

N. 08065/2010 REG.SEN.

N. 04580/2009 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

DECISIONE

sul ricorso numero di registro generale 4580 del 2009, proposto da:
Fico Costruzioni Srl, rappresentato e difeso dall'avv. Giovanni Verde, con
domicilio eletto presso Giovanni Verde in Roma, viale Giulio Cesare 14;

contro

Comune di Afragola;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. CAMPANIA - NAPOLI: SEZIONE I n. 01120/2009,
resa tra le parti, concernente della sentenza del Tar Campania - Napoli :sezione I n.
01120/2009, resa tra le parti, concernente REVOCA AFFIDAMENTO
REALIZZAZIONE SITO STOCCAGGIO PROVVISORIO RIFUTI URBANI.

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 luglio 2010 il Cons. Nicola Russo e uditi per le parti gli avvocati Farsetti, su delega dell' avv. Verde;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con determinazione dirigenziale n. 97/D dell'11 aprile 2008 il Comune di Afragola approvava il verbale delle operazioni di gara del 28 marzo 2008 relative alla procedura negoziata indetta in data 21 marzo 2008 per la realizzazione di un sito di stoccaggio provvisorio per il rifiuti solidi urbani, aggiudicando definitivamente i lavori alla società Fico Costruzioni s.r.l., unica impresa partecipante. I lavori venivano consegnati in via di urgenza in data 1° aprile 2008 ed ultimati il 13 giugno 2008.

In sede di verifica dei requisiti di partecipazione, dopo una prima comunicazione di avvio del procedimento, recante il n. 17603 del 9 giugno 2008, finalizzata al ritiro dell'aggiudicazione per mancanza delle condizioni di regolarità fiscale, ipotesi poi rivelatasi infondata, il Comune inviava un nuovo avviso, contrassegnato dal n. 22977 dell'11 agosto 2008, questa volta a causa dell'accertata insussistenza in capo alla aggiudicataria della necessaria regolarità contributiva, ciò essendo risultato dalla certificazione D.U.R.C. del 17 agosto 2008 che attestava che alla data del 21 marzo 2008, contrariamente a quanto autodichiarato dalla Fico Costruzioni s.r.l. in sede di gara, la posizione di questa riguardo ai versamenti in favore della Cassa Edile non era regolare. Ricevute le controdeduzioni dell'impresa in data 2 settembre 2008 e ritenuto che le stesse non confutassero le risultanze del D.U.R.C., con determinazione n. 207/D del 23 settembre 2008, l'Amministrazione annullava l'aggiudicazione definitiva in favore della Fico Costruzioni s.r.l., rimborsandole a

titolo di indennizzo con successiva determinazione n. 257/D del 18 novembre 2008 le opere eseguite.

Avverso la determinazione di annullamento la Fico Costruzioni s.r.l. proponeva ricorso al Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania, sede di Napoli, chiedendone l'annullamento, previa concessione di idonee misure cautelari.

Deduceva con il primo motivo la ricorrente l'ambiguità della determinazione impugnata, nella parte in cui non era stato specificato se oggetto di autotutela fosse stata la sola aggiudicazione dell'11 aprile 2008, oppure tutti gli atti del procedimento e quelli successivi relativi all'esecuzione dei lavori; inoltre, nel rilevare come la determinazione gravata non avesse richiamato nessuno dei vizi tipici del provvedimento che ne potessero giustificare il ritiro, la Fico Costruzioni s.r.l. negava che nella fattispecie fosse mancato il requisito di regolarità contributiva, a tal fine evidenziando che sebbene la situazione al 21 marzo 2008 fosse effettivamente irregolare, in data 25 marzo 2008, e quindi prima della scadenza del termine per la presentazione delle offerte, erano stati eseguiti i necessari versamenti in favore della Cassa Edile, per cui la sua posizione era divenuta tempestivamente di regolarità; e nonostante di tale tempestivo adempimento fosse stata informata nelle controdeduzioni del 2 settembre 2008, la stazione appaltante non ne aveva comunque tenuto conto; con il secondo motivo, si contestava la carenza di motivazione circa l'interesse pubblico attuale al ritiro dell'aggiudicazione, in presenza di una gara aggiudicata ed i cui lavori erano stati da alcuni mesi anche ultimati; in terzo luogo si deduceva che nel provvedimento impugnato non erano stati indicati i termini e l'autorità a cui ricorrere, in violazione dell'art. 3, comma quarto della legge 7 agosto 1990 n. 241; con lo stesso motivo si deduceva che essendo il rapporto tra stazione appaltante ed impresa in fase di esecuzione, giammai avrebbe potuto l'Amministrazione intervenire con un provvedimento amministrativo; infine, sul presupposto che si potesse trattare

dell'esercizio di un potere di revoca, si contestava che questa potesse riguardare atti ad efficacia istantanea come la determinazione di aggiudicazione.

Si costituiva in giudizio il Comune Afragola, che chiedeva il rigetto del ricorso e della domanda cautelare.

