



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 per la Sicilia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2131 del 2012, proposto da: Domus Caritas soc. coop., in persona del legale rappresentante pro tempore, in proprio e nella qualità di capogruppo mandataria dell'ATI Domus Caritas soc. coop. - Consorzio Sol. Calatino soc. coop. - La Cascina Global Service s.r.l. - Senis Hospes Soc. Coop.; Consorzio Sol. Calatino soc. coop., in persona del legale rappresentante pro tempore, in proprio e nella qualità di mandante dell'ATI succitata; La Cascina Global Service s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, in proprio e nella qualità di mandante dell'ATI succitata; Senis Hospes Soc. Coop., in persona del legale rappresentante pro tempore, in proprio e nella qualità di mandante dell'ATI succitata, rappresentati e difesi dagli avv. Lucia Di Salvo, Carmelo Giurdanella, Michele Perrone, Carmelo Elio Guarnaccia, con domicilio eletto presso Lucia Di Salvo elettivamente domiciliati in Palermo, presso lo studio della prima in Palermo, via Notarbartolo, n. 5;

contro

Ministero dell'Interno - Prefettura di Caltanissetta, Ufficio Territoriale del Governo di Caltanissetta, in persona del Ministro pro tempore, rappresentati e difesi dall'Avvocatura distrettuale dello Stato di Palermo, presso i cui uffici in via A. De Gasperi, n. 81, è domiciliato per legge;

nei confronti di

Consorzio Meridionale Servizi, in persona del legale rappresentante pro tempore, non costituitosi in giudizio;

per l'annullamento

- del decreto prot. n. 359/S.C.G.F. del 19 ottobre 2012 e della nota di comunicazione del 22 ottobre 2012 con pari protocollo, comunicati il 23.10.2012, recanti l'annullamento e la revoca dell'aggiudicazione definitiva in favore delle ricorrenti, dell'appalto avente ad oggetto la gestione dei centri di accoglienza per immigrati siti in Caltanissetta, contrada Pian del Lago;
- del provvedimento di aggiudicazione provvisoria della gara in favore di altro concorrente, ove esistente;
- del provvedimento di aggiudicazione definitiva della gara in favore di altro concorrente, ove esistente.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Avvocatura dello Stato per l'Amministrazione intimata;

Vista l'ordinanza cautelare n. 770 del 5 dicembre 2012;

Vista l'ordinanza del CGA n. 104 del 21 febbraio 2013;

Vista la memoria della difesa erariale;

Vista la memoria dei ricorrenti;

Visti tutti gli atti della causa;

Visto l'art. 120, co. 9, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del 26 novembre 2013 il consigliere Aurora Lento e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso, notificato il 21/23 novembre 2012 e depositato il giorno 26 successivo, le società in epigrafe esponevano di avere partecipato in associazione temporanea di imprese alla gara indetta dalla Prefettura – Ufficio territoriale del Governo di Caltanissetta per l'affidamento della gestione dei centri di accoglienza per immigrati (C.D.A., C.A.R.A. e C.I.E.) siti a Caltanissetta in contrada Pian del Lago (importo a base di gara € 18.133.200,00 oltre ad € 6.225,00 al netto della IVA per oneri di sicurezza non soggetti a ribasso).

L'associazione temporanea di imprese era così costituita:

- “Domus Caritas” soc. coop.: capogruppo mandataria con quota di partecipazione ed esecuzione pari al 40 % e previsione dello svolgimento di tutti i servizi tranne quelli affidati a “La Cascina Global Service s.r.l.”;
- “Consorzio Sol. Calatino” soc. coop.: mandante con quota di partecipazione ed esecuzione pari al 25 % e previsione dello svolgimento sia direttamente che tramite le proprie consorziate di tutti i servizi tranne quelli affidati a “La Cascina Global Service s.r.l.”;
- “La Cascina Global Service” s.r.l.: mandante con quota di partecipazione ed esecuzione pari al 10 % e previsione dello svolgimento del servizio di coordinamento e controllo della fornitura dei pasti;
- “Senis Hospes” Soc. Coop.: mandante con quota di partecipazione ed esecuzione pari al 25 % e previsione dello svolgimento sia direttamente che tramite le proprie consorziate di tutti i servizi tranne quelli affidati a “La Cascina Global Service s.r.l.”. Il “Consorzio Sol. Calatino” soc. coop., relativamente alla propria quota, aveva dichiarato di affidare parte del servizio alle seguenti cooperative consorziate: “San Francesco” soc. coop., “Il Sorriso” soc. coop.

