

N. 05802/2015REG.PROV.COLL.

N. 05424/2015 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 5424 del 2015, proposto da:
Autostradale S.r.l., rappresentata e difesa dagli avv.ti Tommaso Matteo Ferrario, Alfonso Celotto,
con domicilio eletto presso Studio Angelo Clarizia in Roma, via Principessa Clotilde, 2;

contro

Alivision Transport Scarl, rappresentata e difesa dagli avv.ti Elena Stella Richter, Paolo Stella
Richter, Pierfrancesco Palatucci, con domicilio eletto presso Elena Stella Richter in Roma, viale
Mazzini, 11;
Stefano Cavallari, Donato Pezzato;

nei confronti di

Sacbo - Soc. per l'Aeroporto Civile di Bergamo - Orio al Serio Spa, rappresentata e difesa dagli avv.ti
Franco Bertacchi, Stefano Di Meo, con domicilio eletto presso Stefano Di Meo in Roma, via G.
Pisanelli, 2;
Enac - Ente Nazionale per l'Aviazione Civile, rappresentato e difeso per legge dall'Avvocatura
Generale dello Stato, domiciliataria in Roma, via dei Portoghesi, 12;
Autoservizi Locatelli Srl, Air Pullman Spa;

per la riforma

della sentenza breve del T.A.R. LOMBARDIA - SEZ. STACCATA DI BRESCIA: n. 00826/2015,
resa tra le parti, concernente affidamento degli spazi aeroportuali necessari all'effettuazione del
servizio di trasporto persone.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Alivision Transport Scarl e di Sacbo - Soc. per l'Aeroporto Civile di Bergamo - Orio al Serio Spa e di Enac - Ente Nazionale per l'Aviazione Civile;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 10 novembre 2015 il Cons. Andrea Migliozi e uditi per le parti gli avvocati Angelo Clarizia (in dichiarata delega di Celotto), Palatucci, Elena Stella Richter, Paolo Stella Richter, Bertacchi, Di Meo e l'avvocato dello Stato Noviello;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Sacbo, Società che gestisce l'aeroporto di Bergamo – Orio al Serio indicava, con invito del 17 ottobre 2014, rivolto ai soli operatori autorizzati all'esercizio della linea di collegamento Milano-Orio al Serio, una procedura concorrenziale per l'affidamento della concessione triennale degli spazi aeroportuali costituiti da aree di stazionamento e punti vendita dei biglietti destinati al carico scarico di passeggeri e stazionamento mezzi.

Gli spazi aeroportuali venivano suddivisi in tre lotti e con nota del 24/12 /2014 Sacbo comunicava l'aggiudicazione definitiva del lotto 1 (relativo alla banchina n.1) alla Alivision Transport scarl (in seguito Alivision) e avverso tale aggiudicazione insorgeva la Società Autostradale srl, dapprima con ricorso introduttivo (ric. n. 1441/2014) e poi con due atti di motivi aggiunti, con cui denunciava il mancato controllo di SACBO in ordine al possesso dei requisiti da parte di Alivision dei requisiti generali di cui all'art.38 del dlgs n.163/2006 e in particolare l'esistenza di un debito previdenziale di oltre 1.085.000 per contributi non versati che aveva condotto all'emissione di un DURC negativo.

Interveniva quindi SACBO, che con provvedimento del 7 maggio 2015, disponeva la revoca dell'aggiudicazione del lotto n.1 già disposta in favore di Alivision, con contestuale riassegnazione in favore di Autostradale srl..

Alivision impugnava innanzi al Tar della Lombardia sezione di Brescia il citato provvedimento, sostenendo la non efficacia escludente di un DURC negativo, stante la non definitività della irregolarità contestata alla ditta, che perciò non poteva essere considerata causa giustificativa della sottrazione dell'assegnazione dello stallo n.1.

