

MASSIMA – carenza di giurisdizione amministrativa in tema di valutazione del DURC per errori contenuti nel documento.

Consiglio di Stato n. 1321 del 12/03/2015

N. 01321/2015REG.PROV.COLL.

N. 07756/2014 REG.RIC.



IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello n. 7756 del 2014, proposto da DHI Di Nardi Holding Industriale s.p.a. ed Ecologica Falzarano s.r.l., in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, rappresentate e difese dagli avv.ti Paolo Stravino, Zina Scotti e Patrizia Scotti, ed elettivamente domiciliate, unitamente ai difensori, presso l'avv. Serena Lattanzi in Roma, via Gregorio VII n. 198, come da mandato in calce al ricorso introduttivo;

contro

Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, in persona del ministro legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, e presso la stessa domiciliato ex lege in Roma, via dei Portoghesi n.12; INPS Istituto nazionale della previdenza sociale, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avv.ti Antonino Sgroi, Lelio Maritato, Emanuele De Rose, Giuseppe Matano e Ester Ada Vita Sciplino ed elettivamente domiciliato presso i difensori in Roma, via Cesare Beccaria n. 29, come da mandato in calce al ricorso notificato;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Campania, sezione quarta, n. 3619 del 2 luglio 2014, redatta in forma semplificata ex art. 120 c.p.a., resa tra le parti e concernente la revoca dell'aggiudicazione del servizio di igiene urbana sul territorio comunale di Santa Maria Capua Vetere

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 gennaio 2015 il Cons. Diego Sabatino e uditi per le parti gli avvocati Del Vecchio, per delega dell'avvocato Stravino, Scotti, SgROI e l'avvocato dello Stato Bruni;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso iscritto al n. 7756 del 2014, DHI Di Nardi Holding Industriale s.p.a. ed Ecologica Falzarano s.r.l. propongono appello avverso la sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Campania, sezione quarta, n. 3619 del 2 luglio 2014 con la quale è stato respinto il ricorso proposto contro il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti e INPS Istituto nazionale della previdenza sociale per l'annullamento: a) del Decreto prot. 7180 del 4.3.2014 di revoca dell'aggiudicazione provvisoria dichiarata con verbale Rep. N.61SUA-CE dell'11.10.2013 del servizio di igiene urbana sul territorio comunale di Santa Maria Capua Vetere emesso in data 04/03/2014 (e comunicato in pari data) dal Provveditorato Interregionale per le Opere Pubbliche Campania e Molise nella qualità di Stazione Unica Appaltante di Caserta; b) delle sanzioni aggiuntive parimenti lesive quali: 1) l'escussione della cauzione provvisoria presentata dalla aggiudicataria con garanzia fideiussoria n.12323 rilasciata dalla Compagnia Assicurativa per l'importo di euro 218.866,18; 2) la segnalazione all'Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici ai sensi dell'art.38 comma ter del codice dei Contratti; 3) la connessa trasmissione alla competente Procura della Repubblica per dichiarazione mendace resa dal legale rappresentante; c) di tutti gli altri atti presupposti, connessi e consequenziali.

La vicenda in scrutinio ha origine dal momento in cui il Provveditorato interregionale per le opere pubbliche per la Campania e il Molise, con funzioni di stazione unica appaltante di Caserta, indiceva una procedura aperta di affidamento del servizio di igiene urbana ai sensi dell'art.55 del D.Lgs. n.163/06 per un periodo di anni cinque nel territorio del Comune di Santa Maria Capua Vetere, per un importo complessivo a base di gara di euro 21.886.617,81.

A tale procedura di gara partecipava DHI Di Nardi Holding Industriale s.p.a. che allo scopo di comprovare i requisiti richiesti dal bando di gara ricorreva all'istituto dell'avvalimento ai sensi dell'art.49 del D.Lgs.n.163/2006, indicando quale impresa ausiliaria, Ecologica Falzarano s.r.l..

Alla data di presentazione dell'offerta del 2.4.2013, la società ausiliaria dichiarava di essere in regola con la contribuzione previdenziale (avendo ottenuto un DURC regolare datato 27.3.2013) e successivamente, in data 7.4.2013, l'INPS inoltrava, sempre tramite PEC, un DURC, risultato irregolare in ragione di €.92.066,33.

