

## La partecipazione alla gara esige la regolarità della posizione contributiva del concorrente fin dalla fase iniziale

di Eugenio De Carlo

Data di pubblicazione: 21-4-2017

*1. Anche dopo l'entrata in vigore dell'art. 31, comma 8, del decreto legge 21 giugno 2013 n. 69, (Disposizioni urgenti per il rilancio dell'economia), convertito con modificazioni dalla legge 9 agosto 2013, n. 98, non sono consentite regolarizzazioni postume della posizione previdenziale, dovendo l'impresa deve essere in regola con l'assolvimento.*

*2. La regola del preavviso di d.u.r.c. negativo non trova applicazione nel caso di certificazione richiesta dalla stazione appaltante, ai fini della verifica delle dichiarazioni rese dell'impresa partecipante.*

*3. Non osta a una normativa nazionale che obbliga l'amministrazione aggiudicatrice a considerare quale motivo di esclusione una violazione in materia di versamento di contributi previdenziali ed assistenziali risultante da un certificato richiesto d'ufficio dall'amministrazione aggiudicatrice e rilasciato dagli istituti previdenziali, qualora tale violazione sussistesse alla data della partecipazione ad una gara d'appalto, anche se non sussisteva più alla data dell'aggiudicazione o della verifica d'ufficio da parte dell'amministrazione aggiudicatrice.*

*4. E' onere della parte interessata quello di allegare la sussistenza del credito (se del caso, suffragandola attraverso la produzione della certificazione ex lege) nonché quello di richiedere agli enti competenti di rilasciare il DURC "in compensazione" ai sensi dell'articolo 13-bis del decreto-legge n. 52 del 2012.*

### Guida alla lettura

La sentenza annotata risolve il ricorso proposto da una concorrente ad una gara d'appalto intercomunale bandita nella vigenza del d.lgs. n. 163/2006, per l'affidamento di servizi d'igiene urbana, esclusa dalla graduatoria per irregolarità della posizione contributiva.

Nella soluzione della controversia il TAR salentino ha fatto applicazione di una serie di principi elaborati ed affermati dalla giurisprudenza amministrativa, in particolare dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, nonché dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia UE.

In sintesi, i principi richiamati e posti a fondamento della decisione sono stati i seguenti:

a) *“Anche dopo l’entrata in vigore dell’art. 31, comma 8, del decreto legge 21 giugno 2013 n. 69, (Disposizioni urgenti per il rilancio dell’economia), convertito con modificazioni dalla legge 9 agosto 2013, n. 98, non sono consentite regolarizzazioni postume della posizione previdenziale, dovendo l’impresa deve essere in regola con l’assolvimento degli obblighi previdenziali ed assistenziali fin dalla presentazione dell’offerta e conservare 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. L’istituto dell’invito alla regolarizzazione (il c.d. preavviso di DURC negativo), già previsto dall’art. 7, comma 3, del decreto ministeriale 24 ottobre 2007 e ora recepito a livello legislativo dall’art. 31, comma 8, del decreto legge 21 giugno 2013 n. 69, può operare solo nei rapporti tra impresa ed Ente previdenziale, ossia con riferimento al DURC chiesto dall’impresa e non anche al DURC richiesto dalla stazione appaltante per la verifica della veridicità dell’autodichiarazione resa ai sensi dell’art. 38, comma 1, lettera i) ai fini della partecipazione alla gara d’appalto”* (Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, n. 5/2016).

b) *“...l’art. 31 d.l. n. 69 del 2013 non ha modificato la disciplina dettata dall’art. 38 d.lgs. n. 163 del 2006: la regola del preavviso di d.u.r.c. negativo, dunque, non trova applicazione nel caso di certificazione richiesta dalla stazione appaltante, ai fini della verifica delle dichiarazioni rese dell’impresa partecipante. Il meccanismo, di cui al citato art. 31 comma 8, si applica solo nei rapporti fra ente previdenziale ed operatore economico richiedente, senza venire in rilievo nel caso in cui sia la stazione appaltante a richiedere il d.u.r.c. ai fini della verifica circa la regolarità dell’autodichiarazione”* (Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, sentenza n. 10/2016).

c) *“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”* (Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria 4 maggio 2012, n. 8), sicché (Consiglio di Stato, 31 agosto 2015, n. 4043) *“il requisito della regolarità dei versamenti contributivi”* deve *“permanere per tutta la durata della procedura di gara, sino alla stipula del contratto (...), senza alcuna soluzione di continuità”* e non è *“unicamente un presupposto legittimante per la presentazione della domanda di partecipazione o per la successiva aggiudicazione”*, considerato pure che *“la frammentazione della rilevanza del requisito della regolarità contributiva ... rende possibili esiti elusivi che aggirano gli obblighi imperativi ed inderogabili alla cui tutela è funzionalizzato il requisito stesso”*.

d) *“... non osta a una normativa nazionale... che obbliga l’amministrazione aggiudicatrice a considerare quale motivo di esclusione una violazione in materia di versamento di contributi previdenziali ed assistenziali risultante da un certificato richiesto d’ufficio dall’amministrazione aggiudicatrice e rilasciato dagli istituti previdenziali, qualora tale violazione sussistesse alla data della partecipazione ad una gara d’appalto, anche se non sussisteva più alla data dell’aggiudicazione o della verifica d’ufficio da parte dell’amministrazione aggiudicatrice”*(Corte di Giustizia dell’Unione Europea, Sezione IX, 10 novembre 2016, causa C-199/15).

e)“il rilascio del DURC in presenza di crediti certificati richiede pur sempre l’attivazione da parte dell’operatore interessato. Il che risulta comprensibile se solo si consideri che la conoscenza in ordine alla sussistenza di crediti nei confronti delle amministrazioni pubbliche rientra in primis nella disponibilità del creditore”, essendo “onere della parte interessata quello: i) di allegare la sussistenza del credito (se del caso, suffragandola attraverso la produzione della certificazione ex lege); ii) di richiedere agli enti competenti di rilasciare il DURC “in compensazione” ai sensi dell’articolo 13-bis del decreto-legge n. 52 del 2012” (Consiglio di Stato, V, 23 novembre 2016, n. 4906).

