiudicazione", pag. 19), sulla cui applicabilità non v'è comunque censura alcuna.

Ebbene, come rilevato dal TAR, tale norma è particolarmente puntuale tanto nel prescrivere che la verifica della regolarità contributiva ed assicurativa dell'aggiudicatario provvisoria, da eseguirsi ai fini dell'aggiudicazione definitiva, sia effettuata "mediante l'acquisizione del documento unico di regolarità contributiva (DURC)", quanto nel riferire la verifica stessa "alla data di presentazione dell'offerta", quindi non a quella prefissata quale termine ultimo per la presentazione delle domande di partecipazione. Null'altro, quindi, doveva fare l'Amministrazione se non acquisire il DURC, verificarne il contenuto negativo ed espellere la concorrente.

Le considerazioni appena esposte privano di rilievo le censure concernenti la data di effettuazione del pagamento in contrapposizione a quella di valuta, avuto riguardo all'affidamento da parte del legislatore nazionale, nella specie confermato dal legislatore regionale con specifico riferimento alla predetta fase della procedura di gara, agli enti previdenziali ed assicurativi della competenza esclusiva a certificare la regolarità contributiva. In altri termini, nella specie, pur sulla base di quanto rappresentato dalla Valdelsa Costruzioni la Provincia non avrebbe potuto disattendere le risultanze del DURC, che come accennato attestava una situazione di irregolarità alla data del 5 maggio 2008. Ad ogni modo, il Collegio è dell'avviso che, trattandosi di obbligazione pecuniaria, ai sensi degli artt. 1182, comma 3, e 1183 cod. civ. l'adempimento si perfeziona nel luogo e nel tempo in cui il creditore entri in concreto nella disponibilità della somma di danaro, sicché non costituisce ancora adempimento e non ha pertanto effetto liberatorio l'ordine alla banca di disporre il bonifico (cfr. Cass. civ., sez. III, 10 luglio 2008 n. 18877, richiamata dall'appellata; cfr. altresì, in tema di consegna di assegno circolare, Cass., civ., sez. III, 10 marzo 2008 n. 6291 e 18 dicembre 2007 n. 26617).

Pertanto l'appello non può che essere respinto.

Come di regola, le spese del grado seguono la soccombenza e sono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, respinge l'appello in epigrafe.

Condanna parte appellante al pagamento, in favore della Provincia appellata, delle spese del grado che liquida in complessivi € 3.000,00 (tremila/00).

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

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

Stefano Baccharini, Presidente

Francesco Caringella, Consigliere

Roberto Chieppa, Consigliere

Adolfo Metro, Consigliere

Angelica Dell'Utri, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Il Segretario

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 13/07/2010

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

Il Dirigente della Sezione