

Pubblicato il 29/04/2019

N. 00127/2019 REG.PROV.COLL.
N. 00338/2018 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 Tribunale Amministrativo Regionale per l' Abruzzo

sezione staccata di Pescara (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 338 del 2018, proposto da:

Agorà Società Cooperativa Sociale Onlus, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avv. Sergio Della Rocca e Alfonso Celotto, con domicilio eletto in forma digitale come da PEC da Registri di Giustizia nonché in forma fisica presso lo studio dell'avv. Sergio Della Rocca in Pescara, via Tirino, n. 8;

contro

Comune di Scafa, in persona del Sindaco p.t., rappresentato e difeso dall'avv. Christopher Leone, con domicilio eletto in forma digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Cooperativa Sociale Mani Tese, Bios Società Cooperativa Sociale Onlus non costituiti in giudizio;

per l'annullamento:

- della determinazione del Responsabile del Servizio n. 125/R del 21.09.2018;
- della determinazione del Responsabile del Servizio n. 124/R del 20.09.2018;
- della nota del Comune di Scafa prot. n. 6325 del 20.09.2018;
- in parte qua, per quanto occorrer possa, e comunque nei limiti dei motivi di ricorso di tutti gli atti, provvedimenti e verbali, anche delle sedute riservate ed ancorché non conosciuti, relativi alle attività, operazioni e determinazioni assunti per la procedura selettiva menzionata, con particolare riguardo al verbale n. 1 del 1.08.2018, verbale n. 2 del 6.08.2018, verbale n. 3 del 8.08.2018, verbale n. 4 del 10.08.2018, verbale n. 5 del 13.08.2018, verbale n. 6 del 27.08.2018;
- in parte qua, e laddove occorrer possa, nei limiti dei motivi di ricorso, della determinazione del Responsabile del Servizio n. 56/R del 21.03.2018;
- in parte qua, e laddove occorrer possa, nei limiti dei motivi di ricorso, dell'avviso esplorativo per l'individuazione di operatori economici da invitare alla Procedura Negoziata per l'affidamento dei servizi alla persona di cui al piano distrettuale sociale 2016 – 2018 della zona di gestione sociale “Valle dell'Orta – Area Pedemontana”, allegato alla determinazione del Responsabile del Servizio n. 56/R del 21.03.2018;
- in parte qua, e laddove occorrer possa, nei limiti dei motivi di ricorso, dell'Invito/Disciplinare di gara, Domanda di partecipazione e dichiarazioni sostitutive, Modello di presentazione della offerta economica e Patto d'Integrità relativi alla Procedura Negoziata per l'affidamento dei servizi alla persona previsti nel PSD 2017/2018 di cui al

PSR 2016/2018 (D.C.R. Regione Abruzzo n. 70/4 del 9.08.2016): Segretariato Generale, Servizio Sociale Professionale, Punto Unico di Accesso/UVM, Assistenza Domiciliare Anziani e Disabili in SAD/ADI, Teleassistenza, Assistenza Domiciliare Educativa Minori, Assistenza Scolastica Disabili, Mediazione familiare e servizio Affidamento/adozione. CIG: 75438695A2;

- di ogni altro atto presupposto, connesso e/o consequenziale, ancorché sconosciuto, con riserva espressa di formulare motivi aggiunti;

Visti il ricorso ed i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Scafa;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore all'udienza pubblica del giorno 16 aprile 2019 la dott.ssa Renata Emma Ianigro e uditi per le parti l'avv. Sergio Della Rocca per la società ricorrente e l'avv. Pierluigi Vasile, su delega dell'avv. Christopher Leone, per il Comune resistente;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso iscritto al n. 338/2018 la società ricorrente, quale partecipante e prima classificata alla gara indetta dal Comune di Scafa per l'affidamento dei servizi alla persona di cui al PSR 2016/2018 impugnava, chiedendone l'annullamento, il provvedimento con cui, all'esito della verifica dei requisiti soggettivi in sede di aggiudicazione, veniva disposta la sua esclusione dalla gara, sul riscontro di irregolarità nel d.u.r.c. come da nota I.n.a.i.l. del 14.09.2018, ed era aggiudicata la gara alla seconda graduata controinteressata cooperativa sociale "Mani Tese".