Nello stesso senso, recentemente, anche il TAR Molise (ordinanza n.34/2017), che richiamando il Consiglio di Stato, Adunanza plenaria (sentenza 13 maggio 2016, n.10) e la Corte Giustizia dell’Unione Europea (sentenza 10.11.2016 - C-199-15) ha affermato che il requisito della regolarità contributiva deve sussistere già alla scadenza del termine di presentazione delle offerte, non essendo ammissibili forme di regolarizzazione postuma, previste solo nel rapporto interno tra assicurato ed INPS ma non opponibili alla stazione appaltante. Pertanto, laddove alla scadenza del predetto termine la posizione contributiva del ricorrente risulti non regolare, come segnalato dall’INPS, i provvedimenti espulsivi del concorrente sono legittimi.

Inoltre, il TAR salentino ha ritenuto che nella fattispecie, *ratione temporis* della vicenda di gara, non trovasse applicazione la Direttiva UE n. 24/2014, essendo la stessa, *in parte qua*, non *self executing*.

Si rammenta, al riguardo, che l’art. 80 del nuovo Codice dei contratti pubblici d.lgs. n. 50/2016, che ha recepito la citata Direttiva UE, individua (al comma 4) tra le cause di esclusione dalla partecipazione alla procedura d’appalto quella dell’operatore economico in caso di “violazioni gravi, definitivamente accertate, rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse o **dei contributi previdenziali**, secondo la legislazione italiana o quella dello Stato in cui sono stabiliti. Costituiscono gravi violazioni quelle che comportano un omesso pagamento di imposte e tasse superiore all’importo di cui all’articolo 48-bis, commi 1 e 2-bis, del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 602. Costituiscono violazioni definitivamente accertate quelle contenute in sentenze o atti amministrativi non più soggetti ad impugnazione. **Costituiscono gravi violazioni in materia contributiva e previdenziale quelle ostantive al rilascio del documento unico di regolarità contributiva (DURC)**, di cui all’articolo 8 del decreto del Ministero del lavoro e delle politiche sociali 30 gennaio 2015, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 125 del 1° giugno 2015”, stabilendo, tuttavia, che detta causa di esclusione “non si applica quando l’operatore economico ha ottemperato ai suoi obblighi pagando o impegnandosi in modo vincolante a pagare le imposte o i contributi previdenziali dovuti, compresi eventuali interessi o multe, purché il pagamento o l’impegno siano stati formalizzati **prima della scadenza del termine per la presentazione delle domande.**”

La suddetta novella fa riferimento, quindi, da un lato, alle imprese che abbiano regolarizzato la loro posizione contributiva prima ancora di presentare la domanda di partecipazione alla procedura di evidenza pubblica e non successivamente, nel corso della gara, e, dall’altro, ai soggetti economici che abbiano assunto comunque un impegno vincolante al pagamento (TAR

Lazio, Roma, sez. II bis, n. 3928/2017).

Sulla scorta di detti principi, quindi, il Collegio ha respinto il ricorso proposto, confermando l'esclusione della ricorrente dalla graduatoria di gara.

**REPUBBLICA ITALIANA**

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia

Lecce - Sezione Terza

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 479 del 2016, integrato da motivi aggiunti, proposto da: Società XXX s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Luigi Quinto (C.F. QNTLGU76B14I119M), Pietro Quinto (C.F. QNTPTR42M14G479F) e Giuseppe Mariani (C.F. MRNGPP62L20B716H), con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Pietro Quinto in Lecce, via Garibaldi, 43;

contro

A.R.O. n. 2 Provincia di Taranto, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Giuseppe Misserini (C.F. MSSGPP73D01L049G), con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Agnese Caprioli in Lecce, via Luigi Scarambone, 56;

Comune di Martina Franca, n.c.;

nei confronti di ... omissis ...

e con l'intervento di

*ad opponendum:*

omissis ...

per l'annullamento:

- con il ricorso introduttivo:
- della determina n. 22 del 22 gennaio 2016 - Reg.Gen. n. 222, adottata dal Comune di Martina Franca in qualità di Comune capofila dell'A.R.O. TA/2, allegata alla nota prot. n. 4216 del 25 gennaio 2016;
- di ogni altro atto connesso, presupposto e/o consequenziale ed in particolare dei seguenti D.U.R.C.:
- prot. n. 35402636 dell'11 maggio 2015 dell'I.N.A.I.L.;
- prot. n. 35402712 dell'11 maggio 2015 dell'I.N.A.I.L.;
- C.I.P., Codice Identificativo Pratica, 20151893491982 del 27 aprile 2015 della Sezione I.N.P.S. di Taranto;
- C.I.P., Codice Identificativo Pratica, 20151966499998 del 3 giugno 2015 della Sezione I.N.P.S. di Taranto;
- CIP, Codice Identificativo Pratica, 20151971831519 del 3 giugno 2015 della Sezione I.N.P.S. di Taranto;
- ove occorra, anche del D.U.R.C. prot. 34611806 emesso dall'I.N.A.I.L. il 27 aprile 2015, acquisito dal Comune di Martina Franca per altro appalto;
- della nota p.e.c. del 24 luglio 2015, inviata dall'I.N.P.S.-Sede di Taranto al Comune di Martina Franca;
- dell'eventuale aggiudicazione definitiva dell'appalto e dell'eventuale contratto sottoscritto, con espressa domanda di subentro e, in subordine, per il risarcimento del danno per equivalente monetario;
- con i motivi aggiunti dell'8 giugno 2016:
- della determinazione n. 150 del 6 maggio 2016, adottata dal Comune di Martina Franca in qualità di Comune capofila dell'A.R.O. TA/2, allegata alla nota di comunicazione del 9 maggio 2016;
- di ogni altro atto e/o provvedimento connesso, presupposto e/o consequenziale, incluso l'eventuale contratto sottoscritto, con espressa domanda di subentro e, in subordine, per il risarcimento del danno per equivalente monetario;
- con i motivi aggiunti proposti in data 28 settembre 2016:
- del non conosciuto provvedimento dirigenziale, assunto, presumibilmente, in data 28 settembre 2016, avente ad oggetto l'ordine di avvio in via di urgenza del contratto non ancora

