

MASSIMA – Estratto della sentenza: “...Non pare superfluo aggiungere che le risultanze del DURC rilasciato alla stazione appaltante dagli enti previdenziali preposti sono per la stessa Amministrazione procedente vincolanti, non residuando un margine di apprezzamento sulla valutazione di gravità dell'inadempienza contributiva come chiarito dalla Adunanza Plenaria con la decisione n. 8 del 2012: “ai sensi e per gli effetti dell’art. 38, comma 1, lett. i), d.lgs. n. 163 del 2006, anche nel testo vigente anteriormente al d.l. n. 70 del 2011, secondo cui costituiscono causa di esclusione dalle gare di appalto le gravi violazioni alle norme in materia previdenziale e assistenziale, la nozione di “violazione grave” non è rimessa alla valutazione caso per caso della stazione appaltante, ma si desume dalla disciplina previdenziale, e in particolare dalla disciplina del documento unico di regolarità contributiva; ne consegue che la verifica della regolarità contributiva delle imprese partecipanti a procedure di gara per l’aggiudicazione di appalti con la pubblica amministrazione è demandata agli istituti di previdenza, le cui certificazioni (d.u.r.c.) si impongono alle stazioni appaltanti, che non possono sindacarne il contenuto”.

Consiglio di Stato n. 5464 del 27.12.2016

N. 05464/2016REG.PROV.COLL.

N. 02390/2014 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2390 del 2014, proposto dalla s.r.l. Smea, in persona del suo legale rappresentante “pro tempore”, rappresentata e difesa dagli avvocati Aristide De Vivo e Gianfranco Mobilio, con domicilio eletto presso l’avv. Simona Rinaldi Gallicani in Roma, via Baldo degli Ubaldi, 66;

contro

Università Politecnica delle Marche, in persona del legale rappresentante “pro tempore”, rappresentata e difesa per legge dall'Avvocatura generale dello Stato, domiciliata in Roma, via dei Portoghesi, 12;

per la riforma

della sentenza breve del T.A.R. MARCHE –ANCONA, n. 196/2014, resa tra le parti, concernente revoca di aggiudicazione definitiva di appalto per la fornitura e l'installazione di torri anemometriche a terra;

Visto il ricorso in appello, con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Università Politecnica delle Marche;

Viste le memorie difensive;

Vista l'ordinanza collegiale istruttoria della sezione n. 2337 del 2014;

Viste le note di chiarimento dell'INPS –sede di Avellino, e dell'INAIL –sede di Salerno;

Vista l'ordinanza della sezione n. 2632 del 2014 con la quale è stata respinta l'istanza cautelare presentata dall'appellante Smea;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del 1° dicembre 2016 il cons. Marco Buricelli e udito per la parte appellata l'avvocato dello Stato Galluzzo; nessuno comparso per l'appellante;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Il Tribunale amministrativo regionale per le Marche, con la sentenza n. 196 del 2014, ha respinto, compensando le spese, il ricorso proposto dalla s.r.l. SMEA avverso e per l'annullamento del provvedimento in data 16.10.2013 con il quale l'Università delle Marche aveva revocato l'aggiudicazione definitiva dell'appalto per la fornitura e la installazione di torri anemometriche a terra (SMEA era stata infatti dichiarata aggiudicataria della fornitura con atto del 1°7.2013) disponendo nel contempo l'escussione della cauzione provvisoria e la segnalazione del fatto all'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici (AVCP).

La decisione di revocare l'aggiudicazione definitiva è maturata in esito alla verifica dei requisiti di cui all'art. 38 del d. lgs. n. 163 del 2006, effettuata dall'Università ai sensi dell'art. 48, comma 2, del medesimo decreto legislativo.

Il legale rappresentante della SMEA, nella istanza di ammissione alla procedura, aveva reso una dichiarazione positiva in materia di regolarità contributiva.

L'Università, eseguiti i controlli prescritti, ha comunicato alla impresa la sussistenza di una situazione di irregolarità per quanto riguarda l'assolvimento degli obblighi contributivi.