A sostegno del gravame deduceva la natura non grave dell'irregolarità nel d.u.r.c. emersa solo in un momento successivo rispetto alla presentazione della domanda, per cui l'esclusione impugnata sarebbe a suo dire illegittima in quanto contrastante con il principio di proporzionalità.

Sostiene in particolare la ricorrente che, stante l'esiguità del debito rilevato nei confronti dell'I.n.a.i.l. dell'importo di € 262,60, con un lieve scostamento in eccesso rispetto alla soglia di € 150,00 di cui all'articolo 3 del Decreto del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali del 30 gennaio 2015, la esclusione gravata violerebbe il principio di ragionevolezza, risolvendosi in una misura eccessiva rispetto alla gravità dell'inadempimento. Poiché l'esclusione in tali casi può conseguire anche a condotte occasionali o in presenza di irregolarità irrисorie, la normativa presenta profili di dubbia legittimità costituzionale rispetto al parametro di cui all'art. 3 della Costituzione, non prevedendosi la facoltà dell'interessata di impedire l'esclusione avvalendosi della facoltà di regolarizzare la propria posizione, come avvenuto nella specie entro i 15 giorni concessi a tal fine dall'I.n.a.i.l.

Costitutosi il Comune di Scafa, eccepiva l'irricevibilità del ricorso per tardività, stante l'omessa tempestiva impugnazione del bando in parte qua, e, nel merito, contestava quanto dedotto dalla ricorrente, affermando la piena legittimità dell'esclusione sul presupposto del principio di continuità sulla cui base è richiesto che la regolarità contributiva debba sussistere per tutta la durata della procedura.

Alla pubblica udienza del 16.04.2019 il ricorso veniva discusso ed introitato per la decisione.

2. Preliminarmente, in rito, va rilevata l'infondatezza dell'eccezione di irricevibilità del ricorso sollevata dall'amministrazione resistente.

Innanzitutto la portata escludente della lex specialis quanto al requisito della regolarità contributiva non costituisce espressione di una prescrizione autoimposta dalla stazione appaltante, ma integra evidentemente una causa tipica di esclusione che trova la sua fonte direttamente nella legge essendo inclusa tra i motivi di esclusione dall'art. 80 comma 4 del d.lgs.n.50/2016 che, con riferimento alle gravi violazioni in materia contributiva e

previdenziale, indica le cause ostative al rilascio del d.u.r.c. di cui al decreto del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali del 30.06.2015.

Va comunque esclusa la portata immediatamente lesiva della clausola in questione laddove la previa conoscenza di una siffatta clausola impone all'impresa che abbia interesse a partecipare ad una pubblica selezione, quale onere di ordinaria diligenza, di attivarsi, prima della presentazione della domanda, onde verificare di essere in regola con gli obblighi contributivi e previdenziali, e se del caso, eliminare eventuali irregolarità prima della presentazione della domanda.

La clausola in questione non è senza dubbio riconducibile ad alcuna delle ipotesi di clausole escludenti o di bandi formulati in modo tale da rendere oggettivamente impossibile la partecipazione o la formulazione di un'offerta, in cui, l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, ha ritenuto ammissibile in via eccezionale l'immediata impugnazione del bando, ed in deroga alla regola in base alla quale i bandi di gara vanno impugnati unitamente agli atti che di essi fanno applicazione (cfr A.P. Cons. S. 26.04.2018 n.4). Pertanto l'onere di immediata impugnazione del bando di gara va escluso nei riguardi delle clausole dotate di una lesività solo astratta e potenziale, la cui idoneità a produrre un'effettiva lesione potrebbe essere valutata unicamente all'esito della procedura selettiva.

2. Nel merito il ricorso è infondato e va respinto per i motivi che si vanno di seguito ad esporre.

2.1 Va innanzitutto escluso il rilievo esimente della regolarizzazione postuma della irregolarità contributiva riscontrata in data 21.08.2018 dalla stazione appaltante.

Ai sensi del comma 4 dell'art. 80 del d.lgs. n. 50 cit. del 2016, sebbene sia consentita la partecipazione alla gara di un operatore economico che non sia in regola con gli obblighi contributivi è richiesto, in ogni caso che egli provveda tempestivamente a regolarizzare la propria posizione contributiva, eventualmente anche mediante richiesta di rateizzazione, ma a condizione che la formalizzazione dell'impegno avvenga prima del termine di scadenza per la presentazione della domanda. Ed infatti, l'ultimo inciso dell'art. 4 consente all'impresa che intenda partecipare alla gara di aderire all'invito alla regolarizzazione fino al momento di presentazione dell'offerta, potendo perciò autocertificare il possesso del requisito a tale momento anche se non abbia ancora pagato le somme dovute agli enti di previdenza ed assistenza, ma si sia formalmente impegnata al pagamento.

