



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

(Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 155 del 2014, proposto da:
Penelope Spa, in persona del legale rapp.te p.t., rappresentato e difeso dagli avv.
Venanzio Carpentieri, Enzo Napolano, con domicilio eletto presso Enzo
Napolano in Napoli, via Cappella Vecchia N.8/A;

contro

Comune di Napoli in persona del Sindaco p.t. rappresentato e difeso dagli avv.
Fabio Maria Ferrari, Barbara Accattatis Chalons D'Oranges, Saverio Andreottola,
Eleonora Carpentieri, Bruno Crimaldi, Annalisa Cuomo, Anna Ivana Furnari,
Giacomo Pizza, Anna Pulcini, Bruno Ricci, Gabriele Romano, con domicilio eletto
in Napoli, Avv. Municipale;
Inps Istituto Nazionale Previdenza Sociale, in persona del legale rapp.te p.t.,
rappresentato e difeso dagli avv. Vincenzo Di Maio, Antonino Sgroi, Erminio
Capasso, con domicilio eletto in Napoli, via Medina,61 c/o Uff.Legale Inps;

per l'annullamento

della determinazione dirigenziale n.2 del 06.1.2013 comunicata con nota prot. n.89013 del 26.11.2013 con cui il dirigente del Comune di Napoli revocava l'aggiudicazione provvisoria già disposta in data 5.7.2013 a favore del ricorrente della gara per l'affidamento del servizio di realizzazione del progetto "Avvio emozione Napoli";

della nota del 12.12.2013 con cui si chiede alla HDI Assicurazioni di rimettere la somma di cui alla polizza fideiussoria del 17.6.2013;

del provvedimento n. 2/2013 nella parte in cui procede alla segnalazione alla AVCP ex art. 38 co 1 ter e dispone l'incameramento della cauzione provvisoria; di ogni altro atto preordinato, connesso e consequenziale tra cui il parere avvocatura del 21.11.2013;

se e in quanto rilevante, del documento unico di regolarità contributiva trasmesso dall'INPS il 23.8.2013.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Napoli e di Inps Istituto Nazionale Previdenza Sociale;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 28 maggio 2014 il Cons. Anna Pappalardo e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con bando n. 1/2013 il Comune di Napoli ha indetto una gara per l'affidamento del servizio relativo alla realizzazione del progetto "Avvio emozione Napoli" per un importo di euro 30.000,00.

All'esito della procedura risultava aggiudicataria provvisoria la odierna ricorrente, la quale espone di avere reso tra le altre, la dichiarazione relativa alla sussistenza della regolarità contributiva alla data del bando; ciò sulla scorta di un DURC positivo rilasciato precedentemente dall'INOS e della assenza di comunicazioni nel cd. cassetto previdenziale.

La stazione appaltante procedeva quindi alle prescritte verifiche, nel corso delle quali acquisiva di ufficio un'attestazione durc rilasciata dall'INPS che dichiarava che l'impresa non risultava regolare alla data del 20.6.2013 e procedeva all'avvio del procedimento di revoca della aggiudicazione.

La ricorrente ribadiva di avere effettuato un controllo formale presso l'INPS nel quale non risultavano irregolarità, e l'amministrazione con nota del 9.9.2013 chiedeva all'INPS di chiarire la posizione della società al 20.6.2013 (data di scadenza del termine per la presentazione delle domande). L'INPS precisava che per un errore tecnico non era stata inviata alla ditta la comunicazione di preavviso DURC negativo, e che i debiti indicati sul documento emesso erano stati saldati il 26 e 27 agosto 2013.

Dopo aver acquisito un parere dell'ufficio avvocatura, l'Ente revocava la aggiudicazione con il gravato provvedimento e disponeva l'incameramento della cauzione e la segnalazione del fatto alla AVCP.

