

N. 01436/2014REG.PROV.COLL.
N. 00475/2012 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 475 del 2012, proposto da:
Società Cooperativa Ambiente Bella Italia, rappresentata e difesa
dagli avv.ti Francesco Volpe e Andrea Manzi, con domicilio eletto
presso l'avv. Andrea Manzi in Roma, via Federico Confalonieri, 5;

contro

Comune di Porto Viro, rappresentato e difeso dagli avv.ti Luigi
Migliorini e Francesco Luigi Braschi, con domicilio eletto presso
l'avv. Francesco Braschi in Roma, viale Parioli, 180;

nei confronti di

Pilotto Viaggi Snc di Pilotto Lorenzo & C.;

Autorità per la Vigilanza Sui Contratti Pubblici di Lavori Servizi e
Forniture;

Soc. Cooperativa Sociale Servizi Associati Cssa Soc. Coop. a r.l.

Onlus;

per la riforma

della sentenza in forma semplificata del T.a.r. per il Veneto, Sezione I, n. 1574 del 24 ottobre 2011, resa tra le parti, concernente esclusione dalla gara d'appalto per affidamento del servizio di trasporto scolastico del comune di Porto Viro.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Porto Viro;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 25 febbraio 2014 il Cons. Paolo Giovanni Nicolo' Lotti e uditi per le parti gli avvocati Luisa Fonti, su delega dell'avv. Francesco Volpe, e Mario Sanino su delega dell'avv. Luigi Francesco Braschi.

FATTO

1. Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto, Sez. I, con la sentenza 24 ottobre 2011, n. 1574, ha respinto il ricorso proposto dall'attuale appellante per l'annullamento della determinazione dirigenziale del IV settore n. 265 in data 13.9.2011 del Comune di Porto Viro; della nota a firma del relativo responsabile del procedimento presso il Comune di Porto Viro, n. prot. 0014134 in data 13.9.2011; della nota del Comune di Porto Viro a firma del medesimo responsabile inviata alla società cooperativa Ambiente

Bella Italia, datata 22.9.2011; del verbale di gara relativo alla sopra descritta gara, steso in data 14.9.2011; della nota a firma del responsabile del procedimento datata 15.9.2011 n. 14285.

2. Il TAR fondava la sua decisione rilevando, sinteticamente, che alla luce della disciplina introdotta dal DM. del Ministero del lavoro 24 ottobre 2007 e dalla successiva circolare applicativa n. 5-2008, 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 in ordine alla gravità degli adempimenti ed alla definitività dell'accertamento previdenziale.

Inoltre, per il TAR, la regolarità contributiva deve essere conservata nel corso di tutto l'arco temporale impegnato dallo svolgimento della procedura, mentre non assume rilievo l'intervento di un adempimento tardivo da parte dell'impresa.

Alla stregua di detti principi, ha concluso il TAR, deve ritenersi legittima la scelta della stazione appaltante di escludere CSSA srl – nei cui confronti era stata accertata, durante la gara, una situazione di irregolarità verso l'INAIL da parte dell'impresa ausiliaria, odierna appellante, di cui la cooperativa si era avvalsa – in presenza di un DURC che esponeva un importo debitorio di € 22.859,93 che eccede la soglia stabilita dall'art. 8 del citato D.M. 24 ottobre 2007.

Infine, secondo il TAR, non sussiste alcuna discrezionalità in capo alla stazione appaltante in ordine alla trasmissione all'Autorità di

Vigilanza della segnalazione per false dichiarazioni nei riguardi dell'odierna ricorrente, impresa ausiliaria di C.S.S.A. srl partecipante alla gara, con conseguente infondatezza della dedotta censura di violazione dell'art. 7 della legge n. 241/90.

3. L'appellante contestava la sentenza del TAR, deducendo:

- con il primo mezzo, la nullità della sentenza per violazione dell'art. 74 c.p.a. di cui ha chiesto l'annullamento con rinvio ai sensi dell'art. 105 c.p.a.;
- con il secondo e terzo mezzo la riproposizione dei motivi posti a sostegno dell'originario ricorso di primo grado.

