

N. 05194/2011REG.PROV.COLL.
N. 09533/2010 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 9533 del 2010, proposto dalla Casiraghi Greco Srl, quale impresa mandataria del costituendo Rti con Cosmo Adv Spa, Mpg Italia Srl e Frame Spa, nonché da quest'ultima società, appellanti entrambe rappresentate e difese dagli avv. Giovanni Caiazzo e Federico Tedeschini, con domicilio eletto presso Federico Tedeschini in Roma, largo Messico, 7;

contro

Regione Campania, rappresentata e difesa dall'avv. Almerina Bove, con domicilio eletto presso l'Ufficio di Rappresentanza della medesima Regione in Roma, via Poli, 29;

nei confronti di

Mindshare Italia Spa;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. CAMPANIA – NAPOLI, SEZIONE I, n. 17158/2010, resa tra le parti, concernente GARA PER L’AFFIDAMENTO PER LA REALIZZAZIONE E GESTIONE DI CAMPAGNE DI COMUNICAZIONE E SERVIZI DI DIRECT E TRADE MARKETING E ATTIVITÀ STRUMENTALI (RIS.DANNO)

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l’atto di costituzione in giudizio di Regione Campania;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell’udienza pubblica del giorno 24 maggio 2011 il Cons. Nicola Gaviano e uditi per le parti gli avvocati Tedeschini e Buondonno, per delega dell’avv. Bove;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Le attuali appellanti, espressioni del costituendo RTI Casiraghi Greco S.r.l., Cosmo ADV, MPG Italia S.r.l. e Frame S.p.a., venivano colpite dalla revoca dell’aggiudicazione provvisoria della gara che era stata indetta dalla Regione Campania per l’affidamento delle attività di comunicazione e marketing finalizzate alla promozione del prodotto turistico “Campania”, commessa che veniva quindi aggiudicata definitivamente alla seconda classificata Mindshare Italia S.p.A. con decreto dirigenziale n. 430 del 6 luglio 2009.

Avverso la revoca dell'aggiudicazione provvisoria, basata sulla posizione di irregolarità contributiva della Frame S.p.a., e contro l'aggiudicazione definitiva alla controinteressata e gli altri atti di gara, le appellanti insorgevano dinanzi al T.A.R. per la Campania, anche mediante la proposizione di motivi aggiunti, chiedendo l'annullamento degli atti impugnati per vizi attinenti alla violazione del d.lgs. n. 163/2006, del d.m. 24 ottobre 2007, dell'art. 1242 c.c. e del disciplinare di gara, nonché all'eccesso di potere sotto svariati profili.

Venivano poi articolati ulteriori motivi aggiunti, intesi a censurare la mancata esclusione dalla gara di Mindshare Italia S.p.A. ed il successivo avvio del servizio nelle more della stipula del contratto.

Parte ricorrente avanzava anche una domanda risarcitoria, commisurata ai danni scaturenti dalla mancata assegnazione dell'appalto.

La Regione Campania e la controinteressata Mindshare Italia S.p.A., costitutesi in giudizio, instavano con le loro memorie difensive per il rigetto dell'intera impugnativa avversaria.

L'istanza cautelare veniva respinta dal Tribunale con ordinanza n. 1877 del 29 luglio 2009, confermata in appello da questo Consiglio con ordinanza n. 4919 del 1° ottobre 2009.

Con sentenza n. 17158\2010 il Tribunale respingeva indi il ricorso nel merito.

Avverso tale sentenza le società in epigrafe proponevano allora il

presente appello, con il quale venivano riproposte le doglianze, argomentazioni e richieste già formulate in primo grado, e censurata la pronuncia del primo giudice per averle disattese.

Resisteva anche in questo grado di giudizio la Regione Campania, deducendo l'infondatezza del gravame e chiedendone la reiezione.

La causa è stata trattenuta in decisione all'udienza pubblica del 24 maggio 2011.

L'appello è infondato.

1 La controversia è incentrata sulla pretesa illegittimità della revoca dell'aggiudicazione provvisoria, e della successiva aggiudicazione definitiva, rispettivamente intervenute a scapito del RTI delle ricorrenti ed a favore della controinteressata Mindshare Italia, unica concorrente rimasta in gara.