Alla camera di consiglio dell'11 febbraio 2009, la I Sezione del T.A.R. adito, ritenuti sussistenti i presupposti per una decisione in forma semplificata, tratteneva la causa per il merito e con sentenza n. 1120/09 del 26 febbraio 2009, respingeva il ricorso, ritenendolo infondato nel merito e condannava la ricorrente al pagamento delle spese di giudizio in favore del Comune di Afragola.

Osservava preliminarmente il Collegio che non era controverso tra le parti ed era circostanza che comunque emerge dalla documentazione versata in atti, che, alla data del 21 marzo 2008, contrariamente a quanto indicato nell'autodichiarazione presentata in sede di gara sia con riguardo al possesso dei requisiti generali di cui all'art. 38 del d.lgs. 12.4.2006. n. 163, sia con specifico riferimento alla regolarità contributiva, la Fico Costruzioni s.r.l. non era in regola con i versamenti con la Cassa Edile, per cui ne discendeva, a conferma della legittimità sostanziale del provvedimento impugnato, che la stessa non avrebbe dovuto essere ammessa al procedimento in considerazione della mancata dimostrazione del possesso di un necessario requisito di partecipazione; né, secondo i primi giudici, diversamente avrebbe potuto determinarsi l'Amministrazione per il fatto che la ricorrente aveva eseguito dei versamenti in favore della Cassa Edile in data 25 marzo 2008, ossia il giorno prima della scadenza del termine per la presentazione delle offerte, e quindi dovendosi ritenere la stessa solo per questo adempimento venuta in possesso del requisito in argomento; al riguardo rilevava il giudice di prime cure che il solo versamento di somme, in assenza di una verifica di congruità e di effettività da parte del soggetto competente al rilascio della certificazione, non poteva assolutamente ritenersi idoneo ad integrare alcuna regolarizzazione e, inoltre, che

costituisce espresso onere di diligenza delle imprese operanti nel settore dei pubblici appalti, verificare puntualmente la sussistenza di una condizione di costante possesso dei requisiti di partecipazione alle gare di volta in volta indette per l'affidamento di pubbliche commesse, non potendo di certo onerarsi le stazioni appaltanti di compiti di verifica, tra l'altro, nemmeno di loro istituzionale competenza; e nemmeno sarebbe condivisibile la prospettazione della ricorrente di poter ritenere dimostrabile il possesso del requisito attraverso l'esibizione di una certificazione di regolarità contributiva di epoca successiva alla conclusione della gara - come quella, recante la data del 31 marzo 2008 ed allegata alla nota del 2 settembre 2009 – ed esibita in sede di controdeduzioni alla comunicazione di avvio del procedimento che ha condotto all'adozione della determinazione gravata.

Quanto al secondo motivo, il Tribunale rilevava che l'amministrazione non doveva giustificare alcunché in termini di attualità dell'interesse, essendo questo comunque configurabile nella legittima correzione dei risultati di un procedimento di gara appena concluso: a tal proposito, rilevava che della mancanza del requisito la stazione appaltante ha avuto notizia in epoca successiva al 17 luglio 2008 – data di rilascio del D.U.R.C. – ed aveva prontamente inoltrato alla ricorrente comunicazione di avvio del procedimento in data 11 agosto 2008, di lì a poco procedendo all'adozione dell'impugnato provvedimento di ritiro del 23 settembre 2008, quindi subito dopo aver ricevuto le controdeduzioni della ricorrente del 2 settembre 2008; riguardo alla terza censura, riteneva sufficiente richiamare il costante orientamento giurisprudenziale per cui l'omessa indicazione del termine e dell'autorità cui ricorrere non costituisce vizio di legittimità del provvedimento, ma solo causa di irregolarità; infine, riteneva priva di fondamento anche la quarta censura, con tutta evidenza non essendo quello impugnato un provvedimento di revoca, ma di annullamento, giustificato dalla violazione delle regole di partecipazione alla gara.

Con ricorso notificato in data 20 maggio 2009 e depositato in data 29 maggio 2009 la Fico Costruzioni s.r.l. ha impugnato la prefata sentenza, deducendone l'erroneità e l'ingiustizia e chiedendone la conseguente riforma, sulla base di due motivi di censura: a) inesistenza della violazione dell'art. 38 d.lgs. 12.4.2006, n. 163 (violazione posta a base dell'annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione), e b) mancanza di pubblico interesse al provvedimento di annullamento (con conseguente illegittimità del provvedimento dell'Amministrazione).

Il Comune, benché intimato, non si è costituito nella presente fase di gravame.

Con ordinanza n. 3653/09 del 15 luglio 2009 la Sezione ha respinto la domanda cautelare di sospensione dell'efficacia della sentenza impugnata.

In vista dell'udienza di discussione l'appellante ha depositato una memoria illustrativa e alla pubblica udienza del 13 luglio 2010 la causa è stata trattenuta in decisione. In data 14 luglio 2010 è stato pubblicato il dispositivo di accoglimento n. 543/2010.

DIRITTO

La controversia riguarda un provvedimento emesso in via di autotutela dalla stazione appaltante dopo che non solo la gara era stata aggiudicata, ma le opere appaltate erano state completamente eseguite.