Prevenivano due offerte di cui solo quella della DHI Di Nardi Holding Industriale s.p.a. superava la fase di preventivo controllo della documentazione amministrativa.

La società si aggiudicava quindi provvisoriamente l'affidamento del servizio.

In sede di successiva verifica sulla sussistenza dei requisiti dichiarati nella procedura di gara, tuttavia, la stazione appaltante acquisiva un'attestazione DURC del 29.10.2013 che attestava l'esistenza di un'irregolarità contributiva, per euro 92.066,93, in capo alla società ausiliaria, alla data di presentazione dell'offerta del 2.4.2013.

La stazione appaltante comunicava, quindi, con nota n.3431 del 3.2.2014, ex art.7 della legge n.241/90, l'avvio del procedimento di revoca dell'aggiudicazione provvisoria alla suindicata società DHI Di Nardi Holding Industriale s.p.a. e, all'esito dell'esame delle osservazioni presentate dalla Ecologica Falzarano s.r.l. , con Decreto prot. 7180 del 4.3.2014, disponeva, ai sensi dell'art.38, comma 1 lett. i) e comma 3, del decreto legislativo n.163/06:

- la revoca, in via di autotutela, dell'aggiudicazione provvisoria dichiarata nei confronti della società DHI Di Nardi Holding Industriale s.p.a. del servizio di igiene urbana sul territorio comunale di Santa Maria Capua Vetere;
- di procedere, ai sensi dell'art. 49, comma 3, e art. 75, comma, 6 del D.Lgs n.163/06, all'escussione della cauzione provvisoria presentata in sede di gara dalla DHI Di Nardi Holding Industriale s.p.a. con garanzia fideiussoria n.12323 rilasciata dalla Compagnia Assicurativa Lig Insurance s.a. per l'importo di euro 218.866.18;
- di inviare la segnalazione all'Autorità di Vigilanza sui contratti Pubblici, ai sensi dell'art. 38, comma 1 ter, del codice degli appalti, nonché la trasmissione alla competente Procura della Repubblica per quanto connesso e conseguente alla supposta mendace dichiarazione resa dal titolare e legale rappresentante della Ecologica Falzarano s.r.l.;
- di dichiarare deserta la procedura per l'affidamento del servizio de quo in quanto la società DHI Di Nardi Holding Industriale s.p.a., nei cui confronti si è predisposta la revoca dell'aggiudicazione, era l'unico operatore economico rimasto in gara.

Le parti ricorrenti, con ricorso notificato il 3.4.2014, impugnavano il suindicato Decreto prot. 7180 del 4.3.2014, chiedendone l'annullamento per i seguenti motivi:

- I) Violazione e falsa applicazione dell'art.38 comma 1 ter, lett. i), del codice dei contratti pubblici - eccesso di potere - falsità della causa - irragionevolezza - illogicità manifesta - violazione e falsa applicazione dell'art.7 D.M. del Ministero del Lavoro e della Previdenza del 24 ottobre 2007;
- II) Violazione e falsa applicazione dell'art.38, 48 e 75 D.Lgs. n.163/2006 - eccesso di potere per difetto di motivazione - eccesso di potere per erroneità dei presupposti - difetto di istruttoria, con il quale si sostiene che la stazione appaltante non avrebbe dovuto escutere la cauzione provvisoria né applicare le sanzioni aggiuntive.

Si sono costituiti in giudizio il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, a mezzo dell'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Napoli, e l'I.N.P.S., contestando la fondatezza della domanda.

All'udienza pubblica del 28 maggio 2014 il ricorso è stato discusso e deciso con la sentenza appellata, redatta in forma semplificata ex art. 120 c.p.a.. In essa, il T.A.R. riteneva infondate le

censure proposte, sottolineando la correttezza dell'operato della pubblica amministrazione, in relazione alla sostanziale automaticità delle conseguenze date dall'accertamento delle irregolarità sul DURC.

Contestando le statuizioni del primo giudice, le parti appellanti evidenziano l'errata ricostruzione in fatto ed in diritto operata dal giudice di prime cure, riproponendo in appello le proprie doglianze.