La revoca che ha colpito parte ricorrente trova supporto nell'accertata situazione di irregolarità contributiva esistente, alla data di scadenza del termine per la presentazione delle domande di partecipazione (26 gennaio 2009), a carico della società Frame, secondo quanto attestato dalle certificazioni contributive rilasciate dall'INPS in data 4 giugno 2009 e dall'INAIL il successivo giorno 8.

Di seguito si riassumono, per comodità di esposizione, le censure articolate con l'originario gravame e qui sostanzialmente riproposte:

- la situazione di irregolarità contributiva sarebbe stata smentita dal rilascio, il 22 giugno 2009 ed il 12 aprile 2010, di due DURC attestanti la posizione regolare della Frame alla data del 26 gennaio

2009, avendo quest'ultima presentato, all'INPS in data 17 giugno 2009 ed all'INAIL in data 4 giugno 2009, istanze di compensazione con crediti erariali maturati in epoca antecedente al 26 gennaio 2009, che avevano determinato l'estinzione dei debiti contributivi dal giorno della loro coesistenza ai sensi dell'art. 1242 c.c.;

- i debiti contributivi ascritti alla Frame non potevano comunque essere considerati "definitivamente accertati", dal momento che gli enti previdenziali non avevano espletato, prima dell'emissione nelle certificazioni negative poste a base del provvedimento di revoca, la procedura di regolarizzazione contributiva prevista dall'art. 7, comma 3, del d.m. 24 ottobre 2007, interpellando al riguardo l'impresa inadempiente;

- la contraddittorietà dei DURC con le precedenti certificazioni e la pronta regolarizzazione della posizione compromessa avrebbero dovuto indurre la stazione appaltante, secondo i principi della ragionevolezza e della prudente valutazione degli interessi in gioco, a non revocare l'aggiudicazione;

- non sussisterebbe la gravità dell'inadempimento, non essendosi verificata una reiterata violazione degli obblighi contributivi, quanto piuttosto un semplice ritardo nei versamenti;

- la configurabilità del requisito della "definitività" dell'accertamento sarebbe esclusa dalla mancata iscrizione a ruolo dei debiti contestati alla Frame e dall'omessa notifica a questa di un avviso di accertamento, che le avrebbe consentito di instaurare contenziosi

giudiziari e/o amministrativi;

- in ogni caso, la società aggiudicataria avrebbe dovuto essere esclusa dalla procedura per l'incompletezza della sua dichiarazione sui servizi effettuati nel triennio 2005-2006-2007, e per l'omessa produzione della certificazione attestante l'effettiva e regolare esecuzione degli stessi servizi, in dispregio di precise disposizioni del disciplinare di gara;

- infine, la decisione di avviare il servizio in attesa della stipula del contratto sarebbe stata illegittima ed inopportuna, stante la pendenza di vari contenziosi promossi da altri concorrenti avverso il provvedimento di aggiudicazione definitiva.

La decisione del primo giudice di disattendere queste doglianze è immune da vizi.

2a L'irregolarità della posizione contributiva della società Frame alla pertinente data del 26 gennaio 2009 (termine ultimo per la presentazione delle offerte) tanto nei confronti dell'INAIL quanto dell'INPS, emersa in occasione della verifica on line effettuata dalla Stazione appaltante, ha trovato conferma nelle attestazioni da tali enti rispettivamente rilasciate, su richiesta della stessa società, l'8 ed il 4 giugno del 2009.

Non vi è dubbio, inoltre, che la sussistenza del requisito della regolarità contributiva, necessario per la partecipazione alle procedure di gara, debba essere verificata con riferimento al momento ultimo previsto per la presentazione delle offerte. A nulla

può quindi rilevare una regolarizzazione successiva della posizione contributiva, la quale, se può risolvere il contenzioso dell'impresa con l'ente previdenziale, non potrà però in alcun modo sovvertire l'oggettivo dato di fatto dell'irregolarità ai fini della singola gara. Deve pertanto escludersi la rilevanza di un eventuale adempimento tardivo dell'obbligazione contributiva, quand'anche ricondotto retroattivamente, quanto ad efficacia civilistica, al momento della scadenza del termine di pagamento (cfr. Consiglio di Stato, IV, 12 marzo 2009 n. 1458; VI, 11 agosto 2009, n. 4928; 6 aprile 2010, n. 1934; 5 luglio 2010, n. 4243), circostanza che può rilevare fra i soggetti del rapporto obbligatorio, ma non anche nei confronti dell'Amministrazione appaltante. E tanto vale, naturalmente, anche per sistemazioni debitorie postume effettuate a mezzo di compensazioni, come risulta avvenuto nel caso concreto (tra l'altro, solo a distanza di vari mesi dal termine dirimente, giacché soltanto nel mese di giugno 2009, dopo la richiesta di chiarimenti della Stazione appaltante, Frame si è attivata per avvalersi della compensazione mediante il proprio credito IVA, che in se stesso sarebbe stato suscettibile degli impieghi più svariati).