stipulato;

- del non conosciuto verbale di intenti, sottoscritto presumibilmente il 28 settembre 2016;
- di ogni altro atto ai predetti comunque connesso.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti ed i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'A.R.O. n. 2 Provincia di Taranto e della ZZZ s.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 14 febbraio 2017 la dott.ssa Maria Luisa Rotondano e uditi per le parti gli avv.ti D. Mastrolia, G. Misserini e V. Meneleo, quest'ultima in sostituzione degli avv.ti L. e P. Quinto;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO

Con il ricorso introduttivo del presente giudizio, la società XXX s.r.l. - classificatasi al secondo posto della graduatoria finale nella procedura aperta indetta dall'A.R.O. 2/TA per l'affidamento del servizio di igiene urbana, raccolta e trasporto rifiuti urbani ed assimilati nei Comuni della medesima A.R.O. ed attuale gestore del servizio per il Comune di Martina Franca -, premessa l'avvenuta esclusione della prima graduata, ha impugnato, domandandone l'annullamento:

1) la determinazione dirigenziale n. 22 del 22 gennaio 2016, trasmessa con nota del 25 gennaio 2016, nella parte in cui il Comune di Martina Franca, quale Capofila dell'Associazione dei Comuni appartenenti all'A.R.O. TA/2, a seguito della verifica dei requisiti, ha disposto la sua esclusione dalla gara de qua per mancanza del requisito di regolarità contributiva di cui all'art. 38, comma 1, lett. l) del D.Lgs. n. 163/2006, segnalando tale provvedimento all'A.N.A.C., e ha aggiudicato in via provvisoria l'appalto di cui trattasi al R.T.I. YYY (terzo classificato);

2) tutti gli atti connessi e, in particolare: i D.U.R.C. negativi, di cui in epigrafe, nella parte in cui attestano la situazione di irregolarità contributiva I.N.P.S. della società XXX s.r.l., partitamente alle date del 23 dicembre 2014, 24 aprile 2015, 11 maggio 2015 e 29 maggio 2015; ove occorra, anche il D.U.R.C. prot. 34611806 emesso dall'I.N.A.I.L. il 27 aprile 2015, acquisito dal Comune di Martina Franca per altro appalto; la nota p.e.c. del 24 luglio 2015, con cui l'I.N.P.S.-Sede di Taranto, riscontrando la richiesta di chiarimenti formulata dal Comune di Martina Franca, nel confermare "i D.U.R.C. emessi positivi in data 22/12/2014" ("in quanto alla data dell'istruttoria, ossia 15/12/2014, la società è stata invitata, con PEC di pari data, a regolarizzare la propria posizione debitoria fino a tutto il 10/2014, oltre al pagamento delle rate

per le dilazioni in essere”), ha chiarito che “i termini per il versamento dei contributi relativi al mese di novembre 2014, data dell’istruttoria (15.12.2014), non erano decorsi, e gli stessi sono stati regolarizzati successivamente con nuova istanza di dilazione breve del 19/01/2015”, concludendo , poi, che “il D.U.R.C. richiesto con protocollo n. 35403878 del 11/05/2015, per verifica autodichiarazione alla data del 23/12/2014, è stato emesso con esito negativo in quanto la regolarizzazione dei debiti contributivi in essere , è avvenuta in data successiva al 23/12/2014” .

Ha impugnato, altresì, l’eventuale aggiudicazione definitiva dell’appalto e l’altrettanto eventuale contratto, con espressa domanda di subentro e, in subordine, di risarcimento del danno.

A sostegno dell’impugnazione interposta ha formulato le seguenti censure:

- 1) violazione e falsa applicazione dell’art. 7 del D.M. 24 ottobre 2007 e dell’art. 31 del D.L. n. 69/2013;
- 2) violazione e falsa applicazione dell’art. 38, lett. l) del Codice dei Contratti Pubblici;
- 3) violazione e falsa applicazione dell’art. 38, lett. l) del Codice dei Contratti Pubblici sotto altro profilo, contrasto con le Direttive Comunitarie, pregiudizialità.

Si sono costituiti in giudizio l’A.R.O. Taranto 2 e la controinteressata società ZZZ s.r.l. (in proprio e quale mandataria del R.T.I costituendo aggiudicatario), eccependo in limine l’omessa notifica del gravame agli Enti previdenziali, e, poi, contestando in toto le avverse pretese e chiedendo la reiezione del gravame.

