



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

DECISIONE

Sul ricorso numero di registro generale 9737 del 2009, proposto da:
Luca Falaschi Srl in proprio e in qualità di capogruppo mandataria di
costituenda Ati, Ati - Ctp Consorzio Trasporto Persone, Ati -
Meditral Società Consortile a r.l., rappresentati e difesi dagli Avv.ti
Andrea Bussa, Stefano Crisci, con domicilio eletto presso Stefano
Crisci in Roma, via Caccini, 1;

contro

Provincia di Roma, rappresentata e difesa dagli Avv.ti Riccardo
Giovagnoli, Massimiliano Sieni, domiciliata per legge in Roma, via IV
Novembre 119/A;

nei confronti di

Schiaffini Travel Spa, rappresentata e difesa dall'Avv. Ernesto
Stajano, con domicilio eletto presso Ernesto Stajano in Roma, via di
Villa Albani,12; Turismo Fratarcangeli Cocco di Cocco Fratarcangeli

Vincenzina e C. Sas, Cilia Travel Srl, Autoservizi Stefanelli Snc di Stefanelli Antonio & C., Consorzio Sit 2000; Inps - Istituto Nazionale della Previdenza Sociale, rappresentato e difeso dagli Avv.ti Luigi Caliulo, Lelio Maritato, Antonino Sgroi, domiciliata per legge in Roma, via della Frezza, 17; Ctp - Consorzio Trasporto Persone, rappresentato e difeso dagli Avv.ti Dover Scalera, Gabriele Di Paolo, con domicilio eletto presso Gabriele Di Paolo in Roma, via Antonio Bertoloni. 49; Ctm - Cooperativa Trasporto e Mobilità Scarl, rappresentata e difesa dall'Avv. Dover Scalera, con domicilio eletto presso Gabriele Di Paolo in Roma, via Antonio Bertoloni. 49;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. LAZIO - ROMA: SEZIONE II QUA n. 07931/2009, resa tra le parti, concernente AFFIDAMENTO SERVIZIO SPECIALE TRIENNALE TRASPORTO A CHIAMATA PER DISABILI - RIS. DANNI.

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Provincia di Roma e di Schiaffini Travel Spa, di Inps - Istituto Nazionale della Previdenza Sociale, di Ctp - Consorzio Trasporto Persone e di Ctm - Cooperativa Trasporto e Mobilità Scarl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visto l'art. 23-*bis*, comma sesto, della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, introdotto dalla legge 21 luglio 2000, n. 205;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 30 marzo 2010 il Cons. Bernhard Lageder e uditi per le parti gli Avv.ti Quattrini, per delega dell'Avv. Crisci, Giovagnoli e Di Paolo;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con la sentenza indicata in epigrafe il T.A.R. per il Lazio respingeva il ricorso proposto da C.T.P.-Consorzio Trasporto Persone (di seguito “CTP”) e Meditral Società consortile a r.l. (di seguito “Meditral”), in proprio e quali mandanti della costituenda associazione temporanea d'impresе con la capogruppo mandataria Luca Falaschi s.r.l. (di seguito “a.t.i. Falaschi”), nonché da C.T.M.-Cooperativa Trasporto e Mobilità s.c.r.l. (di seguito “CTM”), consorziata esecutrice del servizio designata da CTP, avverso gli atti di gara – indetta con procedura ristretta accelerata e secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa – per l'affidamento del servizio speciale triennale di trasporto a chiamata per disabili nel bacino della Provincia di Roma, al prezzo base d'asta di euro 6.818.181,82. Il ricorso dell'a.t.i. Falaschi, terza qualificata nella graduatoria finale, era, in particolare, diretto avverso (i) l'atto di esclusione dell'a.t.i. Falaschi dalla gara (dd. 24 aprile 2009), motivato dalle risultanze del documento unico di regolarità contributiva (d.u.r.c.) del 18 febbraio 2009, attestante l'irregolarità contributiva della CTM nei confronti dell'INPS a seguito di “*esito negativo ricorso amministrativo*”, (ii) il d.u.r.c. predetto quale atto presupposto del

provvedimento di esclusione, (iii) gli atti di ammissione alla gara della prima classificata a.t.i. Schiaffini Travel s.p.a., Cilia Travel s.r.l. e Autoservizi Stefanelli s.n.c. di Stefanelli Antonio & C. (di seguito “a.t.i. Schiaffini”) e della seconda classificata Turismo Fratarcangeli Cocco di Cocco Fratrcangeli Vincenzina & C. s.a.s. (di seguito “Fratarcangeli”), e (iv) l’aggiudicazione definitiva all’a.t.i. Schiaffini (dd. 27 aprile 2009), nonché (v), con motivi aggiunti, avverso la composizione della commissione giudicatrice, oltreché (vi) avverso tutti gli atti presupposti e consequenziali.

