N. 02283/2011REG.PROV.COLL.

N. 06958/2010 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 Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 6958 del 2010, proposto da: Services Group Srl in proprio e q. mandataria Rti, Ati - Mondial Security Srl., rappresentate e difese dall'avv. Geremia Biancardi, con domicilio eletto presso Studio Legale Sanino in Roma, viale Parioli, 180;

contro

Megaride Srl e Vigilanza Partenopea Srl, rappresentati e difesi dall'avv. Angela Ferrara, con domicilio eletto presso Alfredo Placidi in Roma, via Cosseria, 2;

nei confronti di

Equitalia Polis Spa, rappresentato e difeso dall'avv. Marco Galdi, con domicilio eletto presso Gennaro Terracciano in Roma, largo Arenula, 34;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. CAMPANIA - NAPOLI: SEZIONE I n. 16834/2010, resa tra le parti, concernente AFFIDAMENTO SERVIZIO DI PORTIERATO

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Megaride Srl e Vigilanza Partenopea Srl e di Equitalia Polis Spa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 5 aprile 2011 il Cons. Sergio De Felice e uditi per le parti gli avvocati Cristina Lenoci su delega di Geremia Biancardi, Claudio De Portu in sostituzione di Angela Ferrara e Marco Galdi;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso proposto innanzi al Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania le società Megaride srl e la Vigilanza Partenopea srl agivano per l'annullamento della aggiudicazione definitiva della gara indetta da Equitalia Polis spa con bando pubblicato il 19 luglio 2008 per l'affidamento biennale del servizio di portierato e prima accoglienza per la sede e gli sportelli della provincia di Napoli.

Alla gara le ricorrenti si erano classificate al secondo posto alle spalle dell'associazione temporanea tra Services Group srl e Mondial Security srl, dichiarata aggiudicataria del servizio.

Avverso l'atto di aggiudicazione definitiva veniva dedotta la illegittimità, tra l'altro, a causa della illegittima ammissione alla gara delle vincitrici, che alla scadenza del termine per la presentazione delle offerte erano prive del requisito generale della regolarità contributiva, invece dichiarato sussistente.

Il giudice di primo grado, dopo avere rigettato le eccezioni di inammissibilità e tardività del ricorso, lo accoglieva sulla base della documentazione attinente alla mancanza del requisito della regolarità contributiva, dichiarando altresì la inefficacia del contratto.

Secondo il primo giudice, in particolare, nella produzione documentale sono presenti i durc di Mondial Security e di Services Group esibiti in sede di gara, i quali rispettivamente attestano la regolarità contributiva per la prima alla data del 4 luglio 2008 e per la seconda al 14 giugno 2008. Sempre dagli atti prodotti figurano altri due durc, il primo attestante la regolarità contributiva della Mondial Security al 3 dicembre 2008 e recante la data di rilascio del 18 dicembre 2008, il secondo attestante la regolarità contributiva della Services Group srl, alla data del 13 novembre 2008 e rilasciato in data 11 dicembre 2008.

Da tali atti emergerebbe la mancata dimostrazione, da parte delle vincitrici aggiudicatarie, del requisito della regolarità contributiva, alla data di scadenza del termine per la presentazione delle offerte e quindi in relazione al periodo di interesse.

Avverso tale sentenza, ritenendola errata e ingiusta, propongono appello per il loro raggruppamento la Services Group srl e la Mondial Security srl, deducendo:

1)la irricevibilità del ricorso originario, in quanto tardivo rispetto al provvedimento di aggiudicazione provvisoria;

2)la tardività del ricorso originario anche rispetto alla aggiudicazione definitiva, in quanto il provvedimento è del 5 dicembre 2008, mentre il ricorso è stato notificato soltanto in data 29 aprile 2009, non potendo aversi riguardo alla data del 3 marzo 2009, di inoltro del provvedimento a mezzo fax, ma alla data di spedizione a mezzo raccomandata, avvenuta in data 5 dicembre 2008;

3)la regolarità contributiva alla data di scadenza del termine per la presentazione delle offerte, indicato dal disciplinare nella data dell'8 settembre 2008.

In particolare, rispetto al requisito della regolarità contributiva, vale la regola della validità trimestrale e i due durc sono stati rilasciati rispettivamente in data 4 settembre 2008 (per la Mondial) e in data 9 luglio 2008 (per la Services).

Pertanto, i due durc dovevano considerarsi in grado di coprire il requisito della regolarità contributiva alla data dell'8 settembre 2008, data di scadenza del termine per la presentazione delle offerte.

