Consiglio di Stato, Sez. V, 19 novembre 2009, n.7255

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

DECISIONE

Sul ricorso numero di registro generale **3437/2007**, proposto da: R. S.r.l. quale mandante al 50% A.T.I., rappresentata e difesa dagli avv. F. C. B., S. G., con domicilio eletto presso G. G. in Roma;

contro

Provincia Autonoma di T., rappresentata e difesa dagli avv. M. D. S., F.L., N. P., con domicilio eletto presso F. L. in Roma;

nei confronti di

A.T.I. – C. G. R. A. S.p.A., rappresentata e difesa dagli avv. F. B., M. S., con domicilio eletto presso S. in Roma;
A.T.I. – B. G. A., A.T.I. – T. T. S. G., H. S. C. A R.L.;

per la riforma

della sentenza del T.r.g.a. - Della Provincia Di Trento **n. 00031/2007**, resa tra le parti, concernente GARA PER AGGIUDICAZIONE SERVIZIO.

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;
Viste le memorie difensive;
Visti tutti gli atti della causa;
Visto l'art. 23 bis comma sesto della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, introdotto dalla legge 21 luglio 2000, n. 205;
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 14 luglio 2009 il dott. Francesca Quadri e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

La ricorrente , quale mandante al 50% dell'ATI tra le imprese S. c. H. H. a r.l. e R. s.r.l. ricorrente in primo grado, propone appello avverso la sentenza del TAR T. A. A. - sede di T. con cui è stato respinto il ricorso per l'annullamento della determinazione del D. della P. A. di T., S. a., c. e g. g. n.11 del 20.7.2006 prot. n. 10110/S111, avente ad oggetto l'annullamento dell'aggiudicazione alla medesima ATI del servizio "rilievo lidar della Provincia Autonoma di T." , a causa di irregolarità della posizione dell'impresa R. s.r.l. nei riguardi degli obblighi assicurativi e contributivi ex art. 12, comma 1, lett. d) D. Lgs. n.157/95, e la contestuale aggiudicazione alla seconda classificata ATI tra le imprese C. G. r. a. s.p.a., B. G. a., T. T. s. G.
Sostiene l'appellante che erroneamente il primo giudice avrebbe respinto il motivo di ricorso fondato sulla violazione dell'art. 12 D.Lgs. n. 157/95 e dell'art 38 D.Lgs. n. 163/2006 attesa la mancanza del requisito della gravità della violazione degli obblighi contributivi , considerata l'esiguità degli importi contestati e la mancata notifica alla R. s.r.l. di un provvedimento sanzionatorio. La censura dovrebbe intendersi estesa alla clausola del bando che prevede l'automaticità dell'aggiudicazione alla concorrente che segue in graduatoria in caso di dichiarazione contrastante con le risultanze del D.U.R.C.(documento unico di regolarità contributiva).
La sentenza sarebbe altresì erronea e contraddittoria per non avere considerato la circostanza dell'avvenuta regolarizzazione contributiva anteriormente all'avvio del procedimento di verifica da parte della Provincia Autonoma, antecedentemente all'aggiudicazione e perché, pur non attribuendo il primo giudice al D.U.R.C. il valore di certificazione, non ne avrebbe riconosciuto in base ai fatti considerati l'erroneità del contenuto.

Sostiene ancora l'appellante che, contrariamente a quanto stabilito dal TAR, nessuna violazione dell'obbligo di diligenza avrebbe potuto esserle opposta, essendosi essa attivata il 31.01.2005 – precedentemente all'indizione della gara – allo scopo di ottenere dall'INAIL attestazione di regolarità contributiva, rimanendo tale richiesta senza risposta.
Si sono costituite la Provincia Autonoma di T. e la C. G. riprese aeree, in proprio e come capogruppo dell'ATI, resistendo ai motivi di appello.
Con ordinanza di questa Sezione **n. 2288** del 14 aprile 2009 è stato ordinato alla ricorrente di depositare tutta la documentazione inerente la causa civile pendente dinanzi alla Corte d'Appello di B. volta a stabilire l'effettiva posizione debitoria della R. s.r.l. nei confronti dell'INAIL.
Parte appellante ha depositato la documentazione attinente al giudizio instaurato dinanzi all'autorità giudiziaria ordinaria di B. contro l'INAIL per l'accertamento della regolarità contributiva, domanda respinta in primo grado con sentenza del Tribunale di B., Sez. Lavoro, n.489/2008 , impugnata dinanzi alla Corte d'Appello .
In prossimità dell'udienza di discussione sono state depositate memorie.
All'udienza del 14 luglio 2009 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