A conclusione delle operazioni di gara, avendo presentato l'offerta economicamente più vantaggiosa, l'ATI ricorrente era risultata aggiudicataria,

cosicchè la Prefettura di Caltanissetta aveva avviato la procedura di verifica necessaria ai fini della stipulazione del contratto, a conclusione della quale, con decreto prot. n. 359/S.C.G.F. del 19 ottobre 2012, aveva annullato l'aggiudicazione.

Tale provvedimento era stato motivato con riferimento alla circostanza che dal DURC era risultato che la società cooperativa "Il Sorriso", società consorziata indicata quale esecutrice di parte del servizio spettante al "Consorzio Sol Calatino" soc. coop., impresa mandante del RTI aggiudicatario, non era in regola con le posizioni contributive ed assistenziali.

Ottenuta copia del DURC richiamato dalla Prefettura nel decreto di revoca, aveva riscontrato che la irregolarità consisteva nell'omesso versamento di oneri assicurativi relativi al biennio 2011/2012 per un importo complessivo di € 462,03.

La cooperativa "Il Sorriso" aveva impugnato detto DURC e le attestazioni in esso contenute innanzi al Tribunale del lavoro di Catania.

Le ricorrenti hanno chiesto l'annullamento, previa sospensiva e vinte le spese, del provvedimento impugnato per i seguenti motivi:

1) Violazione e falsa applicazione dell'art. 38, comma 1, lettera i, del D.lgs.vo n. 163/2006. Eccesso di potere per carenza di istruttoria. Violazione dell'art. 97 Cost. e dei principi ivi contenuti. Violazione dei principi comunitari in materia di concorrenza.

L'amministrazione avrebbe illegittimamente omesso qualunque verifica in ordine alla sussistenza del requisito della gravità della irregolarità contributiva risultante dal DURC della società cooperativa "Il Sorriso".

Tale verifica avrebbe comportato la mancata adozione della revoca avuto riguardo alla irrisorietà della irregolarità (omesso versamento di € 462,00 rapportati ad un biennio) a fronte del consistente valore dell'appalto (€ 18.133.200,00), nonché alla circostanza della sua addebitabilità ad una delle due imprese esecutrici indicate dal "Consorzio Sol. Calatino" soc. coop. avente una quota di partecipazione del 25 %.

2) Violazione e falsa applicazione degli artt. 49, 56 e 101 del TFUE. Questione pregiudiziale comunitaria.

La nozione di violazione contributiva grave di cui all'art. 38 del codice degli appalti in quanto rigida contrasterebbe con i principi comunitari di proporzionalità e ragionevolezza previsti nelle norme caldate.

Potrebbe, pertanto, procedersi alla disapplicazione in via giudiziale in parte qua dell'art. 38 o, se non ritenuto possibile, a richiedere una pronuncia in via pregiudiziale ex art. 267 del TFUE alla Corte di Giustizia della Comunità europea.

3) Violazione e falsa applicazione sotto altro profilo dell'art. 38, comma 1, lettera i, del D.lgs.vo n. 163/2006. Eccesso di potere per carenza di istruttoria. Violazione dell'art. 97 Cost. e dei principi ivi contenuti.

Non sussisterebbe il presupposto della definitività dell'accertamento della irregolarità previsto dall'art. 38 avuto riguardo alla mancata iscrizione a ruolo ed alla proposizione di ricorso giurisdizionale.

Per l'Amministrazione intimata si è costituita in giudizio l'Avvocatura dello Stato.

Con ordinanza n. 770 del 5 dicembre 2012 l'istanza cautelare è stata respinta.

Con ordinanza n. 104 del 21 febbraio 2013 il C.G.A. ha accolto l'appello cautelare ai solo fini della fissazione della udienza di merito in primo grado.

In vista della udienza la difesa erariale ha depositato una memoria, con la quale ha chiesto il rigetto del ricorso, poiché infondato.