Se ne deduce che la società Frame non è in condizione di giovare, ai fini della dimostrazione della propria allegata regolarità contributiva al 26 gennaio 2009, dei due DURC emessi rispettivamente in data 22 giugno 2009 e 12 aprile 2010, anche perché il concorso di tali certificazioni è intervenuto successivamente finanche all'emanazione

del provvedimento di revoca (avente data 16 giugno 2009). Ed è, oltre tutto, principio consolidato che la legittimità di un provvedimento amministrativo possa essere vagliata solo alla luce della situazione esistente quando esso fu emanato, e giammai sulla base di atti sopravvenuti.

D'altronde, il primo di tali D.U.R.C. ha perso ogni efficacia certificativa, essendo stato dichiarato nullo (per erronea istruttoria) con nota dello stesso INAIL del 2 luglio 2009, che ne ha prescritto ed ottenuto la riconsegna in sede da parte dell'impresa.

Quanto al secondo documento, poiché esso è fondato, come si è anticipato, sulla riconosciuta compensazione del debito contributivo con crediti erariali, è inidoneo a sorreggere un giudizio di regolarità contributiva della Frame al 26 gennaio 2009. Una regolarizzazione postuma della posizione contributiva, sebbene avente effetto retroattivo in virtù dell'operatività dell'istituto della compensazione legale, non può comunque valere, si è detto, a far ritenere sussistente il requisito di regolarità alla data di scadenza della presentazione delle domande di partecipazione.

2b In questo contesto, di conseguenza, l'avversata revoca dell'aggiudicazione provvisoria si presentava come un atto dovuto (cfr. C.d.S., V, 19 novembre 2009, n. 7255). E questo vuoi perché la stessa aggiudicazione era stata emessa in dichiarata attesa della verifica del possesso dei requisiti di partecipazione alla gara, vuoi perché, come si è appena esposto, una regolarizzazione postuma,

ancorché sollecita, non avrebbe potuto ovviare alla mancanza del requisito di regolarità contributiva alla data del 26 gennaio 2009.

2c La Sezione condivide anche la valutazione del Tribunale secondo la quale la procedura di regolarizzazione contributiva prevista dall'art. 7, comma 3, del d.m. 24 ottobre 2007 non trova applicazione nel caso di richiesta di certificazione preordinata ai fini della partecipazione a gare d'appalto, le quali sono invece interessate dalla differente disciplina contemplata dal successivo art. 8, comma 3. L'art. 6, comma 3, d.m. cit., infatti, nel prevedere la sospensione del termine per il rilascio del D.U.R.C. fino all'avvenuta regolarizzazione, fa appunto salva la diversa disciplina dettata dal successivo art. 8 comma 3 del decreto (si veda, in termini, la Circolare del Ministero del Lavoro e della Previdenza Sociale del 30/01/2008 n. 5). Ciò in linea con le esigenze di celerità che permeano le procedure di affidamento degli appalti pubblici, alle quali non si addice quel dilatarsi dei tempi per il rilascio del D.U.R.C. che sarebbe implicato dall'esigenza di consentire una regolarizzazione postuma, la quale non potrebbe poi comunque incidere sulle situazioni di irregolarità contributiva esistenti ad una determinata data.

2d Si conviene, inoltre, che anche il semplice ritardo nei versamenti contributivi possa integrare una grave violazione dei relativi obblighi, atteso che nel settore previdenziale, come opportunamente ricorda l'impugnato provvedimento di revoca, in considerazione dei gravi

effetti negativi derivanti dalla inosservanza degli obblighi in materia sui diritti dei lavoratori, sulle finanze pubbliche e sulla concorrenza tra le imprese, debbono considerarsi “gravi” tutte le inadempienze rispetto ai predetti obblighi, salvo che non siano riscontrabili adeguate giustificazioni (che peraltro nel caso di specie non sono state fornite), inerenti, ad esempio, alla pendenza di contenziosi di non agevole e pronta definizione, ovvero alla necessità di verificare le condizioni per un condono o una rateizzazione (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 17 ottobre 2008, n. 5069; 4 agosto 2010, n. 5213; VI, 6 aprile 2010, n. 1934; 5 luglio 2010, n. 4243).