Occorre preliminarmente riassumere i fatti relativi all'accertamento della regolarità contributiva da parte della R. s.r.l. come emergono dai documenti versati in atti.
In data 2 aprile 2002 veniva redatto verbale di accertamento con cui l'INAIL provvedeva a variare l'inquadramento tariffario della R. s.r.l. costituendo una diversa posizione assicurativa per il personale operante presso il laboratorio fotografico , con variazione dell'aliquota dei premi.
Con successive raccomandate del 19.12.2003, venivano comunicati all'impresa i nuovi dati classificativi a seguito della variazione di cui al verbale di accertamento 2.4.2002 con richiesta di pagamento, cui la R. non si adeguava. Il 31.1.2005 l'impresa presentava all'INAIL un'istanza volta all'attestazione della regolarità riguardo agli obblighi contributivi, istanza rimasta inevasa da parte dell'Istituto.
A causa del mancato pagamento, il credito veniva iscritto a ruolo, con conseguente notifica, nel febbraio 2006, di due cartelle di pagamento, l'una relativa alle differenze premio, interessi e sanzioni , per euro 1.376,55, l'altra per sole sanzioni per euro 639,64. Successivamente alla notifica delle cartelle , la Rossi provvedeva al pagamento, il 23 marzo 2006.
Il bando di gara indetto il 22.8.2005 per l'affidamento del servizio "rilievo lidar della Provincia autonoma di T." richiedeva che il rappresentante dell'impresa dichiarasse di non trovarsi in nessuna delle cause di esclusione di cui all'art. 12 del D.Lgs. n. 157/95 , prevedendo che la verifica della non corrispondenza della dichiarazione alla documentazione avrebbe comportato l'aggiudicazione al concorrente seguente in graduatoria e le ulteriori conseguenze previste dalla legge, compreso l'incameramento della cauzione. La dichiarazione veniva prestata in data 12 ottobre 2005 dal rappresentante dell'impresa che, in ATI con la società H. H. a r.l., si aggiudicava l'appalto in data 17.5.2006.
Successivamente all'acquisizione del D.U.R.C. (documento unico di regolarità contributiva) da parte dell'amministrazione , risultava tuttavia l'irregolarità della posizione contributiva della R. s.r.l.

alla data del 12.10.2005 per mancato versamento dei premi assicurativi per l'anno 2004 per l'importo di euro 2.016,19.
Veniva quindi avviato il procedimento di esclusione dalla gara, conclusosi con il provvedimento di annullamento dell'aggiudicazione impugnato e l'incameramento della cauzione provvisoria.
Con il primo motivo, l'appellante censura la decisione di primo grado sostenendo che erroneamente il TAR non avrebbe preso in considerazione la mancanza, nella specie, del requisito della gravità della violazione degli obblighi contributivi. Muovendo dall'assunto della non obbligatorietà dell'esclusione per violazione degli obblighi contributivi ai sensi dell'art. 29 della Direttiva 92/50/CEE e dell'art. 45 della Direttiva 2004/18/CE, lamenta l'automaticità dell'esclusione operata dall'amministrazione , che non avrebbe reso note, attraverso la motivazione del proprio provvedimento, le ragioni per le quali l'esclusione sarebbe stata opportuna.
Il motivo è infondato.
In primo luogo, il Collegio giudica errato l'assunto secondo cui l'amministrazione avrebbe goduto di un potere discrezionale nel disporre l'esclusione dalla gara al verificarsi del presupposto considerato dall'art. 12 , comma 1, lett d) (violazione degli obblighi contributivi), applicabile ratione temporis alla gara in questione.
Invero, la facoltà di prevedere l'esclusione ("Può venir escluso…") concessa dall'art. 13 della Direttiva 92/50/CEE - che ha ad oggetto il coordinamento delle procedure nazionali in materia di appalti pubblici di servizi - è chiaramente indirizzata agli Stati membri tenuti al suo recepimento, ai quali è lasciata la valutazione dell'applicazione delle cause di esclusione elencate nell'art. 29, salvo il limite dell'impossibilità di prevedere cause di esclusione diverse da quelle ivi indicate e di rispetto dei principi generali di trasparenza e di parità di trattamento, con la facoltà di inserirle con un grado di rigore variabile , in funzione di considerazioni di ordine giuridico, economico o sociale prevalenti a livello nazionale (cfr. Corte di Giustizia delle Comunità Europee, sent. 9 febbraio 2006 in Cause riunite C- 226/04 e C- 228/04 e giurisprudenza della medesima Corte richiamata al punto 22). E' quindi certamente legittima sotto il profilo comunitario la scelta operata dal legislatore italiano in sede di recepimento della normativa europea nel senso di prescrivere l'obbligatorietà dell'esclusione in presenza della causa consistente nella violazione degli obblighi contributivi, con effetto vincolante per l'amministrazione aggiudicatrice, secondo quanto stabilito dall'art. 12 ("sono esclusi dalla partecipazione alle gare..") e la conforme clausola del bando. Ne discende l'infondatezza del motivo di appello con cui si sostiene la potestà discrezionale dell'amministrazione circa l'opportunità dell'esclusione, stante, per converso, la configurazione da parte della normativa nazionale di riferimento di un vero e proprio vincolo all'applicazione della sanzione dell'esclusione delle imprese prive dei requisiti partecipativi indicati (analogamente CdS , Sez. IV, 20 9. 2005, n. 4817, 12.3.2009, n. 1458).
Né può considerarsi immanente all'applicazione della sanzione dell'esclusione il requisito della gravità della violazione. Sul punto, correttamente il TAR ha considerato inapplicabile alla fattispecie l'art. 38, comma 1, lett. i) D.Lgs. n. 163 del 2006 , che ha innovativamente introdotto la connotazione di gravità della violazione, per essere tale disposizione entrata in vigore successivamente sia alla pubblicazione del bando che alla data di scadenza della domanda di partecipazione. Peraltro, va considerato che la dichiarazione negatoria di qualsivoglia irregolarità del rappresentante dell'impresa non avrebbe neanche messo in condizione