Anche i ricorrenti hanno depositato una memoria, con la quale hanno insistito nelle proprie domande.

Alla pubblica udienza del 26 novembre 2013, su conforme richiesta dei difensori delle parti, il ricorso è stato posto in decisione.

DIRITTO

1. La controversia ha ad oggetto la revoca dell'affidamento dell'appalto della gestione dei centri di accoglienza per immigrati (C.D.A., C.A.R.A. e C.I.E.) siti a Caltanissetta in contrada Pian del Lago (importo a base di gara € 18.133.200,00

oltre ad € 6.225,00 al netto della IVA per oneri di sicurezza non soggetti a ribasso) motivata con riferimento alla circostanza che una delle due cooperative (i.e. “Il Sorriso”) indicata da una delle imprese mandanti del RTI aggiudicatario (i.e. “Consorzio Sol Calatino” soc. coop.) non era risultata in regola con le posizioni assistenziali in seguito alla acquisizione del DURC.

Per una migliore intelligenza dei fatti di causa va preliminarmente rilevato che il raggruppamento era così costituito:

- “Domus Caritas” soc. coop.: capogruppo mandataria con quota di partecipazione ed esecuzione pari al 40 % e previsione dello svolgimento di tutti i servizi tranne quelli affidati a “La Cascina Global Service s.r.l.”;
- “Consorzio Sol. Calatino” soc. coop. e “Senis Hospes” Soc. Coop.: mandanti con quote di partecipazione ed esecuzione rispettivamente pari al 25 % e previsione dello svolgimento - sia direttamente che tramite le proprie consorziate - di tutti i servizi tranne quelli affidati a “La Cascina Global Service s.r.l.”;
- “La Cascina Global Service” s.r.l.: mandante con quota di partecipazione ed esecuzione pari al 10 % e previsione dello svolgimento del servizio di coordinamento e controllo della fornitura dei pasti.

Va, inoltre, precisato che dal DURC datato 19 ottobre 2012 versato in atti risulta che la irregolarità consisteva nell’omesso versamento di oneri assicurativi relativi al biennio 2011/2012 per un importo complessivo di € 462,03.

2. Tutto ciò premesso può procedersi all’esame del primo motivo, con il quale si deduce che l’amministrazione avrebbe illegittimamente omesso qualunque verifica in ordine alla sussistenza del requisito della gravità della irregolarità contributiva risultante dal DURC della società cooperativa “Il Sorriso”. Nella fattispecie tale requisito, in particolare, difetterebbe avuto riguardo alla irrisorietà della irregolarità (pari ad € 462,00 rapportate ad un biennio) a fronte del consistente valore dell’appalto (€ 18.133.200,00), nonché alla circostanza della sua addebitabilità ad

una delle due imprese esecutrici indicate dal “Consorzio Sol. Calatino” soc. coop. avente una quota di partecipazione del 25 %.

La doglianza è infondata avuto riguardo al principio di diritto enunciato dalla adunanza plenaria nella decisione n. 8/2012, che si ritiene opportuno riportare letteralmente: "ai sensi e per gli effetti dell'art. 38, comma 1, lett. i), d.lgs. n. 163 del 2006, anche nel testo vigente anteriormente al d.l. n. 70 del 2011, secondo cui costituiscono causa di esclusione dalle gare di appalto le gravi violazioni alle norme in materia previdenziale e assistenziale, 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 regolarità contributiva”.

Nella fattispecie in esame il DURC di una delle imprese indicate quale esecutrice indicava una irregolarità nel versamento degli oneri assicurativi, che la stazione appaltante non poteva che considerare grave.

3. Va adesso esaminato il secondo motivo, con il quale si deduce la violazione degli artt. 49, 56 e 101 del TFUE, poiché la nozione di “violazione contributiva grave” di cui all’art. 38 del codice degli appalti, in quanto rigida, contrasterebbe con i principi comunitari di proporzionalità e ragionevolezza dagli stessi enunciati.

Come ritenuto nella condivisa ordinanza n. 1969/2012 della III sezione del TAR Lombardia Milano richiamata nel ricorso, alle cui ampie motivazioni per esigenze di sintesi si rinvia, la questione è fondata nel senso che consente la devoluzione alla Corte di Giustizia e non la disapplicazione della normativa nazionale.