L'adito Tar, con sentenza n. 826/2015 ha accolto il ricorso, ritenendo fondata la tesi difensiva propugnata da Alivision; e avverso tale decisum è insorta con l'appello all'esame Autostradale srl che ha rilevato la erroneità della predetta sentenza, deducendo con un unico motivo le seguenti censure.

violazione e comunque falsa applicazione dell'art.38 del dlgs n.164/06; violazione del DM 24 ottobre 2007; violazione dei principi della par condicio, trasparenza, certezza giuridica ed efficienza.

Sostiene parte appellante che nel caso de quo si sono pienamente verificati i presupposti che integrano la fattispecie escludente di cui all'art.38 comma 1 lettera i) del dlgs n.163/2006, essendosi inverata e consolidata (nel senso che è stata accertata in via definitiva) la inosservanza da parte di Alivision della normativa in tema di contributi previdenziali.

Si è costituita in giudizio l'originaria ricorrente di primo grado che ha contestato la fondatezza dell'appello di cui ha chiesto la reiezione.

Anche SACBO ed ENAC si sono costituiti in giudizio.

Le parti hanno poi ulteriormente puntualizzato le loro rispettive tesi difensive con apposite memorie anche di replica.

All'udienza pubblica del 10 novembre 2015 la causa è stata introitata per la decisione.

DIRITTO

Va in primo luogo esaminata l'eccezione di improcedibilità dell'appello sollevata ex adverso dalla difesa di Alivision, formulata sotto i seguenti due aspetti:

parte appellante ha rinunciato all'originario ricorso di prime cure (n.1441/2014) avente ad oggetto l'aggiudicazione in favore di Alivision, sicchè resterebbe preclusa ad Autostradale ogni altra contestazione in ordine alla gara de qua;

inammissibile è la domanda di dichiarazione di inefficacia del contratto proposta per la prima volta in appello.

L'eccezione con riferimento ad entrambi i suindicati profili è infondata.

In relazione alla questione sub a), il fatto che Autostradale abbia rinunciato all'originario gravame è del tutto irrilevante, atteso che la rinuncia è avvenuta a seguito dell'adozione del provvedimento di revoca dell'affidamento della gara disposta nei confronti di Alivision; e comunque siamo in presenza di due distinti procedimenti amministrativi e giurisdizionali e non v'è dubbio che nei confronti del secondo, quello riguardante l'avvenuta revoca, Autostradale ha un interesse concreto ed attuale a veder confermata la determinazione di tipo sanzionatorio assunta da SACBO nonché a difenderla in questo grado del giudizio.

Quanto alla questione sub b) appare utile osservare come l'eventuale conferma della legittimità del provvedimento di revoca impugnato in prime cure da Alivision comporterà in via consequenziale il travolgimento della sottostante convenzione.

L'appello proposto oltreché ammissibile, appare nel merito suscettibile di positivo apprezzamento, incorrendo le osservazioni e prese conclusioni del Tar nelle critiche fondatamente dedotte con l'unico, articolato mezzo d'impugnazione in questa sede fatto valere.

Oggetto di controversia è il provvedimento con cui SACBO spa, gestore dell'Aeroporto Bergamo – Orio al Serio ha disposto la revoca dell'aggiudicazione della concessione dello stallo aeroportuale n.1 effettuata in favore di Alivision in ragione della rilevata assenza in capo a tale Società di un requisito di partecipazione alla gara, quello della regolarità contributiva.

L'art.38 del dlgs n. 163/2006 all'art.1 lettera i) stabilisce che “sono esclusi dalla partecipazione alla procedure di affidamento delle concessione e degli appalti di lavori, forniture e servizi i soggetti 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”.

Ebbene, la suddetta norma (recepita espressamente dalla lex specialis di gara) volta a sanzionare il concorrente cui siano attribuite violazioni contributive definitivamente accertate oltreché gravi, appare nella specie pienamente applicabile.

La materia attinente al requisito della regolarità contributiva, cui va connesso il rilascio del c.d. DURC (documento di regolarità contributiva), è stata oggetto di una notevole attività esegetica, con orientamenti giurisprudenziali anche divergenti sulle problematiche inerenti alla pretesa esistenza e/o insussistenza di situazioni debitorie nei confronti dell'INPS e/o INAIL, alla validità ed efficacia del DURC e così via.