Con (primi) motivi aggiunti dell’8 giugno 2016, la Società XXX s.r.l. ha impugnato, altresì, per illegittimità derivata:

- 1) la determinazione dirigenziale n. 150 del 6 maggio 2016 (allegata alla nota di comunicazione del 9 maggio 2016), con la quale il Comune di Martina Franca, quale Capofila dell’A.R.O. TA/2, ha disposto l’aggiudicazione definitiva del servizio di igiene urbana al R.T.I. facente capo alla ZZZ s.r.l. (quarto classificato), previa esclusione del R.T.I terzo classificato;
- 2) ogni altro atto e/o provvedimento connesso, presupposto e/o consequenziale, incluso l’eventuale contratto sottoscritto tra le parti.

Ha chiesto, inoltre, il subentro nell’aggiudicazione e nel contratto e, in subordine, il risarcimento del danno per equivalente monetario.

Si sono costituiti anche sui motivi aggiunti l’A.R.O. Taranto 2 e la controinteressata società ZZZ s.r.l., contestando in toto le avverse pretese e chiedendone la reiezione.

Con memoria difensiva, da valere (ove occorra) come (secondi) motivi aggiunti, notificata in data 14 settembre 2016 e depositata il 15 successivo (previa abbreviazione dei termini,

concessa con decreto presidenziale n. 274/2016), la XXX s.r.l. ha riproposto l'istanza di sospensiva (in precedenza rinunziata), con riferimento agli atti già gravati (determinazioni dirigenziali n. 22/2016 e n. 150/2016), riportandosi ai motivi di ricorso e, in particolare, a quello relativo al mancato preavviso di D.U.R.C negativo, però sotto l'innovativo profilo dell'omessa compensazione con i crediti, di cui all'art. 13 bis del D.L. n. 52/2012.

L'A.R.O. Taranto 2 e la controinteressata società ZZZ s.r.l. hanno puntualmente argomentato in ordine a tale ultima memoria, eccependo in limine la sopravvenuta carenza di interesse alla decisione (in considerazione dell'istanza del 25 luglio 2016, con cui il difensore della Società ricorrente aveva preannunziato la volontà di rinunciare al ricorso, così motivando l'istanza di rinvio - pure ottenuto), nonché l'irricevibilità per tardività del nuovo motivo di gravame.

Con ordinanza n. 494/2016, questo Tribunale ha respinto l'istanza cautelare riproposta con i suddetti (secondi) motivi, ritenendoli (a parte l'omessa notifica all'I.N.P.S. e all'I.N.A.I.L.) irricevibili per tardività rispetto al termine decadenziale previsto dall'art. 120 quinto comma c.p.a..

Il Consiglio di Stato, con ordinanza n. 4824/2016, ha respinto l'appello cautelare proposto avverso la summenzionata ordinanza n. 494/2016, "Ritenuto che non vengono in evidenza apprezzabili profili di fumus boni iuris dell'appello, anche in considerazione di quanto stabilito dalla sentenza dell'Adunanza Plenaria del 25 maggio 2016, n. 10".

Con (terzi) motivi aggiunti proposti in data 28 settembre 2016, la XXX s.r.l. ha impugnato, domandandone l'annullamento:

- 1) il non conosciuto provvedimento dirigenziale, assunto, presumibilmente, in data 28 settembre 2016, con cui sarebbe stato impartito l'ordine di avvio in via di urgenza del contratto non ancora stipulato;
- 2) il non conosciuto verbale di intenti, sottoscritto presumibilmente il 28 settembre 2016, con il quale il competente Dirigente avrebbe affidato, in via di urgenza, l'esecuzione del servizio in parola nel solo Comune di Martina Franca;
- 3) ogni altro atto ai predetti comunque connesso.

All'udienza pubblica del 14 febbraio 2017, all'esito di plurimi rinvii concessi su motivate istanze della parte ricorrente (note depositate il 19 maggio 2016 - al fine dell'impugnazione con motivi aggiunti dell'aggiudicazione definitiva nelle more intervenuta -, il 25 luglio 2016 - al dichiarato scopo di "consentire la formalizzazione di un atto di rinuncia al ricorso" -, e il 24 ottobre 2016 - in considerazione dell'imminente trattazione dei ricorsi d'urgenza innanzi al Tribunale di Taranto), la causa è stata introitata per la decisione.

## DIRITTO

0. - Il ricorso ed i primi motivi aggiunti depositati in data 8 giugno 2016 sono infondati e vanno, pertanto, respinti, nel mentre gli ulteriori motivi aggiunti sono irricevibili/inammissibili per le

ragioni di seguito esposte.

Si può, pertanto, prescindere sia dall'eccezione di improcedibilità del gravame per sopravvenuta carenza di interesse alla decisione (formulata - sia dalla P.A. resistente che dalla contointeressata aggiudicataria nelle memorie depositate il 17 settembre 2016 - in considerazione della volontà di rinunciare al ricorso espressa nella nota depositata il 25 luglio 2016), sia dalla eccezione relativa all'omessa notifica agli Istituti previdenziali.

1. - Con la prima censura, la Società ricorrente, sostanzialmente, deduce l'insussistenza della definitività delle violazioni contributive, sotto il profilo della violazione e falsa applicazione dell'art. 7 del D.M. 24 ottobre 2007 e dell'art. 31 del D.L. n. 69/2013, per non essere stati i D.U.R.C. negativi emessi (e posti a fondamento della gravata esclusione) preceduti dal c.d. "preavviso di regolarizzazione".

La XXX s.r.l., inoltre (secondo motivo), censura il provvedimento impugnato nella parte in cui l'accertamento negativo riguarda, tra l'altro, la verifica della regolarità contributiva per l'autodichiarazione resa (asseritamente per mero errore materiale) alla data del 23 dicembre 2014, nonostante la domanda di partecipazione sia stata presentata il giorno di scadenza del termine fissato dalla legge di gara (cioè il 6 marzo 2015), sostenendo che l'accertamento della irregolarità contributiva rilevante nelle gare di appalto sarebbe quella a decorrere dalla data di scadenza del termine di presentazione delle offerte (nel caso, appunto, il 6 marzo 2015).

