

N. 01153/2014 REG.PROV.COLL.

N. 00605/2014 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Emilia Romagna

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso n. 605 del 2014 proposto da Montesano S.r.l., in persona dell'Amministratore unico Vincenzo Spadafino, rappresentata e difesa dall'avv. Alberto Della Fontana e dall'avv. Giovan Ludovico Della Fontana, con domicilio presso la Segreteria del Tribunale;

contro

il Comune di Carpi, in persona del Sindaco p.t., rappresentato e difeso dall'avv. Alessandra Pradella e dall'avv. Corrado Orienti, ed elettivamente domiciliato in Bologna, Galleria Marconi n. 2, presso lo studio dell'avv. Francesca Minotti;

nei confronti di

Paraky S.n.c. di Brofferio Francesco Paolo & C.;

per l'esecuzione

della sentenza del TAR Emilia-Romagna, Bologna, Sez. I, 18 ottobre 2013 n. 633;

.....*per l'annullamento*.....

della determinazione dirigenziale n. 445 del 28 maggio 2014, con cui il Comune di Carpi: a) ha revocato l'aggiudicazione provvisoria, in precedenza disposta in favore della ricorrente, della concessione sessennale dei locali del Teatro comunale per lo svolgimento dell'attività di somministrazione di alimenti e bevande; b) ha dichiarato deserta la relativa selezione pubblica; c) ha stabilito di procedere ad un'ulteriore selezione pubblica; d) ha approvato il capitolato d'oneri e lo schema di concessione; e) ha deciso di procedere alla pubblicizzazione della nuova gara.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

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

Vista la sentenza non definitiva n. 1045 del 31 ottobre 2014;

Visti gli atti tutti della causa;

Nominato relatore il dott. Italo Caso;

Uditi, per le parti, all'udienza pubblica del 13 novembre 2014 i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

Con sentenza n. 633 del 18 ottobre 2013 questo Tribunale, rilevando un insanabile profilo di irregolarità nell'offerta presentata dalla ditta Paraky S.n.c. di Brofferio Francesco Paolo & C. (risultata aggiudicataria definitiva), annullava *in parte qua* gli atti della gara indetta dal Comune di Carpi per la concessione sessennale dei locali del Teatro comunale ai fini dello svolgimento dell'attività di somministrazione di alimenti e bevande e statuiva che l'aggiudicazione dovesse essere disposta in favore dell'odierna ricorrente, quale seconda classificata della selezione. Successivamente, però, dopo avere provveduto all'aggiudicazione provvisoria della concessione alla suindicata ditta, l'ente locale effettuava la verifica della sussistenza dei requisiti di carattere generale dichiarati dalla stessa e, ritenuto carente quello della regolarità fiscale e contributiva, disponeva la revoca dell'aggiudicazione provvisoria e l'avvio di una nuova selezione pubblica (v. determinazione dirigenziale n. 445 del 28 maggio 2014).

L'interessata ha a questo punto adito il giudice amministrativo, nella dichiarata forma del "*ricorso per ottemperanza ex art. 112 c.p.a.*", lamentando la violazione e l'elusione del giudicato, da cui – a suo dire – sarebbe scaturito l'obbligo dell'Amministrazione di aggiudicare alla stessa la concessione, con conseguente addotta nullità della sopraggiunta determinazione di revoca dell'aggiudicazione provvisoria e relativa richiesta di adozione delle misure giudiziali necessarie alla corretta esecuzione del giudicato. In ogni caso, il nuovo provvedimento sarebbe illegittimo per non avere considerato l'Amministrazione che la *lex specialis* della gara – in coerenza con la normativa in materia di concessioni di beni pubblici – non aveva incluso la regolarità fiscale e contributiva tra i requisiti di partecipazione alla selezione, che anche se si trattasse di concessione di servizio pubblico – e non di concessione di bene pubblico – l'art. 38 del d.lgs. n. 163 del 2006 sarebbe inapplicabile in tale settore così come ne sarebbero esclusi i servizi di ristorazione, che comunque le irregolarità accertate sarebbero insussistenti per non essersi promossa la regolarizzazione di quella contributiva e per essere inferiore al limite stabilito quella fiscale; di qui la domanda giudiziale di annullamento dell'atto impugnato e di tutela in forma specifica attraverso l'aggiudicazione definitiva della concessione alla ricorrente con suo subentro nel contratto.

Si è costituito in giudizio il Comune di Carpi, resistendo al gravame.