Al riguardo occorre in via preliminarmente logica far presente che il thema decidendum qui in rilievo non riguarda la mancata e/o, viceversa, la possibile regolarizzazione previdenziale di cui al previo avviso di regolarizzazione previsto dall'art. 7 del D.M. 24 ottobre 2007, questione sulla quale questa Sezione, con una recente ordinanza, la n. 4542 del 29 settembre 2015, ha chiamato a pronunciarsi l'Adunanza Plenaria.

Il dubbio interpretativo oggetto dell'ordinanza di rimessione e che è stato chiesto di sciogliere prende le mosse, invero, dalla ratio sottesa alla procedura prevista dall'art. 31 comma 8 del d.l. n.69 del 2013 (che ha recepito peraltro quanto contemplato dagli artt. 5 e 7 del d.m. 24/10/2007), quella per cui occorre avvertire l'ignaro imprenditore della irregolarità a fronte di una violazione previdenziale che non risulta dal DURC in possesso del privato e della quale neppure il predetto soggetto è stato mai notiziato.

Ma non è questo il caso che ci occupa.

La fattispecie all'esame, invero, presenta delle peculiarità sue proprie che delimitano l'indagine ermeneutica all'aspetto della definitività delle rilevate irregolarità e della gravità delle stesse, secondo la “naturale” dizione recata dal disposto di cui all'art.38 comma 1 lettera i) citato, senza, cioè, l'intermediazione del procedimento di regolarizzazione.

Qui siamo in una controversia che presenta problematiche, come in seguito si va ad esporre, aventi contenuto specularmente opposto a quelle dalle quali ha preso l'abbrivio la citata ordinanza di questa Sezione n. 4542/2015.

Dunque è accaduto che con verbale di accertamento INPS del 16 maggio 2014, notificato il successivo 22 maggio, veniva contestato ad Alivision il mancato versamento di contributi previdenziali nella misura di euro 1.016.061,100 in relazione alla riqualificazione come lavoro subordinato di una serie di contratti a progetto.

Nel giugno dello stesso anno la predetta Società ha interposto avverso detto verbale apposito ricorso alla Direzione Regionale del Lavoro di Roma e tale gravame amministrativo veniva rigettato dal Comitato Regionale INPS in data 17 settembre 2014.

Successivamente, l'INPS notificava un avviso recante l'ingiunzione di pagamento dell'addebito in questione e ciò avveniva in data 6 novembre 2014, e cioè in epoca antecedente alla data del 14 novembre 2014, termine ultimo di presentazione delle offerte per la gara di che trattasi, nonché alla

data del 10 novembre 2014, data di verifica da parte dell'Inps dell'autodichiarazione ex art.38 del testo unico sugli appalti.

Sempre secondo la scansione temporale degli eventi, in data 5 dicembre 2014 Alivision ha promosso ricorso giurisdizionale innanzi al Tribunale civile di Roma in funzione di giudice del lavoro volto a rimuovere l'avviso di addebito in parola.

In questo contesto fattuale va collocata la problematica qui in rilievo, quella di verificare se la rilevata irregolarità contributiva, così come contestata a carico di Alivision, debba considerarsi o meno una violazione definitivamente accertata oltreché grave, sì da dover comportare in applicazione del più volte citato dettato normativo l'esclusione dalla gara.

Al quesito occorre dare positiva risposta.

Invero, la soluzione del caso all'esame presuppone un accertamento che è il prius logico-giuridico necessario per dirimere la questione e cioè quello di stabilire il momento storico in cui deve essere svolta la verifica di regolarità contributiva.

Su questa questione la Sezione ha avuto modo di prendere posizione di recente (vedi sentenza n. 1769 del 7/4/2015) e il Collegio non ha motivo di discostarsi da tale assunto orientamento.