Entrambe le doglianze non colgono nel segno.

1.1 - E' opportuno ricordare che l'art. 7, comma 3, D.M. Ministero del Lavoro 24 ottobre 2007 prevede che *"in mancanza dei requisiti di cui all'art. 5 gli Istituti, le Casse edili e gli Enti bilaterali, prima dell'emissione del DURC o dell'annullamento del documento già rilasciato ai sensi dell'art. 3, invitano l'interessato a regolarizzare la propria posizione entro un termine non superiore a quindici giorni"*.

L'invito alla regolarizzazione è stato, poi, recepito a livello di legislazione primaria, con l'art. 31, comma 8, D.L. 21 giugno 2013 n. 69 (*"Disposizioni urgenti per il rilancio dell'economia"*, convertito con L. n. 98/2013), il quale dispone che *"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 .... invitano l'interessato....., a regolarizzare la propria posizione entro un termine non superiore a quindici giorni, indicando analiticamente le cause della irregolarità"*.

Il punto "nodale" della questione è stabilire se le predette norme si applichino anche al c.d. D.U.R.C. richiesto dalle stazioni appaltanti per la verifica dell'autodichiarazione resa dal partecipante in sede di gara.

Al riguardo il Collegio ritiene dirimente richiamare le conclusioni cui è di recente pervenuta l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (sentenze 29 febbraio 2016, n. 5 e 25 maggio 2016, n. 10).

E' stato, infatti, definitivamente chiarito che, *“Anche dopo l'entrata in vigore dell'art. 31, comma 8, del decreto legge 21 giugno 2013 n. 69, (Disposizioni urgenti per il rilancio dell'economia), convertito con modificazioni dalla legge 9 agosto 2013, n. 98, non sono consentite regolarizzazioni postume della posizione previdenziale, dovendo l'impresa deve essere in regola con l'assolvimento degli obblighi previdenziali ed assistenziali fin dalla presentazione dell'offerta e conservare 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. L'istituto dell'invito alla regolarizzazione (il c.d. preavviso di DURC negativo), già previsto dall'art. 7, comma 3, del decreto ministeriale 24 ottobre 2007 e ora recepito a livello legislativo dall'art. 31, comma 8, del decreto legge 21 giugno 2013 n. 69, può operare solo nei rapporti tra impresa ed Ente previdenziale, ossia con riferimento al DURC chiesto dall'impresa e non anche al DURC richiesto dalla stazione appaltante per la verifica della veridicità dell'autodichiarazione resa ai sensi dell'art. 38, comma 1, lettera i) ai fini della partecipazione alla gara d'appalto”* (Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, cit., n. 5/2016).

L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, poi (sentenza n. 10/2016, cit.), nel ribadire i principi già esposti con la predetta pronuncia n. 5/2016, ha osservato che *“In tal modo è stato chiarito che l'art. 31 d.l. n. 69 del 2013 non ha modificato la disciplina dettata dall'art. 38 d.lgs. n. 163 del 2006: la regola del preavviso di d.u.r.c. negativo, dunque, non trova applicazione nel caso di certificazione richiesta dalla stazione appaltante, ai fini della verifica delle dichiarazioni rese dell'impresa partecipante. Il meccanismo, di cui al citato art. 31 comma 8, si applica solo nei rapporti fra ente previdenziale ed operatore economico richiedente, senza venire in rilievo nel caso in cui sia la stazione appaltante a richiedere il d.u.r.c. ai fini della verifica circa la regolarità dell'autodichiarazione”*.

Le suddette conclusioni sono fondate su di una serie di argomentazioni, di carattere letterale, storico e sistematico, che giova richiamare testualmente.

In primo luogo (Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, cit., n. 10/2016), *“l'inapplicabilità alle procedure di evidenza pubblica del meccanismo di cui al comma 8 è desumibile dalla lettura complessiva dell'articolo 31 d.l. n. 69 del 2013. In effetti, i commi dal 2 al 7 di tale norma contengono un preliminare ed espresso riferimento ai contratti di pubblici lavori, servizi o forniture o, comunque, un rinvio al d.lgs. n. 163 del 2006. Diversamente, il comma 8 non contiene un riferimento di tal genere, né sarebbe possibile desumerlo, in maniera implicita, dal testo della disposizione.*

*Inoltre, la modifica al testo dell'art. 38 d.lgs. n. 163 del 2006 non può essere sostenuta argomentando in merito ad una presunta incompatibilità fra le due disposizioni: in questo senso osta l'art. 255 d.lgs. n. 163 del 2006 a tenore del quale “[o]gni intervento normativo incidente sul codice, o sulle materie dallo stesso disciplinate, va attuato mediante esplicita modifica, integrazione, deroga o sospensione delle specifiche disposizioni in esso contenute”. Il d.l. n. 69 del 2013 contiene, all'art. 31 comma 2, le disposizioni del d.lgs. n. 163 del 2006 che sono state modificate, in conformità alla clausola di abrogazione esplicita di cui all'art. 255: tuttavia, in tale elenco non rientra l'art. 38 d.lgs. n. 163 del 2006.*

*Ad ulteriore conferma della conclusione cui è giunta, questa Adunanza Plenaria ha evidenziato l'assenza, nei commi da 3 a 7 dell'art. 31, di qualsivoglia riferimento ad una possibile regolarizzazione postuma dell'inadempienza contributiva imputabile all'operatore che abbia partecipato alla gara o che stia eseguendo il contratto: nelle norme richiamate è la stazione appaltante a richiedere all'ente previdenziale il rilascio del d.u.r.c., ai fini della verifica della veridicità della autodichiarazione presentata dall'operatore privato. Diversamente, il comma 8, nel disciplinare la procedura di preavviso di d.u.r.c. negativo, si riferisce alle sole ipotesi in cui sia l'operatore privato a richiedere all'ente previdenziale il rilascio della certificazione.*