Con sentenza non definitiva n. 1045 del 31 ottobre 2014 il Tribunale, in sede di giudizio di ottemperanza, si pronunciava sulla domanda di declaratoria di nullità dell'atto per violazione ed elusione del giudicato e, respinta tale istanza, disponeva che l'esame delle restanti censure, per essere tutte finalizzate all'annullamento del provvedimento in ragione di molteplici profili di illegittimità, si svolgesse nell'ambito del rito ordinario, previa conversione dell'azione ex art. 32, comma 2, cod.proc.amm.

All'udienza del 13 novembre 2014, ascoltati i rappresentanti delle parti, la causa è passata in decisione.

Dopo quanto statuitosi con sentenza non definitiva n. 1045 del 31 ottobre 2014, vengono ora al vaglio del Collegio le questioni dedotte dalla ricorrente in sede di giudizio di ottemperanza, ma in realtà ascrivibili al rito ordinario, perché relative all'azione amministrativa svoltasi al di fuori della sfera del giudicato.

Va innanzi tutto esaminata l'eccezione di improcedibilità sollevata dall'Amministrazione comunale per non avere la ricorrente impugnato l'atto con cui l'ente locale ha respinto l'istanza di annullamento in autotutela presentata dalla ricorrente medesima. Per costante giurisprudenza, tuttavia, solo nel caso in cui, sollecitata ad esercitare l'autotutela, l'Amministrazione riesamini l'originario provvedimento e a séguito di appropriato procedimento amministrativo lo confermi con una rinnovata valutazione degli interessi in gioco e con una motivazione dotata di autonomia, si ha un atto di conferma in senso proprio, direttamente lesivo e pertanto impugnabile (v. Cons. Stato, Sez. V, 3 maggio 2012 n. 2548); nella circostanza, a ben vedere, l'Amministrazione ha sì argomentato dettagliatamente le ragioni preclusive dell'affidamento della concessione alla ricorrente e ha puntualmente confutato le obiezioni di quest'ultima, ma senza avviare una vera e propria nuova fase istruttoria, senza far ricorso ad aggiuntivi capi di motivazione e senza introdurre ulteriori elementi ostativi, di fatto o di diritto, a giustificazione della determinazione a suo tempo assunta, né può dirsi che, nell'ambito di un'azione amministrativa vincolata al rispetto delle regole della gara, sia stato possibile effettuare quella nuova ponderazione degli interessi coinvolti che è propria dell'attività discrezionale, sicché il diniego di autotutela si presenta nella fattispecie come atto meramente confermativo dell'originario provvedimento.

Nel merito, una prima questione investe la natura della concessione oggetto di gara e le norme che devono regolarla. La ricorrente insiste per la configurabilità della stessa come concessione di bene pubblico e quindi per l'inoperatività dei requisiti di cui all'art. 38 del d.lgs. n. 163 del 2006, neppure previsti – a suo dire – dalla *lex specialis* della gara. Ad avviso del Collegio, invece, la circostanza che la concessione dell'uso dei locali sia espressamente finalizzata alla gestione del relativo bar-ristorante e che lo stesso capitolato d'oneri preveda, tra i requisiti di partecipazione alla selezione, alcune condizioni legate all'attività di somministrazione di alimenti e bevande costituisce indicazione decisiva dell'ascrivibilità della concessione al *genus* delle concessioni di servizio pubblico, contraddistinte dall'esistenza di un corrispettivo a

favore dell'Amministrazione – in ragione della possibilità di gestire un servizio a pagamento verso l'utenza – e dal rischio legato alla gestione del servizio, che ricade sul concessionario (v. Cons. Stato, Sez. V, 25 gennaio 2011 n. 513); in simili casi, in altri termini, per essere assentito al privato l'esercizio di un'attività a favore di terzi che è di pertinenza dell'Amministrazione pubblica proprietaria dei locali, l'uso di questi ultimi è necessariamente correlato alla concessione e non ne altera i tratti fondamentali di concessione di servizi.

