N. 01382/2014 REG.PROV.COLL.

N. 00423/2014 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 423 del 2014, proposto da:
Pul Service Srl, rappresentato e difeso dagli avv. Veronica Navarra, Giuseppe Inglese, con domicilio eletto presso Giuseppe Inglese in Genova, via Porta D'Archi 3;

contro

Fondazione Istituto Italiano di Tecnologia, rappresentato e difeso dagli avv. Angelo Clarizia, Andrea Callea, con domicilio eletto presso Luigi Cocchi in Genova, via Macaggi 21/5 - 8;
Inps - Istituto Nazionale della Previdenza Sociale, rappresentato e difeso dagli avv. Alberto Fuochi, Pietro Capurso, con domicilio eletto presso Alberto Fuochi in Genova, piazza della Vittoria, 6 R;

nei confronti di

Polservice Goa Srl, rappresentato e difeso dagli avv. Armando Gamalero, Enrico Peratello, con domicilio eletto presso Armando Gamalero in Genova, via XX Settembre 14/12a;

per l'annullamento

della comunicazione prot. n. 10039/14 del 24/3/14, della determina del direttore scientifico prot. n. 9839/14 del 21 marzo 2014, del durc per la parte di formazione dell'inps e della comunicazione prot. n. 0012727/14 del 17/4/2014 di rigetto del preavviso di ricorso

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Fondazione Istituto Italiano di Tecnologia e di Inps - Istituto Nazionale della Previdenza Sociale e di Polservice Goa Srl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 26 giugno 2014 il dott. Roberto Pupilella e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso notificato in data 23\4\2014 e depositato il giorno successivo la PUL service srl. chiede l'annullamento della comunicazione prot. N. 10039\2014 del 24\3\2014, con la quale il direttore scientifico della Fondazione Istituto Italiano di Tecnologia (I.I.T.) ha escluso la ricorrente in esito all'acquisizione in via telematica dall'INPS del DURC negativo della società, in quanto "non regolare il versamento dei contributi".

La ricorrente, dopo aver affermato, in via preliminare la giurisdizione amministrativa, in considerazione dell'attrazione esercitata dal procedimento di evidenza pubblica sulle valutazioni della regolarità del DURC, quale presupposto di partecipazione alla gara, affida il ricorso ad unico motivo di diritto che lamenta l'eccesso di potere per erroneità dei presupposti e la violazione dell'art. 31 del DL n.69\2013.

Si costituivano in giudizio sia l'Istituto Italiano di Tecnologia, che la contro interessata che dopo aver contestato la giurisdizione del giudice amministrativo, insistevano sulla doverosità della esclusione della ricorrente.

Con ordinanza n.167\2014 il Tribunale, ritenuta la propria giurisdizione, accoglieva la domanda incidentale di sospensione del provvedimento di esclusione, ricordando l'intervenuta modifica legislativa operata con il DL. n. 69\2013.

All'udienza del 26\6\2014 la causa veniva discussa dalle parti ed il Collegio la tratteneva in decisione.

DIRITTO

Il Tribunale, in via preliminare, conferma la propria giurisdizione sulla controversia in discussione.

Il Collegio condivide infatti la giurisprudenza (TAR Puglia Lecce III, n.136\2013) che ritiene la controversia sulla regolarità del DURC attratta nella giurisdizione del GA, perché presupposto del provvedimento di esclusione della ricorrente dalla partecipazione all'appalto dei servizi di pulizia in una procedura ad evidenza pubblica, la cui giurisdizione appartiene pacificamente al giudice amministrativo.

Tale assunto, condiviso sul punto dalla Corte regolatrice della giurisdizione, (Cass SSUU 9\2\2011 n.3169; SSUU. 25818\2007) viene contestato dalla stazione appaltante sulla base di una giurisprudenza del CdS (V n.2682\2013) non pertinente con il caso di specie.

Il Collegio, infatti non contesta la natura di dichiarazione di scienza che viene riconosciuta al DURC, ma contesta la conclusione cui perviene la difesa di IIT perché oggetto della esclusione non è la falsità o erroneità dei dati contenuti nel DURC, ma la legittimità della esclusione della concorrente dalla gara, nonostante l'intervenuta approvazione di una norma (art.31, c.8 DL n.69\2013) che ha disciplinato un procedimento di "sanatoria" delle irregolarità presenti nel documento di regolarità contabile.

