



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta) ha pronunciato
la seguente

DECISIONE

sul ricorso in appello n. 2174/2007, proposto da Polsarda s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore sig. Giuseppe De Martis, rappresentata e difesa dall'avv. prof. Benedetto Ballero, ed elettivamente domiciliata in Roma, alla via Portuense n. 104, presso la sig.ra Antonia De Angelis;

contro

GEASAR s.p.a., non costituito in giudizio;

e

l'Istituto di Vigilanza Executive S.c.r.l., in persona del presidente e legale rappresentante pro tempore, sig. Gavino Satta, l'Istituto di Vigilanza Vigilpol Società Cooperativa a r.l., in persona del legale rappresentante Giovanni Puggioni, e la Cooperativa Vigilanza Sardegna soc. coop. a r.l., con sede in Cagliari, via Grecale n. 9, in persona del legale rappresentante sig. Giovanni Cotza, tutte rappresentate e difese dagli avv.ti Gianfranco Meazza e Carlo Castelli, ed elettivamente domiciliate in Roma, alla via Portuense, 104, presso la sig.ra Antonia De Angelis;

per l'annullamento e la riforma

della sentenza del Tar Sardegna, sez. I, n. 2819/2006, resa tra le parti;

N.716/08

Reg.Dec.

N. 2174 Reg.Ric.

ANNO 2007

Disp.vo 600/2007

Visto l'atto di appello con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Istituto di Vigilanza Executive, dell'istituto di Vigilanza Vigilpol e della Cooperativa Vigilanza Sardegna;

Viste le memorie difensive;

Visti gli atti tutti della causa;

Alla pubblica udienza del 18 dicembre 2007, relatore il Consigliere Roberto Giovagnoli ed uditi, altresì, l'avv. Ballero e l'avv. Castelli;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

1. Con la sentenza impugnata il T.a.r. Sardegna ha accolto il ricorso con il quale l'appellata ATI ha impugnato l'aggiudicazione in favore della Polsarda dell'appalto bandito da Geasar per l'affidamento del servizio controlli di sicurezza nell'aeroporto di Olbia - Costa Smeralda, affermando che la stessa avrebbe dovuto essere esclusa dalla procedura di gara perché priva del requisito della regolarità contributiva.

Con la stessa sentenza, il T.a.r. ha respinto il ricorso incidentale proposta da Polsarda, mediante il quale si contestava la mancata esclusione dell'ATI ricorrente.

2. Contro tale sentenza ha proposto appello la Polsarda.

3. Si sono costituiti in giudizio l'Istituto di Vigilanza Executive, l'Istituto di Vigilanza Vigilpol e la Cooperativa Vigilanza Sardegna che hanno chiesto il rigetto dell'appello ed hanno riproposto i motivi di ricorso dichiarati assorbiti dal Giudice di primo grado.

4. All'udienza dell'11 dicembre 2007, la causa è stata trattenuta in decisione.

MOTIVI DELLA DECISIONE

1. L'appello è fondato.

2. Il Collegio ritiene che, nella fattispecie, l'irregolarità contributiva imputata alla Polsarda non possa determinarne l'esclusione dalla gara di appalto perché non definitivamente accertata.

2.1. Non possono, al riguardo, essere accolte le eccezioni sollevate dalle appellate secondo cui l'accertamento definitivo dell'inadempimento contributivo sarebbe richiesto solo in materia di lavori pubblici (ai sensi dell'art. 75 D.P.R. n. 554/1999), ma non anche in materia di appalti di servizi, con riferimento ai quali l'art. 12 d.lgs. n. 157/1995 si limita a prevedere l'esclusione della partecipazione alle gare delle imprese che *“non sono in regola con gli obblighi relativi al pagamento dei contributi previdenziali e assistenziali”*.

2.2. L'art. 12 d.lgs. n. 157/1995 deve essere interpretato, infatti, alla luce del principio, immanente alle garanzie derivanti dagli artt. 3 e 24 della Costituzione, che esige di considerare *“in regola”* – in tema di contribuzioni e relative sanzioni – i soggetti di cui siano pendenti, ricorsi amministrativi o giurisdizionali, per i quali non sussiste, dunque, un definitivo accertamento delle infrazioni agli obblighi derivanti dai rapporti di lavoro (sez. V, n. 4963/2006).