In altri termini, con il provvedimento impugnato in primo grado la stazione appaltante non ha inciso sulla gara, né è intervenuta a tutela della par condicio a favore di altri concorrenti (infatti, non ve ne erano stati), ma ha annullato l'aggiudicazione a favore dell'unica partecipante perché non in regola con gli oneri contributivi, di talché si è limitata a pagare all'impresa un importo inferiore (limitato alle sole spese sostenute e documentate).

La ragione dell'annullamento è la seguente: l'impresa aveva dichiarato (erroneamente) di essere in regola con i versamenti presso la Cassa edile di Napoli (matricola n. 20691); accertasi di avere un debito contributivo nei confronti della

Cassa edile, aveva, già prima della scadenza del termine di presentazione delle offerte (che era il 26 marzo 2008) e prima della data fissata per l'apertura dei plichi (che era il 28 successivo), regolarizzato la sua posizione contributiva.

All'apertura dei plichi, l'impresa appellante era risultata l'unica ditta ad avere presentato l'offerta. La Commissione, valutata la congruità dell'offerta (con un ribasso del 18%), le aveva aggiudicato in via provvisoria l'appalto, invitandola all'immediata esecuzione dei lavori (atteso il loro carattere urgente).

Come fondatamente evidenziato dall'appellante il rispetto delle condizioni che legittimano la partecipazione è preordinato a fare in modo che concorrano soggetti meritevoli e che non sia violata la par condicio dei concorrenti; l'indagine del giudice amministrativo deve, dunque, essere indirizzata a stabilire non se formalisticamente c'è stata l'irregolarità, ma se la stessa denoti una situazione di non meritevolezza che abbia alterato la par condicio dei concorrenti alla gara.

In questa prospettiva, nella specie la risposta non può che essere negativa, in quanto: a) l'impresa appellante ha posto in essere un ravvedimento operoso e tempestivo (prima della scadenza del termine per la presentazione delle offerte), così sanando l'irregolarità; b) per effetto di ciò non ha alterato la par condicio con eventuali concorrenti (di fatto neanche esistenti).

Di conseguenza, l'annullamento in via di autotutela dell'aggiudicazione a lavori già eseguiti ha trovato giustificazione in un vuoto formalismo: l'aver l'impresa appellante omesso di dichiarare alla stazione appellante di avere fatto una dichiarazione inesatta e di avere omesso di informare il Comune di avere tempestivamente (cioè prima della scadenza del termine di presentazione delle offerte) provveduto a regolarizzare la propria posizione contributiva.

Non sembra che questo errore (meramente formale) possa portare a ritenere l'impresa immeritevole o che essa abbia compromesso il regolare svolgimento della gara, e così pregiudicare il diritto dell'impresa al giusto compenso per l'opera già

eseguita. E, infatti, il provvedimento di autotutela non ha potuto porre nel nulla un appalto già eseguito. Ha solamente decurtato i compensi maturati dall'impresa.

La stazione appaltante ha provveduto in via di autotutela "ai sensi dell'art. 38 d.lgs. n. 163 del 12.4.2006", in quanto "l'ente è tenuto ad escludere dalla partecipazione alle procedure di gara i concorrenti per i quali emergesse la mancanza dei requisiti di ordine generale".

Si sono già accennate le ragioni per le quali tale affermazione, nel caso di specie, è inesatta.

In sintesi, come fondatamente dedotto nell'atto di appello: a) nell'anno antecedente la data di pubblicazione della gara l'impresa Fico non ha reso alcuna falsa attestazione (essa ha reso soltanto, nell'ambito della gara in questione, un'erronea affermazione, cui ha posto tempestivo rimedio); b) a carico dell'impresa Fico non c'è stata alcuna violazione definitivamente accertata (e anzi la tardiva contribuzione è stata subito sanata); c) il DURC non è un requisito costitutivo dello status dell'impresa (esso è un documento destinato a dare notizie: e nel nostro caso come ha dato notizia dell'inadempimento, così ha dato notizia della regolarizzazione); d) in assenza di specifiche indicazioni di segno contrario contenute nelle clausole del bando, la regolarizzazione della posizione contributiva è avvenuta prima della scadenza del termine ultimo di presentazione delle offerte, né vi erano esigenze di par condicio da tutelare.

In conclusione, il ricorso deve essere accolto, e, per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, deve essere annullato il provvedimento di autotutela impugnato.

Stante la particolarità della vicenda sussistono giusti motivi per disporre la compensazione integrale fra le parti delle spese ed onorari del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato, sezione Quinta, accoglie l'appello e, per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, annulla il provvedimento impugnato in primo grado.

Spese del doppio grado compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 13 luglio 2010 con l'intervento dei Signori:

Calogero Piscitello, Presidente

Gianpiero Paolo Cirillo, Consigliere

Cesare Lamberti, Consigliere

Aniello Cerreto, Consigliere

Nicola Russo, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Il Segretario

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 16/11/2010

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

Il Dirigente della Sezione