

N. 01431/2013 REG.PROV.COLL.
N. 00492/2012 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia

Lecce - Sezione Terza

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 492 del 2012, proposto da:

Avvenire Srl, rappresentata e difesa dagli avv. Raffaello Giuseppe Orofino, Angelo Giuseppe Orofino, con domicilio eletto presso l'avv. Marco Mancarella in Lecce, Vico Storto Carita' Vecchia, 3;

contro

Comune di Ginosa, rappresentato e difeso dall'avv. Angela Rita Semeraro, con domicilio eletto presso l'avv. Angelo Vantaggiato in Lecce, via Zanardelli 7;

nei confronti di

Teknoservice Srl, rappresentata e difesa dagli avv. Saverio Sticchi Damiani, Luigi Gili, con domicilio eletto presso l'avv. Saverio Sticchi Damiani in Lecce, via 95 Rgt Fanteria, 9;

Econord Spa, Tradeco, non costituite;

per l'annullamento

- a) della determinazione n. 173 del 7.3.2012;
- b) della nota prot. n. 7498 del 9.3.2012;

- c) della nota prot. n. 7926 del 13.3.2012;
- d) di ogni altro atto presupposto, connesso e/o consequenziale, ivi compreso il bando, il disciplinare di gara, la nota prot. n. 3580 del 2.2.2012 e la nota prot. n. 6100 del 27.2.2012 nella parte in cui ritenuti lesivi; nonché ancora:
- e) della determinazione n. 49 del 30.5.2012 avente ad oggetto l'esecuzione in via d'urgenza dell'affidamento del servizio di igiene urbana alla Teknoservice s.r.l.;
- f) della ordinanza sindacale prot. n. 15560 del 30.5.2012;
- g) della delibera di G.M. n. 129 del 29.5.2012;
- h) della determina comunale 340/2012 di aggiudicazione definitiva della gara alla Teknoservice;
- i) di ogni altro atto presupposto, connesso e/o consequenziale;
 - nonché per il risarcimento di tutti i danni cagionati alla ricorrente dagli atti gravati e dal comportamento tenuto dall'amministrazione resistente.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Ginosa e della Teknoservice Srl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 11 aprile 2013 il dott. Luca De Gennaro e uditi per le parti l'avv. Orofino, l'avv. Vantaggiato, in sostituzione dell'avv. Semeraro, e l'avv. Ernesto Sticchi Damiani, in sostituzione dell'avv. Saverio Sticchi Damiani;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Il Comune di Ginosa ha bandito nell'agosto 2011 una gara per

l'affidamento del servizio di igiene urbana.

La ricorrente Avvenire srl all'esito delle operazioni di gara è stata dichiarata aggiudicataria provvisoria con verbale del 29.12.2011.

A seguito dell'effettuazione delle verifiche sulla sussistenza dei requisiti soggettivi, l'aggiudicataria è però risultata, alla pari della seconda classificata, in una posizione di irregolarità contributiva alla data di presentazione della domanda di partecipazione alla gara.

Conseguentemente Avvenire srl è stata esclusa dalla gara per difetto di uno dei requisiti di partecipazione ex art. 38 D.lgs 163/2006. La gara è stata dunque aggiudicata in via provvisoria alla terza classificata Teknoservice, odierna controinteressata.

Avverso l'estromissione dalla gara e l'aggiudicazione alla Teknoservice è insorta Avvenire srl denunciando i seguenti vizi:

- falsa applicazione dell'art. 38 D.lgs. 163/2006, eccesso di potere;
- violazione dell'art. 4 DPR 207/2010, falsa applicazione dell'art. 38 D.lgs 163/2006, eccesso di potere;
- falsa applicazione dell'art. 38 D.lgs. 163/2006, violazione dell'art. 1 L. 241/1990, eccesso di potere.

Con motivi aggiunti è stata proposta impugnativa avverso l'aggiudicazione definitiva alla Teknoservice e l'affidamento anticipato alla stessa, prima del decorso del termine dilatorio di cui all'art. 11, comma 9 D.lgs. 163/2006.

All'udienza dell'11 aprile 2013 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

Il ricorso è infondato.

Le censure proposte in via principale possono essere oggetto di esame congiunto.

L'art. 38, comma 1, lett. i) D.lgs 163/2006 dispone che sono esclusi dalle procedura di appalto pubblico i partecipanti "che hanno commesso violazioni gravi, definitivamente accertate, alle norme in materia di contributi previdenziali e assistenziali, secondo la legislazione italiana".

Lo stesso art. 38, comma 2 - come modificato dal D.L. 13 maggio 2011, n. 70, convertito dalla L. 12 luglio 2011, n. 106 - precisa che ai fini del comma 1, lettera i), si intendono gravi quelle violazioni che sono ostative al rilascio del documento unico di regolarità contributiva.

Pertanto dopo la novella legislativa resta definitivamente chiarito che la mancanza di un DURC regolare comporta una presunzione legale *iuris et de iure* di gravità delle violazioni previdenziali, essendo la verifica della regolarità contributiva delle imprese partecipanti demandata agli istituti di previdenza, le cui certificazioni si impongono alle stazioni appaltanti.

Nel caso di specie l'Amministrazione ha acquisito agli atti di gara il DURC relativo alla ricorrente da cui risulta che la stessa Avvenire srl non era in posizione regolare dal punto di vista degli obblighi contributivi nei confronti di INPS e INAIL al momento della partecipazione alla gara. Tale irregolarità è stata confermata dagli approfondimenti svolti dalla stazione appaltante presso gli stessi enti previdenziali.

