

Consiglio di Stato, sez. V, 21 aprile 2009, n. 2401

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale
Quinta Sezione
ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sul ricorso in appello n. 4481 del 2008, proposto dalla D. T. s.p.a.,
rappresentata e difesa dall'avv. A. C., elettivamente domiciliata
presso il medesimo in R., via P. C. 2;

contro

il Comune di M., rappresentato e difeso dall'avv. V. C.,
elettivamente domiciliato presso l'avv. C. P. in R., via A. 7;

la società E. s.r.l., rappresentata e difesa dagli avvocati F. S. e G.
N., selettivamente domiciliata presso il primo in R., L. delle N. 30;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio,
Sezione Staccata di Latina, 8 aprile 2008 n. 334, resa tra le parti.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio come in epigrafe;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive
difese;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore alla pubblica udienza del 30 gennaio 2009 il consigliere
Marzio Branca, e uditi gli avvocati A. C. e F. S., D. S.,
quest'ultimo per delega di V. C.;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

FATTO

Con la sentenza in epigrafe è stato dichiarato inammissibile il
ricorso proposto dalla D. T. s.p.a. per l'annullamento della
determinazione n. 186 del 10 ottobre 2007 con la quale il Comune di M.
ha aggiudicato alla E. s.r.l. il servizio integrato di igiene urbana e
servizi accessori nel territorio del detto Comune per un periodo di 7
anni.

La D. T., inizialmente, aveva proposto al Tribunale Amministrativo
Regionale del Lazio - Sezione di Latina, un ricorso avente il medesimo
oggetto, registrato sotto il n. 4 del 2008, ma successivamente
notificava alle controparti una formale rinuncia al detto gravame,
depositata presso il detto TAR in data 8 febbraio 2008.

La stessa D. T., valutando che non era spirato il relativo termine,
proponeva avverso la aggiudicazione in questione due ricorsi di
identico contenuto al Presidente della Repubblica, l'uno datato 5
febbraio 2008, l'altro datato 13 febbraio 2008.

Il TAR, con decreto decisorio n. 100 in data 13 febbraio 2008, dava
atto della rinuncia al ricorso giurisdizionale n. 4 del 2008, di cui
sopra.

La E., con atto notificato il 29 febbraio 2008, proponeva opposizione
al suindicato decreto decisorio, chiedendo al TAR di disporre la nuova
iscrizione in ruolo di udienza del ricorso n. 4/2008.

La stessa E., con atti notificati il 3 marzo 2008, chiedeva la
trasposizione dei due ricorsi straordinari nella sede giurisdizionale.

La D. T., con atto notificato il 10 marzo 2008 provvedeva ad
effettuare la trasposizione in sede giurisdizionale del ricorso
straordinario di data 13 febbraio 2008, notificato il 14 febbraio
successivo, che veniva iscritto al R.G. al n. 248 del 2008.

Con sentenza 8 aprile 2008 n. 336 ha accolto in parte l'opposizione
della E. al decreto decisorio sulla rinuncia, riconoscendo
all'opponente le spese del giudizio, e, con sentenza in pari data n.

334, emessa ai sensi degli artt. 21 e 26 della legge n. 1034 del 1971, ha dichiarato inammissibile il ricorso n. 324 del 2008 "per avere il ricorrente optato inizialmente per il ricorso giurisdizionale, e successivamente per il ricorso al Capo dello Stato prima che si perfezionasse la rinuncia al primo;".

La D. T. ha proposto l'appello in epigrafe chiedendo l'annullamento della sentenza, previa sospensione dell'efficacia, nonché l'accoglimento del ricorso straordinario trasposto nella sede giurisdizionale.

L'appellante ha denunciato la violazione e falsa applicazione del r.d. n. 642 del 1997, dell'art. 9 del d.P.R. n. 1199 del 1971, nonché violazione di cui agli artt 24 e 77 Cost., omesso esame della documentazione depositata, difetto di motivazione, illogicità.

