

N. 01228/2011REG.PROV.COLL.

N. 08126/2010 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 8126 del 2010, proposto da:
Impresa Milazzo Impianti di Bartolomeo Milazzo, in persona del legale rappresentante in carica,
rappresentata e difesa dall'avv. Salvatore Giacalone, con domicilio eletto presso l'avv. Filippo
Fadda in Roma, via Giuseppe Ferrari, n. 11;

contro

Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti e Provveditorato Interregionale per le Opere Pubbliche
Campania-Molise, in persona dei legali rappresentanti pro tempore, rappresentati e difesi
dall'Avvocatura Generale dello Stato e domiciliati per legge, in Roma, via dei Portoghesi, n. 12,
presso la sede degli uffici di detta Avvocatura;

nei confronti di

A.L. Impianti Srl, non costituita in giudizio;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti e del
Provveditorato Interregionale per le Opere Pubbliche Campania-Molise;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, comma 10, c. p. a.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 18 gennaio 2011 il Cons. Guido Romano e uditi per le
parti l'avv. Andrea Manzi, per delega dell'avv. Salvatore Giacalone, e l'avvocato dello Stato
Alessandra Bruni per le appellate Amministrazioni;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. - Con il ricorso introduttivo di primo grado l'appellante impresa impugnava il decreto del Provveditore Interregionale per le Opere Pubbliche per la Campania ed il Molise n. 12494 del 16 settembre 2009 con il quale era stata revocata l'aggiudicazione dell'appalto disposta in suo favore ed incamerata la cauzione provvisoria versata, il provvedimento di nuova aggiudicazione dell'appalto all'impresa controinteressata, la segnalazione del motivo di esclusione all'Autorità per la Vigilanza sui contratti pubblici e l'annotazione sanzionatoria effettuata da quest'ultima nel casellario informatico.

Deduceva, al riguardo, con un primo motivo di diritto, la violazione, in particolare, dell'art. 38 del D.Lgs. 163 del 2006, nonché eccesso di potere per illogicità manifesta, sviamento, travisamento dei fatti, difetto del presupposto e contraddittorietà manifesta; con un secondo motivo, eccesso di potere sotto il profilo della violazione dei principi generali dell'ordinamento giuridico in materia di elemento soggettivo dell'illecito.

2. - Con la impugnata sentenza n. 16605 del 7 luglio 2010 il Giudice di prime cure ha ritenuto il gravame, in parte infondato, laddove è stata censurata la revoca del provvedimento di aggiudicazione ed il nuovo provvedimento di aggiudicazione dell'appalto ad altro concorrente, ed in parte improcedibile, laddove è stata contestata la legittimità della citata annotazione sanzionatoria, avendo l'Autorità competente provveduto, in corso di causa, all'archiviazione della segnalazione effettuata dalla stazione appaltante.

Con l'appello indicato in epigrafe l'Impresa Milazzo Impianti di Bartolomeo Milazzo (di seguito: l'Impresa) ha impugnato detta sentenza nella sola parte in cui ha respinto la domanda di annullamento dell'atto di revoca dell'appalto ed ha affidato quest'ultimo ad altro concorrente, così prestando sostanziale acquiescenza alla restante parte decisoria della stessa sentenza laddove il TAR ha dichiarato improcedibile la parte di ricorso rivolta alla contestazione dell'annotazione sanzionatoria nel Casellario Informatico delle Imprese.

In particolare, con l'unico ed articolato motivo di appello proposto ha criticato la motivazione resa, in parte qua, dal primo Giudice affermando che essa si fonderebbe, per un verso, su di un errore di fatto, non avendo considerato detto Giudice, né che il debito effettivo era di molto inferiore al minimo (*euro 100,00*) previsto dal DM 24 ottobre 2007, stante la compensazione dell'importo dovuto di euro 190,73 (formalmente imputato come debito nel DURC inizialmente rilasciato) con il credito vantato verso l'INAIL di Trapani di euro 170,73, né che il versamento dell'importo indicato in detto DURC, peraltro non effettuato per mero disguido bancario, è stato disposto, comunque, nel termine di cui all'art. 8, comma 3, del D.M. 24 ottobre 2007; per altro verso, sull'erronea interpretazione dell'art. 38, comma uno, lettera i), del d.P.R. n. 163 del 2006, che sarebbe tesi confortata da giurisprudenza di questo Consiglio la quale renderebbe palese l'erroneità della decisione impugnata laddove ha ritenuto sussistenti un debito previdenziale di entità superiore al minimo di cui al citato DM e la falsità della dichiarazione resa, al riguardo, in sede di domanda di partecipazione alla gara.

3. - Dei soggetti evocati nel presente grado di giudizio si sono costituiti gli appellati Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti e Provveditorato per le Opere Pubbliche della Campania e Molise, che hanno depositato soltanto documentazione.

4. - Con ordinanza cautelare n. 4983, pubblicata il 27 ottobre 2010, la Sezione ha accolto l'istanza cautelare di sospensione degli effetti della sentenza impugnata, limitatamente all'escussione della cauzione provvisoria prestata, rinviando la discussione nel merito dell'appello alla prima udienza pubblica utile del 2011.