Si è costituita la società Equitalia Polis spa, deducendo il sopravvenuto difetto di interesse in capo alla ricorrente di primo grado, in quanto prima della sentenza la società Vigilanza Partenopea srl avrebbe deliberato la cessazione dell'attività di vigilanza armata e quindi non potrebbe compiere l'attività.

Chiede dichiararsi la improcedibilità dell'appello e del ricorso di primo grado.

Si sono costituite altresì le società Megaride srl e Vigilanza partenopea srl chiedendo il rigetto dell'appello perché infondato.

Alla udienza pubblica del 5 aprile 2011 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1.E' da rigettarsi la richiesta della società Equitalia Polis spa di dichiarare il sopravvenuto difetto di interesse, che avrebbe riguardato la originaria ricorrente a causa della cessazione della attività da parte della Vigilanza Partenopea srl, in quanto la cessazione della vigilanza armata non ha compreso la vigilanza non armata quale è il portierato oggetto della gara (come controdeducono correttamente a pagina 4 della ultima memoria le controinteressate), a parte la considerazione che è sufficiente a ritenere sussistente la permanenza dell'interesse la possibile ristorabilità del danno.

2. E' infondato il primo motivo di appello con il quale si deduce che la parte originaria ricorrente avrebbe avuto l'onere di impugnare l'aggiudicazione provvisoria, costituendo giurisprudenza costante che tale atto ha natura di atto endoprocedimentale, ad effetti instabili e ancora interinali, sicché è inidonea a produrre la definitiva lesione dell'impresa risultata non aggiudicataria; tale lesione si verifica soltanto con la aggiudicazione definitiva solo in relazione alla quale, non

essendo atto meramente confermativo, va verificata la tempestività del ricorso (così Consiglio Stato, VI, 6 aprile 2010, n.1907).

Il carattere endoprocedimentale e di mera aspettativa dell'aggiudicazione provvisoria rende la sua impugnazione oggetto di una facoltà, ma non di un onere, essendoatto effettivamente lesivo, appunto, quello conclusivo del procedimento, da impugnare in ogni caso (Consiglio Stato sez. V, 7 maggio 2008 n. 2089).

Di conseguenza, l'onere per l'impresa di impugnare tempestivamente gli atti della procedura di evidenza pubblica, ad eccezione dell'esclusione dalla stessa e delle clausole del bando che rendano impossibile la partecipazione alla gara, sorge solo a seguito della emanazione del provvedimento di aggiudicazione definitiva (in tal senso, *ex plurimis*, Consiglio Stato, sez. V, n.4483 del 12 luglio 2010; sez. VI, n.1907 del 6 aprile 2010).

3.E' infondato anche il motivo di appello con il quale si lamenta la tardività dell'originario ricorso, perché il termine dovrebbe farsi decorrere dalla data di spedizione dell'atto di aggiudicazione definitiva.

E' evidente che non può farsi riferimento alla data di spedizione di un atto, di cui tra l'altro non è risultante la avvenuta recezione, non provata a causa della mancata produzione dell'avviso di ricevimento comunicato.

4.E' infondato anche il motivo di appello con il quale si lamenta la erroneità della sentenza, perché sarebbe stato sussistente il requisito della regolarità contributiva alla data di scadenza del termine per la presentazione delle offerte, indicato dal disciplinare nella data dell'8 settembre 2008.

In particolare, secondo l'appello, rispetto al requisito della regolarità contributiva, varrebbe la regola della validità trimestrale e i due durc sono stati rilasciati rispettivamente in data 4 settembre 2008 (per la Mondial) e in data 9 luglio 2008 (per la Services).

L'assenza del requisito della regolarità contributiva, costituendo condizione di partecipazione alla gara, se non posseduto alla data di scadenza del termine di presentazione dell'offerta, non può che comportare la esclusione del concorrente non adempiente, non potendo valere la regolarizzazione postuma.

I documenti riguardanti le due società appellanti attestano, in fatto, indipendentemente dalle certificazioni formali, la risultanza della mancanza di copertura proprio per il periodo giugno-settembre 2008, che era quello da considerare ai fini della gara.

L'impresa infatti deve essere in regola con i relativi obblighi fin dalla presentazione della domanda e conservare tale regolarità per tutto lo svolgimento della procedura.

La circostanza, rilevata dal primo giudice, evidenziata dagli avversari in giudizio e non smentita, che le due società abbiano effettuato richiesta di regolarizzazionesolo in epoca successiva alla aggiudicazione dimostra ll'assenza del necessario requisito.