A sostegno della decisione di rigetto del ricorso la sentenza di primo grado ha, in sintesi:

-osservato che l'art. 8, comma 3, del d. m. del 24 ottobre 2007 consente il rilascio del DURC al fine della partecipazione alla gara anche in presenza di inadempienze contributive purché non gravi, intendendosi per non 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 a 100 euro;

-rilevato che in sede di controllo sull'esistenza dei requisiti in capo all'aggiudicatario dev'essere verificata la piena regolarità contributiva;

-considerato che, nella specie, dal provvedimento di revoca dell'aggiudicazione del 16.10.2013 e dalla documentazione in atti emerge che in sede di verifica dei requisiti dell'aggiudicatario, sulla richiesta di DURC della stazione appaltante è stato emesso un documento di non regolarità contributiva per debiti INPS per oltre 11.700 euro e per versamenti ancora dovuti all'INAIL per un importo di euro 1455: dal che, la ritenuta legittimità della impugnata revoca dell'aggiudicazione;

-respinto la censura di carenza di motivazione, avendo la stazione appaltante esplicitato in modo congruo "le valutazioni in base alle quali l'amministrazione ha concluso per l'insussistenza della piena regolarità contributiva";

-giudicato infondato il motivo di violazione dell'art. 10 -bis della l. n. 241 del 1990, e ciò sull'assunto che le procedure per l'affidamento di contratti pubblici non ricadono nella sfera di applicazione dell'obbligo di preavviso di rigetto;

-ritenuta priva di fondamento la dedotta violazione dell'art. 31, comma 8, del d. l. n. 69 del 2013, convertito dalla l. n. 98 del 2013, poiché l'invito alla regolarizzazione della propria posizione contenuto nella disposizione suddetta "non introduce alcuna sanatoria per la fattispecie di mancanza del requisito di regolarità contributiva dell'aggiudicatario di una procedura a evidenza pubblica";

-respinto il profilo di censura basato sulla violazione dell'articolo 38, lett. h), del d. lgs. n. 163 del 2006 in tema di presentazione di falsa dichiarazione o di falsa documentazione in merito a requisiti e condizioni rilevanti per la partecipazione a procedure di gara;

-rigettato la domanda di risarcimento del danno, non avendo il Tar ravvisato nella fattispecie una ingiusta lesione di un affidamento suscettibile di ristoro.

2. La società SMEA ha proposto appello censurando statuizioni e argomentazioni della sentenza.

La motivazione della decisione primo grado è stata ritenuta dall'appellante "minimalista", "rectius" "superficiale" e "monca" sotto diversi profili.

Nel dedurre, sub I), "error in iudicando et in procedendo – violazione degli artt. 1, 2, 3, 34 e 60 c.p.a. in relazione all'art. 112 c.p.c. - omessa pronuncia", l'appellante rileva l'erroneità della sentenza di primo grado nella parte in cui il Tar avrebbe omesso di pronunciarsi sulla illegittimità degli atti impugnati in relazione alla corrispondenza intercorsa tra l'Università e gli istituti previdenziali (in particolare, l'INPS –sede di Avellino e l'INAIL –sede di Salerno), con riferimento

in particolare al contenuto contraddittorio e non univoco dei DURC. L'omissione di pronuncia del Tar sul punto risulta evidente.

Con il secondo motivo di gravame, concernente “error in iudicando et in procedendo – violazione e falsa applicazione degli artt. 1, 2, 3, 34 e 60 c.p.a. anche in relazione all'art. 31 del d. l. n. 69/2013”, l'appellante deduce l'erroneità della sentenza impugnata nella parte in cui si afferma che il citato art. 31 non avrebbe introdotto una sanatoria per le fattispecie di mancanza del requisito della regolarità contributiva dell'aggiudicatario di una procedura a evidenza pubblica. Con l'appello si ribadisce che la disposizione sopra richiamata mira a evitare una esclusione rigida e automatica dei partecipanti che si trovino in una situazione di lieve difficoltà in un momento particolarmente critico dell'economia.