5. - All'udienza pubblica del 18 gennaio 2011 l'appello è stato rimesso in decisione.

6. - L'appello è fondato.

6.1 - Preliminarmente ritiene il Collegio di dover dare atto che, non essendo stata mossa alcuna articolata e sostanziale critica al capo di sentenza con il quale il ricorso di primo è stato dichiarato in parte improcedibile, salvo un riferimento meramente fattuale ed episodico alla relativa statuizione (*cf. l'ultimo capoverso della pagina 7 dell'appello*) quest'ultima è divenuta intangibile essendosi formato su di essa il giudicato.

6.2 - La questione sulla quale il Collegio è chiamato a pronunciarsi attiene alla verifica dei presupposti della falsità o meno della dichiarazione resa in sede di gara dall'Impresa appellante di essere in regola con i versamenti previsti per il certificato INAIL di regolarità contributiva, tenuto conto delle risultanze documentali del procedimento di aggiudicazione dell'appalto e delle norme di cui all'art. 38, comma 1, lettera i), del D.Lgs. n. 163 del 2006 e delle disposizioni del DM 24 ottobre 2007.

Il Giudice di prima istanza, sul rilievo che l'importo dell'omesso versamento di contributi assicurativi riportato nel DURC a carico dell'Impresa è risultato superiore al minimo previsto nel DM citato e che esso incide automaticamente sulla posizione di gara dell'Impresa stessa, ai fini dell'accertamento della gravità della violazione contributiva commessa da quest'ultima e della sua definitività, ha concluso per la non illegittimità dei provvedimenti impugnati con conseguente rigetto del gravame proposto in primo grado.

6.2.1 - Orbene, già in punto di fatto, la statuizione del TAR non può essere condivisa poiché gli elementi ricavabili, allo stato, dalla documentazione in atti, espressamente richiamati dalla parte appellante e non contestati dalle pur costituite Amministrazioni, consentono di evidenziare l'errore in cui è incorso detto Giudice consistente nell'obliterazione dell'effettiva consistenza del debito previdenziale dell'Impresa, invero non superiore al minimo previsto dal DM 24 ottobre 2007 e, quindi, come tale, escludente ogni irregolarità contributiva dell'Impresa stessa.

Ed invero -in disparte i profili, pure proposti, di possibile compensazione del debito previdenziale formalmente imputato all'Impresa dall'INAIL di Trapani (*euro 190,73*) con il credito vantato dalla stessa Impresa (*euro 170,96*) nei confronti della medesima sede INAIL, nonché di intervenuto versamento della somma anzidetta di euro 190,73 entro il termine previsto dall'art. 8, comma 3, del DM 24 ottobre 2007- non può non avere decisivo rilievo nell'economia del presente giudizio la circostanza che il debito effettivo nei confronti dell'Istituto previdenziale anzidetto ammontasse, a ben vedere, ad una somma ben inferiore al minimo (*100,00 euro*) previsto dal DM citato (*cioè ad euro 19,77*), come indicato dalla stessa Impresa nella propria nota del 5 agosto 2009 di risposta ai chiarimenti richiesti sul punto dalla stazione appaltante con nota prot. 10845 del 3 agosto 2009, che trova conferma nell'attestazione successivamente rilasciata dalla stessa INAIL il 5 marzo 2010.

Infatti, in presenza dei citati chiarimenti forniti dall'Impresa in corso di gara e per effetto di una corretta interpretazione dell'art. 38 del codice dei contratti pubblici, alla stregua delle considerazioni che di seguito saranno svolte a tal ultimo proposito, la stazione appaltante avrebbe ben potuto verificare che la dichiarazione resa sul punto dal concorrente non era falsa; sarebbe

bastato, infatti, effettuare quella necessaria verifica sull'eccezionale compensabilità del debito contributivo risultato in capo all'Impresa con il credito vantato da quest'ultima allo stesso titolo, che ha poi portato l'INAIL, ancorché in data successiva all'aggiudicazione dell'appalto, a confermare l'effettiva entità del debito (euro 19,77), rispetto a quello formalmente addebitato (190,73), ed a rilasciare la citata attestazione del 5 marzo 2010, anche tenuto conto che l'omissione addebitata si era verificata soltanto per effetto di un disguido bancario, come pure precisato in sede di chiarimenti richiesti all'Impresa e da questa resi.

Consegue che già tali considerazioni consentono di escludere che nel caso in esame si fosse in presenza di un debito previdenziale grave, accompagnato da falsa dichiarazione, tenuto conto, peraltro, che tale convincimento trova riscontro anche nell'archiviazione disposta dall'Autorità sui Contratti Pubblici della richiesta annotazione in casellario informatico.

6.2.2 - Ad analoga conclusione può, poi, pervenire il Collegio anche in punto di diritto, alla stregua delle seguenti ulteriori considerazioni.

