

N. 00681/2015REG.PROV.COLL.

N. 06724/2014 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 6724 del 2014, proposto da: Regione Campania, in persona del Presidente in carica, rappresentato e difeso dall'avvocato Massimo Lacatena, con domicilio eletto presso Regione Campania Ufficio Rappresentanza in Roma, Via Poli, n. 29;

contro

Sipro S.r.l., in persona del legale rappresentate, rappresentato e difeso dagli avvocati Emanuela Paoletti, Francesco Paoletti, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo in Roma, viale Maresciallo Pilsudski, n.118; National Service S.r.l., La Vigilante S.r.l.;

per la riforma

della sentenza breve del T.A.R. CAMPANIA – NAPOLI, SEZIONE III, n. 3529/2014, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Sipro Srl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 18 novembre 2014 il Cons. Luigi Massimiliano Tarantino e uditi per le parti gli avvocati Francesco ed Emanuela Paoletti;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso proposto dinanzi al TAR per la Campania, la SIPRO Sicurezza Professionale s.r.l. in proprio e quale mandataria di r.t.i., partecipante alla procedura di gara indetta nel 2009 per l'affidamento triennale dei servizi di vigilanza armata, di reception e custodia, di fornitura, installazione e manutenzione di sistemi tecnologici di ausilio ai predetti servizi presso le sedi della Giunta Regionale della Campania di Napoli e di S. Marco Evangelista (CE), invocava: a) l'annullamento del decreto dirigenziale n. 23 del 30 gennaio 2014, a firma del Direttore Dott. Mauro Ferrara (trasmesso con comunicazione prot. 2014 0077186 del 3 febbraio 2014), con cui era stata disposta l'esclusione del RTI ricorrente dai lotti 1 e 3 della suddetta gara, per carenza dei requisiti di partecipazione ex art. 38 del Codice dei Contratti ed il risarcimento del correlato danno; b) l'annullamento del decreto dirigenziale n. 16 del 25 marzo 2014, a firma del Dirigente della U.O.D. 06 Dott. Giovanni Diodato, del bando di gara, spedito per la pubblicazione il 27 marzo 2014, del disciplinare, del capitolato speciale e dei relativi allegati, nonché di tutti i successivi atti e provvedimenti assunti dalla Giunta Regionale della Campania, aventi ad oggetto l'indizione di una nuova gara per l'affidamento triennale dei servizi di vigilanza armata, reception e custodia presso le sedi della Giunta Regionale della Campania di Napoli (proc. n. 1185.A.14), limitatamente al lotto 1, relativo alle strutture delle Torri A6, C3 e C5 del Centro Direzionale di Napoli.

2. Con la prima delle citate azioni l'odierno appellante si doleva dell'illegittimità del provvedimento di esclusione di cui risultava destinatario, esponendo le seguenti doglianze: I) violazione dell'art. 97 della Costituzione; violazione e falsa applicazione dell'art. 38, lettera g), del Codice degli Appalti e dell'art. 1, comma 5, della legge 26 aprile 2012, n. 44; vizio e difetto dei presupposti; vizio di istruttoria; eccesso di potere per illogicità manifesta; II) violazione e falsa applicazione dell'art. 38, lettera g), del Codice degli Appalti e dell'art. 1, comma 5, della legge 26 aprile 2012, n. 44; vizio e difetto dei presupposti; erronea lettura ed applicazione della giurisprudenza del Consiglio di Stato; vizio di istruttoria; eccesso di potere per illogicità manifesta sotto ulteriore profilo; III) eccesso di potere per contraddittorietà ed illogicità manifesta, ingiustizia e disparità di trattamento.

2.1. Con la seconda, invece, volta ad ottenere l'annullamento del provvedimento di riedizione della gara, esponeva le seguenti censure: I) illegittimità per difetto di presupposto ed eccesso di potere per errata rappresentazione della realtà; II) illegittimità per difetto ed erroneità di presupposto ed eccesso di potere per errata rappresentazione della realtà sotto ulteriore profilo; III) eccesso di potere per erroneo e distorto convincimento circa la necessità e l'urgenza di indizione della nuova gara e omessa valutazione circa l'opportunità di attendere l'esito del contenzioso in essere.

