

N. 05186/2011REG.PROV.COLL.
N. 09531/2010 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 9531 del 2010, proposto da:
Scoman Srl, rappresentato e difeso dall'avv. Giuseppe Vitolo, con
domicilio eletto presso Studio Viglione-Vitolo in Roma, via Ovidio,
32;

contro

Comune di Salerno, rappresentato e difeso dagli avv. Adolfo
Galibardi, Luigi Mea, Antonio Piscitelli, con domicilio eletto presso
Antonio Brancaccio in Roma, via Taranto, 18; Comune di Salerno -
Responsabile Servizio Appalti, Contratti e Assicurazioni (Settore
Avvocatura);

per la riforma

della sentenza del T.A.R. CAMPANIA - SEZ. STACCATA DI
SALERNO: SEZIONE I n. 10763/2010, resa tra le parti,

concernente esclusione da gara per affidamento lavori.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Salerno;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 31 maggio 2011 il Cons. Antonio Bianchi e uditi per le parti gli avvocati Carlo Russo, su delega dell' avv. Vitolo, e Rosa Russo, su delega degli avv.ti Galibardi, Mea e Piscitelli;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Il Comune di Salerno ha indetto una gara d'appalto per l'affidamento dei lavori di manutenzione straordinaria della rete viaria urbana.

Al procedimento è stata invitata ed ha partecipato la società Scoman, odierna appellante.

In esito allo svolgimento della gara, come emerge dal verbale del 10 giugno 2008, l'appalto è stato aggiudicato in via provvisoria alla società Cogema, mentre Scoman si è classificata al secondo posto.

La stazione appaltante, procedendo alla verifica dei requisiti di ordine generale di cui all'art. 38 d. lgs n. 163 del 2006, con provvedimento prot. n. 165819 del 16 ottobre 2008, ha escluso la Scoman dal procedimento di gara per irregolarità emersa dal DURC, essendo accertato la sussistenza di un debito contributivo nei confronti della

Cassa edile salernitana per l'importo pari ad € 5.017,00, con decorrenza 1 giugno 2008.

Di conseguenza, con nota prot. n. 167190 del 22 ottobre 2008, il Comune ha trasmesso all'Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici la documentazione relativa alla posizione della ricorrente per l'adozione degli eventuali provvedimenti sanzionatori di competenza..

Avverso i menzionati provvedimenti la Scoman ha proposto ricorso al TAR della Campania, chiedendone l'annullamento.

Con atto di motivi aggiunti, la predetta Scoman ha poi censurato per illegittimità derivata gli atti di aggiudicazione della gara, nel frattempo intervenuti.

Con sentenza n. 10763/2010 il TAR della Campania ha dichiarato improcedibile il ricorso introduttivo, ha rigettato il ricorso per motivi aggiunti ed ha respinto la richiesta di risarcimento dei danni.

Avverso la predetta sentenza la Scoman ha interposto l'odierno appello, chiedendone l'integrale riforma.

Si è costituito in giudizio il Comune di Salerno intimato, chiedendo la reiezione del gravame.

Alla pubblica udienza del 31 maggio 2011 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Con il primo motivo, la ricorrente censura decisione del T.A.R. nella parte in cui ha dichiarato l'improcedibilità del ricorso

introduttivo.

Assume che con quest'ultimo sono stati impugnati atti con autonoma valenza lesiva non censurati con i motivi aggiunti notificati in data 28.01.10, i quali si rivolgono esclusivamente avverso i provvedimenti di aggiudicazione della gara, dei quali si chiede l'annullamento in via derivata, senza proporre alcuna autonoma censura.

La doglianza è fondata.

Ed invero, con il ricorso introduttivo si chiede l'annullamento del provvedimento recante l'esclusione dalla gara della società appellante per irregolarità emersa in sede di DURC, nonché di tutti gli atti consequenziali adottati dal Responsabile del Servizio Appalti del Comune di Salerno (note del 17 e 20 ottobre 2008), con i quali è stato avviato nei confronti della ditta il procedimento sanzionatorio che ha comportato le annotazioni nel Casellario Informativo da parte dell'AVCP, con conseguente effetto interdittivo per la partecipazione alle gare per il periodo di un anno.

Con l'atto di motivi aggiunti, viceversa, la Scoman si è limitata a censurare per illegittimità derivata gli atti di aggiudicazione della gara nel frattempo intervenuti, senza contestare peraltro la sua posizione di seconda conseguita nella gara.

Sicché, stante la diversità e l'autonomia sostanziale dei provvedimenti impugnati con i due atti processuali - sebbene questi contengano i medesimi mezzi di censura - permane sicuramente in

capo alla Scoman l'interesse ad ottenere l'annullamento di quelli impugnati con il ricorso introduttivo che, a ben vedere, sono i soli a produrre un concreto effetto lesivo nella prospettazione resa dalla Scoman stessa.