4. Si costituiva il Comune, chiedendo il rigetto dell'appello.

5. All'udienza pubblica del 25 febbraio 2014 la causa veniva trattenuta in decisione.

DIRITTO

6. Ritiene il Collegio che il ricorso sia infondato.

7. In primo luogo, infatti, si deve rilevare che la domanda di annullamento con rinvio della sentenza impugnata per erronea e falsa applicazione degli artt. 74 e 105 c.p.a. è palesemente inammissibile e infondata, posto, da un lato, che le ipotesi di remissione della causa al primo giudice sono tassative e non comprendono la fattispecie prospettata dall'appellante; dall'altro lato, che la valutazione circa la "manifesta" infondatezza del ricorso di primo grado, che giustifica l'emissione della sentenza in forma semplificata, costituisce apprezzamento insindacabile dal giudice d'appello, il quale è,

comunque, chiamato a riesaminare il giudizio del TAR sulla base delle specifiche deduzioni contenute nei motivi d'appello, garantendo in questo modo il principio del doppio grado di giudizio, che non può certo essere compromesso dalle modalità di adozione della decisione quando, come nella specie, sono da ritenersi rispettati i principi del contraddittorio e della completezza dell'istruttoria (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 27 giugno 2012, n. 3777).

8. Quanto alla dedotta erroneità della sentenza di primo grado, si deve rilevare innanzitutto che l'impugnazione della "nota del Comune di Porto Viro, a firma del medesimo responsabile, inviata alla Cooperativa Ambiente Bella Italia datata 22.09.2011, di trasmissione in allegato dell'anticipata comunicazione all'Autorità di Vigilanza" (punto 3 del ricorso) è da ritenersi inammissibile poiché nei confronti della ricorrente, che è soltanto un'impresa ausiliaria, l'invio degli atti all'Autorità di Vigilanza non può assumere carattere lesivo, in quanto la stessa non partecipava alla gara.

Inoltre, si deve osservare che la Società che aveva partecipato alla gara ha rinunciato a coltivare il ricorso avverso il provvedimento di esclusione dalla gara, prestandovi, quindi, acquiescenza, e rendendo definitiva l'esclusione medesima, con tutte le implicazioni che ne conseguono, tra le quali, la necessaria segnalazione all'AVCP.

Peraltro, attualmente, la segnalazione all'Autorità è una mera comunicazione circa fatti verificatisi o accertati in relazione ad una gara, rispetto alla quale potranno derivare effetti pregiudizievoli per

l'impresa interessata solo a seguito di annotazione nel Casellario informatico, non avendo l'Amministrazione alcun potere discrezionale circa l'eventualità o meno di effettuare detta segnalazione, ma essendo anzi gravata di un obbligo di mera denuncia (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 6 marzo 2013, n. 1370).

Ciò vale, come detto, a maggior ragione allorché l'impresa segnalata, come nel caso di specie, non sia destinataria di alcun altro provvedimento relativo alla gara (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 6 marzo 2013, n. 1373).

Quanto al motivo d'impugnazione, vertente sulla mancata comunicazione dell'avvio del procedimento, a prescindere dalla già rilevata inammissibilità, si può comunque osservare che non soltanto l'atto non avrebbe potuto avere diverso contenuto, ma che il medesimo non ha, come detto, valore provvedimentale, ma di mera denuncia.

L'esclusione, peraltro, è diretta soltanto nei confronti dell'impresa partecipante, non certo nei confronti dell'impresa ausiliaria che ne subisce inevitabilmente il medesimo destino, a rafforzare la convinzione che, nel caso di specie, nessuna comunicazione ex art. 7 l. n. 241-90 fosse dovuta all'appellante.