Insorge avverso gli atti in epigrafe la ricorrente, deducendo:

violazione e falsa applicazione dell'art. 38 D. Lgs 163/2006, del DPR 207/2010, del bando di gara: la mancata segnalazione alla ditta da parte dell'INPS del debito contributivo non potrebbe comportare l'emissione del DURC negativo, con conseguente rilievo ai fini della gara del solo dato attuale al momento della attività di riesame compiuta dall'Istituto, che ha dato luogo alla possibilità di sanare il debito stesso;

violazione art. 38 codice appalti, ed art. 48 co 1 ultimo periodo: alla esistenza di una irregolarità contributiva, peraltro ignota alla ricorrente, non potrebbero conseguire i penalizzanti effetti dell'incameramento della cauzione e della segnalazione alla AVCP;

identiche censure: ai fini della valutazione della dichiarazione resa dalla parte in sede di gara dovrebbe darsi rilievo alla sussistenza di un affidamento incolpevole che ha generato errore nella dichiarazione, affidamento basato sia sulla presenza di un DURC positivo rilasciato in data antecedente, ed ancora valido al momento della gara, DURC per il quale non risultava alcun preavviso di annullamento; sia della assenza di ogni comunicazione nel cd. cassetto previdenziale, pagina informatica nella quale ciascuna azienda riceve le comunicazioni relative alla propria posizione previdenziale.

Ha concluso per l'accoglimento del ricorso e per il risarcimento dei danni per l'impossibilità di risarcimento in forma specifica.

Si è costituito in giudizio il Comune di Napoli, contestando la fondatezza della domanda. Si è costituito altresì l'INPS, deducendo la effettiva assenza del requisito di regolarità contributiva alla data indicata dal bando, assenza non certificata stante la mancata richiesta di DURC sia dalla ditta che dalla stazione appaltante al momento della partecipazione alla gara. Infatti la richiesta di DURC era pervenuta solo in data successiva, ed a seguito della stessa era stato emesso il DURC attestante l'irregolare posizione in data 22.7.2013. La mancanza del requisito di regolarità non avrebbe potuto mutare la consistenza del documento anche qualora la ditta fosse stata preavvertita dell'esistenza del debito, essendo ormai decorso il termine ultimo per la partecipazione alla gara.

Aggiunge che il precedente DURC regolare indicato dalla ditta, emesso il 21.5.2013, era stato rilasciato per un uso del tutto diverso e copriva la regolarità

contributiva sino alla data del 30.4.2013. Chiede quindi il rigetto di ogni istanza risarcitoria nei propri confronti.

Alla udienza pubblica del 28 maggio 2014 il ricorso è stato ritenuto in decisione.

DIRITTO

Va preliminarmente rilevato come il presente giudizio non può investire la esattezza del DURC emesso dall'INPS, ovvero la sua regolarità, essendo sul punto questo Tribunale carente di giurisdizione.

Sotto il profilo oggettivo, infatti, il documento unico di regolarità contributiva (durc), come più volte precisato dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato, si sostanzia in una dichiarazione di scienza e si colloca fra gli atti di certificazione o di attestazione aventi carattere meramente dichiarativo di dati in possesso dell'ente, assistiti da pubblica fede ex articolo 2700 c.c. e facenti pertanto prova fino a querela di falso (cfr. Cons. Stato Sez. IV n.1458/ 2009; Sez. V n. 789 /2011).

Ne consegue che eventuali errori contenuti in detto documento, involgendo posizioni di diritto soggettivo afferenti al sottostante rapporto contributivo, potranno essere corretti dal giudice ordinario, o all'esito di proposizione di querela di falso, o a seguito di ordinaria controversia in materia di previdenza e di assistenza obbligatoria.

Infatti, ciò che forma oggetto di valutazione ai fini del rilascio del certificato è la regolarità dei versamenti effettuata dall'impresa iscritta presso l'INPS, ed in questo ambito ciò che viene in rilievo non è certo un rapporto pubblicistico, bensì un rapporto obbligatorio previdenziale di natura privatistica.

In altri termini, il rapporto sostanziale di cui il DURC è mera attestazione si consuma interamente in ambito privatistico, senza che su di esso vengano ad incidere direttamente o indirettamente poteri pubblicistici, per cui il sindacato sullo stesso esula dall'ambito della giurisdizione, ancorché esclusiva, di cui è titolare il giudice amministrativo in materia di appalti.