Come già evidenziato, infatti, l'interesse sostanziale dedotto in causa si incentra (e si esaurisce) unicamente nell'annullamento del provvedimento di esclusione della società dalla gara per la asserita "irregolarità emersa in sede di DURC", nonché degli atti consequenziali con cui è stato avviato il procedimento sanzionatorio che ha comportato le annotazioni nel Casellario Informativo da parte dell'AVCP.

E le censure avverso tali determinazioni sono state, giust'appunto, formulate con il ricorso introduttivo proposto in primo grado rispetto al quale, pertanto, rimane integro l'interesse della Scoman alla sua definizione nel merito.

Con l'atto di motivi aggiunti, viceversa, vengono impugnati gli atti di aggiudicazione della gara al primo classificato, esclusivamente in via derivata senza la proposizione di alcuna autonoma censura e, quel che più conta, senza alcuna contestazione in ordine alla posizione di seconda conseguita dalla società in sede di aggiudicazione provvisoria, prima della esclusione della gara stessa.

Ne consegue, a ben vedere, che non è tanto il ricorso introduttivo a risultare improcedibile, come viceversa ritenuto dal primo giudice, quanto (e piuttosto) quello per motivi aggiunti ad appalesarsi

inammissibile.

Essendo, infatti, la Scoman risultata seconda nella procedura concorsuale per cui è causa e non avendo dedotto alcuna specifica ed autonoma censura avverso tale posizionamento in graduatoria né, tanto meno, avverso il posizionamento potiore conseguito dalla soc. Cogem, è di tutta evidenza come la stessa non risulti titolare di un concreto interesse all'annullamento del provvedimento di aggiudicazione della gara a quest'ultima.

In primo luogo, infatti, anche nella ipotesi di riammissione alla gara la Scoman permanerebbe nella posizione conseguita di seconda graduata, in quanto di per sé non contestata, senza alcuna possibilità quindi di aggiudicazione diretta della gara.

In secondo luogo, non avendo dedotto in sede ricorsuale alcuna censura idonea a produrre, in caso di accoglimento, la riedizione della procedura concorsuale, la Scoman non è neppure titolare di un interesse strumentale al richiesto annullamento della aggiudicazione della gara disposta in favore della Cogem.

Infine, per quanto sin qui precisato, la riammissione della Scoman nella graduatoria concorsuale, non produrrebbe in ogni caso il diretto travolgimento del provvedimento di aggiudicazione della gara in favore della Cogem e, pertanto, l'atto di motivi aggiunti fondato sull'unica censura della illegittimità derivata si appalesa senz'altro inammissibile.

In definitiva, diversamente da quanto statuito nella gravata sentenza,

il ricorso principale proposto in primo grado è procedibile, mentre quello per motivi aggiunti è inammissibile.

2. Con il secondo ed il terzo motivo, che possono essere trattati congiuntamente attesa la loro connessione, la ricorrente censura la decisione del TAR, laddove ha ritenuto legittimo l'operato della stazione appaltante, benché questa abbia disposto la sua esclusione dalla gara senza esternare, nei relativi provvedimenti, una adeguata motivazione in ordine alle ragioni del non accoglimento delle giustificazioni e delle deduzioni fornite, a seguito della richiesta di chiarimenti avanzata dal Comune con la nota del 10 luglio 2008.

2.1 La doglianza è fondata.

Ed invero, il più recente indirizzo giurisprudenziale a cui il Collegio ritiene di dover aderire, ha avuto modo di precisare come l'insindacabilità del contenuto formale del DURC non assuma certamente il significato di un'abrogazione implicita del preciso disposto dell'art. 38 del Codice dei contratti pubblici, nella parte in cui la previsione preclude la partecipazione alle procedure di affidamento di quei soggetti che abbiano "commesso violazioni gravi, definitivamente accertate alle norme in materia di contributi previdenziali e assistenziali".

Il raccordo tra le due discipline, pertanto, va ricercato nella valutazione dell'incidenza di quanto attestato nel DURC rispetto alla specifica procedura di affidamento.

Tale valutazione, di natura propriamente discrezionale, è riservata

alla stazione appaltante.

Questa, lungi dal sindacare il contenuto del DURC, è chiamata a verificare se le violazioni da esso certificate siano da considerarsi gravi e definitivamente accertate in relazione all'oggetto e alle modalità di svolgimento della gara (cfr. Cons. Stato Sez. V, 30.09.09, n. 5896).