*Sotto il profilo sistematico, questa Adunanza Plenaria afferma il parziale parallelismo strutturale che sussiste fra il meccanismo di cui all'art. 31 comma 8 ed il preavviso di rigetto disciplinato dall'art. 10-bis l. n. 214 del 1990. Al riguardo viene premesso, per un verso, che il preavviso di rigetto - previsto in via generale per i procedimenti iniziati ad istanza di parte - non opera, per espressa scelta legislativa, in relazione ai procedimenti in materia previdenziale. Per altro verso, il meccanismo di cui all'art. 31 comma 8 prevede un procedimento in cui rileva la materia previdenziale ed al contempo strutturato come procedimento ad istanza di parte. Pertanto, l'art. 31 comma 8, costituendo una "deroga alla deroga", non può applicarsi al di fuori delle ipotesi espressamente descritte dal legislatore e, cioè, quelle in cui l'operatore privato richiama all'ente previdenziale il rilascio del d.u.r.c.. Quando, invece, è la stazione appaltante a richiedere la certificazione all'ente previdenziale, ci si pone al di fuori dell'ambito applicativo della fattispecie ex art. 31 comma 8 d.l. n. 69 del 2013.*

*Sempre sotto il profilo sistematico, si afferma anche che "l'esclusione del c.d. preavviso di DURC negativo nell'ambito del procedimento d'ufficio per la verifica della veridicità delle dichiarazioni sostitutive rese in sede ai fini della partecipazione alla gara, si pone in linea con alcuni principi fondamentali che governano appunto le procedure di gara" e cioè quello di parità di trattamento e di autoresponsabilità, nonché il principio di continuità nel possesso dei requisiti di partecipazione alla gara.*

*Risulta evidente, in effetti, che, consentire la partecipazione ad una gara ad operatori che non possiedono, in materia di contributi previdenziali, i requisiti necessari a prendere parte alla procedura comparativa, ma ne autodichiarano il possesso, comporta due conseguenze evidenti: da un lato, l'operatore potrebbe integrare un requisito indispensabile alla partecipazione solo dopo aver preso parte alla gara ed in seguito al suo esito favorevole, a differenza degli altri concorrenti; dall'altro lato, l'autodichiarazione resa in sede di presentazione dell'offerta sarebbe viziata da una intrinseca falsità, di per sé idonea a giustificare l'esclusione dalla procedura. Inoltre, consentire una regolarizzazione postuma dei requisiti di partecipazione alla gara urterebbe con la impossibilità, affermata anche dalla sentenza di questa Adunanza Plenaria n. 8 del 20 luglio 2014, di perdere i requisiti neanche temporaneamente nel corso della procedura.*

*Infine, da un punto di vista storico - normativo, questa Adunanza Plenaria ha richiamato il D.M. 24 ottobre 2007, il cui art. 7 comma 3 prevedeva un procedimento strutturalmente simile a quello previsto dall'art. 31 comma 8: "[n]ell'interpretazione di questa norma non si è mai dubitato che la regola del previo invito alla regolarizzazione non trovasse applicazione nel caso di richiesta della certificazione preordinata alle verifiche effettuate dalla stazione appaltante ai*

*fini della partecipazione alle gare d'appalto".*

*Deve, poi, ribadirsi che, per granitica giurisprudenza, "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" (Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria 4 maggio 2012, n. 8), sicchè (Consiglio di Stato, 31 agosto 2015, n. 4043) "il requisito della regolarità dei versamenti contributivi" deve "permanere per tutta la durata della procedura di gara, sino alla stipula del contratto (...), senza alcuna soluzione di continuità" e nonè "unicamente un presupposto legittimante per la presentazione della domanda di partecipazione o per la successiva aggiudicazione", considerato pure che "la frammentazione della rilevanza del requisito della regolarità contributiva ... rende possibili esiti elusivi che aggirano gli obblighi imperativi ed inderogabili alla cui tutela è funzionalizzato il requisito stesso".*

*1.2 - Quanto innanzi esposto palesa l'infondatezza dei (primi due) motivi di gravame.*

*Ed invero, anche a voler ritenere "regolare" la situazione previdenziale della ditta al 6 marzo 2015 (data di scadenza del termine di presentazione delle offerte), in ragione dell'avvenuta riemissione (in data 9 giugno 2015) del D.U.R.C., ai sensi dell'art. 13 bis, comma 5 del D.L. n. 52/2012 (in atti), risulta (comunque) per tabulas la gravità e definitività delle violazioni contributive e la mancanza della permanenza del requisito de quo nel corso dell'intera procedura selettiva (come, peraltro, sostanzialmente riconosciuto dalla stessa Società ricorrente nel lamentare l'omissione del "preavviso di regolarizzazione"). Al riguardo, si vedano, in particolare, i D.U.R.C. attestanti l'irregolarità: alla data del 23 dicembre 2014 (data di sottoscrizione della dichiarazione), come pure espressamente confermato dall'I.N.P.S. di Taranto con la citata nota del 27 luglio 2015 (v. parte "Fatto"); alle date del 24 aprile 2015 (certificato emesso il 27 aprile 2015, irregolarità, quest'ultima, peraltro, espressamente riconosciuta dalla medesima Società quale "temporanea irregolarità contributiva" "in corso di sanatoria" - v. nota del 12 maggio 2015, doc. all. n. 7 al ricorso introduttivo) e dell'11 maggio 2015.*