In questo settore può dunque ritenersi sussistente il requisito della "gravità" dell'infrazione senza che ci sia necessità di alcuna particolare motivazione.

Senza dire che, nello specifico, l'esposizione della società nei confronti dell'INAIL era alquanto consistente, come lo stesso provvedimento di revoca ha sottolineato, in quanto superiore ai 36 mila euro, laddove l'art. 8, comma 3, del d.m. 24 ottobre 2007 definisce come “non grave” (e quindi non ostativo al rilascio del D.U.R.C.) lo scostamento tra le somme dovute e quelle versate, rispetto a ciascun periodo di paga o contribuzione, inferiore o pari al 5 % , o comunque inferiore ad euro 100.

Va poi rammentato che la dichiarazione di irregolarità espressa dagli enti previdenziali interessati implica anche l'avvenuta verifica della gravità dei relativi scostamenti, come ancora una volta il

provvedimento impugnato non ha mancato di osservare, in quanto il citato decreto ministeriale ha attribuito al D.U.R.C. l' idoneità ad attestare anche l' entità dell' inadempimento degli obblighi contributivi, dando conto delle sole irregolarità tali da superare la delineata soglia di gravità.

Il d.m. 24 ottobre 2007, infine, nel disciplinare le modalità di rilascio del D.U.R.C. definendo nel modo già visto la soglia di gravità dell' inadempimento, non può non limitare sul punto anche la discrezionalità delle stazioni appaltanti (v. la Circolare del Ministero del Lavoro e della Previdenza Sociale del 30/01/2008 n. 5), che al riguardo ben possono quindi limitarsi a prendere atto della certificazione espressa dal D.U.R.C. (del quale non possono sindacare le risultanze: C.d.S., V, 19 novembre 2009, n. 7255; IV, 10 febbraio 2009, n. 1458; VI, 6 aprile 2010, n. 1934), senza doversi fare carico di autonome valutazioni.

Da quanto precede si desume, dunque, tanto la sussistenza del requisito della gravità della violazione, quanto la inappuntabile motivazione in proposito espressa dal provvedimento in contestazione, con puntuali richiami tanto alla specifica situazione di fatto esistente, quanto agli orientamenti giurisprudenziali dominanti utili ad interpretarne la valenza.

I rilievi di parte appellante si rivelano perciò destituiti di fondamento anche sotto questo profilo.

2e Né l' omessa iscrizione a ruolo dei crediti contributivi dell' ente

previdenziale impedisce la loro valorizzazione alla stregua di “violazioni definitivamente accertate”, dal momento che l’emissione del ruolo è semplicemente prodromica alla fase di riscossione, ed il medesimo non svolge una funzione di accertamento. Del resto, l’art. 8, comma 2, del d.m. 24 ottobre 2007 àncora la possibilità di ottenere una certificazione di regolarità contributiva, a fronte di crediti non iscritti a ruolo, solo all’ulteriore presupposto (qui insussistente) che sia pendente in merito una controversia.

2f La giurisprudenza ha inoltre espresso, sotto altro profilo, il principio per cui lo stato di “definitivo accertamento” delle violazioni contributive può essere rinvenuto, in pratica, in tutte le situazioni caratterizzate dalla non pendenza di ricorsi amministrativi o giurisdizionali, né del termine per esperirli.

E’ in questo senso che si dice che ai fini della valutazione della definitività dell’accertamento, per gli effetti dell’art. 38, comma 1 lett. i), d.lgs. n. 163/2006, occorre che al momento della scadenza del termine per la presentazione della domanda di partecipazione alla gara : (i) 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 (ii) non sia stato proposto ricorso giurisdizionale (senza che una proposizione solo successiva del ricorso giurisdizionale possa valere ad infirmare l’efficacia preclusiva del d.u.r.c. negativo) (C.d.S., V, 13 luglio 2010, n. 4511; Sez. VI, 27 febbraio 2008 n. 716).

