

N. 06052/2013REG.PROV.COLL.
N. 07086/2013 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 7086 del 2013, proposto da:

Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti e Provveditorato Interregionale Opere Pubbliche Campania-Molise, rappresentati e difesi per legge dall'Avvocatura generale dello Stato, domiciliataria in Roma, via dei Portoghesi n. 12;

contro

Consorzio di Cooperative Sociali Sinergia, Società Cooperativa Sociale Onlus-Primavera, rappresentati e difesi dagli avv. Luigi D'Angiolella e Flavio Brusciano, con domicilio eletto presso l'avv. Sergio Como in Roma, via Antonelli n. 48;

nei confronti di

INPS - Istituto Nazionale della Previdenza Sociale, rappresentato e difeso dagli avv. Antonino Sgroi, Lelio Maritato, Carla D'Aloisio ed Emanuele De Rose, con domicilio eletto in Roma, via Cesare Beccaria 29;

a.t.i. Aias Afragola, capogruppo, e Coop La Gioiosa, mandante;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. CAMPANIA - NAPOLI: SEZIONE IV n. 03436/2013, resa tra le parti, concernente revoca aggiudicazione appalto servizio di assistenza domiciliare integrata e sociale a favore di persone disabili da attuarsi nell'ambito territoriale NA 6 - mcp

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Consorzio di Cooperative Sociali Sinergia e Società Cooperativa Sociale Onlus-Primavera e di INPS - Istituto Nazionale della Previdenza Sociale;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 12 dicembre 2013 il Cons. Angelica Dell'Utri e uditi per le parti gli avvocati De Rose e dello Stato Marchini;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Il Provveditorato interregionale per le opere pubbliche di Campania e Molise, in qualità di stazione unica appaltante del Comune di Casoria, ha esperito in data 22 novembre 2012 gara per l'affidamento del servizio di assistenza domiciliare integrata e sociale a favore di persone disabili nell'ambito territoriale NA 6 (Casoria comune capofila, Arzano e Casavatore), definitivamente aggiudicata in favore del Consorzio di cooperative sociali "Sinergia" e della società Cooperativa sociale onlus "Primavera", quale esecutrice designata, con decreto provveditoriale 27 febbraio 2013 n. 5171. Tuttavia tale provvedimento è stato revocato con successivo decreto 26 aprile 2013 n. 10745 e l'aggiudicazione è stata disposta in favore della seconda graduata a.t.i. A.I.A.S. di Afragola-cooperativa "La Gioiosa".

Avverso quest'ultimo atto il Consorzio di cooperative sociali "Sinergia" e la

società Cooperativa sociale onlus “Primavera” sono insorti davanti al TAR per la Campania, sede di Napoli, che con sentenza 4 luglio 2013 n. 3436 della sezione quarta (non risultante notificata), in accoglimento del ricorso, ha annullato il decreto del 26 aprile 2013 e, dichiarata l’inefficacia del contratto stipulato con A.I.A.S., ha ordinato alla stazione appaltante di aggiudicare nuovamente la gara al Consorzio ricorrente e di concludere con esso il conseguente contratto.

Con l’atto in epigrafe, inoltrato per le notifiche il 19 settembre 2013 e depositato il 30 seguente, il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti ed il Provveditorato interregionale per le opere pubbliche di Campania e Molise hanno appellato l’indicata sentenza.

Parte appellante ha premesso, tra l’altro, che in sede di verifica del possesso dei requisiti richiesti dall’art. 38 del d.lgs. n. 163 del 2006 in capo al Consorzio “Sinergia” ed all’esecutrice “Primavera” era pervenuto in data 21 marzo 2013 il DURC di quest’ultima da cui risultava l’esistenza di irregolarità contributiva in contrasto col disposto del cit. art. 38, co. 1, lett. i), con le prescrizioni di gara e con le dichiarazioni rese al riguardo; che a seguito di comunicazione di avvio del procedimento di revoca il Consorzio accedeva agli atti e rimetteva documentazione attestante l’accoglimento in data 12 novembre 2012 della domanda di “rateizzo dei debiti INPS INAIL e Agenzia delle Entrate”; che l’Amministrazione chiedeva chiarimenti all’INPS ed all’INAIL, i quali dopo vari solleciti confermavano sostanzialmente l’irregolarità. Di qui la disposta revoca.