In tal senso depone, oggi, anche l'art. 38, comma 1, lett.i) del codice dei contratti pubblici, secondo cui sono escluse dalla partecipazione alle procedure di gara e dalla stipula dei relativi contratti i soggetti che *“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;"

Tale norma, sebbene non applicabile *ratione temporis*, alla materia in esame esprime comunque, laddove richiede il definitivo accertamento, un principio generale, da ritenersi già operante nel nostro ordinamento già prima della sua entrata in vigore, in forza del quale, anche in materia di appalti di servizi, l'inadempimento contributivo può essere considerato causa di esclusione solo ove sia definitivamente accertato.

In tal senso può essere ancora richiamata la sentenza della Corte di Giustizia CE (sez. I, 9 febbraio 2006, C-226/04 e C-228/04) , secondo cui "una normativa nazionale che ignorasse totalmente gli effetti di un ricorso amministrativo o giurisdizionale sulla possibilità di partecipare ad una procedura di aggiudicazione di un appalto rischierebbe di violare i diritti fondamentali degli interessati".

2.3. Tale definitivo accertamento nel caso di specie manca.

Appare opportuno ripercorrere brevemente gli aspetti essenziali della vicenda.

Emerge dagli atti processuali che:

a) in data 1 febbraio 2005 la Polsarda ha presentato all'INPS apposita istanza finalizzata alla regolarizzazione della propria posizione contributiva, e contestualmente a tale domanda ha provveduto a versare la somma di circa € 140.000, con la richiesta di rateizzazione della residua somma dovuta;

b) con certificato DURC, rilasciato in data 6 giugno 2006, l'INPS e l'INAIL congiuntamente hanno attestato che alla data del 10 novembre 2005 (ovvero 10 dieci giorni dopo la scadenza del termine di presentazione delle domande del bando per cui è causa, prevista per il 31 ottobre 2005), la Polsarda era regolare sia nei confronti dell'INPS, sia nei confronti dell'INAIL;

c) la Polsarda successivamente nel periodo tra il giorno 1.3.2005 e il giorno 31.12.2005 non ha presentato nessuna altra istanza di regolarizzazione (cfr. documento INPS in data 1.3.2007);

d) con nota del 10 maggio 2007, l'Inps, modificando la precedente attestazione del 6 giugno 2006, ha affermato (ribadendo, nella sostanza, quanto già dichiarato nella nota del 21 luglio 2006 resa in seguito all'istruttoria disposta dal Giudice di primo grado) che alla data del 31 ottobre 2005 la Polsarda non poteva considerarsi in regola con i contributi previdenziali, ed ha specificato che precedente l'attestazione del 6 giugno 2006 era stata rilasciata erroneamente perché che in nessun caso la Polsarda poteva considerarsi in regola con gli adempimenti previdenziali prima del 9 febbraio 2006, data dalla quale decorre l'autorizzazione a sanare ratealmente precedenti inadempienze;

e) il certificato del 21 luglio 2006 con cui l'INPS di Cagliari che esclude la regolarità contributiva di Polsarda è stato impugnato dalla medesima davanti al Tribunale del Lavoro di Sassari con un ricorso che è ad oggi ancora pendente (sebbene sia stata respinta la domanda cautelare con ordinanza del 23 novembre 2006).

2.4. Ritiene la Sezione che la posizione contributiva della Polsarda debba essere valutata non acriticamente, sulla base della sola valutazione contenuta nella nota INPS del 21 luglio 2006 (peraltro, come detto, oggetto di ricorso giurisdizionale davanti al Tribunale del Lavoro di Sassari), ma ponendola in relazione con altri dati storici non meno rilevanti di quelli riportati nella nota anzidetta, quali, in particolare, la circostanza che in data 1 febbraio 2005 la Polsarda ha presentato all'INPS apposita istanza finalizzata alla regolarizzazione della propria posizione contributiva, e contestualmente a tale domanda ha provveduto a versare la somma di circa € 140.000, con la richiesta di rateizzazione della residua somma dovuta; la certificazione di regolarità contributiva rilasciata dall'Istituto in data 6 giugno 2006; la circostanza che la Polsarda successivamente nel periodo tra il giorno 1.3.2005 e il giorno 31.12.2005 non ha presentato nessuna altra istanza di regolarizzazione (cfr. documento INPS in data 1.3.2007); la circostanza infine che contro l'atto di contestazione del 21 luglio 2006 della irregolarità contributiva risulta pendente l'azione giudiziaria davanti al giudice competente.

2.5. Ferma l'appartenenza ad altro giudice della cognizione sul rapporto contributivo e su quello obbligatorio estraneo al giudizio di legittimità in questa sede instaurato, ciò non esclude che il Collegio debba esaminare la coerenza della valutazione resa nella nota del 21 luglio 2006 con la precedente certificazione emessa dallo stesso Istituto in data 6 giugno 2006.