2. Il T.A.R. rigettava il ricorso a spese compensate, rilevando, quanto al motivo dedotto avverso il provvedimento di esclusione dell’a.t.i. Falaschi per irregolarità contributiva della CTM, che alla data del 14 gennaio 2009 (termine ultimo per la presentazione delle domande di partecipazione alla gara), assunta a momento rilevante per la valutazione del possesso del requisito della regolarità contributiva, l’attestazione negativa di tale requisito, con riferimento a detta data, nel d.u.r.c. del 18 febbraio 2009, fosse da ritenersi definitiva agli effetti dell’art. 38, comma 1 lett. i), d.lgs. n. 163/2006, alla luce della reiezione, in data 2 dicembre 2008, del ricorso amministrativo presentato dinnanzi al Comitato regionale, ed a fronte della mancata presentazione di ricorso giurisdizionale, proposto solo successivamente, in data 11 marzo 2009, dinnanzi al giudice del lavoro presso il Tribunale di Roma. Escludeva al riguardo ogni rilevanza all’istanza di riesame presentata dal CTM al Comitato regionale in data 22 gennaio 2009, trattandosi di semplice

sollecitazione all'esercizio del potere di autotutela, e risultando l'istanza comunque presentata dopo la data rilevante del 14 gennaio 2009. Negava ogni potere discrezionale in capo alla stazione appaltante di valutare la sussistenza, o meno, e la gravità dell'irregolarità contributiva attestata nel d.u.r.c., e respingeva la doglianza di contraddittorietà dell'operato dell'ente previdenziale per il rilascio di altri d.u.r.c. di esito favorevole, essendo gli stessi stati rilasciati sulla base di incomplete informazioni sull'esito del ricorso amministrativo. Riteneva, infine, inammissibile per tardività il motivo, non contenuto nel ricorso introduttivo e nei motivi aggiunti, per la prima volta prospettato nell'ultima memoria del 7 luglio 2009, di violazione dell'art. 7 d.m. 24 ottobre 2007 per avere l'INPS omesso d'instaurare il contraddittorio con l'interessata prima di emettere la certificazione sfavorevole.

Dichiarava inammissibili per carenza d'interesse i rimanenti mezzi di gravame, volti a contestare la legittimità dell'ammissione delle altre partecipanti alla gara, dell'atto di aggiudicazione e della composizione della commissione di gara.

Affermava comunque la manifesta infondatezza delle censure dedotte in relazione all'offerta della seconda classificata Fratarcangeli per la mancata formulazione di un ribasso in violazione della *lex specialis*, ritenendo legittima un'offerta pari al prezzo base d'asta nelle procedure di gara improntate al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

3. Avverso tale sentenza proponeva appello la Luca Falaschi s.r.l.,

denunciando l'erroneo accertamento della legittimità dell'esclusione dell'a.t.i. dalla stessa capeggiata, in violazione dell'art. 38 d.lgs. n. 163/2006, ed assumendo, in particolare, la natura non definitiva dell'accertamento della pretesa irregolarità contributiva contenuto nel d.u.r.c. del 18 febbraio 2009, in assenza di sentenza passata in giudicato e provvedimento amministrativo divenuto inoppugnabile. Censurava l'affermazione della legittimità dell'omesso sindacato della stazione appaltante sulla gravità dell'asserita irregolarità contributiva e si doleva dell'erroneo mancato accoglimento della dedotta violazione dell'art. 7 d.m. 24 ottobre 2007 (e della correlativa circolare dell'INPS n. 51/2008), disciplinante il rilascio del d.u.r.c.

Per il resto, riproponeva i motivi di ricorso dedotti in prime cure, dichiarati inammissibili dal T.A.R.

Chiedeva dunque, in riforma della gravata sentenza, l'accoglimento del ricorso in primo grado, riproponendo la domanda risarcitoria ivi spiegata.

4. Con controricorso del 19 dicembre 2009 si costituivano il CTP, in proprio e nella sua qualità di mandante dell'a.t.i. Falaschi, e la CTM, quale impresa consorziata e designata esecutrice del servizio dal CTP, proponendo appello incidentale autonomo avverso il capo della sentenza, che aveva ritenuta legittima l'esclusione dell'a.t.i. Falaschi per asserite irregolarità contributive, sostanzialmente sviluppando gli stessi profili di gravame già dedotti dall'appellante principale.