In linea dunque con quanto precedentemente affermato va allora osservato che il concetto di definitività nell'ambito delle gare pubbliche va fotografato al momento della scadenza del termine di presentazione dell'offerta, nel senso che dubbi sulla debenza devono sussistere a quel momento, oppure a quella data deve risultare accolta una istanza di rateizzazione, ovvero deve essere stato presentato e risultare ancora pendente un ricorso amministrativo (se previsto) e/o giurisdizionale

Ebbene nel caso di specie nessuna delle situazioni sopra descritte, volte a configurare la non definitività della irregolarità appare sussistente, se è vero che:

già a maggio del 2014 la Società Alivision era stata notiziata formalmente dell'accertata violazione delle prescrizioni previdenziali;

la predetta Società aveva esperito ricorso amministrativo definito negativamente in data anteriore al termine di presentazione dell'offerta;

alla data del 24 novembre 2014 alcun gravame giurisdizionale era stato formalmente proposto.

Alla luce di quanto in concreto avvenuto abbiamo una situazione in cui Alivision era stata in tempi congrui ampiamente messa a conoscenza della posizione di irregolarità contributiva e alcuna iniziativa la medesima ha assunto prima che scadesse il termine ultimo di presentazione della offerta al fine di contestare la fondatezza dell'addebito e di altresì portare a conoscenza la stazione appaltante della avvenuta impugnativa.

Se così è, appare evidente che non può valere a sanatoria della situazione di inerzia la mera pendenza del termine di contestazione giudiziale della contestata irregolarità, laddove il gravame giurisdizionale è stato presentato solo nel dicembre 2014, in una data successiva al momento storico (quello costituito dal termine finale di presentazione dell'offerta) in cui l'impugnativa giudiziale avrebbe potuto e dovuto essere proposta, di guisa che il DURC negativo reso alla data della relativa verifica (il 10 novembre 2014) deve ritenersi, in relazione alla specificità della vicenda, come snodatosi secondo i fatti succedutisi, definitivo.

Opinare diversamente significa rimettere alla mera volontà dell'interessato la gestione di una azione che ha effetti sull'attività di conduzione della gara da parte della stazione appaltante (si pensi ai tempi di gestione dell'iter procedurale) e soprattutto incide negativamente sulla par condicio degli offerenti.

Quanto al carattere della gravità della violazione, l'entità delle somme indicate (oltre un milione di euro) dà piena contezza della rilevanza delle contestazioni operate.

Se ne deduce che nella specie le condizioni escludenti contemplate dall'art.38 del dlgs n.163/2006 in ordine al possesso dei requisiti di partecipazione alla gara appaiono essersi compiutamente inverate, dovendo ritenersi legittimi vuoi il provvedimento del gestore dell'Aeroporto di Bergamo – Orio al Serio datato 21/4/2015 (impugnato in prime cure), di revoca dell'aggiudicazione della concessione in parola in favore di Alivision, vuoi quello successivamente assunto da SACBO in data 4/8/2015, di conferma della precedente revoca e di risoluzione ope legis del contratto di affidamento dello stallo n. 1 sottoscritto tra le anzidette parti in data 24/6/2015.

In forza delle suesposte considerazioni le critiche rivolte da Autostradale nei confronti delle statuizioni rese dal Tar appaiono fondate e la gravata sentenza va perciò riformata.

Le spese del doppio grado del giudizio seguono la regola della soccombenza, mentre possono essere compensate nei confronti di SACBO ed ENAC.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma dell'impugnata sentenza, rigetta il ricorso di primo grado.

Condanna Alivision Transport scarl al pagamento delle spese del doppio grado del giudizio in favore di Autostradale srl nella misura di euro 5.000,00 (cinquemila//00) oltre IVA e CPA; le compensa nei confronti di SACBO ed ENAC.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 10 novembre 2015 con l'intervento dei magistrati:

Paolo Numerico, Presidente

Raffaele Potenza, Consigliere

Andrea Migliozzi, Consigliere, Estensore

Alessandro Maggio, Consigliere

Francesco Mele, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 21/12/2015

IL SEGRETARIO

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