La ricorrente lamenta peraltro la illegittimità dell'utilizzo delle dichiarazioni contenute nel DURC negativo dalla stazione appaltante, atteso che lo stesso non sarebbe stato formato all'esito del procedimento in contraddittorio delineato dalla recente normativa che prescrive il cd. preavviso di DURC negativo, assegnando in tal modo alla ditta un termine per provvedere alla regolarizzazione del debito contributivo.

Secondo il costrutto attoreo, ciò ridonderebbe in violazione delle norme pubblicistiche che regolano lo svolgimento delle pubbliche gare, atteso che in tale ipotesi la dichiarazione resa ex art. 38 codice appalti sarebbe basata su un affidamento incolpevole della concorrente, sì che il mancato preavviso dovrebbe comportare la inutilizzabilità del DURC negativo, venendo in rilievo solo quello emesso in data successiva alla spedizione dell'avviso da parte dell'INPS, con assegnazione del termine di 15 gg. per procedere alla regolarizzazione del debito contributivo.

La tesi, ancorchè suggestiva e di recente avallata da una pronuncia in giurisprudenza (cfr TAR Veneto n. 486/2014) a giudizio di questo Collegio, non merita condivisione.

Tale ricostruzione si fonda invero sulla disposizione di cui al DM 24.10.2007, poi trasfusa nell'art. 31.8 del DL n. 69/2013, recante "semplificazioni" alla disciplina del rilascio del DURC, la quale dispone espressamente che in caso di mancanza dei requisiti per il rilascio del DURC "gli Enti preposti al rilascio, prima dell'emissione del DURC....invitano l'interessato.....a regolarizzare la propria posizione entro un termine non superiore a quindici giorni, indicando analiticamente le cause della irregolarità". La novella prevede – quindi – che gli enti previdenziali preposti al rilascio del DURC sono tenuti ad attivare un procedimento di regolarizzazione attraverso il quale le imprese siano messe in grado di sanare la propria posizione prima della "certificazione" di una loro situazione di irregolarità.

Tuttavia la indicata normativa ,ad avviso di questo Collegio ,deve ritenersi operante per il solo DURC cd. interno, ossia quello confezionato dall'INPS per il riconoscimento di benefici o sgravi contributivi alla ditta (e che ha una validità temporale inferiore o pari a 30 giorni) e non anche per il documento relativo alla verifica requisiti per partecipazione alle gare di appalto.

Diversamente opinando, si dovrebbe ritenere che la citata disposizione di semplificazione abbia operato una rilevante modifica – peraltro in maniera tacita per incompatibilità sopravvenuta – alla disposizione sostanziale dell'art. 38 del Codice dei Contratti (D. Lgs. n. 163/2006) per il quale è pacificamente acclarato che il requisito della regolarità contributiva necessario per la partecipazione alle gare pubbliche debba essere posseduto dai concorrenti sin dalla data di presentazione della domanda di ammissione alla procedura .

Peraltro, la diversa interpretazione non appare compatibile con i principi di tutela dell'interesse pubblico alla scelta di un contraente affidabile e della par condicio tra le imprese concorrenti, in quanto comporterebbe la possibilità di partecipare in ogni caso alle gare per le imprese in stato di irregolarità contributiva, potendo poi fidare sulla possibilità di sanare la propria posizione dopo il preavviso di DURC negativo da parte dell'INPS, con evidente violazione della ratio della disposizione,che nella regolarità contributiva dell'impresa vuole apprezzare non solo un dato formale, ma un dato di affidabilità complessiva della ditta partecipante alla gara.

La regolarità contributiva è invero requisito indispensabile non solo per la partecipazione alla gara ma anche per la stipulazione del contratto (cfr. T.A.R. Umbria 12 aprile 2006, n. 221, Cons. Sato., Sez. IV, 27 dicembre 2004, n. 8215),si che, l'impresa deve essere in regola con i relativi obblighi fin dalla presentazione della domanda e conservare tale regolarità per tutto lo svolgimento della procedura di gara.