Quanto, poi, all'assunto per cui l'art. 38 del d.lgs. n. 163 del 2006 non sarebbe applicabile alle concessioni di servizi, va richiamato quell'orientamento giurisprudenziale che al principio espresso da detta disposizione – in base al quale la partecipazione alle gare pubbliche richiede il possesso di alcuni inderogabili requisiti di moralità – riconosce le caratteristiche di principio di carattere generale, quindi valido anche nelle gare dirette all'affidamento di concessioni di servizi (ai sensi dell'art. 30, comma 3, del d.lgs. n. 163 del 2006), in quanto fondamentale principio di ordine pubblico economico, che soddisfa l'imprescindibile esigenza che il soggetto che contrae con l'Amministrazione sia "affidabile" e perciò in possesso dei requisiti di ordine generale e di moralità che la norma tipizza (v. Cons. Stato, Sez. VI, 21 maggio 2013 n. 2725). Correttamente, allora, l'Amministrazione comunale ha nella fattispecie dato attuazione alle previsioni dell'art. 38 del d.lgs. n. 163 del 2006, indipendentemente dalla sussistenza o meno di un espresso richiamo alle stesse da parte della *lex specialis* della gara, stante la portata precettiva della relativa disciplina e l'automatica efficacia integrativa della normativa di gara che comunque ne scaturiva (v., *ex multis*, Cons. Stato, Sez. V, 31 gennaio 2012 n. 467, circa il principio per cui la funzione della regolamentazione dettata in materia dal d.lgs. n. 163 del 2006 comporta che le relative disposizioni entrino a far parte *ex se* della disciplina della procedura di evidenza pubblica, senza necessità che la cogenza delle stesse venga prevista nel bando o nel disciplinare; v., da ultimo, anche Cons. Stato, Ad. plen., 25 febbraio 2014 n. 9 e 30 luglio 2014 n. 16, a proposito del carattere perentorio degli adempimenti doverosi di cui all'art. 38 del d.lgs. n. 163 del 2006 con l'effetto di eterointegrazione della normativa di gara che la portata imperativa della disposizione di legge produce).

Altra doglianza investe la sussistenza stessa dell'irregolarità contributiva posta a base dell'atto impugnato. La ricorrente, in particolare, richiama la disposizione dell'art. 31, comma 8, del decreto-legge n. 69 del 2013, conv. dalla legge n. 98 del 2013 (*"Ai fini della verifica per il rilascio del documento unico di regolarità contributiva (DURC), in caso di mancanza dei requisiti per il rilascio di tale documento gli Enti preposti al rilascio, prima dell'emissione del DURC o dell'annullamento del documento già rilasciato, invitano l'interessato, mediante posta elettronica certificata o con lo stesso mezzo per il tramite del consulente del lavoro ovvero degli altri soggetti di cui all'articolo 1 della legge 11 gennaio 1979, n. 12, a regolarizzare la propria posizione entro un termine non superiore a quindici giorni, indicando analiticamente le cause della irregolarità"*), e ne desume l'irrelevanza del DURC negativo emesso a suo carico perché non preceduto dall'invito alla regolarizzazione, avviso che avrebbe consentito alla stessa di sanare il debito contributivo e di acquisire pertanto il titolo per la partecipazione alla gara.

La censura è infondata.