*Osserva, inoltre, il Collegio, che la data dell'autodichiarazione (23 dicembre 2014) è rilevante ai fini de quibus, in quanto, da un lato, è stata "liberamente" scelta dall'operatore economico e segna l'inizio, in concreto, della fase della partecipazione alla procedura, e, dall'altro, si appalesa con ogni evidenza inammissibile una dichiarazione che attesti, sostanzialmente, il possesso di un requisito per una data futura (quella, appunto, di scadenza del termine di presentazione delle offerte, sicchè infondata è la seconda censura). E tanto fermo restando, comunque, l'irregolarità contributiva alle altre date considerate.*

*2. - La Società ricorrente lamenta, poi (terzo motivo del gravame introduttivo), presunti profili di incompatibilità comunitaria, in relazione all'art. 45 della Direttiva n. 18/2004, con espresso richiamo all'ordinanza 3 febbraio - 11 marzo 2015, n. 1236, con la quale il Consiglio di Stato (Sezione IV) ha rimesso innanzi alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea la questione pregiudiziale "se l'art. 45 della direttiva 18/2004, letto anche alla luce del principio di ragionevolezza, nonché gli artt. 49, 56 del TFUE, ostino ad una normativa nazionale che, nell'ambito di una procedura d'appalto sopra soglia, consenta la richiesta d'ufficio della certificazione formata dagli istituti previdenziali (DURC) ed obblighi la stazione appaltante a*

considerare ostativa una certificazione dalla quale si evince una violazione contributiva pregressa ed in particolare sussistente al momento della partecipazione, tuttavia non conosciuta dall'operatore economico - il quale ha partecipato in forza di un DURC positivo in corso di validità - e comunque non più sussistente al momento dell'aggiudicazione o della verifica d'ufficio". Formula espressa richiesta di sospensione (c.d. impropria) del presente giudizio fino all'esito delle valutazioni della Corte Europea. Deduce, inoltre, la questione di compatibilità del diritto interno con l'art. 57, comma 2, della nuova Direttiva n. 24/2014.

2.1 - In proposito, già l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (sentenza n. 5/2016 cit.), con specifico riferimento (proprio) alla richiamata ordinanza di rimessione n. 1236/2015 (par. IX), premessa l'irrelevanza del principio di tutela del legittimo affidamento (in considerazione dell'operatività del limite dell'autoresponsabilità, "in forza del quale ciascuno risponde degli errori commessi" -, che non può "essere invocato dall'impresa che volontariamente o colpevolmente si trovi in una situazione di irregolarità contributiva"), aveva escluso la necessità di una sospensione c.d. impropria del giudizio, sulla considerazione che "la Corte di Giustizia ha già avuto modo di occuparsi della compatibilità comunitaria della disciplina legislativa nazionale che preclude rigidamente la partecipazione alle gare di appalto alle imprese che versino in una situazione grave e definitivamente accertata di irregolarità contributiva (e delle relative nozioni di "gravità" e "definitivo accertamento")", concludendo - in particolare, sulla scorta della "sentenza 10 luglio 2014, C-358/12, Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici ... (paragrafi 32 e seguenti della motivazione)" - che "Nemmeno gli argomenti fondati sul diritto comunitario impongono ... di dare spazio ad una generalizzata regolarizzazione postuma".

A risolvere definitivamente la questione è intervenuta la decisione della Corte di Giustizia dell'Unione Europea (Sezione IX, 10 novembre 2016, causa C-199/15), la quale, nel pronunciarsi (proprio) sulla questione pregiudiziale sollevata dal Consiglio di Stato con la citata ordinanza di rimessione n. 1236/2015, ha statuito che "L'articolo 45 della direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, deve essere interpretato nel senso che non osta a una normativa nazionale, come quella di cui trattasi nel procedimento principale, che obbliga l'amministrazione aggiudicatrice a considerare quale motivo di esclusione una violazione in materia di versamento di contributi previdenziali ed assistenziali risultante da un certificato richiesto d'ufficio dall'amministrazione aggiudicatrice e rilasciato dagli istituti previdenziali, qualora tale violazione sussistesse alla data della partecipazione ad una gara d'appalto, anche se non sussisteva più alla data dell'aggiudicazione o della verifica d'ufficio da parte dell'amministrazione aggiudicatrice".

2.2 - In relazione, poi, alla dedotta violazione della Direttiva n. 24/2014, è sufficiente rilevarne l'inapplicabilità *ratione temporis* alla fattispecie in parola (essendo la stessa, in parte qua, non *self executing*).

3. - I motivi proposti con memoria notificata il 14 settembre 2016 (atto da qualificare alla stregua di motivi aggiunti ex art. 43 c.p.a., con cui si denunciano ulteriori vizi di legittimità avverso i medesimi provvedimenti già impugnati con il ricorso introduttivo ed i primi motivi aggiunti), poi, sono irricevibili per tardività.

*E' sufficiente, al riguardo, ribadire quanto già compiutamente evidenziato in sede cautelare (ordinanza n. 494/2016, confermata dal Consiglio di Stato con ordinanza n. 4824/2016), e cioè che i predetti motivi si basano su nuovi profili di doglianza (mancato preavviso di D.U.R.C. negativo, però sotto l'innovativo profilo della omessa compensazione, da parte degli Enti previdenziali, dei crediti della Società ricorrente esistenti nei confronti della P.A. nel periodo di rilascio dei D.U.R.C. negativi e regolarmente iscritti sulla piattaforma telematica ai sensi dell'art. 13 bis del D.L. n. 52/2012, anziché sotto il profilo denunciato nel ricorso introduttivo del giudizio dell'omesso invito alla regolarizzazione con assegnazione del termine per consentire il pagamento postumo dei debiti contributivi).*