Con il terzo motivo, recante “error in iudicando et in procedendo – violazione di legge per difetto di motivazione – eccesso di potere per sviamento, contraddittorietà e irrilevanza del fatto”, è riproposta in sostanza la censura di difetto di motivazione già formulata in primo grado e disattesa con la sentenza impugnata. In particolare, con l'appello si sostiene che a fronte delle osservazioni di SMEA sulle risultanze contraddittorie dei DURC, l'Amministrazione non avrebbe esplicitato in modo compiuto, nel provvedimento di revoca, le ragioni per le quali aveva ritenuto di non aderire alle rimostranze della parte privata. La violazione dell'art. 3 della l. n. 241 del 1990 risulterebbe evidente.

Con il quarto motivo di ricorso, intitolato “error in iudicando ed in procedendo – eccesso di potere per difetto di istruttoria – sviamento – contraddittorietà – carenza di motivazione”, si deduce nuovamente che l'Amministrazione avrebbe dovuto tenere in debito conto le risultanze contraddittorie dei differenti DURC emessi a partire dal mese di luglio del 2013 e valorizzare, pertanto, l'autodichiarazione di regolarità contributiva presentata dalla ricorrente confermando dunque l'aggiudicazione definitiva della gara in favore della stessa SMEA, anche alla luce del non grave scostamento contributivo e della modestia degli importi assunti come non versati. Si ribadisce inoltre come, ai sensi dell'art. 31, comma 8, del d. l. n. 69 del 2013, l'Amministrazione avrebbe potuto e dovuto ammettere la ricorrente a sanatoria.

Con il quinto motivo di appello, concernente “error in iudicando et in procedendo – violazione di legge (art. 12 del d. lgs. n. 157 del 1995, sostituito dall'art. 38, lett. h), del d. lgs. n. 163 del 2006) – omessa pronuncia – violazione dell'art. 112 c.p.c. “, l'appellante deduce l'illegittimità della disposta revoca stante l'esistenza di una mera discordanza priva di rilievo, che si è tradotta in una inedita misura punitiva a carico della concorrente.

L'Università si è costituita per resistere.

Con ordinanza collegiale n. 2337 del 2014 la sezione ha disposto incumbenti istruttori a carico di INPS e INAIL, adempiuti i quali questa stessa sezione, con ordinanza n. 2632 del 2014, ha respinto l'istanza cautelare di SMEA e ciò sull'assunto che dalle attestazioni richieste in sede istruttoria, e depositate dall'INPS –Avellino e dall'INAIL –Salerno, “risulta che alla data fissata quale termine per la presentazione delle offerte (22 marzo 2013) la situazione contributiva della società appellante non era regolare”: dal che, l'insussistenza del “fumus boni iuris” della domanda cautelare.

All'udienza del 1°.12.2016 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

3.L'appello è infondato e va respinto.

La sentenza del Tar –quantunque assai sintetica nella sua motivazione, ma non sommaria- merita di essere confermata, con alcune integrazioni e precisazioni.

I motivi d'appello riassunti sopra al p. 2. possono essere esaminati in modo congiunto, essendo in misura notevole somiglianti e in qualche punto ripetitivi.

In via preliminare, in relazione al profilo di censura sub D), inerente alla dedotta omessa pronuncia da parte del giudice di primo grado in ordine ai risultati della corrispondenza intercorsa tra l'Università, l'INPS e l'INAIL, con riferimento in particolare al contenuto asseritamente contraddittorio e non univoco dei DURC, pare il caso di ribadire, con la giurisprudenza di questo Consiglio di Stato (v. Cons. St. , sez. IV, n. 98 del 2006), che il vizio ex art. 112 c.p.c. non comporta (salvo casi limite non ravvisabili però nella fattispecie in esame) l'annullamento con rinvio della sentenza gravata ma impone al contrario al Giudice di appello di scrutinare la doglianza o le doglianze di cui si lamenta l'omessa disamina.