Nella sostanza si contesta che la trasposizione del ricorso straordinario sia avvenuta in violazione del principio della alternatività tra tutela giurisdizionale e tutela nella sede giustiziale amministrativa, perché, quanto meno, il secondo ricorso straordinario è stato notificato in data successiva alla emissione del decreto decisorio, che ha preso atto della rinuncia al ricorso giurisdizionale n. 4 del 2008.

Quanto al merito, l'appellante ha riprodotto le censure già contenute nel trasposto ricorso straordinario, sulle quali il Collegio si intratterrà nella parte in diritto della presente decisione.

Il Comune di M. e la E. si sono costituiti in giudizio per resistere al gravame.

La E., in particolare, ha osservato che la sentenza di inammissibilità si è fondata correttamente sul principio dell'alternatività di cui all'art. 8, comma 2, del d.P.R. n. 1199 del 1971, a norma del quale "quando l'atto sia stato impugnato in sede giurisdizionale non è ammesso il ricorso straordinario da parte dello interessato", e ha sostenuto che la rinuncia al ricorso giurisdizionale non elimina l'effetto di consumazione del potere di scelta riconosciuto in capo all'interessato.

La parte resistente ha soggiunto che, in ogni caso, il giudizio iscritto al n. 4 del 2008 non poteva considerarsi estinto neppure a seguito dell'emissione del decreto decisorio di presa d'atto della rinuncia, posto che era pendente il termine per la proposizione del reclamo ai sensi dell'art. 27 comma 7 della legge n. 1034 del 1971, poi in effetti proposto, con conseguente prosecuzione del medesimo rapporto processuale.

La E. ha anche replicato alle censure di merito, con le considerazioni di cui appresso.

Con ordinanza 18 luglio 2008 n. 3966 la Sezione ha accolto la domanda cautelare.

Con successiva ordinanza 5 dicembre 2008 n. 6550, in accoglimento dell'istanza proposta dalla D. T., la Sezione, ritenuta l'inefficacia temporanea del contratto stipulato l'8 luglio 2008 dalla E. con il Comune di M., ha ordinato l'esecuzione della precedente pronuncia cautelare nel termine di 20 giorni, mediante l'affidamento temporaneo del servizio alla seconda classificata, odierna appellante, nominando altresì il commissario *ad acta* con il compito di provvedere in caso di inutile decorso del termine suddetto.

Con nota del 23 dicembre 2008 n. 6413 il Comune dava avvio al procedimento di sostituzione nello svolgimento del servizio in esecuzione dell'ordinanza suddetta.

Al fine di contrastare gli effetti del detto provvedimento, E. ha proposto ricorso per Cassazione per violazione dei limiti della giurisdizione amministrativa, ai sensi dell'art. 362 c.p.c.;

ha proposto istanza al Presidente della Sezione per la sospensione dell'ordinanza n. 6550 del 2008, ai sensi dell'art. 373 c.p.c.; ha adito il Tribunale di Latina, ai sensi dell'art. 700 c.p.c. per la tutela dei diritti soggettivi scaturenti dal contratto di appalto. Alla pubblica udienza del 30 gennaio 2009 la causa è stata rimessa in decisione.

DIRITTO

1. La società E. ha proposto alcune eccezioni di inammissibilità dell'appello, che reiterano analoghe argomentazioni svolte in primo grado.

Il Collegio, anche per ragioni di economia processuale, non ritiene di esaminare le dette problematiche, posto che il ricorso della D. T. è infondato nel merito.

2. Con il primo motivo la D. V. ha dedotto violazione e falsa applicazione del bando e del disciplinare, dell'art. 38 del d.lgs. n. 163 del 2006, rilevando che la Commissione di gara avrebbe proceduto illegittimamente alla aggiudicazione alla E. sebbene l'impresa non avesse dimostrato la posizione di regolarità contributiva alla data del 4 aprile 2007 (di pubblicazione del bando), come richiesto a pena di esclusione a tutte le imprese nella seduta del 19 giugno 2007 verbale n. 1) ed individualmente con nota del 20 giugno 2007.