*Trattasi, con ogni evidenza, di ulteriori vizi di legittimità (come condivisibilmente opposto sia dalla P.A. resistente che dal R.T.I. controinteressato aggiudicatario), del tutto autonomi e distinti rispetto a quelli (tempestivamente) denunciati con i precedenti atti del giudizio e costituenti un evidente ampliamento del thema decidendum: da un lato, il c.d. "preavviso di regolarizzazione" (la cui mancanza si deduce con il ricorso introduttivo e con i primi motivi aggiunti), che attiene al preventivo (rispetto all'emissione del D.U.R.C. con esito "irregolare") invito all'operatore economico a regolarizzare (in via "postuma") la propria posizione previdenziale "in sofferenza"; dall'altro, la compensazione dei debiti previdenziali con "crediti certi, liquidi ed esigibili vantati nei confronti delle Pubbliche Amministrazioni di importo almeno pari agli oneri contributivi accertati e non ancora versati da parte di un medesimo soggetto", ex art. 13 bis, comma 5 del D.L. n. 52/2012 (di cui alla memoria/motivi aggiunti del 14 settembre 2016), che vale a provare la regolarità previdenziale ab origine.*

*Vizi, questi ultimi, quindi, già conoscibili con la dovuta e richiesta ordinaria diligenza professionale, che avrebbero potuto (e dovuto, appunto) essere proposti già con l'originario gravame e che, a ben vedere, avrebbero (pure) potuto formare oggetto di discussione finanche nel contraddittorio procedimentale instauratosi tra le rispettive parti in causa, all'atto della verifica d'ufficio sul possesso requisito di regolarità contributiva (nel mentre le controdeduzioni del 12 maggio 2015 non contengono riferimento alcuno all'art. 13 bis del D.L. n. 52/2012).*

*Per completezza espositiva, osserva la Sezione che "il rilascio del DURC in presenza di crediti certificati richiede pur sempre l'attivazione da parte dell'operatore interessato. Il che risulta comprensibile se solo si consideri che la conoscenza in ordine alla sussistenza di crediti nei confronti delle amministrazioni pubbliche rientra in primis nella disponibilità del creditore", essendo "onere della parte interessata quello: i) di allegare la sussistenza del credito (se del caso, suffragandola attraverso la produzione della certificazione ex lege); ii) di richiedere agli enti competenti di rilasciare il DURC "in compensazione" ai sensi dell'articolo 13-bis del decreto-legge n. 52 del 2012" (Consiglio di Stato, V, 23 novembre 2016, n. 4906).*

*In conclusione, i motivi aggiunti del 14 settembre 2016, interposti avverso le determinazioni dirigenziali n. 22 del 22 gennaio 2016 e n. 150 del 6 maggio 2016 (comunicate, rispettivamente, il 25 gennaio 2016 ed il 9 maggio 2016), risultano irricevibili per tardività rispetto al termine decadenziale previsto dall'art. 120, quinto comma c.p.a. (trenta giorni decorrenti dalla ricezione delle comunicazioni di cui all'art. 79 del D. Lgs. 12 aprile 2006 n. 163 e ss.mm.).*

4. - Infine, i (terzi) motivi aggiunti del 28 settembre 2016 (peraltro, nemmeno depositati dalla parte ricorrente, ma solo dalla controinteressata, destinataria della notifica degli stessi), sono irricevibili per tardività, per le medesime ragioni evidenziate in precedenza, nonché inammissibili, in quanto proposti avverso inesistenti provvedimenti di consegna anticipata d'urgenza del servizio.

Ed invero, l'A.R.O. n. 2 Provincia di Taranto, nello smentire (memoria difensiva del 30 settembre 2016) le avverse deduzioni in merito ad una presunta consegna dell'appalto in questione, ha chiarito che l'aggiudicataria è stata soltanto invitata "il giorno 30 settembre 2016 alle ore 10.00 per la stipula dell'atto" (così la nota prot. n. 55717 del 27 settembre 2016), così come confermato per tabulas dal "Verbale di avvio dell'esecuzione del contratto" del 18 novembre 2016, con cui, premessa l'avvenuta stipula del contratto (in data 4 novembre 2016), la P.A. ha provveduto "alla consegna del servizio il cui avvio avverrà il 21.11.2016".

5. - Per tutto quanto innanzi esposto: il ricorso introduttivo ed i (primi) motivi aggiunti dell'8 giugno 2016 sono infondati e vanno respinti; i (secondi) motivi aggiunti proposti con memoria notificata il 14 settembre 2016 sono irricevibili per tardività; i (terzi) motivi aggiunti del 28 settembre 2016 sono irricevibili/inammissibili.

6. - Sussistono gravi ed eccezionali motivi (l'assoluta novità di talune delle questioni trattate) per giustificare l'integrale compensazione tra le parti delle spese del presente giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia Lecce - Sezione Terza, definitivamente pronunciando sul ricorso e sui motivi aggiunti, come in epigrafe proposti:

- 1) respinge il ricorso introduttivo ed i (primi) motivi aggiunti dell'8 giugno 2016;
- 2) dichiara irricevibili i (secondi) motivi aggiunti proposti con memoria notificata il 14 settembre 2016, per le ragioni di cui in motivazione;
- 3) dichiara irricevibili/inammissibili i (terzi) motivi aggiunti del 28 settembre 2016, per le ragioni di cui in motivazione.

Dispone l'integrale compensazione tra le parti delle spese del presente giudizio.

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

Così deciso in Lecce nella Camera di Consiglio del giorno 14 febbraio 2017 con l'intervento dei magistrati:

Enrico d'Arpe, Presidente FF

Antonella Lariccia, Referendario



Maria Luisa Rotondano, Referendario, Estensore