Ha premesso ancora che il TAR ha ritenuto fondato uno dei proposti tre motivi di ricorso, con cui si sosteneva l’inesistenza della irregolarità contributiva così come attestato da altro DURC rilasciato dallo stesso INPS in data 24 aprile 2013 per l’analoga gara di Casalnuovo alla medesima stazione appaltante; in particolare, secondo il primo giudice tale contrasto sarebbe stato inequivocabilmente escluso dall’Istituto previdenziale con

memoria depositata in giudizio il 6 giugno 2013, con cui si chiariva che la soc. “Primavera” aveva attestato i pagamenti effettuati a seguito della domanda di rateizzazione, mentre a tal fine non rilevava che l’INPS non fosse a conoscenza della domanda per mancato aggiornamento del proprio archivio.

A sostegno dell’appello ha sostenuto che il TAR ha attribuito alla memoria dell’INPS un senso che invece non ha, poiché in essa non si afferma che “Primavera” avesse assolto ai propri oneri contributivi, ma si ribadisce l’irregolarità alla data della procedura di gara confermando che – benché fosse stata chiesta la rateizzazione (peraltro non risultante all’Istituto) – in ogni caso a quella data non era stata ancora pagata la prima rata. Del resto, il DURC acquisito, avvalorato dai cennati chiarimenti, vincolava l’Amministrazione al suo contenuto, non potendosene sindacare le risultanze. Inoltre, sarebbe irrilevante la non conoscenza della presentazione dell’istanza da parte dell’Istituto poiché, come dichiarato dal medesimo, la società non aveva ancora provveduto a versare le prime rate del debito (come emergeva anche dai bollettini prodotti in giudizio), lasciando la detta istanza priva di effetti sananti. Né rilevava il contrasto col DURC relativo ad altra gara e rilasciato ben un mese dopo il primo, poiché non solo la regolarità contributiva non può essere discrezionalmente apprezzata dalla stazione appaltante, ma deve essere conservata per tutto l’arco temporale impegnato dallo svolgimento della procedura, sicché non assume valore sanante l’eventuale adempimento tardivo.

In data 1° ottobre 2013 il Consorzio “Sinergia” e la cooperativa “Primavera” si sono costituiti in giudizio, hanno eccepito l’inammissibilità dell’appello proposto dal Ministero e dal Provveditorato, delegato dal Comune di Casoria solo dalla redazione del bando fino all’aggiudicazione definitiva, sicché gli esiti e gli atti di gara incidono non sui medesimi ma sul Comune di Casoria, unico eventuale contraente ed unico ad avere interesse

a dolersi o meno della correttezza degli atti.

Nel merito, hanno comunque svolto ampie controdeduzioni.

Il 3 seguente anche l'INPS si è costituito in giudizio.

Con ordinanza 10 ottobre 2013 n. 4009 è stata accolta l'istanza cautelare formulata nell'appello.

All'udienza del 12 dicembre 2013 il medesimo appello è stato introitato in decisione.

Ciò posto, va preliminarmente respinta l'anzidetta eccezione di inammissibilità. Ministero e Provveditorato erano parti del processo di primo grado in qualità autorità emananti gli atti impugnati e, in via principale, della contestata revoca che consiste nel *contrarius actus* dell'aggiudicazione definitiva pronunciata dal Provveditorato, rientrante, quindi, nella delega di cui alla convenzione rep. n. 7131 del giugno 2011 concernente le "funzioni di Stazione Unica Appaltante con il compito di curare tutte le procedure di aggiudicazione (...) dalla redazione e pubblicazione dei bandi di gara fino all'aggiudicazione definitiva"; ciò al pari della nuova aggiudicazione in favore del secondo in graduatoria, pure impugnata in primo grado, trattandosi dello stesso momento procedimentale.

Nel merito, tuttavia, la Sezione osserva che, ad un più approfondito esame della controversia proprio della sede di piena cognizione e diversamente da quanto delibato in fase cautelare, la sentenza appellata merita di essere confermata, sia pure con le integrazioni motivazionali che seguono.