La giurisprudenza comunitaria e amministrativa hanno chiarito che il requisito della regolarità contributiva è caratterizzato dall'ineffettibile requisito della "continuità" per cui occorre che l'impresa risulti essere in regola con l'assolvimento degli obblighi previdenziali ed assistenziali fin dalla presentazione dell'offerta e che conservi tale stato per tutta la durata della procedura di aggiudicazione e del rapporto con la stazione appaltante, restando dunque irrilevante un eventuale adempimento tardivo dell'obbligazione contributiva (cfr Adunanza Plenaria, 29 febbraio 2016, n. 5 e 6 e 25 maggio 2016, n. 10).

Non vi è invece alcun dato letterale né sistematico che legittimi un'interpretazione della norma in base alla quale sia consentito anche l'adempimento tardivo o l'impegno all'adempimento tardivo, qualora l'invito alla regolarizzazione (preavviso di D.U.R.C. negativo) intervenga nel corso della procedura. Per tale eventualità deve essere infatti ribadito il principio di diritto espresso dall'Adunanza Plenaria nelle sentenze citate, e confermato anche da decisioni del Consiglio di Stato successive (ex multis Cons. Stato, V, 5 maggio 2017, n. 2041; id., 29 maggio 2017, n. 2529; sez.VI, 15 settembre 2017, n. 4349, 2 luglio 2018, n. 4039), nel senso che, anche qualora l'operatore economico fosse in possesso di un d.u.r.c. regolare al momento della presentazione della domanda, egli deve essere escluso qualora nel corso della procedura emerga una situazione di irregolarità contributiva, ostativa al rilascio del d.u.r.c., pur se sia ancora in tempo per provvedere alla regolarizzazione e vi provveda tempestivamente ai sensi del D.M. 30 gennaio 2015.

L'istituto dell'invito alla regolarizzazione può operare, in effetti, solo nei rapporti tra impresa ed Ente previdenziale, ossia con riferimento al d.u.r.c. chiesto dall'impresa e non anche al d.u.r.c. richiesto dalla stazione appaltante per la verifica della veridicità dell'autodichiarazione ai fini della partecipazione alla gara d'appalto (T.a.r. Trento, sez. I, 11 febbraio 2019, n. 32).

Nel caso in esame, essendo intervenuta un'irregolarità del d.u.r.c. in un momento successivo rispetto alla fase della presentazione delle offerte, vale il principio di continuità pacificamente riconosciuto in giurisprudenza in base al quale il requisito della regolarità contributiva deve dunque sussistere al momento della scadenza del termine per la presentazione della domanda e deve permanere per tutta la durata della procedura selettiva.

2.2 Né, sotto altro profilo, può attribuirsi valenza esimente all'invocata buona fede sul presupposto della regolarità del d.u.r.c. rilasciato ed allegato alla domanda di partecipazione alla gara e valevole per il periodo dal 19 aprile al 17 agosto 2018, mentre dalle verifiche eseguite dalla stazione appaltante è emerso un debito contributivo anteriore ossia risalente al 16 aprile dello stesso anno.

Ed infatti l'accertamento negativo, anche quando sopravvenuto ad un d.u.r.c. regolare, trova ragion d'essere nella scadenza di pagamenti (sino all'ultimo giorno del secondo mese antecedente a quello in cui la verifica è effettuata ex art. 4 del d.l. n. 34 del 2014) riguardanti posizioni di lavoratori subordinati o para-subordinati per i quali l'impresa ha l'obbligo di denuncia della retribuzione. Per cui, in virtù del principio di autoreponsabilità e diligenza, incombe all'impresa non solo la verifica della situazione effettiva di regolarità contributiva (cfr. Cons. Stato, V, 11 gennaio 2018, n.110), ma anche della permanenza di tale situazione. E ciò non comporta un onere eccessivamente gravoso e/o inesigibile rispetto agli incumbenti richiesti in sede di predisposizione della domanda di partecipazione trattandosi di una verifica che l'impresa può eseguire in proprio in ogni momento anche tramite consultazione on-line.