Nel caso di specie infatti, l'intervenuta modifica legislativa (DL n.69\2013) entrata in vigore il 22\6\2013, innovando la precedente disciplina, ha introdotto un procedimento di acquisizione e verifica della regolarità del DURC che, entrando a pieno titolo nel procedimento di valutazione dei requisiti di partecipazione alle gare di evidenza pubblica, impone al GA di valutare la correttezza della determinazione di esclusione del concorrente, il quale abbia regolarizzato, nel termine previsto dalla norma, la propria situazione contributiva.

Venendo così al cuore della controversia, il Collegio ritiene di dover confermare la propria decisione interinale e ritiene dunque illegittima l'esclusione di PUL service srl. per violazione della normativa sopravvenuta, che sposta la valutazione della regolarità della documentazione presentata, dal termine di scadenza della presentazione delle domande, al termine di grazia di quindici giorni, concesso dalla norma, per sanare le eventuali irregolarità contributive presenti al momento della richiesta del DURC da parte della stazione appaltante.

Il Collegio non ignora che il giudice amministrativo, con l'autorevolezza dell'AP. del CdS (n.8\2012;) ha affermato che la stazione appaltante non ha alcun potere di sindacare il DURC negativo che attesta una irregolarità contributiva dell'impresa; ma questa giurisprudenza, che muove dal condivisibile assunto di tutelare da un lato i lavoratori e dall'altro garantire la partecipazione alle gare pubbliche soltanto alle ditte in regola con i contributi previdenziali ed assistenziali, si scontra con una modifica normativa che il legislatore ha espressamente voluto con il fine di dare una scossa all'economia.

Il DL n.69\2013, significativamente intitolato "misure urgenti per il rilancio dell'economia", non a caso, nella novella qui contestata, titola l'art.31 :"Misure di semplificazione del DURC".

Se questo è lo scopo del legislatore non appare condivisibile l'assunto della stazione appaltante, da un lato e della contro interessata dall'altro, che vorrebbero distinguere distinte ipotesi all'interno dell'articolo 31, creando così procedure diversificate a seconda che il DURC venga acquisito in sede di verifica dei requisiti di partecipazione ad una gara pubblica ovvero in tutte le altre ipotesi indicate nell'articolo, in cui il rilascio del DURC non potrebbe prescindere dalla comunicazione all'interessato della irregolarità della sua situazione contributiva e dalla concessione di un termine di sospensione di quindici giorni, prima della emissione del certificato negativo.

L'articolo, (rectius), il comma in questione così recita:

"8. Ai fini della verifica per il rilascio del documento unico di regolarità contributiva (DURC), in caso di mancanza dei requisiti per il rilascio di tale documento gli Enti preposti al rilascio, prima dell'emissione del DURC o dell'annullamento del documento già rilasciato, invitano l'interessato, mediante posta elettronica certificata o con lo stesso mezzo per il tramite del consulente del lavoro ovvero degli altri soggetti di cui all'articolo 1 della legge 11 gennaio 1979, n. 12, a regolarizzare la propria posizione entro un termine non superiore a quindici giorni, indicando analiticamente le cause della irregolarità."

Secondo il Tribunale la lettera della norma privilegia una interpretazione che, nello spirito di semplificazione voluto dal legislatore, ha regolato nel comma ottavo tutte le ipotesi di rilascio del DURC o di verifica delle irregolarità che porterebbero al suo rilascio con esito negativo.

L'interpretazione qui patrocinata eviterebbe altresì di creare situazioni di disparità di trattamento tra ditte che, per le ragioni più varie, non hanno, al momento della verifica, un DURC regolare che tuttavia, in alcune ipotesi potrebbero regolarizzarlo, mentre nel caso di partecipazione alle gare pubbliche no.

E' vero che questa interpretazione sposta la verifica del possesso dei requisiti di partecipazione alle gare pubbliche ad un momento successivo allo scadere del termine per la presentazione della documentazione di gara.

Ma questo appare essere il volere espresso del legislatore e del resto il sub procedimento in questione ha termini molto ravvicinati di definizione (15 gg. per la regolarizzazione) e pertanto riduce di molto la compromissione del principio che àncora la verifica del possesso dei requisiti di partecipazione alla gara alla data finale di presentazione delle offerte.