4. Tale devoluzione non è, però, nella fattispecie in esame necessaria, in quanto il collegio, ad una più attenta valutazione tipica della fase di merito, ritiene fondato il terzo motivo, con il quale si deduce che non sussisterebbe il presupposto della definitività dell’accertamento della irregolarità previsto dall’art. 38.

Dalla documentazione in atti risulta, infatti, che il DURC in questione è stato impugnato innanzi al giudice del lavoro di Catania.

Orbene, come ritenuto nella decisione della V sezione del Consiglio di Stato n. 2213 del 20 aprile 2010, alle cui ampie motivazioni per esigenze di sintesi si rinvia, non può essere considerata irregolare ai fini contributivi o assistenziali la posizione della impresa qualora sia pendente il termine per la proposizione della impugnazione o non sia, comunque, stato definito con sentenza passata in giudicato il contenzioso instaurato (negli stessi termini più di recente la decisione n. 261/2013).

A tale conclusione il Consiglio di Stato è addivenuto sulla base dell'art 8, comma 2, lettera b, del decreto del Ministero del lavoro e della previdenza sociale del 24 ottobre 2007 e della circolare della Agenzia delle entrate n. 34/E del 25 maggio 2007.

L'art. 8 surrichiamato, nel disciplinare le “cause non ostative al rilascio del DURC”, espressamente prevede che: “b) in pendenza di contenzioso giudiziario, la regolarità è dichiarata sino al passaggio in giudicato della sentenza di condanna, salvo l'ipotesi in cui l'Autorità giudiziaria abbia adottato un provvedimento esecutivo che consente l'iscrizione a ruolo delle somme oggetto del giudizio ai sensi dell'art. 24 del decreto legislativo 26 febbraio 1999, n. 46”;

La circolare succitata afferma, invece, espressamente che: “la regolarità fiscale richiesta dal Codice dei contratti pubblici possa (rectius può) essere certificata, in riferimento alla data o al periodo indicati dal richiedente, dall'Ufficio locale competente secondo il domicilio fiscale del soggetto d'imposta quando risulti, in base alle informazioni ed ai documenti di cui dispone, che l'Amministrazione finanziaria non abbia contestato al contribuente una qualsiasi violazione di obblighi in materia di tributi amministrati dall'Agenzia delle entrate, mediante atto che si sia reso definitivo per effetto del decorso del termine di impugnazione ovvero, qualora sia stata proposta impugnazione, del passaggio in giudicato della pronuncia giurisdizionale (cfr. ris. n. 2/E del 3 gennaio 2005). Si ritiene, inoltre, che l'irregolarità fiscale viene meno qualora, alla data rispetto alla quale viene

richiesta la certificazione, la pretesa dell'Amministrazione finanziaria sia stata integralmente soddisfatta, anche mediante definizione agevolata”.

Nella specie dalla documentazione in atti risulta, come anticipato, che il DURC costituente presupposto della revoca impugnata è stato impugnato innanzi al Tribunale del lavoro di Catania, che, per quanto risulta dal fascicolo, non si è ancora pronunciato. Ne consegue che la controversia non è stata definita con pronuncia passata in giudicato e che va esclusa la definitività dell'accertamento.

Concludendo, per le ragioni suesposte, il ricorso è fondato e va accolto con conseguente annullamento degli atti impugnati.

Le spese, liquidate come in dispositivo, vanno poste a carico dell'Amministrazione soccombente. Irripetibili per controinteressata non costituita.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla i provvedimenti impugnati.

Condanna il Ministero dell'Interno - Prefettura di Caltanissetta, Ufficio Territoriale del Governo di Caltanissetta al pagamento delle spese processuali, che liquida in complessivi € 4.000,00 (quattromila,00), oltre accessori, se e in quanto dovuti. Spese irripetibili per il Consorzio Meridionale Servizi.

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

Così deciso in Palermo nella camera di consiglio del giorno 26 novembre 2013 con l'intervento dei magistrati:

Federica Cabrini, Presidente FF

Giovanni Tulumello, Consigliere

Aurora Lento, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 19/12/2013

IL SEGRETARIO

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