Quanto all'accertata irregolarità contributiva, sempre a prescindere dalla già rilevata inammissibilità, è sufficiente richiamare al riguardo l'insegnamento dell'Adunanza Plenaria di questo Consiglio, secondo cui in tema di gare ad evidenza pubblica, 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. 70-2011, 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 p.a. è demandata agli istituti di previdenza, le cui certificazioni (d.u.r.c.) si impongono alle stazioni appaltanti, che non possono sindacarne il contenuto.

La previsione introdotta dal decreto del Ministero del lavoro e della previdenza sociale 24 ottobre 2007, secondo cui la mancanza del d.u.r.c. comporta una presunzione legale "iuris et de iure" di gravità delle violazioni previdenziali, si limita a recepire e consolidare un orientamento interpretativo già formatosi in precedenza, con la conseguenza che tale previsione può avere una applicazione retroattiva (cfr. Consiglio di Stato, Ad. Plen., 4 maggio 2012, n. 8).

Inoltre, come ha già chiarito questo Consiglio, la regolarità contributiva è un concetto ampio, che comporta l'assenza di qualsiasi inadempienza agli obblighi previdenziali, iniziando dal mancato tempestivo pagamento delle somme dovute a seguito di dichiarazioni e denunce da parte del medesimo soggetto interessato, pertanto non

si riferisce solo a quelle evenienze in cui, soprattutto a seguito di accertamenti o rettifiche da parte degli enti previdenziali, possano sorgere contenziosi di non agevole e pronta definizione ovvero alle altrettanto non frequenti ipotesi in cui si tratta di verificare le condizioni per un condono o per una rateizzazione. Il legislatore vuole invero escludere dalla contrattazione con le amministrazioni quelle imprese che non siano corrette (regolari) per quanto concerne gli obblighi previdenziali, anche, e forse soprattutto, con riferimento alle ipotesi in cui non si adempia ad obblighi rispetto ai quali non vi siano ragionevoli motivi per non effettuare o comunque per ritardare il pagamento (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 1° agosto 2007, n. 4273).

Peraltro, in analogia con quanto stabilito dall'Adunanza Plenaria di questo Consiglio in tema di regolarità fiscale (Consiglio di Stato, Ad. Plen., 20 agosto 2013, n. 20), ai fini della procedura di gara, non è ammissibile la partecipazione, ex art. 38, comma 1, lett. g), del codice dei contratti pubblici, del concorrente (anche con riferimento all'impresa ausiliaria) che, al momento della scadenza del termine di presentazione della domanda di partecipazione, non abbia conseguito il provvedimento di accoglimento dell'istanza di rateizzazione. Infatti può considerarsi in regola con il fisco unicamente il contribuente cui sia stata accordata la rateizzazione mentre la mera presentazione dell'istanza di rateazione o dilazione non rileva ai fini della dimostrazione del requisito.

Pertanto, la presenza di un DURC da cui risulterebbe che in data 20.9.2011 vi sarebbe stata la compiuta regolarità contributiva è del tutto irrilevante ai fini del presente giudizio, non avendo l'appellante dimostrato di aver conseguito un provvedimento di accoglimento della rateizzazione al momento della scadenza del termine di presentazione della domanda di partecipazione, a nulla rilevando come detto che il debito contributivo sia stato oggetto di contestazione e non sia stato accertato definitivamente in via giudiziale.

Conclusivamente, deve essere ancora rilevato che, nel caso di specie, non vi sono contestazioni di sorta circa la definitività dell'accertamento della non regolarità contributiva della Cooperativa Ambiente Bella Italia alla data di partecipazione alla gara, perché la stessa lo riconosce, sostenendo di aver poi, prima ridotto l'esposizione debitoria in questione e poi provveduto ad azzerarla, circostanze successive ovviamente irrilevanti.

Pertanto, deve respingersi l'appello in quanto palesemente infondato.

9. Le spese di lite del presente grado di giudizio, liquidate come in dispositivo, seguono la soccombenza.

10. Il Collegio rileva che sussistono anche i presupposti per l'applicazione della norma sancita dall'art. 26, comma 2, c.p.a.