Nel giudizio di appello, si è costituita l'Avvocatura dello Stato per il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti e l'INPS Istituto nazionale della previdenza sociale, chiedendo di dichiarare inammissibile o, in via gradata, rigettare il ricorso.

Alla pubblica udienza del 13 gennaio 2015, il ricorso è stato discusso e assunto in decisione.

DIRITTO

1. - L'appello non è fondato e va respinto per i motivi di seguito precisati.
2. - L'appello è articolato con un unico motivo, articolato su più profili che rappresentano differenti ragioni di doglianza. La prima di queste attiene alla ritenuta erronea valutazione del T.A.R. sulla carenza di giurisdizione nel sindacato sull'esattezza del DURC emesso dall'INPS.
 - 2.1. - La censura non ha pregio e va respinta.

Occorre evidenziare come il tema dell'ambito d'indagine del giudice amministrativo sui contenuti del DURC documento unico di regolarità contributiva sia stato ora incisivamente conformato dalla sentenza del Consiglio di Stato ad. plen., 4 maggio 2012 n. 8 che, facendo chiarezza sui contrasti giurisprudenziali pregressi (cui fanno riferimento le appellanti) ha espresso il principio di diritto, che la Sezione espressamente condivide, per cui "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".

L'Adunanza plenaria è giunta a tale conclusione a seguito di una disamina che ha portato a enucleare i momenti essenziali della disciplina de qua (competenza tecnica degli enti previdenziali in merito alla valutazione della gravità o meno delle violazioni previdenziali; natura del DURC quale documento pubblico che certifica in modo ufficiale la sussistenza o meno della regolarità contributiva, da ascrivere al novero delle dichiarazioni di scienza, assistite da fede pubblica privilegiata ai sensi dell'art. 2700 c.c., e facenti piena prova fino a querela di falso; impossibilità per le stazioni appaltanti di valutare la gravità o meno delle violazioni previdenziali; rinvio del codice degli appalti alle valutazioni di gravità degli altri settori dell'ordinamento; vincolo per le stazioni appaltanti alle valutazioni dei competenti enti previdenziali) che sono stati successivamente valorizzati dalle sentenze successive.

Deve quindi condividersi l'assunto del T.A.R. sulla carenza di giurisdizione in tema di valutazione del DURC, atteso che gli eventuali errori contenuti in detto documento, involgendo posizioni di diritto soggettivo afferenti al sottostante rapporto contributivo, potranno essere corretti dal giudice

ordinario, o all'esito di proposizione di querela di falso, o a seguito di ordinaria controversia in materia di previdenza e di assistenza obbligatoria. Infatti, ciò che forma oggetto di valutazione ai fini del rilascio del certificato è la regolarità dei versamenti, ed in questo ambito ciò che viene in rilievo non è certo un rapporto pubblicistico, bensì un rapporto obbligatorio previdenziale di natura privatistica. In altri termini, il rapporto sostanziale di cui il DURC è mera attestazione si consuma interamente in ambito privatistico, senza che su di esso vengano ad incidere direttamente o indirettamente poteri pubblicistici, per cui il sindacato sullo stesso esula dall'ambito della giurisdizione, ancorché esclusiva, di cui è titolare il giudice amministrativo in materia di appalti (da ultimo, Consiglio di Stato, sez. V, 17 maggio 2013 n. 2682).

In questo senso, non ha pregio il richiamo alla natura esclusiva della giurisdizione amministrativa in materia di affidamento di appalti pubblici in quanto, intesa come vuole la parte, l'ampiezza della cognizione si allargherebbe a coprire non solo i fatti e i fatti – diritti, da conoscere incidenter tantum, ma anche i fatti – diritti, come quello in esame che inerisce a un accertamento fidefaciente, riservati alla cognizione in via principale di altra giurisdizione.

3. - Il superamento della prima questione, con accertamento della carenza di giurisdizione del giudice amministrativo, esclude parimenti la fondatezza della seconda questione sollevata, dove si lamentano vizi di formazione del DURC stesso per non aver consentito la regolarizzazione della situazione.

Carente la giurisdizione, le vicende sui contenuti sostanziali e sui vizi procedurali nella formazione del documento di regolarità contributiva non possono nemmeno essere valutate.