l'amministrazione aggiudicatrice di compiere la pretesa valutazione in ordine alla gravità della violazione - il cui difetto l'appellante intenderebbe ora imputare a negligenza della stazione appaltante- con ciò contravvenendo all'obbligo di rappresentare con fedeltà , diligenza e trasparenza la reale situazione in cui versava ai fini della verifica in ordine al possesso dei requisiti di partecipazione alla gara (cfr. CGA sent. 21.11.2006, n. 693). Il motivo va pertanto respinto.
L'appellante assume altresì l'erroneità della sentenza sotto il profilo della mancanza dell'accertamento della violazione.
Da un lato, sostiene che al momento della presentazione della domanda sarebbe mancato l'atto di accertamento, essendo stata la cartella esattoriale notificata solo nel febbraio 2006; dall'altro, afferma che al momento dell'aggiudicazione provvisoria (17.5.2006) la pendenza sarebbe risultata comunque sanata, avendo provveduto al relativo pagamento nel termine di legge.
Il motivo è infondato.
Va preliminarmente chiarito che se è vero che la disciplina comunitaria riserva alle normative nazionali di stabilire il momento entro il quale gli interessati devono avere effettuato i pagamenti corrispondenti al loro obbligo (termine per la presentazione della domanda di partecipazione, presentazione delle offerte, data di valutazione delle offerte o momento immediatamente precedente l'aggiudicazione dell'appalto), purché nel rispetto dei principi di trasparenza e di parità di trattamento, è altrettanto vero che la normativa nazionale in materia di appalti ha individuato tale momento in quello della richiesta di partecipazione alle procedure di affidamento. E' pertanto a partire da tale data che occorre avere riguardo per stabilire la sussistenza del requisito partecipativo in capo all'interessato. Irrilevante, pertanto, appare l'avvenuto assolvimento dell'obbligo mediante il pagamento dei contributi evasi e delle relative sanzioni in un momento successivo, sebbene precedente all'aggiudicazione provvisoria.
Né può ritenersi che al momento della domanda di partecipazione l'impresa non fosse a conoscenza della avvenuta violazione per non essere stato accertato il relativo obbligo.
Invero, risale al 2 aprile 2002 il verbale di accertamento, redatto in presenza del datore di lavoro e debitamente controfirmato, da cui risulta il diverso inquadramento della società (da settore industriale a settore terziario) rilevante al fine del calcolo dei maggiori oneri contributivi a carico dell'impresa. Successivamente, all'impresa veniva comunicato , con raccomandata in data 19.12.2003 ricevuta in data 14.1.04 (e dunque successivamente all'attestazione INAIL19.7.2002), il tasso applicabile per gli anni oggetto della classificazione nonché, per ogni posizione territoriale oggetto di variazione, i dati classificativi ed i premi dovuti, con invito a corrispondere il pagamento degli importi entro il 16.2.2004, salva l'applicazione delle sanzioni e degli interessi di mora e con avvertenza circa la possibilità di presentare ricorso entro trenta giorni presso i competenti organi. L'appellante non ha dimostrato né di avere ottemperato tempestivamente alla richiesta, né di aver proposto ricorso avverso l'accertamento e la riclassificazione , ma solo di avere inviato una richiesta all'INAIL di attestazione della propria regolarità assicurativa, rimasta senza risposta.
Né può assumere rilievo l'attestazione INAIL 8.6.2006 di regolarità contributiva riferita alla medesima data (8.6.2006), successiva cioè al pagamento della cartella esattoriale avvenuto alla data del 23.3.2006.