3. Il primo giudice riteneva fondate entrambe le domande caducatorie, poiché all'atto della determinazione assunta la situazione del RTI era valutata come regolare (essendo stata autorizzata e sottoscritta la transazione fiscale e onorati i pagamenti: cfr. la richiamata nota dell'Agenzia delle Entrate del 16/10/2013), e non potendo "retroagire" la situazione di irregolarità sopravvenuta dopo il termine per la presentazione delle domande, sussisteva il requisito di regolarità che consentiva di disporre l'aggiudicazione in favore del RTI ricorrente. Mentre, respingeva la richiesta di risarcimento del danno difettando l'elemento della colpevolezza nel comportamento della P.A., in ragione delle obiettive incertezze

suscitate dalla peculiarità della questione, come la prova del danno subito.

4. Con appello notificato in data 20 luglio 2014 l'amministrazione regionale invoca la riforma della sentenza impugnata, denunciandone l'erroneità, in quanto: a) il ricorso di primo grado avrebbe dovuto essere notificato anche alla società La Vigilante, pertanto in accoglimento dell'eccezione proposta in primo grado il ricorso doveva essere dichiarato inammissibile; b) l'art. 38, d.lgs. 163/2006, dovrebbe essere interpretato nel senso che il requisito della regolarità deve essere posseduto sino al momento dell'aggiudicazione, onde assicurare la stazione appaltante di poter contrattare con un contraente serio ed affidabile. Inoltre, nella fattispecie il requisito in questione risultava carente non solo all'atto della domanda di partecipazione al bando, ma anche all'atto dello scorrimento della graduatoria, tanto che la transazione interveniva successivamente. Nella fattispecie non potrebbe operare il principio espresso dall'Adunanza Plenaria n. 20/2013, secondo cui il requisito della regolarità fiscale sarebbe sussistente se l'istanza di rateizzazione sia stata accolta prima della domanda di partecipazione, poiché al momento della verifica dei requisiti una delle società partecipanti al r.t.i. appellante non risultava essere in regola.

5. In data 21 agosto 2014 si costituisce in giudizio la ricorrente di prime cure sostenendo l'infondatezza dell'avverso gravame, in quanto: a) non vi sarebbe stato alcun onere a suo carico di notifica del ricorso di prime cure alla Società La Vigilante, poiché quest'ultima, destinataria di informativa antimafia atipica sarebbe stata esclusa a cagione di ciò dalla gara con provvedimento definitivo a seguito del rigetto del ricorso da quest'ultima proposto dinanzi al TAR per la Campania; b) inammissibile sarebbe il motivo di doglianza con cui si contesta la non corretta interpretazione dell'art. 38, d.lgs. 163/2006, da parte del TAR, atteso che non si apprezzerebbero critiche specifiche alla pronuncia di primo grado; c) in subordine lo stesso dovrebbe ritenersi infondato, atteso che il requisito della regolarità fiscale dovrebbe essere valutato solo al momento della scadenza del termine di

presentazione della domanda di partecipazione ed a quel tempo non vi sarebbe stata alcuna irregolarità fiscale in capo all'appellata. Inoltre, non potrebbe applicarsi alla fattispecie il principio formulato dalla pronuncia dell'Adunanza Plenaria, n. 20/2013, per essere la presente fattispecie del tutto distinta.

6. In data 27 agosto 2014 questa Sezione accoglie l'istanza di sospensione dell'esecutività della sentenza avanzata dall'amministrazione appellante con la seguente motivazione: *“Ritenuto che la domanda cautelare in epigrafe va accolta, avuto riguardo alla circostanza che al momento nel quale è stato disposto lo scorrimento della graduatoria persisteva l'irregolarità della posizione debitoria con il fisco da parte dell'appellante”*.