4. - Con il terzo profilo di doglianza, viene lamentata l'errata interpretazione degli artt. 38, 48 e 75 del codice degli appalti in relazione alla escussione della cauzione provvisoria e alla segnalazione del fatto all'autorità di vigilanza, ritenendo inestensibile il principio di estensione del detto incameramento a tutti i casi di esclusione della gara dei concorrenti. In questo caso, dalla mera esistenza di una irregolarità contributiva, peraltro ignota alla ricorrente al momento della dichiarazione, non potrebbero conseguire i penalizzanti effetti dell'incameramento della cauzione previsti per l'ipotesi di mancanza dei requisiti di capacità economica-finanziaria, né in via automatica la segnalazione alla AVCP e la comunicazione alla competente procura della Repubblica.

4.1. - La censura non ha pregio.

Il richiamo operato dal primo giudice alle affermazioni della sentenza del Consiglio di Stato, ad. plen. n. 8 del 2012, già sopra citata, consentono di evidenziare la carenza dell'argomento proposto. Ha notato infatti la detta pronuncia che "la possibilità di incamerare la cauzione provvisoria discende dall'art. 75, comma 6, d.lgs. n. 163 del 2006 e riguarda tutte le ipotesi di mancata sottoscrizione del contratto per fatto dell'affidatario, intendendosi per fatto dell'affidatario qualunque ostacolo alla stipulazione a lui riconducibile, dunque non solo il rifiuto di stipulare o il difetto di requisiti speciali, ma anche il difetto di requisiti generali di cui all'art. 38 citato. La segnalazione all'Autorità va fatta non solo nel caso di riscontrato difetto dei requisiti di ordine speciale in sede di controllo a campione, ma anche in caso di accertamento negativo sul possesso dei requisiti di ordine generale."

Si è quindi in presenza di una serie di adempimenti dovuti e collegati al mero fatto dell'affidatario, senza alcuna ulteriore indagine se non quella dell'efficacia causale in merito alla mancata sottoscrizione del contratto.

Del pari è del tutto doverosa, e collegata alla posizione istituzionale della stazione appaltante, la comunicazione fatta alla Procura della Repubblica, in vista dell'accertamento di eventuali fatti penalmente rilevanti, dove sarebbe stata rilevante, dal punto di vista penalistico, la mancata comunicazione all'ufficio requirente.

5. - Le questioni appena vagliate esauriscono la vicenda sottoposta alla Sezione, essendo stati toccati tutti gli aspetti rilevanti a norma dell'art. 112 c.p.c., in aderenza al principio sostanziale di corrispondenza tra il chiesto e pronunciato (come chiarito dalla giurisprudenza costante, ex plurimis, per le affermazioni più risalenti, Cassazione civile, sez. II, 22 marzo 1995 n. 3260 e, per quelle più recenti, Cassazione civile, sez. V, 16 maggio 2012 n. 7663). Gli argomenti di doglianza non espressamente esaminati sono stati dal Collegio ritenuti non rilevanti ai fini della decisione e comunque inidonei a supportare una conclusione di tipo diverso.

6. - L'appello va quindi respinto. Le spese processuali seguono la soccombenza e si liquidano come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando in merito al ricorso in epigrafe, così provvede:

1. Respinge l'appello n. 7756 del 2014;

2. Condanna DHI Di Nardi Holding Industriale s.p.a. ed Ecologica Falzarano s.r.l., in solido tra loro, a rifondere al Ministero delle infrastrutture e dei trasporti e a INPS Istituto nazionale della previdenza sociale le spese del presente grado di giudizio, che liquida, in favore di ognuna delle parti resistenti e controinteressate costituite, in €. 3.000,00 (euro tremila) oltre I.V.A., C.N.A.P. e rimborso spese generali, come per legge.

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

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del 13 gennaio 2015, dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale – Sezione Quarta - con la partecipazione dei signori:

Goffredo Zaccardi, Presidente

Sandro Aureli, Consigliere

Diego Sabatino, Consigliere, Estensore

Silvestro Maria Russo, Consigliere

Leonardo Spagnoletti, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 12/03/2015

IL SEGRETARIO

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