Ed in questo senso, il primo giudice dopo aver premesso, in via di principio, che “un conto è la regolarità contributiva formale, rimessa al potere di accertamento e di valutazione dell'istituto previdenziale, un conto e la gravità della violazione in materia contributiva e previdenziale, ai fini della partecipazione ad una gara rimessa alla stazione appaltante che, in concreto ed al di fuori di ogni automatismo, dovrebbe per l'appunto valutare la presenza di indici sintomatici della gravità dell'infrazione, tali da giustificare l'estromissione dalla gara”, ha concluso “che alcuna censura possa essere mossa alla stazione appaltante posto che, una volta acquisiti i dati del DURC, non ha disposto l'esclusione immediata ed automatica della ricorrente, ma ha correttamente instaurato il contraddittorio chiedendo chiarimenti con nota del 10 luglio 2008.

Le giustificazioni addotte dalla ricorrente non sono apparse sufficienti a superare le riscontrate irregolarità contributive sicché la stazione appaltante non ha potuto che disporre l'esclusione”.

Senonché tale statuizione, corretta nella premessa, non è condivisibile nella sua conclusione.

Ed invero, come risulta dalla documentazione in atti:

- l'amministrazione con nota del 10.07.2008 (anticipata via fax) ha chiesto chiarimenti alla Scoman in ordine alle "anomalie riguardanti carichi pendenti rilevati dal DURC relativamente alla Cassa Edile di Salerno e dal certificato dell'Agenzia delle Entrate di Eboli";
 - la Scoman, con nota del 9.07.08, ha prontamente chiarito che il debito di euro 5.017,00 emerso nei confronti della Cassa Edile salernitana con decorrenza allo 01.06.2008, era stato determinato da un disguido della Banca Monte Paschi di Siena che, pur in presenza di uno specifico ordinativo di pagamento di tale somma al 31.05.08, non aveva provveduto al pagamento stesso;
 - nella medesima nota, la Scoman ha precisato che il pagamento è stato comunque dalla stessa direttamente effettuato (accortasi del disguido) in data 19.06.08 con bonifico on – line, nonché dalla Banca Monte Paschi Siena con diverso bonifico con valuta al 31.05.08, risultando quindi n. 2 bonifici di € 5.017,00 versati in favore della Cassa Edile, con un conseguente credito della Scoman stessa di € 5.017,00;
 - con nota del 28 luglio 2008, il Direttore della Cassa Edile Salernitana ha comunicato al Comune di Salerno che la Scoman "ha regolarizzato la propria posizione contributiva in data 19.06.2008 con versamento di € 5.017,00 che presentava valuta retrodatata al 31.05.2008.
- Senonché, a fronte dei predetti specifici e puntuali chiarimenti

L'amministrazione, con il provvedimento del 16.10.2008 per cui è causa, ha disposto l'esclusione della Scoman alla gara "per l'irregolarità emersa in sede di DURC" assumendo che:

- a) "I chiarimenti e le motivazioni fornite non consentono ... di superare le irregolarità del DURC";
- b) "Per quanto attiene la posizione di regolarità rispetto al pagamento delle imposte e tasse, si prende atto che i carichi erariali risultano ancora pendenti e, quindi, non definitivamente accertati".

Tale provvedimento, come esattamente dedotto dall'appaltante, è privo di una adeguata e sostanziale motivazione idonea a supportare la determinazione assunta, risolvendosi in una mera tautologia che non fornisce la benché minima valutazione in ordine alla gravità dell'irregolarità contributiva emersa in capo alla Scoman.

L'esclusione, infatti, è stata disposta esclusivamente perché la ditta, in sede di contraddittorio, non avrebbe, fornito sufficienti chiarimenti in merito alla riscontrata irregolarità, e non per la gravità di un'irregolarità contributiva, definitivamente accertata!

Come già precisato, infatti, un conto è la regolarità contributiva formale, che è un dato oggettivo, rimessa al potere di accertamento dell'istituto previdenziale, un conto è la gravità della violazione contributiva e previdenziale, ai fini della partecipazione ad una gara, la cui valutazione è rimessa all'Amministrazione appaltante che, in concreto e al di fuori di ogni automatismo, deve verificare la presenza di indici sintomatici della gravità dell'infrazione, tali da

giustificare l'estromissione dalla gara.

In altri termini, l'esistenza di gravi violazioni in materia contributiva e previdenziale, come requisito generale di partecipazione alle gare, costituisce oggetto di autonoma valutazione da parte della stazione appaltante, rispetto alla quale le risultanze del DURC si pongono come meri elementi indiziari, dai quali non può prescindersi, ma che comunque non esauriscono l'ambito di accertamento circa la sussistenza di una violazione grave (cfr., Cons. Stato, Sez. VI, 04.08.2009 n.4907).

Ne deriva che una volta acquisito il DURC, spetta alla stazione appaltante valutare se le risultanze ivi contenute, oggettivamente non controvertibili, siano idonee e sufficienti anche a giustificare un giudizio in termini di gravità di una violazione che sia emersa dal DURC.