Ne deriva che la cosiddetta correttezza contributiva non costituisce un dato che possa essere temporaneamente frazionato, o virtualmente ricostruito ex post, in quanto attiene alla diligente condotta dell'impresa in riferimento a tutte le obbligazioni contributive sia relative a periodi precedenti sia maturate nel periodo in cui è stata espletata la gara. La regolarità contributiva nei confronti degli enti previdenziali costituisce, infatti, indice rivelatore della correttezza dell'impresa nei rapporti con le proprie maestranze e deve, pertanto, poter essere apprezzata in relazione a tutti i periodi durante i quali l'impresa stessa era tenuta ad effettuare i relativi versamenti (ex multis T.A.R. Lazio Sez. II 24.1.2007, n. 484)

Soltanto l'accertamento della regolarità nel tempo del versamento dei contributi previdenziali e assistenziali e, quindi, della capacità dell'impresa di far fronte alle relative obbligazioni è idoneo a soddisfare l'interesse pubblico "primario" che viene in rilievo nelle gare d'appalto, incentrato sull'affidabilità dell'impresa concorrente attraverso l'indice rivelatore della sua più efficiente ed efficace gestione economico - produttiva (con il conseguente condivisibile rilievo secondo il quale la regolarità contributiva "...non rileva quale espressione di un mero rapporto obbligatorio tra due soggetti, ma come qualificazione soggettiva dell'impresa in termini di rispetto degli obblighi normativi e, dunque, espressione di affidabilità, costituente presupposto per la partecipazione alla procedura concorsuale": cfr. T.A.R. Campania, Salerno, Sez. I, 7 marzo 2001, n. 227).

Ne deriva che l'irregolarità contributiva dell'aggiudicatario, seppure rilevata in epoca successiva alla presentazione della domanda di partecipazione alla gara, costituisce elemento impeditivo per l'affidamento dell'appalto. Se così non fosse, del resto, resterebbe consentita una ricostruzione virtuale della regolarità contributiva della concorrente che la portata dell'art. 38 codice appalti continua ad escludere.

La disposizione che introduce il preavviso di DURC negativo deve essere quindi intesa nel senso di evitare l'applicabilità alla ditta di sanzioni di diverso tipo nei confronti dell'ente previdenziale, ma senza alcuna ricaduta operativa sulle disposizioni che regolano la partecipazione alle pubbliche gare di appalto, in quanto non può virtualmente attribuire una regolarità contributiva ad una impresa che ne era originariamente priva.

In proposito, come afferma consolidata giurisprudenza, può venire in considerazione la sola circostanza che il contribuente si sia avvalso, al fine di regolarizzare la propria posizione contributiva e/o fiscale, di meccanismi legislativi premiali, sananti o di condono, anteriormente alla data di scadenza della domanda di partecipazione alla gara, per i debiti precedenti, o anteriormente alla data di aggiudicazione, per i debiti maturati nelle more del procedimento; ciò che nel caso all'esame non è, essendo il provvedimento di rateizzazione del debito successivo all'aggiudicazione. La regolarizzazione successiva, infatti, non elimina l'irregolarità riscontrata e le sue conseguenze sul piano della correttezza ed affidabilità dell'impresa aggiudicataria (cfr. Cons. Stato V, 22.5.2007 n. 5574), in quanto il legislatore vuole escludere dalla contrattazione con le amministrazioni quelle imprese che non siano regolari nell'adempimento degli obblighi previdenziali, anche quando si tratti di inadempimenti per i quali sussistano i presupposti per una successiva rateizzazione o sanatoria. Deve escludersi la rilevanza di un eventuale adempimento tardivo dell'obbligazione contributiva, quand'anche ricondotto retroattivamente, quanto ad efficacia, al momento della scadenza del termine di pagamento [Cons. St., sez. IV, n. 1458/2009].

Si tratta, del resto, di un corollario del più generale principio (già affermato nella giurisprudenza della Corte di giustizia UE con la pronuncia del 9 febbraio 1996, in cause riunite C-226/04 e C-228/04) secondo cui la sussistenza del requisito della regolarità fiscale e contributiva (che, pure, può essere regolarizzato in base a

disposizioni nazionali di concordato, condono o sanatoria) deve comunque essere riguardata con riferimento insuperabile al momento ultimo per la presentazione delle offerte, a nulla rilevando una regolarizzazione successiva la quale, pertanto, non potrà in alcun modo incidere sul dato dell'irregolarità ai fini della singola gara [Cons. St., sez. VI, 5 luglio 2010, n. 4243].