Sul punto occorre rilevare che l'attuale testo normativo, novellato dal d.lgs. n. 195 del 2011, entrato in vigore l'8 dicembre 2011, antecedentemente all'introduzione del presente giudizio di appello,

dispone che “Il giudice condanna d’ufficio la parte soccombente al pagamento di una sanzione pecuniaria, in misura non inferiore al doppio e non superiore al quintuplo del contributo unificato dovuto per il ricorso introduttivo del giudizio, quando la parte soccombente ha agito o resistito temerariamente in giudizio. Al gettito delle sanzioni previste dal presente comma si applica l’articolo 15 delle norme di attuazione”.

Secondo questo Collegio (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 11 giugno 2013, n. 3210), l’art. 26, co. 2, cit., introduce una clausola generale destinata ad essere riempita di contenuti dalla giurisprudenza, come risulta espressamente dalla relazione illustrativa allo schema di decreto correttivo secondo cui “con la sostituzione del comma 2 dell’articolo 26 si è inteso generalizzare una disposizione di recente introdotta nell’ordinamento, con riguardo al c.d. rito appalti, dal D.L. 13 maggio 2011, n. 70, convertito con modificazioni, dall’articolo 1, comma 1, dalla legge 12 luglio 2011, n. 106”

Infatti, “l’estensione all’intero processo della particolare ipotesi di responsabilità aggravata riconduce ad unità l’intero sistema processuale in materia di spese, tenuto conto del carattere senz’altro generale dell’esigenza che ha ispirato il legislatore del D.L. n. 70 del 2012”.

Sul piano sistematico, dunque, si staglia una previsione normativa di chiusura dell’ordinamento processuale amministrativo che consente di approntare, in via generale e residuale, un’adeguata reazione alla

violazione del principio internazionale e costituzionale del giusto processo, espressamente richiamato dall'art. 2, comma 1, c.p.a., non diversamente tipizzata (si pensi agli artt. 18, comma 7, e 123, comma 1, c.p.a.); di guisa che tutte le violazioni di tale superiore principio ricevano una adeguata sanzione (cfr. Cons. giust. amm., 19 aprile 2012, n. 395, in ordine alla violazione del dovere di sinteticità).

Si evita, altresì, la beffa di norme processuali, prescrittive di oneri ed obblighi, ma minus quam perfectae, ovvero prive di una sanzione.

E' pacifica la natura sanzionatoria della misura pecuniaria in esame, che prescinde da una specifica domanda nonché dalla prova del danno subito, ed il cui gettito, commisurato a predeterminati limiti edittali, è destinato al bilancio della giustizia amministrativa, atteso che lo scopo della norma è quello di tutelare la rarità della risorsa giudiziaria, un bene non suscettibile di usi sovralimentati o distorti, soprattutto a presidio dei casi in cui il suo uso è davvero necessario (cfr., sul punto, Consiglio di Stato, sez. V, n. 1733 del 2012; Cass. civ., sez. I, n. 17902 del 2010, cui si rinvia a mente dell'art. 88, co. 2, lett. d), c.p.a.).

La "temerarietà" della lite rappresenta una parziale novità del lessico normativo (tale formula essendo stata utilizzata negli anni '70 in sede di novella dell'art. 152 disp. att. c.p.c. e successivamente abbandonata); tale nozione, pertanto, risultava accantonata dal linguaggio attuale dei vari ordinamenti processuali italiani (civile, penale, contabile e tributario, cfr. gli artt. 96 e 385, co. 3, c.p.c. -

quest'ultimo abrogato dalla l. n. 69 del 2009 -; 152 disp. att. c.p.c.; 15, d.lgs. n. 546 del 1992; 427 e 538 ss. c.p.p.), nonché del processo amministrativo (cfr. il testo originario dell'art. 26, comma 2, c.p.a. nonché l'abrogato art. 246-bis, d.lgs. n. 163 del 2006, recante l'approvazione del c.d. codice dei contratti pubblici).