Alla luce delle risultanze documentali in atti, alla data di presentazione della domanda di partecipazione alla gara la violazione doveva dunque considerarsi accertata e non contestata attraverso gli ordinari strumenti di tutela (in modo da consentire – ove si propendesse per la necessità del definitivo accertamento pure anteriormente all'entrata in vigore dell'art. 38, comma 1 lett i) del Codice dei contratti pubblici (CdS Sez. VI 27.2.2008,n. 716) - in caso di esito vittorioso, una regolarizzazione successiva) e di tale accertamento era a conoscenza l'interessata che ciononostante presentava dichiarazione di non versare in alcuna delle cause di esclusione previste dall'art. 12 D. Lgs. N. 157/ 95. Del tutto legittimamente, dunque, l'amministrazione ha provveduto ad avviare il procedimento di annullamento dell'aggiudicazione non appena appresa, in base al D.U.R.C., la circostanza della irregolarità contributiva e ad adottare il relativo provvedimento, a ciò non ostando l'adempimento tardivo dell'obbligazione contributiva. Invero, ammettere la regolarizzazione ex post di un soggetto non in possesso di uno dei requisiti richiesti dalla legge e dal bando , quale quello della regolarità contributiva, comporterebbe una palese violazione della regola della par condicio tra i concorrenti ed una evidente disparità di trattamento nei confronti delle imprese che, conformemente alle disposizioni normative e della lex specialis, possedevano i medesimi requisiti al momento della presentazione della domanda. In linea con tali principi si configura quindi anche la clausola del bando che prevede l'esclusione automatica del concorrente non in possesso dei requisiti partecipativi. Si può quindi prescindere, data l'evidente infondatezza, dall'esame dell'eccezione di irricevibilità del motivo di appello riferito a tale clausola.
Quanto al valore da attribuire al DURC (attestante in riferimento alla data del 12.10.2005 l'irregolarità contributiva), va richiamato un principio consolidato, in base al quale in tema di regolarità contributiva la stazione appaltante non può far altro che prendere atto della certificazione senza poterne in alcun modo sindacare le risultanze (CdS sez.IV, 26.2.2009, n.1141, CdS sez. V, 25.8.2008, n. 4035). Ciò discende, oltre che dal valore certificativo dell'atto, dalla stessa ratio della normativa (art. 2 d.l. 25.9.2002, convertito con modificazioni dalla legge 22.11.2002, n. 266 e 86 , c. 10 d.lgs. 10.9.2003, n. 276) che ha demandato agli istituti di previdenza la verifica della regolarità contributiva delle imprese partecipanti alle procedure di gara, senza che all'amministrazione aggiudicatrice residui alcun margine di apprezzamento.
Quanto, infine, alla legittimità dell'incameramento della cauzione, il Collegio sottolinea che tra le funzioni della cauzione provvisoria vi è quella di garantire la veridicità delle dichiarazioni fornite dalle imprese in sede di partecipazione alle gare in ordine al possesso dei requisiti stabiliti dal bando, al fine di assicurare serietà e correttezza all'intero procedimento di gara e di liquidare forfetariamente il danno subito dalla stazione appaltante (CdS Sez. V 28.6.2004 n. 4789). Il suo incameramento è quindi conseguenza diretta ed automatica dell'inadempimento del partecipante. Tale funzione non viene meno per effetto dell'aggiudicazione provvisoria, quando questa risulti comunque superata per effetto della successiva esclusione dell'impresa aggiudicataria per assenza dei requisiti partecipativi. Correttamente il TAR ha poi ritenuto irrilevante l'avvenuta stipula della fideiussione definitiva all'esito dell'aggiudicazione, stante la diversa funzione delle due garanzie, l'una diretta ad assicurare la serietà della procedura di affidamento, l'altra diretta a garantire la corretta esecuzione del contratto. L'infondatezza dei motivi di appello diretti a far valere l'illegittimità dell'esclusione si

riflette, peraltro, anche sull’asserita illegittimità derivata dell’escussione della cauzione.
Il motivo va pertanto respinto.
In definitiva, sulla base delle suesposte considerazioni, l’appello merita integrale reiezione con conseguente conferma della sentenza di primo grado.
Le spese seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, definitivamente pronunciando,rigetta l’appello.
Condanna l’appellante al pagamento delle spese che si liquidano in euro 5.000,00, da dividere in misura eguale tra le parti resistenti.
Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'autorità amministrativa.
Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 14 luglio 2009 con l'intervento dei Magistrati:

Gianpiero Paolo Cirillo, Presidente
Cesare Lamberti, Consigliere
Filoreto D'Agostino, Consigliere
Giancarlo Montedoro, Consigliere
Francesca Quadri, Consigliere, Estensore