Lo stesso provvedimento di revoca dà atto che, a seguito della comunicazione di avvio del procedimento, "in data 28 marzo 2013 il predetto Consorzio ha presentato, al fine di dimostrare la regolarità della Consorziata Coop. Primavera, documentazione di rateizzo dei debiti Inps Inail e Agenzia delle Entrate presentata il 12 novembre 2012 ovvero precedentemente all'indizione della procedura di gara".

Tale documentazione consisteva nell'atto in data 12 novembre 2012 di accoglimento da parte dell'agente di riscossione Equitalia Sud s.p.a. dell'istanza di rateazione presentata lo stesso giorno da Primavera, recante, oltreché l'elenco dei debiti rateizzati, le condizioni e modalità del concesso beneficio e, segnatamente, il piano di ammortamento con indicazione delle scadenze delle 72 rate in cui il complessivo debito è stato ripartito, con l'avvertenza che “in caso di omesso pagamento di due rate consecutive, Lei decadrà automaticamente dal beneficio” stesso. La scadenza della prima rata, comprensiva delle spese esecutive e diritti di notifica, è stata fissata nel predetto piano al 23 marzo 2013.

È pacifico e consolidato orientamento giurisprudenziale che l'ineludibile requisito di partecipazione alle gare pubbliche della regolarità contributiva, il quale deve sussistere al momento della scadenza del termine per la presentazione delle domande di ammissione alla procedura e permanere fino alla stipula del contratto, ma anche accompagnare l'intera fase di esecuzione, sussiste pure nel caso in cui la pretesa dell'amministrazione finanziaria e/o degli enti previdenziali ed assistenziali risulti “integralmente soddisfatta anche mediante definizione agevolata” (cfr., per tutte, Cons. St., Sez. V, 17 gennaio 2013 n. 261).

In altri termini, mentre secondo un orientamento giurisprudenziale la mera presentazione dell'istanza di dilazione deporrebbe per la sussistenza di irregolarità contributiva definitivamente accertata che preclude la partecipazione alla gara, onde sarebbe irrilevante una regolarizzazione tardiva sia pur con effetto retroattivo, la giurisprudenza è invece univoca nell'affermare che l'accoglimento di una tale istanza, che pone “nuovamente l'impresa in condizione di regolarità”, è valida ad elidere la preclusione partecipativa qualora (com'è nella specie) “preceda l'autodichiarazione circa il possesso del requisito” in parola (cfr. Cons. St., sez. V, 18 novembre 2011 n. 6084).

Dunque nel caso in esame, stante la già intervenuta accettazione della proposta rateazione Primavera non poteva essere considerata irregolare né alla data del 21 novembre 2012, di scadenza del termine per la presentazione delle offerte e della relativa documentazione (ivi compresa la domanda di partecipazione e le prescritte dichiarazioni sostitutive), né a quella del 27 febbraio 2013, in cui è stata disposta l'aggiudicazione definitiva in favore del Consorzio, e neppure a quella del 20 marzo 2013, del DURC negativo e della ricezione da parte del Provveditorato della nota parimenti negativa dell'Agenzia delle Entrate datata 19 febbraio 2013.

Non rileva, a tal proposito, il fatto che la prima rata non risultasse pagata, dal momento che – come si è visto - la relativa scadenza era fissata per il giorno (sabato) 23 marzo 2013, essendo comprovato in atti (ed incontestato da parte appellante) che il pagamento è avvenuto il 25 seguente, dunque non era ipotizzabile (e per vero neppure è ipotizzata) un'avvenuta decadenza dal beneficio, d'altro canto comminata nel caso di omesso pagamento di due rate consecutive.

Peraltro, è ben vero che il DURC è documento pubblico che certifica in modo ufficiale la sussistenza o meno della regolarità contributiva e, pertanto, vincola la stazione appaltante privandola di poteri valutativi al riguardo (cfr. Cons. St., Ap., 8 maggio 2012 n. 8). Tuttavia, proprio a fronte della documentazione prodotta dal Consorzio il Provveditorato si è attivato chiedendo chiarimenti agli enti previdenziali, ma si è limitato a prendere atto che con comunicazione del 23 aprile 2013 l'INPS di Aversa aveva rappresentato che alla data della richiesta non risultavano negli archivi centralizzati domande di dilazione del debito, traendone la conclusione che l'Istituto aveva sostanzialmente confermato l'emersa irregolarità contributiva a carico della Cooperativa.