7. In data 31 ottobre 2014 l'appellata produce nuova memoria nella quale, oltre a ribadire le proprie difese, sostiene che lo scorrimento della graduatoria sarebbe avvenuto in un momento antecedente alla notifica delle cartelle esattoriali, oggetto di successiva transazione fiscale. Evidenzia, inoltre, che il r.t.i. non sarebbe stato in regola con i versamenti fiscali solamente dal 21 marzo 2013 al 9 agosto 2013, rispetto ad una vicenda durata cinque anni, sicché ribadisce la necessità di tenere in considerazione il fattore tempo, così ricostruito.

8. L'appello è fondato e deve, pertanto, essere accolto, conseguentemente può essere omesso l'esame dell'eccezione preliminare sollevata dall'appellante in ordine alla mancata notifica del ricorso di prime cure alla Società La Vigilante. Deve, invece, essere respinta l'eccezione di inammissibilità del motivo d'appello sollevato dall'odierna appellata, trattandosi di doglianza sufficientemente specifica nel criticare l'argomentazione a fondamento della decisione impugnata.

9. Nel merito occorre rilevare che la verifica dei requisiti in capo all'originaria ricorrente veniva posta in essere dalla stazione appaltante a seguito dello scorrimento della graduatoria attivato a causa dell'esclusione subita dall'originaria aggiudicataria, che veniva confermata anche in sede giurisdizionale.

Contrariamente a quanto sostenuto dal TAR la Sezione è dell'avviso che non vi sia ragione per discostarsi dal convincente e condivisibile indirizzo giurisprudenziale a

mente del quale la regolarità contributiva e fiscale, richiesta come requisito indispensabile per la partecipazione ad una gara di appalto ai sensi dell'art. 38 del D. Lgs. 12 aprile 2006, n. 138, deve essere mantenuta per tutto l'arco di svolgimento della gara (Cons. Stato, sez. V, 17 marzo 2013, n. 2682; 13 febbraio 2013, n. 890; 26 giugno 2012, n. 3738; sez. IV, 15 settembre 2010, n. 6907) fino al momento dell'aggiudicazione, sussistendo l'esigenza della stazione appaltante di verificare l'affidabilità del soggetto partecipante alla gara fino alla conclusione della stessa, restando irrilevante un eventuale adempimento tardivo degli obblighi contributivi e fiscali, ancorché con effetti retroattivi (Cons. Stato, sez. VI, 2 maggio 2011, n. 2580), giacché la (ammissibilità della) regolarizzazione postuma si tradurrebbe in una integrazione dell'offerta, configurandosi come violazione della *par condicio*.

Né può ritenersi che i debiti sorti successivamente al termine di presentazione delle offerte non siano computabili, quasi che il requisito della regolarità fiscale e contributiva si potesse cristallizzare in uno con lo spirare del termine sopra indicato o che la stessa irregolarità possa risultare irrilevante per un tardivo adempimento.

Sul punto va altresì rammentato che l'Adunanza Plenaria con la sentenza 16 aprile 2012, n. 8, ha enunciato il principio di diritto a tenore del quale "ai sensi e per gli effetti dell'articolo 38, comma 1, lett. i), d. lgs. 163 del 2006, anche nel testo 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 irregolarità 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 sindacare il contenuto”.

Non vi è riproposizione motivi assorbiti.

10. In ragione di ciò l'appello deve essere accolto ed in riforma della sentenza impugnata, va respinto il ricorso di primo grado. Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta) definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma dell'impugnata sentenza, respinge il ricorso di primo grado.

Condanna Sipro S.r.l. al pagamento delle spese del doppio grado di giudizio che liquida in euro 7.000,00 (settemila/00), oltre accessori di legge in favore della Regione Campania.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 18 novembre 2014 con l'intervento dei magistrati:

Alessandro Pajno, Presidente

Francesco Caringella, Consigliere

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Antonio Bianchi, Consigliere

Luigi Massimiliano Tarantino, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 10/02/2015

IL SEGRETARIO

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