Tale concetto è invece ben noto alla scienza giuridica (ed alla giurisprudenza), che lo inquadra in quello più ampio di abuso del processo, caratterizzato dall'esercizio dell'azione in forme eccedenti o devianti rispetto alla tutela attribuita dall'ordinamento (cfr. da ultimo Cons. St., sez. V, n. 656 del 2012; sez. V, n. 6537 del 2011; Cass., sez. un., 30 luglio 2008, n. 20604; sez. un., 15 novembre 2007, n. 23726).

Si evidenzia come la legge è passata dalle "ragioni manifeste" e dal recepimento di "orientamenti giurisprudenziali consolidati", che costituivano il sostrato comune all'originario secondo comma dell'art. 26 cit. ed all'art. 246-bis, codice dei contratti pubblici, alla temerarietà della lite.

Deve ritenersi che tali due ultime situazioni continuino a rivelarsi, unitamente ad altri elementi, sintomi del carattere temerario della lite; e ciò sebbene la relazione illustrativa al primo correttivo specifici, al riguardo, che la modificazione del testo del secondo comma dell'art. 26 cit. sia stata effettuata in adesione ai pareri delle competenti commissioni parlamentari che avevano "...richiesto di non sanzionare le azioni volte a contestare orientamenti giurisprudenziali

consolidati” (pagina 7). La stessa relazione illustrativa, però, non manca di evidenziare la stretta correlazione fra la nuova formulazione dell’art. 26, comma 2, cit., e l’abrogazione dell’art. 246-bis cit.; dal ché si evince, in applicazione dei consueti canoni di interpretazione storica, teleologica e sistematica, che la “temerarietà” della condotta processuale comprenda in sé anche le fattispecie delle “ragioni manifeste” e degli “orientamenti giurisprudenziali consolidati”.

Facendo applicazione dei su esposti principi al caso che occupa, la sezione rileva che il carattere temerario della lite in esame discende direttamente dalle ragioni manifeste che sostengono la reiezione del presente appello, come è evidente dal tenore motivazionale della presente sentenza.

Pertanto, nel caso di specie, si ribadisce, il Collegio ritiene di dover condannare, ai sensi dell’art. 26, comma 2, c.p.a. il ricorrente al pagamento di euro 5000,00, entro i limiti edittali sanciti dall’art. 26, comma 2, cit., avuto riguardo ai criteri applicativi elaborati dalla giurisprudenza ai sensi dell’originario secondo comma dell’articolo 26 c.p.a. che, in parte qua, che ben possono orientare l’esercizio del potere di scelta della misura della sanzione pecuniaria (nella specie si tratta di correlare la misura pecuniaria alle spese di lite, cfr. Cons. St., sez. V, n. 1733 del 2012 cit.; sez. V, n. 3252 del 2011, cui si rinvia a mente dell’art. 88, comma 2, lett. d), c.p.a.).

La segreteria della Sezione provvederà agli adempimenti conseguenti

alla condanna della ricorrente, ex art. 26, co. 2, c.p.a., secondo quanto previsto dagli artt. 202 e ss. d.P.R. n. 115 del 2002 in ordine al recupero delle somme dovute all'erario a titolo di sanzione pecuniaria processuale.

L'applicabilità delle su menzionate disposizioni al processo amministrativo è pacifica sulla scorta di quanto stabilito in via diretta dall'art. 208 d.P.R. n. 115 cit.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello principale come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna l'appellante al pagamento in favore del Comune appellato delle spese di lite del presente grado di giudizio, spese che liquida in euro 5.000,00, oltre accessori di legge.

Condanna l'appellante al pagamento di euro 5000,00 ex art. 26, comma 2, c.p.a., mandando alla Segreteria per i conseguenti adempimenti.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 25 febbraio 2014 con l'intervento dei magistrati:

Vito Poli, Presidente FF

Carlo Saltelli, Consigliere

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere, Estensore

Antonio Amicuzzi, Consigliere

Antonio Bianchi, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 24/03/2014

IL SEGRETARIO

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