Lamentavano l'erronea declaratoria d'inammissibilità dei motivi residui, avendo i ricorrenti in primo grado fatto valere una serie di vizi

idonei a travolgere in radice la procedura di affidamento e ad escludere l'ammissione di tutti gli altri concorrenti, con conseguente persistenza dell'interesse alla relativa disanima in funzione della ripetizione della gara. Riproponevano, dunque, i mezzi di gravame dichiarati inammissibili in prime cure.

5. Si costituivano le amministrazioni resistenti, Provincia di Roma ed INPS, contestando la fondatezza delle proposte impugnazioni e chiedendone il rigetto.

6. Si costituiva altresì la controinteressata Schiaffini Travel s.p.a., in proprio e quale mandataria dell'a.t.i. Schiaffini, resistendo e chiedendo il rigetto dell'interposto gravame.

7. Ometteva invece di costituirsi la controinteressata Fratarcangeli.

8. All'odierna pubblica udienza la causa veniva discussa e trattenuta in decisione, con pubblicazione della parte dispositiva della sentenza in data 1 aprile 2010.

DIRITTO

1. Gli appelli, proposti in via principale ed incidentale dalle imprese dell'a.t.i. Falaschi, sono infondati e vanno disattesi.

2.1. Premesso che il motivo centrale d'appello investe, sotto vari profili, la statuizione affermativa della legittimità dell'esclusione dell'a.t.i. ricorrente in conseguenza del d.u.r.c negativo relativo alla CTM (impresa consorziata e designata esecutrice del servizio dal CTP), si osserva che i primi giudici correttamente hanno individuato il momento rilevante ai fini della valutazione della sussistenza, o meno, del requisito d'esclusione delineato dall'art. 38, comma 1 lett. i),

d.lgs. n. 163/2006 – secondo cui “*sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavoro, forniture e servizi ... i soggetti: ... i) 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; ...*” – alla data di scadenza stabilita per la presentazione della domanda di partecipazione alla gara, nel caso di specie fissata al 14 gennaio 2009, dovendosi secondo l’orientamento consolidato di questo Consiglio, da cui non v’è motivo di discostarsi, aver riguardo in primo luogo a tale data per stabilire la sussistenza del requisito partecipativo in capo all’interessato (v. in tal senso, *ex plurimis*, C.d.S., Sez. V, 9 aprile 2010, n. 7157; C.d.S., Sez. V, 19 novembre 2009, n. 7255;).

2.2. Deve, poi, escludersi la contraddittorietà dell’operato dell’ente previdenziale per il rilascio, in relazione alla posizione previdenziale della CTM, di certificazioni tra di loro confliggenti, in quanto:

- il rilascio dei d.u.r.c. del 30 dicembre 2008 e del 3 febbraio 2009 (su richiesta della CTM), con esito positivo, era evidentemente riconducibile alla mancata conoscenza, da parte dell’ufficio certificatore, della reiezione, in data 2 dicembre 2008, del ricorso amministrativo proposto dalla CTM il 5 agosto 2008 al Comitato regionale avverso i verbali ispettivi di accertamento del 5 giugno 2008 e del 24 giugno 2008, con cui era stata accertata la natura subordinata dei rapporti di lavoro, formalmente dichiarati quali rapporti di collaborazione a progetto in regime di autonomia, intercorsi tra la CTM quale datrice di lavoro ed una serie di prestatori di lavoro

esercenti mansioni di autisti, con addebito dei relativi contributi e sanzioni per un importo di euro 234.649,00;

- il d.u.r.c del 18 febbraio 2009, rilasciato su richiesta della stazione appaltante con specifico riferimento alla situazione contributiva esistente al 14 gennaio 2009, e di contenuto negativo per reiezione del ricorso presentato in sede amministrativa, rispecchia invece la situazione reale esistente a quella data, risultando documentalmente comprovato, che per un verso il Comitato regionale in data 2 dicembre 2008 aveva rigettato il ricorso amministrativo, e che per altro verso all'epoca non era stato ancora proposto ricorso giurisdizionale, incardinato dinnanzi al giudice del lavoro presso il Tribunale di Roma solo l'11 marzo 2009;

- il d.u.r.c. rilasciato il 1 aprile 2009 (su richiesta della CTM), pure con esito positivo, non contiene alcun riferimento alla situazione esistente al 14 gennaio 2009 e tiene evidentemente conto della pendenza giudiziaria sopravvenuta nelle more.

Ne consegue, che l'unica certificazione rilevante ai fini del presente giudizio è il d.u.r.c. rilasciato il 18 febbraio 2009, attestante una situazione di irregolarità contributiva alla data di scadenza della presentazione della domanda di partecipazione alla gara, da ritenersi accertata in modo definitivo con riferimento allo stato dell'epoca (definizione negativa del ricorso amministrativo; mancata pendenza di ricorso giurisdizionale).