Ciò si evince dai documenti prodotti, in particolare istanze di dilazione (presentate anche nel gennaio 2009) per i pagamenti dei contributi omessi nei mesi di luglio, agosto e settembre 2008, ai punti 3, 6 e 7 dell'indice dei documenti prodotti da Megaride srl e Vigilanza Partenopea srl.

Dalla documentazione in atti, si evince, in vero, la istanza di dilazione da parte della impresa Services Group srl presentata all'INPS di Taranto in data 11 novembre 2008 per i mesi di luglio, agosto, settembre 2008; si evince la attestazione dei pagamenti per tali mesi, avvenuta in epoca successiva; altra istanza di dilazione per il pagamento dei contributi omessi nei mesi di luglio, agosto, settembre 2008, dicembre 2008 e gennaio 2009, è stata presentata dalla stessa società in data 5 marzo 2009.

D'altronde, costituisce principio pacifico che poiché il momento in cui va verificata la sussistenza del requisito della regolarità contributiva e previdenziale (così come di quella fiscale) è quello di presentazione della domanda di partecipazione alla gara, la eventuale regolarizzazione successiva, se vale a eliminare il contenzioso tra l'impresa e l'ente previdenziale (o il fisco) non può comportare ex post il venir meno della causa di esclusione (*ex plurimis*, Consiglio Stato, sez. V, 23 ottobre 2007, n.5575).

Nel settore previdenziale, in considerazione dei gravi effetti negativi sui diritti dei lavoratori, sulle finanze pubbliche e sulla concorrenza tra le imprese derivanti dalla mancata osservanza degli obblighi in materia, debbono considerarsi "gravi" tutte le inadempienze rispetto a detti obblighi, salvo che non siano riscontrabili adeguate giustificazioni relative - ad es. - alla sussistenza di contenziosi di non agevole e pronta definizione sorti a seguito di verifiche e contestazioni da parte degli organismi previdenziali ovvero alla necessità di verificare le condizioni per un condono o per una rateizzazione (Cons. Stato, sezione VI, sent. 1930/2010; id. sezione V n. 5096/2008).

La giurisprudenza del Consiglio ha già avuto modo di chiarire che deve escludersi la rilevanza di un eventuale adempimento tardivo dell'obbligazione contributiva, quand'anche ricondotto retroattivamente, quanto ad efficacia, al momento della scadenza del termine di pagamento (Cons. Stato, sez. IV n. 1458/2009).

Si tratta, del resto, di un corollario del più generale principio (già affermato nella giurisprudenza della Corte di giustizia Ce con la pronuncia del 9 febbraio 1996, in cause riunite C-226/04 e C-228/04) secondo cui la sussistenza del requisito della regolarità fiscale e contributiva (che, pure, può essere regolarizzato in base a disposizioni nazionali di concordato, condono o sanatoria) deve comunque essere riguardata con riferimento insuperabile al momento ultimo per la presentazione delle offerte, a nulla rilevando una regolarizzazione successiva la quale, pertanto,

non potrà in alcun modo incidere sul dato dell'irregolarità ai fini della singola gara (Consiglio Stato sez. VI, 5 luglio 2010, n. 4243).

La mancanza del requisito della regolarità contributiva alla data di scadenza del termine previsto dal bando per la presentazione delle offerte, in definitiva, non é sanato dall'eventuale adempimento tardivo dell'obbligazione contributiva, atteso che tale tardivo adempimento può rilevare nelle reciproche relazioni di credito e di debito fra i soggetti del rapporto obbligatorio e non anche nei confronti dell'Amministrazione aggiudicatrice che debba accertare la sussistenza del requisito della regolarità contributiva ai fini dell'ammissione alla gara (Consiglio Stato, sez. VI, 12 gennaio 2011, n.104).

5.Per le considerazioni sopra svolte, l'appello va respinto.

La condanna alle spese del presente grado di giudizio segue, anche se solo in parte, il principio della soccombenza (in parte sussistono giusti motivi per disporre la compensazione nei confronti di Equitalia polis spa); le spese sono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, così provvede:

rigetta l'appello, confermando la impugnata sentenza. Condanna la parte appellante al pagamento delle spese del presente grado di giudizio, liquidandole in complessivi euro quattromila, di cui duemila a favore di ciascuna delle controinteressate ; compensa per il resto verso Equitalia.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 5 aprile 2011 con l'intervento dei magistrati:

Paolo Numerico, Presidente

Sergio De Felice, Consigliere, Estensore

Sandro Aureli, Consigliere

Raffaele Potenza, Consigliere

Guido Romano, Consigliere

L'ESTENSORE **IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 12/04/2011

IL SEGRETARIO

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