Come è noto infatti, "l'omessa pronuncia su un vizio del provvedimento impugnato deve essere accertata con riferimento alla motivazione della sentenza nel suo complesso, senza privilegiare gli aspetti formali, cosicché essa può ritenersi sussistente soltanto nell'ipotesi in cui risulti non essere stato esaminato il punto controverso e non quando, al contrario, la decisione sul motivo d'impugnazione risulti implicitamente da un'affermazione decisoria di segno contrario ed incompatibile" (tra le tante, già in passato, Consiglio Stato , sez. VI, 6 maggio 2008, n. 2009).

A questo riguardo, come si ricava dalla sintesi della motivazione della decisione di primo grado esposta sopra al p. 2. , il Tar ha deciso la causa considerando anzitutto sussistente, e comprovata in maniera adeguata, sulla base della documentazione in atti, una situazione di irregolarità contributiva significativa, “risolvendo” in questo modo, solo implicitamente ma non per questo meno sicuramente nel senso della non fondatezza della tesi propugnata da SMEA, la problematica relativa all'affermato contenuto “contraddittorio e non univoco” dei DURC susseguitisi nel tempo.

Pertanto il Collegio ritiene che la sentenza impugnata non sia viziata per omessa pronuncia in relazione al disposto di cui all'art. 112 c.p.c. .

Ciò posto, passando all'esame degli elementi di doglianza “sostanziali”, ai fini della reiezione dell'appello è decisivo rilevare quanto segue.

In primo luogo va rammentato in termini generali l'obbligo dell'impresa partecipante a una procedura di gara di essere in regola con l'assolvimento degli obblighi previdenziali e assistenziali fin dalla presentazione dell'offerta (nella specie, alla data del 22 marzo 2013) e di conservare tale stato per tutta la durata della procedura di aggiudicazione e del rapporto con la stazione appaltante, restando dunque irrilevante un eventuale adempimento tardivo dell'obbligazione contributiva (cfr. Cons. St. , Ad. plen. n. 5 del 2016).

In relazione a uno dei profili di censura principali formulati con l'appello dev'essere in particolare rimarcato che il coordinamento tra l' art. 31, comma 8, del d. l. n. 69 del 2013, conv. con modificazioni dalla l. n. 98 del 2013, secondo il quale “ai fini della verifica per il rilascio del documento unico di regolarità contributiva (DURC), in caso di mancanza dei requisiti per il rilascio di tale documento gli Enti preposti al rilascio, prima dell'emissione del DURC o dell'annullamento del documento già rilasciato, invitano l'interessato, mediante posta elettronica certificata o con lo stesso mezzo per il tramite del consulente del lavoro ovvero degli altri soggetti di cui all'articolo 1 della legge 11 gennaio 1979, n. 12, a regolarizzare la propria posizione entro un termine non superiore a quindici giorni, indicando analiticamente le cause della irregolarità”; e la disciplina sulle

gare pubbliche, è stato risolto da Cons. Stato, Ad. plen. , con la sentenza n. 5 del 2016 nel senso che “anche dopo l’entrata in vigore dell’art. 31, comma 8, del decreto legge 21 giugno 2013 n. 69, (Disposizioni urgenti per il rilancio dell’economia), convertito con modificazioni dalla legge 9 agosto 2013, n. 98, non sono consentite regolarizzazioni postume della posizione previdenziale, dovendo l’impresa essere in regola con l’assolvimento degli obblighi previdenziali ed assistenziali fin dalla presentazione dell’offerta e conservare tale stato per tutta la durata della procedura di aggiudicazione e del rapporto con la stazione appaltante, restando dunque irrilevante un eventuale adempimento tardivo dell’obbligazione contributiva. L’istituto dell’invito alla regolarizzazione (il c.d. preavviso di DURC negativo), già previsto dall’art. 7, comma 3, del decreto ministeriale 24 ottobre 2007 e ora recepito a livello legislativo dall’art. 31, comma 8, del decreto legge 21 giugno 2013 n. 69, può operare solo nei rapporti tra impresa ed Ente previdenziale, ossia con riferimento al DURC chiesto dall’impresa e non anche al DURC richiesto dalla stazione appaltante per la verifica della veridicità dell’autodichiarazione resa ai sensi dell’art. 38, comma 1, lettera i) ai fini della partecipazione alla gara d’appalto».