2.3. I primi giudici hanno, inoltre, correttamente negato ogni rilevanza alla richiesta di riesame presentata dalla CTM al Comitato

regionale il 22 gennaio 2009, in quanto:

- trattavasi di semplice istanza diretta a sollecitare l'esercizio di poteri in autotutela, come tale non costitutiva di alcun obbligo di provvedere in capo al Comitato regionale, il quale con provvedimento definitivo aveva già rigettato il ricorso amministrativo;
- l'istanza di riesame era stata presentata comunque dopo la scadenza del termine di presentazione della domanda di partecipazione alla gara.

2.4. Sulla base di quanto sopra l'irregolarità contributiva doveva ritenersi "*definitivamente accertata*" alla data rilevante del 14 gennaio 2009, risultando all'epoca per un verso ormai esauriti i rimedi di natura amministrativa, e non essendo per altro verso ancora stati esperiti rimedi di natura giudiziaria.

Ritiene al riguardo questo Collegio, che la definitività dell'accertamento, per gli effetti di cui all'art. 38, comma 1 lett. i), d.lgs. n. 163/2006, debba essere cristallizzata al momento della scadenza di presentazione della domanda di partecipazione alla gara, in quanto diversamente rimarrebbero lese la *par condicio* dei partecipanti ed elementari esigenze di trasparenza, certezza giuridica ed efficienza nello svolgimento delle procedure di affidamento, esposte *ex post* alle iniziative giudiziarie altalenanti dei partecipanti alla gara.

Invero, tenuto conto del mancato assoggettamento dell'azione di accertamento negativo della sussistenza del debito contributivo a un termine di decadenza, salva l'operatività del termine di decadenza di

40 giorni *ex art.* 24, comma 5, d.lgs. 26 febbraio 1999, n. 46, per l'opposizione alla cartella esattoriale eventualmente emessa dall'istituto concessionario della gestione del servizio di riscossione per il mancato pagamento di contributi pretesi dall'INPS – cartella, nel caso di specie tuttavia non ancora emessa, attesa la mancata maturazione del termine per l'iscrizione a ruolo ai sensi del successivo art. 25 –, la qualificazione dell'accertamento dell'ente previdenziale come non definitivo in attesa dell'instaurazione e dell'esaurimento della procedura di riscossione, a prescindere dalla pendenza, o meno, in concreto di un ricorso amministrativo o giudiziario, equivarrebbe ad esautorare il d.u.r.c. di ogni valenza certificatoria in tutti i casi, in cui il credito da irregolarità contributiva non sia ancora stato iscritto a ruolo e non siano ancora spirati i termini di cui ai citati artt. 25 (il quale testualmente dispone: *“1. I contributi o premi dovuti dagli enti pubblici previdenziali sono iscritti in ruoli resi esecutivi, a pena di decadenza: a) per i contributi o premi non versati dal debitore, entro il 31 dicembre dell'anno successivo al termine fissato per il versamento; in caso di denuncia o comunicazione tardiva o di riconoscimento del debito, tale termine decorre dalla data di conoscenza, da parte dell'ente; b) per i contributi o premi dovuti in forza di accertamenti effettuati dagli uffici, entro il 31 dicembre dell'anno successivo alla data di notifica del provvedimento ovvero, per quelli sottoposti a gravame giudiziario, entro il 31 dicembre dell'anno successivo a quello in cui il provvedimento è divenuto definitivo. 2. Dopo l'iscrizione a ruolo l'ente, in pendenza di gravame amministrativo, può sospendere la riscossione con provvedimento motivato notificato al concessionario ed al contribuente. Il*

provvedimento può essere revocato ove sopravvenga fondato pericolo per la riscossione.”) e 24 d.lgs. n. 46/1999 (i cui commi 3, 4 e 5 testualmente recitano: “3. Se l’accertamento effettuato dall’ufficio è impugnato davanti all’autorità giudiziaria, l’iscrizione a ruolo è eseguita in presenza di provvedimento esecutivo del giudice. 4. In caso di gravame amministrativo contro l’accertamento effettuato dall’ufficio, l’iscrizione a ruolo è eseguita dopo la decisione del competente organo amministrativo e comunque entro i termini di decadenza previsti dall’articolo 25. 5. Contro l’iscrizione a ruolo il contribuente può proporre opposizione al giudice del lavoro entro il termine di quaranta giorni dalla notifica della cartella di pagamento. Il ricorso va notificato all’ente impositore ed al concessionario.”).