In compenso esso aumenta la platea dei partecipanti, con la conseguenza del vantaggio economico per la PA derivante da una maggiore concorrenza.

Inoltre, la possibilità di sanatoria consente anche di riportare ad unità quella giurisprudenza che distinguendo, ai sensi dell'art. 38 D.LGS n.163\2006, il sindacato sul contenuto del DURC, dalla valutazione sulla gravità delle violazioni segnalate nel documento (CdS V, 16\9\2011 n.5186) o richiedendo comunque una valutazione circa la definitività dell'accertamento (TAR Puglia,Bari, II 6\11\2013 n. 1497) consentiva al giudice di compiere valutazioni che oggi il legislatore rimette al procedimento di sanatoria sopra descritto, eliminando così in radice il rischio di valutazioni differenti circa la gravità della violazione e comunque facendo venir meno all'origine la violazione segnalata con la sua regolarizzazione.

Ne consegue la corrispondenza della norma di sanatoria con parte delle ragioni che avevano determinato l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (n. 8\2012) a enunciare il principio di diritto secondo il quale "la nozione di violazione grave non è rimessa alla valutazione caso per caso della stazione appaltante, ma si desume dalla disciplina previdenziale, e in particolare dalla disciplina del documento unico di irregolarità contributiva; ne consegue che la verifica della regolarità contributiva delle imprese partecipanti a procedure di gara per l'aggiudicazione di **appalti** con la pubblica amministrazione è demandata agli istituti di previdenza, le cui certificazioni (d.u.r.c.) si impongono alle stazioni appaltanti, che non possono sindacare il contenuto".

Oggi, ancor più forte diventa l'automatismo della procedura poiché la mancata sanatoria del documento entro quindici giorni esenta la stazione appaltante (ed in caso di ricorso il giudice) da qualunque altra indagine sul punto.

Nel caso di specie poi, la valenza semplificatoria e l'assenza di un vulnus alla par condicio dei concorrenti o allo svolgimento della gara appare plasticamente dalla dichiarazione resa dall'INPS nella quale si legge che la ditta non era in regola con il versamento dei contributi al 4\11\2013, ma ha provveduto a regolarizzare la propria posizione contributiva in data 12 novembre 2013, quindi addirittura prima del termine di legge di quindici giorni.

Nell'ipotesi qui considerata, inoltre, l'aggiudicazione è avvenuta soltanto il 19\2\2014 (doc.5 IIT), oltre tre mesi dopo la scadenza del termine per la presentazione della documentazione (6\11\2013) e

l’avvenuta regolarizzazione (12\11\2013) e quindi senza alcuna alterazione della par condicio dei concorrenti.

Infine, a dimostrazione della ricaduta positiva della scelta legislativa sui conti **pubblici**, va segnalato come l’offerta della ricorrente sia di circa trentamila euro inferiore alla ditta seconda classificata con un risparmio di circa il 10% sull’importo dell’appalto.

Certo la scelta del legislatore rischia, con la possibilità di sanatoria successiva, di favorire il diffondersi di comportamenti scorretti, volti a sanare le situazioni contributive irregolari solo all’atto dell’accertamento delle irregolarità, ma questa scelta – sulla quale ha evidentemente avuto il suo peso la presente condizione di crisi economica - che presuppone come rimedio una capillare capacità di controllo delle dichiarazioni, per evitare di danneggiare le aziende che invece rispettano ordinariamente gli obblighi previdenziali e contributivi, esula dal presente giudizio, e non può costituire fondamento di una decisione.

Il ricorso va conclusivamente accolto e per l’effetto vanno annullati i provvedimenti di esclusione della ricorrente datato 24\3\2014 e gli atti ad esso successivi.

Sussistono giustificate ragioni per compensare integralmente tra le parti le spese di lite in considerazione della novità delle questioni trattate.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria (Sezione Seconda)

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l’effetto annulla il provvedimento di esclusione della ricorrente datato 24\3\2014 e gli atti da esso conseguenti, tra i quali l’aggiudicazione alla seconda classificata in pari data.

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

Così deciso in Genova nella camera di consiglio del giorno 26 giugno 2014 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Caruso, Presidente

Roberto Pupilella, Consigliere, Estensore

Paolo Peruggia, Consigliere

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 26/09/2014

IL SEGRETARIO

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