L’impresa deve essere cioè in regola con i versamenti previdenziali e assistenziali fin dalla presentazione dell’offerta, non rilevando ai fini della regolare partecipazione alla gara un eventuale assolvimento successivo: difatti, l’invito alla regolarizzazione disciplinato dal d. m. 24 ottobre 2007 e dall’articolo 31, comma 8, del citato d. l. n. 69/2013 non viene esteso al DURC richiesto dalla stazione appaltante per la verifica del requisito di cui all’articolo 38, comma 1, lett. i) del d. lgs. n. 163 del 2006.

Non pare superfluo aggiungere che le risultanze del DURC rilasciato alla stazione appaltante dagli enti previdenziali preposti sono per la stessa Amministrazione procedente vincolanti, non residuando un margine di apprezzamento sulla valutazione di gravità dell’inadempienza contributiva come chiarito dalla Adunanza Plenaria con la decisione n. 8 del 2012: “ai sensi e per gli effetti dell’art. 38, comma 1, lett. i), d.lgs. n. 163 del 2006, anche nel testo vigente anteriormente al d.l. n. 70 del 2011, secondo cui costituiscono causa di esclusione dalle gare di appalto le gravi violazioni alle norme in materia previdenziale e assistenziale, la nozione di “violazione grave” non è rimessa alla valutazione caso per caso della stazione appaltante, ma si desume dalla disciplina previdenziale, e in particolare dalla disciplina del documento unico di regolarità contributiva; ne consegue che la verifica della regolarità contributiva delle imprese partecipanti a procedure di gara per l’aggiudicazione di appalti con la pubblica amministrazione è demandata agli istituti di previdenza, le cui certificazioni (d.u.r.c.) si impongono alle stazioni appaltanti, che non possono sindacarne il contenuto”

Guardando adesso più da vicino il caso in esame, in modo corretto e condivisibile il giudice di primo grado (con una decisione avallata tra l’altro da questa sezione nella fase cautelare: v. ord. Cons. Stato, sez. VI, n. 2632 del 2014), ha considerato sussistente una situazione di irregolarità contributiva significativa alla data (22 marzo 2013) della presentazione della domanda di ammissione alla procedura (nonché alla data intercorrente tra il momento dell’aggiudicazione dell’appalto a SMEA -1°.7.2013- e la data -16.10.2013- della emanazione del provvedimento di revoca dell’aggiudicazione medesima).

Dagli atti di causa emerge in particolare quanto segue:

-anzitutto, che al momento di presentare la domanda di ammissione, la società aveva dichiarato di essere in regola con la situazione contributiva;

-dal DURC rilasciato il 29.7.2013 risulta una irregolarità contributiva INPS per un importo di € 11.728;

-dal DURC del 26.8.2013 si evince una irregolarità contributiva INPS per un ammontare di € 8.425;

-col DURC INAIL del 30.9.2013 è stato certificato che la società SMEA, alla data del 22.3.2013, termine ultimo per la presentazione delle offerte, risultava non in regola con il versamento dei premi INAIL per l'importo di € 1.455;