Ai fini della valutazione della definitività dell’accertamento per gli effetti dell’art. 38, comma 1 lett. i), d.lgs. n. 163/2006 rileva dunque unicamente, 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.

La proposizione successiva del ricorso giurisdizionale non vale, invece, ad infirmare l’efficacia preclusiva del d.u.r.c. negativo, venendo altrimenti rimesso alla determinazione unilaterale di uno dei partecipanti alla gara alterarne lo svolgimento con la proposizione, in corso di gara, di ricorsi giurisdizionali incidenti sulla valutazione dei requisiti generali di ammissione.

Né l'onere di tempestivo esercizio dell'azione giudiziaria, onde evitare la formazione di siffatto effetto preclusivo, appare eccessivamente gravoso per il partecipante della gara, tenuto conto delle contrapposte esigenze d'interesse generale sopra enunciate (nella fattispecie *sub iudice*, la CTM, a fronte della reiezione del ricorso amministrativo con provvedimento definitivo del 2 dicembre 2008, avrebbe avuto a disposizione un lasso temporale fino al 14 gennaio 2009 per la proposizione di azione giudiziaria, da ritenersi senz'altro adeguato).

2.5. L'illecito contributivo, nel caso di specie, assurgeva indubbiamente agli estremi della "gravità" ai sensi del citato art. 38, comma 1 lett. *i*), essendo lo scostamento tra le somme dovute e quelle versate superiore al 5% delle somme dovute, nonché superiore ad euro 100, che costituiscono il limite massimo previsto dall'art. 8 d.m. 24 ottobre 2007 per considerare non grave l'irregolarità contributiva con riferimento a ciascun istituto o fondo, sicché anche sotto il profilo in esame l'esclusione delle odierne appellanti dalla gara deve ritenersi legittima.

2.6. Quanto alla denunciata violazione delle garanzie di partecipazione procedimentale in violazione dell'art. 7 d.m. 24 ottobre 2007, per avere l'INPS omesso d'instaurare il contraddittorio con l'interessata prima di emettere la certificazione sfavorevole, si rileva che i primi giudici hanno dichiarato l'inammissibilità della doglianza per tardiva proposizione del mezzo *de quo*, non contenuto nel ricorso introduttivo e nei motivi aggiunti in primo grado, ma per la prima volta prospettato solo nell'ultima memoria del 7 luglio 2009.

Non risultando tale statuizione d'inammissibilità investita da specifico motivo d'appello, resta precluso l'ingresso della questione nel merito.

3. Deve, infine, confermarsi la statuizione – contenuta nella gravata sentenza – d'inammissibilità dei residui motivi di ricorso (e dei motivi aggiunti) proposti dalle imprese raggruppate nella costituenda a.t.i. Falaschi, in seguito alla conferma della legittimità del provvedimento di esclusione, condividendo questo Collegio l'orientamento tradizionale della Sezione, in base al quale non sussista un interesse giuridicamente rilevante del soggetto legittimamente escluso dalla gara a censurarne l'esito al fine di ottenerne la ripetizione, non ravvisandosi alcuna differenza tra concorrente legittimamente escluso ed operatore che non abbia partecipato alla gara, titolare di un mero interesse di fatto alla riedizione della gara (v. in tal senso, *ex plurimis*, C.d.S., Sez. V, 29 dicembre 2009, n. 8969; C.d.S., Sez. V, 31 ottobre 2008, n. 5458; C.d.S., Sez. V, 21 novembre 2007, n. 5925).

Ne consegue l'infondatezza del motivo d'appello al riguardo proposto dalle appellanti incidentali, e resta impedito l'ingresso dei motivi dichiarati inammissibili in primo grado e riproposti in appello.

4. Considerato l'esito del giudizio, le spese del grado come liquidate in parte dispositiva, da ripartirsi in quote eguali tra le parti appellate costituite in giudizio, devono essere poste a carico delle parti appellanti, soccombenti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, definitivamente pronunciando, respinge gli appelli proposti in via

principale ed incidentale e, per l'effetto, conferma l'impugnata sentenza. Condanna gli appellanti principali e incidentali, in solido fra di loro, a rifondere alle parti appellate le spese del presente grado, che si liquidano nell'importo complessivo di euro 7.500,00, oltre agli accessori di legge, da ripartirsi in quote eguali tra le parti appellate. Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 30 marzo 2010 con l'intervento dei Signori:

Cesare Lamberti, Presidente FF

Filoreto D'Agostino, Consigliere

Marzio Branca, Consigliere

Aniello Cerreto, Consigliere

Bernhard Lageder, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Il Segretario

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 13/07/2010

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

Il Dirigente della Sezione