Seppur in presenza di pronunce di diverso tenore, il Collegio concorda con quell'orientamento giurisprudenziale che considera inapplicabile la norma in esame alle ipotesi in cui il DURC viene acquisito dall'ente appaltante per la verifica della sussistenza del requisito di partecipazione alla gara ex art. 38 del d.lgs. n. 163 del 2006 (v. TAR Lazio, Sez. III, 18 luglio 2014 n. 7732; TAR Campania, Napoli, Sez. IV, 2 luglio 2014 n. 3619 e 12 giugno 2014 n. 3334). A fondamento di tale indirizzo è la considerazione che: 1) l'art. 38 del d.lgs. n. 163 del 2006 richiede che il requisito in materia di regolarità contributiva, al pari di tutti quelli di ordine generale, sussista già al momento della partecipazione alla gara e permanga fino al momento della stipula del contratto, sì che non risulta ammissibile che la regolarità contributiva sia verificabile con riferimento ad una fase temporale (scadenza del termine di quindici giorni decorrente dalla richiesta di regolarizzazione compiuta nel corso della gara) successiva al momento della partecipazione alla selezione; 2) una diversa interpretazione non appare compatibile con i principi di tutela dell'interesse pubblico alla scelta di un contraente affidabile e della *par condicio* tra le imprese concorrenti, in quanto comporterebbe la possibilità di partecipare in ogni caso alle gare per le imprese in stato di irregolarità contributiva, potendo poi fidare esse sulla possibilità di sanare la propria posizione dopo il preavviso di DURC negativo da parte dell'INPS, con evidente violazione della *ratio* della disposizione, che nella regolarità contributiva dell'impresa vuole apprezzare non solo un dato formale, ma un dato di affidabilità complessiva della ditta partecipante alla gara; 3) la regolarità contributiva è requisito indispensabile non solo per la partecipazione alla gara ma anche per la stipulazione del contratto, con la conseguenza che l'impresa deve essere in regola con i relativi obblighi fin dalla presentazione della domanda e conservare tale regolarità per tutto lo svolgimento della procedura di gara, posto che la cosiddetta correttezza contributiva non costituisce un dato che possa essere temporaneamente frazionato, o virtualmente ricostruito *ex post*, attenendo alla diligente condotta dell'impresa in riferimento a tutte le obbligazioni contributive, sia relative a periodi precedenti sia maturate nel periodo in cui è stata espletata la gara, quale indice rivelatore dell'irreprevedibilità dell'impresa nei rapporti con le proprie maestranze ma anche della sua capacità di far fronte alle relative obbligazioni, quindi dell'affidabilità della stessa nei confronti dell'ente appaltante; 4) poiché il requisito per la partecipazione alla gara è quello della regolarità contributiva – di cui il DURC costituisce una mera attestazione formale da parte dell'ente previdenziale –, l'ordinaria diligenza esige che il concorrente verifichi già da solo l'assenza di debiti previdenziali, e non può dunque enfatizzarsi la portata della norma procedimentale di cui all'art. 31, comma 8, del decreto-legge n. 69 del 2013 per ritenere che il requisito della regolarità contributiva debba sussistere "solamente" al momento di scadenza del termine quindicinale che l'ente previdenziale è tenuto ad assegnare all'impresa per la regolarizzazione della posizione contributiva; 5) la regolarizzazione ex art. 31, comma 8, del decreto-legge n. 69 del 2013, nell'attribuire rilevanza a date condizioni per il conseguimento del DURC positivo, assume a riferimento parametri diversi da quelli previsti dall'art. 38 del d.lgs. n. 163 del 2006, a proposito in particolare della soglia di rilevanza delle

inadempienze contributive ostative alla partecipazione alla gara; 6) l'antinomia tra le due disposizioni va in definitiva risolta sulla base del principio di specialità, sicché l'art. 38 del d.lgs. n. 163 del 2006 continua a disciplinare in via autonoma i presupposti per la partecipazione alle gare, mentre l'art. 31, comma 8, del decreto-legge n. 69 del 2013 si applica al solo DURC c.d. interno, ossia quello redatto dall'INPS per il riconoscimento di benefici o sgravi contributivi alla ditta, e non riguarda invece il documento relativo alla verifica dei requisiti per la partecipazione alle gare, che non può virtualmente attribuire una regolarità contributiva ad impresa che ne era originariamente priva. Dal che la legittimità della determinazione adottata dall'Amministrazione comunale in ragione del DURC negativo acquisito a carico della ricorrente.

Un'ultima questione riguarda l'irregolarità fiscale, anch'essa posta a fondamento dell'atto impugnato, ma secondo la ricorrente insuscettibile di produrre effetti nella gara per la duplice ragione che l'importo del debito supera la prescritta soglia di € 10.000,00 solo in ragione dell'avvenuto computo di interessi, sanzioni ed oneri diversi e che difetta il carattere del definitivo accertamento dell'inadempienza. Sennonché, sia gli interessi legali che le sanzioni amministrative hanno carattere accessorio del debito principale e di questo condividono la natura tributaria ai fini del requisito soggettivo di partecipazione alle gare (v. TAR Puglia, Bari, Sez. I, 8 marzo 2012 n. 491); quanto al presupposto dell'accertamento definitivo, poi, è stata esibita in giudizio la nota con cui l'Agenzia delle Entrate attesta l'iscrizione a ruolo del debito tributario della ricorrente, essendo peraltro sufficiente che la definitività dell'accertamento dell'irregolarità fiscale sopraggiunga nel corso del procedimento di gara (v. TAR Sicilia, Palermo, Sez. III, 16 febbraio 2012 n. 401), circostanza che si desume, se non altro, dalla richiesta di rateizzazione del debito formulata dalla stessa ditta.

In conclusione, il ricorso va respinto.

La peculiarità delle questioni trattate e l'insussistenza di precedenti giurisprudenziali univoci circa taluni aspetti della controversia giustificano l'integrale compensazione delle spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Emilia-Romagna, Bologna, Sez. I, definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Bologna, nella Camera di Consiglio del 13 novembre 2014, con l'intervento dei magistrati:

Carlo d'Alessandro, Presidente

Italo Caso, Consigliere, Estensore

Ugo De Carlo, Primo Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 27/11/2014

IL SEGRETARIO

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