Nella successiva seduta del 31 luglio del 2007 (verbale n. 2) la Commissione giudicatrice, preso atto che la E. aveva presentato un DURC attestante la regolarità contributiva al 3 aprile 2007, ammetteva l'Impresa con riserva fino alla presentazione del certificato originale DURC alla data del 4 aprile 2007.

La procedura si concludeva il 7 settembre 2007 (verbale n. 5) data in cui la Commissione giudicatrice, confermata l'ammissione con riserva della E., la proclamava aggiudicataria provvisoria per aver conseguito il punteggio più alto.

In data 10 ottobre 2007 il Responsabile del Servizio Lavori Pubblici, "visto il Documento Unico di Regolarità Contributiva originale datato 07.09.2007, presentato dalla società E. s.r.l. in data 13 settembre prot. n. 19483 che scioglie la riserva e che viene allegato alla presente...", procedeva alla aggiudicazione definitiva.

Con riguardo a quanto sopra, con un primo profilo di doglianza, l'appellante contesta che il DURC prodotto dall'aggiudicataria potesse essere considerato idoneo allo scioglimento della riserva, e cioè a comprovare la regolarità contributiva INPS della E., e ciò perché il detto certificato è stato rilasciato alla sola Sede INPS di Latina, mentre la Impresa aggiudicataria aveva dichiarato di essere iscritta anche alla sede INPS di Cassino.

La parte appellata ha replicato, al riguardo, che il DURC è un documento unitario che accerta la posizione contributiva dell'azienda richiedente sulla base della sua posizione contributiva complessiva secondo un riscontro di natura telematica a livello nazionale, indipendentemente dall'ufficio periferico dell'INPS al quale la richiesta viene presentata e specialmente considerando che la richiesta del DURC può essere inoltrata in via telematica, come nella specie è avvenuto. Deporrebbero in tal senso le disposizioni della convenzione INPS-INAIL del 3 dicembre 2003 e delle circolari INPS n. 92 del 26 luglio 2005 e n. 122 del 30 dicembre 2005.

La tesi della parte appellata va condivisa.

Le circolari citate dalla parte resistente, secondo testi congiunti diramati anche dal vertice dell'INAIL, sono rivolte agli Uffici periferici dell'INPS e regolano le modalità di richiesta e di rilascio del DURC secondo una impostazione unificatrice degli adempimenti sia dei richiedenti sia degli enti competenti alla riscossione delle contribuzioni previdenziali.

Per quanto qui interessa le dette circolari stabiliscono che la verifica di regolarità è riferita "alla intera situazione aziendale" (punto 3) e precisano che "Il riferimento alla intera situazione aziendale è da ricondursi alla unicità del rapporto assicurativo e previdenziale instaurato tra l'impresa e gli enti ai quali vanno riferiti tutti gli adempimenti connessi."

Tale normativa interna ha cura di specificare che "per la regolarità INPS di ditte con posizioni in più province e non autorizzate all'accentramento degli adempimenti contributivi, dovranno essere attivati i necessari contatti tra le strutture competenti per la verifica di ogni singola posizione contributiva."

In base a tali disposizioni è da escludere che INPS o INAIL, interpellate sulla regolarità contributiva unificata di una determinata ditta, possano rilasciare la certificazione limitatamente alla struttura periferica cui la richiesta viene avanzata, e ciò a maggior ragione non appare possibile se la richiesta viene avanzata in via telematica, come nella specie è avvenuto.

La censura pertanto è infondata.

3. Con diverso profilo di censura riferito ancora alla dimostrazione della regolarità contributiva, l'appellante denuncia che: 1) la E. non poteva essere ammessa con riserva, ma doveva essere subito esclusa, perché, presentando un DURC aggiornato al 3 aprile 2007, aveva violato una prescrizione impartita dalla Commissione a pena di esclusione; 2) in ogni caso, la riserva non poteva legittimamente sciogliersi in base al DURC di regolarità contributiva alla data del 9 settembre 2007, ben potendo darsi che la E. fosse in regola a tale data ma non anche al 4 aprile 2007.