Di contro, per un verso la comunicazione dava atto che a quella data l'Ente era a conoscenza (per effetto della richiesta di chiarimenti del

Provveditorato) della dilazione, sia pure concessa dall'agente della riscossione, ma rilevava (oltre a questioni di posizioni e di riparto competenza con altra sede) che “ad oggi la Coop. non ha dimostrato di aver effettuato il pagamento della prima e seconda rata e dei contributi dovuti anche alla gestione separata”; per altro verso, rilasciava solo il 26 seguente DURC positivo relativo ad altra gara.

In tale situazione, il Provveditorato, in possesso della documentazione sopra indicata, idonea a dimostrare la raggiunta nuova posizione di regolarità da parte di Primavera senza che l'allora mancato pagamento delle rate inficiasse la concessione del beneficio, avrebbe dovuto considerare ritirato il DURC negativo del 20 marzo o, al limite, richiedere la formalizzazione del ritiro anche interessando (come suggerito nella menzionata comunicazione dell'INPS di Aversa del 23 aprile) la sede di Caserta; tanto a maggior ragione del cennato, successivo DURC positivo recante la stessa data del provvedimento di revoca, il quale, seppur riferito ad altra data ed altra gara, attesta l'esistenza della regolarizzazione e la sua validità sanante di ogni pregresso debito, dovendosi a quest'ultimo proposito far riferimento alla data di accettazione della domanda di dilazione, che segna il momento in cui – come detto – l'impresa è posta “nuovamente (...) in condizione di regolarità” poiché anche in tal modo la pretesa creditoria è restata “integralmente soddisfatta”.

Infine, giova sottolineare che la memoria depositata il 6 giugno 2013 dall'INPS in primo grado non nega siffatti circostanze ed effetti, essendo piuttosto tesa a far tenere il comportamento dell'Istituto immune da contestazioni.

In conclusione, come ritenuto dal primo giudice il provvedimento di revoca dell'aggiudicazione deve ritenersi illegittimo, in quando fondato sull'inesistente presupposto sostanziale della irregolarità contributiva di Primavera. Ne consegue la reiezione dell'appello.

Peraltro, deve darsi atto che il comportamento procedimentale del Consorzio “Sinergia” e della consorziata “Primavera”, sia con riguardo alla procedura di gara che davanti all’Ente previdenziale, non è stato diligente, non avendo esse posto in essere ogni opportuna e tempestiva attività per chiarire con l’uno e l’altro la reale situazione giuridica e di fatto.

Invero, nelle more dello svolgimento della gara, pur sapendo di versare in una posizione – non di irregolarità contributiva e tributaria ma pur sempre – del tutto peculiare, Primavera non si è premurata di assicurarsi che la propria domanda e la relativa ammissione alla rateizzazione fosse stata da lei ritualmente comunicata e fosse stata immessa negli archivi dell’Istituto e dell’Agenzia delle Entrate, né di corrispondere ai reiterati inviti dell’INPS prima dell’emissione del DURC del 20 marzo 2013, ma neanche di chiedere all’INPS la rettifica del medesimo DURC in luogo di limitarsi a produrre al solo Provveditorato, a mezzo del Consorzio, l’ottenimento da parte dell’agente di riscossione del beneficio della dilazione con le modalità ed alle condizioni in esso stabilite.

Per tali considerazioni, la Sezione ravvisa ragioni affinché possa essere disposta la compensazione tra tutte le parti presenti delle spese del grado.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza),definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, respinge il medesimo appello.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 12 dicembre 2013 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Romeo, Presidente

Salvatore Cacace, Consigliere

Angelica Dell'Utri, Consigliere, Estensore

Hadrian Simonetti, Consigliere

Massimiliano Noccelli, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 18/12/2013

IL SEGRETARIO

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