Occorre, inoltre, che l'Ente verifichi la definitività dell'accertamento, pur necessaria per ritenere integrato il precetto normativo di cui all'art.38, comma 1, lett. i) e, dunque, a configurare la situazione ostativa prescritta dalla norma.

E, ai fini della verifica della definitività dell'accertamento, per gli effetti di cui alla citata norma, rileva che al momento della scadenza del termine per la presentazione della domanda di partecipazione alla gara sia spirato il termine per l'impugnazione dell'atto di accertamento in sede amministrativa, o il relativo ricorso amministrativo sia stato respinto con provvedimento definitivo e

non sia stato proposto ricorso giurisdizionale (cfr., Cons. Stato, Sez. V, 13.07.2010 n.4511).

Nel caso di specie, in violazione della normativa e dei principi sopra delineati, il Comune di Salerno ha escluso la società appellante dalla gara de qua esclusivamente perché in sede di DURC è emersa un'irregolarità contributiva nei confronti della Cassa Edile Salernitana, senza alcuna specifica ed adeguata valutazione in ordine alla sua gravità e senza fornire alcuna motivazione in ordine all'assunto per cui i chiarimenti forniti dalla Scoman non consentirebbero di superare l'irregolarità stessa.

A ciò aggiungasi, che nella specie non risultano comunque sussistere i requisiti richiesti dall'art. 38, comma 1, lett. i), D. Lgs. N. 163/2010. Quanto all'insussistenza del requisito della gravità, infatti, è sufficiente rilevare che la somma di cui la Società era debitrice nei confronti della Cassa Edile Salernitana, a decorrere dall'01.06.08, ammontava a soli euro 5.017,00, che, come ha evidenziato la ditta al Comune con la nota del 09.07.08, non era stata versata per un mero disguido imputabile alla Banca Monte dei Paschi di Siena, tant'è che non appena accortasi dell'accaduto la Società ha subito regolarizzato la propria posizione effettuando addirittura due versamenti dello stesso importo, di cui uno con valuta 31.05.08. E il tutto risulta anche dall'attestazione, in data 28.07.08, della Cassa Edile.

Le violazioni contributive riscontrate dal Comune, poi, non sono state mai definitivamente accertate dalla Cassa Edile secondo il

procedimento tipico indicato dalla legge.

Anzi, la Cassa non le ha nemmeno mai contestate alla Società esponente, essendo stata la violazione (avente decorrenza 01.06.08) subito regolarizzata.

Per cui, nella specie, manca sia la contestazione alla società da parte della Cassa Edile Salernitana della specifica violazione, sia il requisito del definitivo accertamento della stessa.

3. L'istanza risarcitoria è allo stato inammissibile.

La stessa, infatti, è formulata in modo del tutto generico, non essendo minimamente comprovata né l'effettiva sussistenza del danno invocato né il suo specifico ammontare e, come tale, non può ragionevolmente trovare accesso nel presente giudizio.

Né può ravvisarsi, nella specie, una perdita di chances oggettivamente risarcibile, come prospettato in ricorso.

Per le considerazioni svolte al precedente punto n. 1, infatti, tale perdita non può certamente essere riconosciuta con riferimento alla procedura concorsuale per cui è causa, alla cui aggiudicazione il ricorso proposto non mira in alcun modo (sia diretto che indiretto).

Parimenti, alcuna perdita di opportunità può essere ravvisata nel generico ed esclusivo riferimento alla intervenuta annotazione nel Casellario informatico da parte della AVCP, senza la benché minima indicazione di come tale annotazione abbia in concreto inibito alla società di poter utilmente partecipare a specifiche gare di suo interesse, medio tempore bandite.

4.Per le ragioni esposte il ricorso è fondato nei sensi e nei limiti di cui in motivazione.

Sussistono giusti motivi, per disporre l'integrale compensazione tra le parti delle spese dei due gradi di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, definitivamente pronunciando sul ricorso in appello di cui in epigrafe lo accoglie nei limiti di cui in motivazione e per l'effetto, in riforma della impugnata sentenza n. 10763/10 del TAR Campania,così dispone:

- accoglie il ricorso introduttivo proposto in primo grado ed annulla gli atti tramite questo impugnati;
- dichiara inammissibile il ricorso per motivi aggiunti proposto in primo grado;
- dichiara inammissibile, allo stato, la richiesta di risarcimento danni.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 31 maggio 2011 con l'intervento dei magistrati:

Calogero Piscitello, Presidente

Carlo Saltelli, Consigliere

Francesca Quadri, Consigliere

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Antonio Bianchi, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 16/09/2011

IL SEGRETARIO

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