La censura è infondata sotto entrambi i profili.

Quanto al primo, va condiviso il rilievo dirimente della parte appellata, secondo cui la Commissione giudicatrice non aveva imposto alcun termine per la presentazione del DURC aggiornato al 4 aprile 2007, e che, comunque, la stessa Impresa, come documentato in atti, si era prontamente attivata per corrispondere alla richiesta, sia inoltrando immediatamente la domanda allo sportello telematico, sia informando costantemente la Commissione giudicatrice dello stato della pratica.

In tale situazione, la Commissione è stata posta nelle condizioni di valutare che il ritardo nell'adempimento non dipendeva dalla volontà della E., e di tale circostanza è stato legittimamente tenuto conto nella determinazione di ammissione con riserva, confermata nella riunione di Commissione del 7 settembre 2007 (verbale n. 5).

L'Impresa, inoltre, ricevuta la nota della Commissione giudicatrice in data 11 settembre 2007 con la quale si chiedeva di presentare il DURC aggiornato al 4 aprile 2007 entro trenta giorni dal ricevimento, ai fini dello scioglimento della riserva, con nota del 12 settembre successivo ha inviato il DURC rilasciato in via telematica aggiornato alla data prescritta, e successivamente anche la copia trasmessa tramite servizio postale.

Il secondo profilo della doglianza, si appunta, come accennato, sulla allegazione al provvedimento di aggiudicazione definitiva, di data 10 ottobre 2007, del DURC aggiornato a 7 settembre 2007, ritenuto dall'appellante non idoneo a dimostrare la regolarità contributiva al 4 aprile 2007.

In effetti l'Amministrazione avrebbe dovuto allegare il DURC aggiornato al 4 aprile, del quale era già in possesso per esserle stato trasmesso il 12 settembre dalla E., come appena ricordato.

Ma tale censura si risolve nella deduzione di una irregolarità formale non idonea a superare il dato sostanziale offerto dal fatto che l'aggiudicataria era effettivamente in regola sul piano

contributivo alla data prescritta e che ne aveva dato la prova all'Amministrazione richiedente.

4. Con ulteriore doglianza l'appellante sostiene che la E. avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara per difetto del requisito della capacità tecnica allo svolgimento del servizio oggetto di affidamento. Sarebbe stato violato il punto L del disciplinare, che prescriveva al concorrente di esibire documentazione comprovante l'avvenuto svolgimento di servizio analogo in "almeno un Comune a vocazione turistica, con popolazione residente non inferiore a 18.000 abitanti, e fluttuante non superiore a 40.000 per almeno 2 mesi all'anno".

Si fa rilevare che l'appellata ha prodotto una dichiarazione del Comune di M. di svolgimento del servizio analogo nel territorio di detto Comune dal 1° gennaio 2007, e quindi il servizio è stato svolto da tale data al 28 maggio 2007, termine previsto per la presentazione delle offerte.

Per conseguenza si deduce:

a) che la concorrente non aveva svolto il servizio durante il periodo dell'anno in cui si registra nel comune a vocazione turistica il maggiore afflusso di popolazione, dovendosi intendere che il requisito imposto dal disciplinare richiedesse che la capacità tecnica fosse dimostrata svolgendo il servizio anche nei mesi estivi;

b) che ai fini del possesso del requisito non poteva considerarsi utile il contratto di affitto di ramo di azienda con la società C., già affidataria del servizio di smaltimento dei rifiuti nel Comune di M., perché il contratto di affitto non comporta cessione o trasferimento, e, essendo stipulato prima della presentazione dell'offerta, non esonerava la società cessionaria dall'onere di dimostrare il possesso in proprio dei requisiti richiesti;

c) che, in ogni caso, la dichiarazione del Comune di M. non poteva considerarsi conforme alla realtà, in quanto riferiva di attività svolte nei mesi di luglio e agosto, mentre la E. ha assunto il servizio dal 1° gennaio 2007 al maggio 2007;

d) che, ove il punto L del disciplinare dovesse essere interpretato nel senso che i partecipanti alla gara potevano dimostrare il requisito di capacità tecnica anche senza aver svolto il servizio nel periodo di maggior afflusso di popolazione, la disposizione sarebbe illegittima per contrasto con l'art. 42 del d.lgs. n. 163 del 2006 ed eccesso di potere per illogicità.