A base della regola che l'inadempimento contributivo può essere considerato causa di esclusione solo ove definitivamente accertato va richiamata, invero, l'indicazione della Corte di Giustizia CE (sez. I, 9 febbraio 2006, C-226/04 e C-228/04) secondo cui "una normativa nazionale che ignorasse totalmente gli effetti di un ricorso amministrativo o giurisdizionale sulla possibilità di partecipare ad una procedura di aggiudicazione di un appalto rischierebbe di violare i diritti fondamentali degli interessati" (VI, n. 716/2008 cit.).

La possibilità di ravvisare l'esistenza del requisito di "definitività" non è quindi necessariamente impedita dalla –asserita– omessa notifica di un avviso di accertamento riflettente i debiti contributivi che sono comunque emersi.

Nel testo della impugnata revoca si è opportunamente rimarcato come da parte dell'impresa non fosse stato attivato alcun tipo di tutela al fine di contestare l'*an* o il *quantum* dei propri debiti contributivi; né il contegno successivo della società ha dato forma a contestazioni di alcun tipo al riguardo: la medesima, al contrario, ha riconosciuto le proprie passività e vi ha fatto fronte.

In una situazione siffatta, osserva la Sezione, incombeva sulla ricorrente l'onere di dimostrare che gli enti previdenziali non avrebbero potuto prescindere dall'indirizzarle ugualmente l'avviso di accertamento del quale essa enfatizza in questa sede la carenza. E vale soprattutto mettere in luce che, ai fini dell'art. 38 del d.lgs. n. 163/2006, un debito contributivo che non venga messo in

discussione nella sua esistenza ed entità, bensì venga (in seguito) senz'altro estinto, equivale in sostanza, quale passività incontestata, ad un debito definitivamente accertato (si veda, in tema, C.d.S., V, 10 agosto 2010, n. 5556).

Sicché anche sotto questo profilo le doglianze dell'appellante devono essere disattese.

3 Le considerazioni fin qui svolte hanno confermato l'infondatezza delle censure dedotte avverso la revoca dell'aggiudicazione provvisoria che ha colpito parte appellante.

Una volta acclarato che il relativo RTI avrebbe dovuto essere escluso dalla gara cui illegittimamente ha preso parte, ciò comportava allora, come ha esattamente deciso il Tribunale, l'inammissibilità dei motivi aggiunti volti a stigmatizzare la mancata esclusione dalla gara della controinteressata e la disposizione di avvio temporaneo del servizio.

L'appellante doveva difatti intendersi ormai estromessa dalla procedura, e come tale priva della posizione legittimante necessaria a contestare il risultato favorevole per l'aggiudicataria al fine di provocare una riedizione della gara.

Secondo il recente insegnamento della pronuncia dell'Adunanza Plenaria di questo Consiglio n. 4\2011, invero, la mera partecipazione (di fatto) ad una gara non è sufficiente per attribuire la legittimazione al ricorso, poiché la situazione legittimante deriva da una qualificazione di carattere normativo, che postula il positivo esito del sindacato sulla ritualità dell'ammissione del soggetto

ricorrente alla procedura selettiva. Pertanto la definitiva esclusione, oppure l'accertamento della illegittimità della partecipazione alla gara, impediscono di assegnare al concorrente la titolarità di una situazione sostanziale che lo abiliti ad impugnare gli esiti della procedura selettiva. Ed il positivo riscontro della legittimazione al ricorso, sempre secondo le puntualizzazioni dell'Adunanza Plenaria n. 4, è necessario tanto per far valere un interesse, cd. finale, al conseguimento dell'appalto, quanto per perseguire un interesse meramente strumentale diretto alla caducazione dell'intera gara e alla sua riedizione.

4 In conclusione, per le ragioni esposte l'appello deve essere nel suo insieme respinto.

Si ravvisano, tuttavia, ragioni tali da giustificare la compensazione delle spese processuali tra le parti in causa.

P.Q.M.

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

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella Camera di consiglio del giorno 24 maggio 2011 con l'intervento dei magistrati:

Pier Giorgio Trovato, Presidente

Roberto Chieppa, Consigliere

Francesca Quadri, Consigliere

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Nicola Gaviano, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 16/09/2011

IL SEGRETARIO

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