Tale raffronto fa emergere una insanabile contraddittorietà fra le due note. Come correttamente rileva l'appellante, infatti, atteso che i pagamenti

degli oneri contributivi devono essere eseguiti dai datori di lavoro entro il 16 di ogni mese, ne discende che sia la dichiarazione riferita al 31 ottobre 2005, come quella riferita al 10 novembre 2005, non possono che riguardare lo stesso periodo contributivo, ossia l'adempimento dei contributi maturati sino al successivo mese di settembre 2005, e corrisposti il 16 ottobre 2005. Risulta, pertanto, impossibile che la Polsarda fosse ritenuta regolare sotto il profilo contributivo alla data del 10 novembre 2005 e non anche in quella del 31 ottobre 2005, perché nel periodo compreso tra il 16 ottobre e il 16 novembre non erano previste scadenze che potessero essere non rispettate dall'appellante.

2.7. Alla luce di quanto precede, non avendo né l'INPS, né il giudice di primo grado chiarito le ragioni per le quali non fosse da ritenere attendibile il certificato di regolarità emesso in data 6 giugno 2006, deve ritenersi che la successiva nota del 21 luglio 2006, peraltro oggetto di ricorso giurisdizionale tutt'ora pendente, risulta espressione di un ingiustificato ripensamento dell'Istituto sulla regolarità contributiva dell'interessata.

Le circostanze sopra evidenziate, se pure non danno la prova della regolarità contributiva di Polsarda, valgono, tuttavia, certamente ad escludere che via sia un definitivo accertamento di irregolarità contributiva.

Alla luce di quanto precede, non vi sono elementi per ritenere che Polsarda non fosse in regolare con il versamento dei contributi previdenziali e che, pertanto, dovesse essere esclusa dalla gara.

3. Vanno a questo punto esaminati gli alti motivi del ricorso principale dichiarati assorbiti dal giudice di primo grado.

3.1. Con il terzo e il quarto motivo del ricorso di primo grado si contestano false dichiarazioni rese da Polsarda in sede di gara con riferimento al fatturato realizzato a favore di Geasar per servizi di vigilanza. Si contesta in particolare che Polsarda abbia realizzato a favore di Geasar, nei tre anni precedenti alla pubblicazione del bando, un fatturato pari ad €4.027.281,93.

Il motivo è fondato. Risolutiva, a tal fine, è la nota resa da Geasar in data 1.9.2006, in adempimento all'incombente istruttorio ordinato dal giudice di primo grado, in cui si attesta (e si producono le relative fatture) che il fatturato realizzato da Polsarda nel triennio antecedente alla pubblicazione del bando è stato proprio pari ad €4.027.281,93.

Alla luce di tale dichiarazione, le contestazioni svolte dagli odierni appellati, risultano prive di fondamento.

3.2. I motivi quarto, quinto e sesto del ricorso principale debbono essere dichiarati inammissibili perché volti a contestare nel merito valutazioni discrezionali compiute dall'Amministrazione nella valutazione delle offerte.

4. Alla luce delle considerazioni che precedono, l'appello deve essere accolto e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, deve essere respinto il ricorso principale proposto in primo grado. Il ricorso incidentale proposto in primo grado dall'odierna appellante va dichiarato assorbito.

Le spese del giudizio, considerata la complessità delle questioni affrontate, possono essere integralmente compensate tra la parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando accoglie l'appello indicato in epigrafe.

Spese del giudizio compensate.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Roma, il giorno 18 dicembre 2007 dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta) nella Camera di Consiglio con l'intervento dei Signori:

Gaetano TROTTA	Presidente
Carmine VOLPE	Consigliere
Paolo BUONVINO	Consigliere
Aldo SCOLA	Consigliere
Roberto GIOVAGNOLI	Consigliere, est. e rel.

Presidente**GAETANO TROTTA****Consigliere****ROBERTO GIOVAGNOLI****Segretario****GLAUCO SIMONINI**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

1127/02/08

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

Il Direttore della Sezione

MARIA RITA OLIVA

CONSIGLIO DI STATO

In Sede Giurisdizionale (Sezione Sesta)

Addi.....copia conforme alla presente è stata trasmessa

al Ministero.....

a norma dell'art. 87 del Regolamento di Procedura 17 agosto 1907 n.642

Il Direttore della Segreteria