In base alle norme sopra citate la presenza di un DURC negativo alla data di presentazione della domanda di partecipazione alla gara obbliga la stazione appaltante ad escludere dalla procedura l'impresa interessata, senza che si possano effettuare apprezzamenti discrezionali in ordine alla gravità degli adempimenti, apprezzamenti impediti dal citato art. 38, comma 2 D.lgs 163/2006.

Inoltre, ai fini dell'ammissione alla procedura, non ha rilevanza per orientamento consolidato (cfr. Cons. Stato Ad. Plen. 8/2012) la regolarizzazione postuma, in quanto successiva alla domanda di partecipazione, della posizione contributiva; tale regolarizzazione, compiuta in corso di gara, vale solamente a eliminare il contenzioso tra l'impresa e l'ente previdenziale ma non ripristina retroattivamente le condizioni soggettive per partecipare alla procedura.

L'assenza del requisito della regolarità contributiva, costituendo condizione

di partecipazione alla gara, se non posseduto alla data di scadenza del termine di presentazione dell'offerta, non può infatti che comportare l'esclusione del concorrente non adempiente (sul punto espressamente Ad. Plen 8/2012).

L'inadempimento agli obblighi contributivi risulta poi definitivamente accertato, in quanto, oltre che riconosciuto implicitamente dall'impresa ricorrente con l'adempimento tardivo, non è stato oggetto di contestazione o impugnativa, come puntualmente verificato dall'Amministrazione (cfr. determina 173/2012).

Non è poi condivisibile la doglianza secondo cui l'Amministrazione avrebbe dovuto tenere conto dell'esistenza di crediti di Avvenire srl nei confronti di alcune amministrazioni locali per importi rilevanti; occorre innanzitutto precisare non sussiste la possibilità per l'impresa di porre in compensazione i crediti esigibili nei confronti di amministrazioni comunali con il debito previdenziale vantato da INPS e INAIL, possibilità che all'epoca della vicenda di cui è causa non era prevista da alcuna disposizione normativa.

L'invocato art. 4 DPR 207/2010, che prevede un meccanismo di supplenza da parte delle stazioni appaltanti in caso di morosità degli obblighi previdenziali, è una disposizione che mira a favorire il pagamento degli oneri contributivi ma che non giustifica l'impresa inadempiente per essere venuta meno ai suoi doveri nei confronti degli enti di previdenza; la mancata attivazione del suddetto meccanismo, a prescindere dalla sua concreta applicabilità nel caso concreto, non fa dunque venir meno le conseguenze derivanti dagli inadempimenti degli obblighi contributivi di cui l'impresa è personalmente responsabile e che incidono sui diritti dei lavoratori, le finanze pubbliche e la par condicio tra le imprese.

Del tutto inammissibile infine è la censura relativa alla violazione dell'art. 7 DM 24.10.2007 ("gli Istituti, le Casse edili e gli Enti bilaterali, prima

dell'emissione del DURC o dell'annullamento del documento già rilasciato ai sensi dell'art. 3, invitano l'interessato a regolarizzare la propria posizione entro un termine non superiore a quindici giorni”) nel rilascio del DURC; trattandosi di preteso vizio del DURC, la censura avrebbe dovuto essere proposto nei confronti del predetto atto evocando in giudizio l'ente previdenziale che lo ha rilasciato.

L'esclusione della ricorrente dalla gara, visto il vigente quadro normativo, doveva dunque considerarsi doverosa e comunque indipendente da valutazioni della stazione appaltante sulla maggiore convenienza dell'offerta presentata, non potendo il principio dell'economicità dell'azione amministrativa essere invocato a discapito dei principi di legalità e di buon andamento dei pubblici poteri.

Considerata l'infondatezza del ricorso avverso l'espulsione dalla gara, l'impugnativa avverso l'aggiudicazione provvisoria e, tramite motivi aggiunti, avverso l'aggiudicazione definitiva non può che essere respinta, in quanto inammissibile per difetto di legittimazione.

Costituisce infatti principio pacifico (cfr. da ultimo Cons. Stato 1373/2013) quello secondo cui la definitiva esclusione dalla gara impedisce di assegnare al concorrente la titolarità di una situazione sostanziale che lo abiliti ad impugnare gli esiti della procedura selettiva. Ne deriva che non spetta all'Avvenire srl alcuna legittimazione a contestare gli esiti della gara.

Infine deve essere dichiarata improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse, l'impugnativa per motivi aggiunti proposta avverso l'affidamento anticipato del servizio al 4 giugno 2012 e la connessa ordinanza sindacale 15560/2012 relativa alla rimozione dei cassonetti nella notte tra il 3 e il 4 giugno 2012.

L'Amministrazione comunale, anche in ottemperanza al decreto cautelare 342/2012 di questa Sezione, non ha infatti dato seguito, con le modalità contestate, all'affidamento anticipato del servizio e all'esecuzione

d'urgenza; il provvedimento cautelare ha infatti inibito la produzione di atti dagli effetti temporalmente limitati facendo così venire meno l'interesse alla coltivazione delle censure in oggetto (cfr. sul punto la stessa istanza di Avvenire srl depositata il 25.6.2012).

In conclusione, per le ragioni evidenziate in motivazione, il ricorso viene respinto.

Sussistono giusti motivi per compensare le spese di giudizio tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia Lecce - Sezione Terza definitivamente pronunciando respinge il ricorso come integrato da motivi aggiunti.

Spese compensate.

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

Così deciso in Lecce nella camera di consiglio del giorno 11 aprile 2013 con l'intervento dei magistrati:

Luigi Costantini, Presidente

Enrico d'Arpe, Consigliere

Luca De Gennaro, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 19/06/2013

IL SEGRETARIO

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