Il Collegio osserva che il profilo dirimente della complessa censura è quello di cui al punto b), con il quale si nega rilevanza al contratto di affitto di ramo di azienda concluso dalla E. con la C., affidataria del servizio dal 2001, essendo evidente che, dimostrato il legittimo avvalimento da parte di E. della esperienza professionale della C., gli ulteriori aspetti della doglianza verrebbero a cadere.

La tesi dell'appellante va disattesa.

Come afferma anche la stessa giurisprudenza citata nell'atto di appello (TAR Lombardia Milano 10 febbraio 2005 n. 350), già ai sensi dell'art. 15, comma 9, del D.P.R. n. 34 del 2000, in caso di fusione o di altra operazione che comporti il trasferimento di azienda o di un suo ramo, al nuovo soggetto è consentito di avvalersi, ai fini della qualificazione, dei requisiti posseduti dall'impresa cedente.

Ma ogni dubbio in tema di validità, al predetto fine, della acquisizione di capacità professionale mediante affitto di azienda è oggi fugato dall'art. 51 del d.lgs. n. 163 del 2006, a norma del quale l'affittuario di un ramo di azienda è ammesso alla gara anche in ragione della acquisizione dei requisiti necessari mediante locazione di ramo di azienda.

La giurisprudenza, pacifica sul punto, ha avuto occasione di affermare che, nelle gare indette per l'aggiudicazione di appalti con la pubblica amministrazione l'istituto dell'avvalimento ha portata generale ai fini della dimostrazione del possesso dei requisiti di partecipazione, ed è quindi utilizzabile anche in assenza di una specifica previsione del bando, restando peraltro ferma la necessità, in ogni caso, di un vincolo giuridico, preesistente all'aggiudicazione della gara (Consiglio Stato sez. IV, 20 novembre 2008 , n. 5742).

In applicazione di tali principi nessun addebito può muoversi alla Commissione giudicatrice, che ha riconosciuto il possesso della capacità professionale attribuendo validità alla dichiarazione rilasciata dal Comune di M., nella quale si fa espresso riferimento, sia al contratto intervenuto con la C. il 6 luglio 2001, sia alla deliberazione della Giunta comunale 31 gennaio 2007 n. 28, di presa d'atto del subentro della E. nel predetto contratto, espressamente ai fini della "dimostrazione dei requisiti soggettivi ed oggettivi della ditta E. srl., come previsti negli artt. 51 e 116 del d.lgs. n. 162 del 2006".

5. In conclusione l'appello deve essere rigettato.

Per conseguenza va dichiarata improcedibile l'istanza di sospensione, proposta ai sensi dell'art. 373 c.p.c., dell'ordinanza della Sezione 5 dicembre 2008 n. 6550.

Le spese del presente giudizio vanno poste a carico dell'appellante come in dispositivo

P. Q. M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, rigetta;

condanna l'appellante alle spese e ne fissa l'importo in Euro 10.000,00, da dividere in misura eguale tra le parti resistenti.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'Autorità Amministrativa.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del 30 gennaio 2009 con l'intervento dei magistrati:

Stefano Baccharini	Presidente
Filoreto D'Agostino	Consigliere
Claudio Marchitello	Consigliere
Marzio Branca	Consigliere est.
Aniello Cerreto	Consigliere

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE

F.to Marzio Branca F.to Stefano Baccharini

IL SEGRETARIO

F.to Rosi Graziano

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

il.....21/04/09.....

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

IL DIRIGENTE

F.to Antonio Natale