L'art. 38, comma 1, lettera i), del D.Lgs. n. 163 del 2006 dispone, per quel che qui rileva, che “... Sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, né possono essere affidatari di subappalti, e non possono stipulare i relativi contratti i soggetti ... (omissis) ... che hanno commesso violazioni gravi, definitivamente accertate, alle norme in materia di contributi previdenziali e assistenziali, secondo la legislazione italiana o dello Stato in cui sono stabiliti...”.

Orbene, ritiene il Collegio, al riguardo, mutuando alcuni dei principi affermati da perspicua ed attenta giurisprudenza di questo Consiglio (cfr. Sez. VI[^], n. 4906 del 4 agosto 2009) in tema di interpretazione del citato art. 38, che il concorrente, in presenza di un bando di gara che richieda genericamente, come nel caso in esame, una sua dichiarazione di insussistenza delle cause di esclusione di cui alla lettera i), possa essere escluso soltanto qualora la stazione appaltante sia oggettivamente certa che l'eventuale debito contributivo dichiarato sia grave e definitivamente accertato, e cioè non esistano in atti di gara elementi che possano condurre a diversa conclusione, mediante accertamenti ulteriori.

Infatti, una prescrizione di bando generica, come quella in questione, da un lato, giustifica sia che il concorrente possa compiere autonomamente una valutazione di gravità o non gravità del debito contributivo, sia che possa fornire anche documentati chiarimenti che sorreggano la valutazione anzidetta e smentiscano la stessa entità del debito contributivo, come risultante dal DURC; dall'altro, comporta che la stazione appaltante, a fronte di elementi concreti e specifici forniti dal concorrente che siano discordanti con i dati riportati nel DURC ed in considerazione dell'opinabilità del metro di valutazione discendente dalla generica previsione di bando, debba accertare l'effettiva entità della violazione contributiva e cioè se essa sia veramente “grave”, tenuto conto delle disposizioni del DM 24 ottobre 2007, e possa ritenersi definitivamente accertata.

Soltanto, infatti, quando il bando richieda che debbano essere dichiarate tutte le violazioni contributive in cui il concorrente sia eventualmente incorso, può dedursi che lo stesso bando esiga una dichiarazione dal contenuto più ampio e più puntuale rispetto a quanto prescritto dall'art. 38: infatti, soltanto in tali ipotesi può inferirsi che la stazione appaltante si sia riservata una valutazione più ampia di gravità o meno dell'illecito per poter procedere all'esclusione dalla gara, in ragione, evidentemente, di una causa che non sia solo quella, sostanziale, dell'essere stata commessa una grave violazione (nella specie contributiva), ma anche quella, formale, di aver omesso una dichiarazione prescritta dal bando.

Alla stregua di tali assunti interpretativi, può ritenersi sufficientemente evidente che, nella fattispecie, la motivazione della sentenza impugnata non resiste neppure ad un attento vaglio in punto di diritto, essendosi con essa limitato il Giudicante a prendere cognizione del solo DURC, traendone poi effetti automatici sulla partecipazione dell'Impresa alla gara, ma non anche degli elementi forniti da quest'ultima, pur assurgendo la declaratoria di non regolarità contributiva soltanto a "*grave indizio*" di aver commesso, ai fini dell'art. 38 del codice appalti, una "*violazione grave*" e "*definitivamente accertata*", dovendosi escludere, comunque, così come chiarito dalla già citata giurisprudenza (*ibidem*, sez. VI^a, n. 4906 del 2009) ogni automatismo valutativo in proposito, specialmente quanto al profilo della gravità, rimettendo detta norma, a ben vedere, ogni definitiva valutazione alla stazione appaltante, non essendo quest'ultima vincolata a valutare la gravità dell'omissione con gli stessi parametri utilizzati dal DM del 27 ottobre 2007, non costituendo quest'ultimo atto attuativo del codice appalti.

Infine, in linea con tale avviso giurisprudenziale, il Collegio ritiene di poter fare proprio anche il rilievo dell'appellante che la previsione di un'entità minima del "*debito previdenziale*", come prevista dal DM del 2007, al di sotto della quale non c'è irregolarità contributiva, ha lo scopo di esemplificare il procedimento di rilascio del DURC, ma non esclude che, se venga superato il limite minimo anzidetto, non debba la stazione appaltante verificare la gravità o meno del debito, in caso di bando non specifico circa i termini della dichiarazione da rendersi all'atto della presentazione della domanda di partecipazione alla gara.

7. - Quanto alle spese di giudizio, ritiene il Collegio che le stesse possano essere compensate tra le parti, sussistendo giusti motivi per provvedere in tal modo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato, in sede giurisdizionale, Sezione Quarta, definitivamente pronunciando sull'appello n. 8126 del 2010, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, accoglie il ricorso di primo grado con conseguente annullamento dei decreti del Provveditore Interregionale per le Opere Pubbliche di Campania e Molise n. 16605 del 16 settembre 2009 e n. 1810 del 18 settembre 2009..

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 18 gennaio 2011 con l'intervento dei magistrati:

Gaetano Trotta, Presidente

Anna Leoni, Consigliere

Diego Sabatino, Consigliere

Guido Romano, Consigliere, Estensore

Fulvio Rocco, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 24/02/2011

IL SEGRETARIO

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