La mancanza del requisito della regolarità contributiva alla data di scadenza del termine previsto dal bando per la presentazione delle offerte, in definitiva, non è sanato dall'eventuale adempimento tardivo dell'obbligazione contributiva, e neppure può enfatizzarsi la previsione dell'obbligo di preavviso di DURC negativo per dedurre la presenza di un affidamento incolpevole della concorrente nel contenuto delle dichiarazioni rese in sede di gara. Invero, il requisito per la partecipazione alla gara è quello della regolarità contributiva, di cui il DURC costituisce una mera attestazione formale da parte dell'ente previdenziale, per cui la normale diligenza esige che il concorrente verifichi ex se la assenza di debiti previdenziali (nella specie peraltro si discute di debiti per mancato versamento dei contributi alle scadenze prescritte e non di accertamenti di ufficio su liquidazioni puntualmente effettuate dall'impresa).

Non può dunque enfatizzarsi la portata della norma procedimentale di cui all'art. 31.8 del D. L. 69/13 per ritenere che, allo stato attuale (rectius, a far data dal 22/06/2013) il requisito di regolarità contributiva deve sussistere "solamente" al momento di scadenza del termine quindicinale che l'Ente previdenziale deve assegnare per iscritto (a mezzo PEC all'interessato o al suo consulente del lavoro) per la regolarizzazione della posizione contributiva.

Infatti, come più volte affermato dalla giurisprudenza amministrativa ed autorevolmente ribadito dal CdS (cfr. Adunanza plenaria n. 8/2012), la regolarità contributiva deve essere conservata nel corso di tutto l'arco temporale impegnato dallo svolgimento della procedura, non assumendo quindi valore sanante

l'intervento di un adempimento tardivo da parte dell'impresa (cfr. Cons. Stato Sezione V 26.06.2012, n. 3738; Sez. IV 15.09.2010,n. 6907; 12.03. 2009,n. 1458).

Né, al riguardo, può assumere rilievo la regolarità del durc precedentemente rilasciato dall' INPS in data 21.5.2013, atteso che lo stesso era documento emesso ad altro scopo, con validità temporale di trenta giorni, e attestante la correntezza contributiva ad una data anteriore a quella di scadenza del termine per la presentazione delle domande.

Riguardo agli ulteriori profili che contestano l' 'escussione della polizza fideiussoria e la segnalazione del fatto alla AVCP, basti richiamare quanto affermato dalla citata Ad. Plenaria n. 8/2012, secondo cui:

“- la possibilità di incamerare la cauzione provvisoria discende dall'art. 75, comma 6, d.lgs. n. 163 del 2006 e riguarda tutte le ipotesi di mancata sottoscrizione del contratto per fatto dell'affidatario, intendendosi per fatto dell'affidatario qualunque ostacolo alla stipulazione a lui riconducibile, dunque non solo il rifiuto di stipulare o il difetto di requisiti speciali, ma anche il difetto di requisiti generali di cui all'art. 38 citato;

la segnalazione all'Autorità va fatta non solo nel caso di riscontrato difetto dei requisiti di ordine speciale in sede di controllo a campione, ma anche in caso di accertamento negativo sul possesso dei requisiti di ordine generale.”

In disparte la considerazione, meramente fattuale, della mancanza di lesività della segnalazione alla AVCP sia in sé, sia nel caso concreto in cui l'Autorità ha ritenuto di archiviare il procedimento , come documentato dalla ditta in corso di giudizio.

Il ricorso va conclusivamente respinto e va respinta anche la domanda risarcitoria avanzata nei confronti dell'INPS, non sussistendo , per quanto sopra esposto, alcun comportamento dell'ente previdenziale lesivo delle posizioni della ricorrente.

Sussistono giusti motivi per dichiarare integralmente compensate le spese di giudizio tra tutte le parti, attesa la peculiarità della questione giuridica trattata e la relativa novità della stessa.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Quarta) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge; respinge altresì la domanda risarcitoria. Spese compensate.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 28 maggio 2014 con l'intervento dei magistrati:

Angelo Scafuri, Presidente

Anna Pappalardo, Consigliere, Estensore

Fabrizio D'Alessandri, Primo Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 12/06/2014

IL SEGRETARIO

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