-all'esito dell'istruttoria è emerso inoltre che la Direzione INPS di Avellino, con nota prot. n. 0800.26/05/2014.0094929 ha puntualizzato che il DURC richiesto dall'Università Politecnica delle Marche, in data 12.7.2013, per "verifica autodichiarazione", relativamente alla situazione contributiva della SMEA alla data del 25.3.2013, è stato correttamente rilasciato con la dicitura "non in regola" poiché l'impresa alla data suddetta non era, appunto, in regola con l'assolvimento dell'obbligo contributivo (con la nota citata la Direzione INPS precisa di avere emesso un DURC con motivazione "in regola", riferito alla data del 25.3.2013, "per un mero errore materiale" e "che pertanto non è da considerarsi valido");

-dal canto proprio la Direzione INAIL di Salerno, con documentata nota in data 17.6.2013, in atti, ha precisato che il primo DURC del 12.7.2013 riguardava la regolarità contributiva alla data del 25.3.2013, data alla quale l'impresa non era in regola ma, "per un mero errore materiale", l'istruttoria eseguita dalla sede INAIL di Salerno "si concludeva positivamente" (il DURC tuttavia veniva emesso "non regolare" poiché l'INPS aveva concluso la sua istruttoria negativamente). Anche il successivo DURC, richiesto in data 17.7.2013, veniva emesso "non regolare" sia per l'INAIL che per l'INPS (debiti insoluti INPS, circa € 22.674; omesso versamento premi assicurativi INAIL per un importo di € 744). Il terzo DURC nuovamente richiesto dalla stazione appaltante il 31.7.2013, ai fini della verifica della autocertificazione del 25.3.2013, veniva emesso "non regolare" (in particolare, debiti insoluti INPS per € 8.425). Soltanto il quarto DURC, richiesto dalla società SMEA il 30.8.2013, per "agevolazioni/finanziamenti/sovvenzioni/autorizzazioni", veniva emesso con la dicitura "regolare" poiché l'impresa aveva nel frattempo provveduto a versare gli importi scoperti. Con la nota si precisa infine che la verifica di correttezza contributiva di SMEA "cristallizzata" alla data del 23-25.3.2013 era da ritenersi non regolare e che "la regolarità o non regolarità del DURC dipende dalla tipologia della richiesta, oltre che dal periodo a cui si riferisce la regolarità, pertanto, possiamo concludere che in qualsiasi periodo fosse stato richiesto il DURC per "verifica autodichiarazione alla data del 23/03/2013", questo sarebbe stato sempre e comunque non regolare".

Le reiterate certificazioni DURC, rilasciate dagli enti previdenziali competenti, sono idonee a comprovare la posizione gravemente irregolare della società SMEA alla data della scadenza del termine per la presentazione della offerta.

La documentazione in atti e i chiarimenti forniti dall'INPS –Avellino e dall'INAIL –Salerno su richiesta della sezione sconfessano la contraddittorietà e la non univocità delle risultanze documentali rilevate con l'appello, e consentono di superare anche i profili di carenza di motivazione e di insufficiente istruttoria vanamente ribaditi dall'appellante.

Risulta pienamente integrata la previsione di esclusione dalla procedura di cui all'art. 38, lett. i) del d. lgs. n. 163 del 2006 (in disparte il rilievo per cui SMEA aveva dichiarato una circostanza non veritiera in sede di gara, astrattamente in grado di giustificare l'esclusione ex art. 38/h) del d. lgs. n. 163 del 2006, attestando di essere in regola con gli obblighi in materia contributiva).

In conclusione l'appello va respinto e la sentenza impugnata confermata.

Le spese del grado del giudizio seguono la soccombenza e sono liquidate nel dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge confermando, per l'effetto, la sentenza impugnata.

Condanna l'appellante a rifondere all'appellata le spese del presente grado del giudizio, che si liquidano in complessivi € 5.000,00 (euro cinquemila/00).

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del 1° dicembre 2016 con l'intervento dei magistrati:

Ermanno de Francisco, Presidente

Roberto Giovagnoli, Consigliere

Bernhard Lageder, Consigliere

Marco Buricelli, Consigliere, Estensore

Francesco Mele, Consigliere

L'ESTENSORE

Marco Buricelli

IL PRESIDENTE

Ermanno de Francisco

IL SEGRETARIO