3. Sulla base di analoghe considerazioni deve escludersi la rilevanza della questione di legittimità costituzionale prospettata in quanto palesemente infondata.

Con la normativa in esame il legislatore ha imposto un criterio di tipo generalizzato in base al quale poter valutare la "gravità" dell'irregolarità rilevata, sottraendo tale valutazione alla discrezionalità degli Enti chiamati di volta in volta ad effettuare la verifica. Contrariamente a quanto sostenuto dal ricorrente, l'intento del legislatore è stato proprio quello di evitare situazioni irragionevolmente sperequate, in modo da garantire al massimo la par condicio tra i partecipanti alle gare ed evitare disparità di trattamento riconducibili a valutazioni soggettive da parte delle stazioni appaltanti.

3.1 Nemmeno può ritenersi affetta da irragionevolezza la scelta del legislatore di demandare ad un decreto ministeriale la soglia di rilevanza della gravità della violazione, in misura fissa e non proporzionata all'entità delle obbligazioni gravanti a carico del soggetto obbligato, proprio in quanto l'obiettivo fatto proprio dalla norma è garantire che le amministrazioni non si trovino a dover operare con soggetti non affidabili dal punto di vista dell'adempimento di obblighi contributivi e previdenziali.

Di qui deve essere esclusa anche la percorribilità, in ipotesi, di una disapplicazione del decreto ministeriale contestato, innanzitutto poiché la legge sottrae legittimamente alla stazione appaltante il sindacato sulla gravità della violazione, e comunque tenuto conto che la determinazione, seppure in via regolamentare, di una soglia fissa esprime in ogni caso un limite "oggettivo" valevole indistintamente per tutti. In subiecta materia, con una presunzione iuris et de iure, e con una valutazione ex ante, il legislatore riconduce alle violazioni superiori a una determinata soglia un giudizio di disvalore oggettivo che prescinde dall'entità della esposizione debitoria individuale di ciascuna impresa. Ciò che rileva difatti è che una infrazione vi sia stata, poiché l'interesse pubblico preminente della stazione appaltante risiede nella necessità di poter selezionare soggetti contraenti che diano

adeguate garanzie di affidabilità nell'assolvimento dei propri doveri contributivi e previdenziali rispetto ai propri dipendenti.

Diversamente, ancorare la gravità della infrazione ad un criterio di gradualità equivarrebbe a determinare una disparità di trattamento che favorirebbe le imprese di medie o grandi dimensioni che si vedrebbero ingiustificatamente avvantaggiate rispetto alle piccole imprese ove fosse loro consentito di usufruire di un maggior aggio nella determinazione della gravità dell'infrazione. La normativa per come formulata non può dirsi irragionevolmente discriminatoria laddove assicura il possesso del requisito in parola in condizioni di parità da parte di tutti coloro che partecipano alle gare di appalto, e costituisce altresì presidio a tutela dei lavoratori dipendenti nella misura in cui richiama gli operatori economici alla responsabilizzazione nel pagamento degli oneri contributivi e previdenziali e fornisce garanzia di pronta e corretta riscossione per gli Enti previdenziali medesimi. L'individuazione di una soglia massima di irregolarità integra dunque un sistema di tutela del preminente interesse pubblico cui è ispirata la normativa in tema di gare pubbliche, permettendo di individuare criteri ben definiti in base ai quali valutare l'affidabilità e la serietà dell'operatore economico prescelto.

In definitiva, da quanto esposto consegue il rigetto del ricorso.

Le spese seguono la soccombenza e vanno liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Abruzzo sezione staccata di Pescara (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna parte ricorrente al rimborso in favore del Comune intimato delle spese di giudizio nella misura di € 3000,00 (tremila/00), oltre accessori di legge nella misura dovuta.

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

Così deciso in Pescara nella camera di consiglio del giorno 16 aprile 2019 con l'intervento dei magistrati:

Umberto Realfonzo, Presidente

Renata Emma Ianigro, Consigliere, Estensore

Massimiliano Ballorani, Consigliere

L'ESTENSORE
Renata Emma Ianigro

IL PRESIDENTE
Umberto Realfonzo

IL SEGRETARIO