

Il versamento omesso eccede i limiti del DM 2007 legittimo annullamento dell'aggiudicazione (TAR Sent. N. 00134/2012)

Autore: Lazzini Sonia

In: Appalti pubblici

E' totalmente irrilevante l'eventuale adempimento tardivo dell'obbligazione contributiva

la regolarità contributiva costituisce requisito sostanziale di partecipazione alla gara, avendo il legislatore ritenuto tale regolarità indice dell'affidabilità, diligenza e serietà dell'impresa e della sua correttezza nei rapporti con le maestranze

Risulta pertanto legittimo l'impugnato provvedimento di revoca dell'aggiudicazione adottato dall'intimata Amministrazione comunale che ha ritenuto che la violazione fosse grave e definitiva in ragione del fatto che la concorrente si era limitata a porre in essere postume attività tese a regolarizzare in via successiva le inadempienze riscontrate

Va respinta la domanda di risarcimento dei danni per lite temeraria formulata dal Comune resistente, e ciò in quanto la condanna per responsabilità aggravata ai sensi dell'art. 96, I comma c.p.c. (richiamato dall'art. 26, I comma del c.p.a.) presuppone non solo la totale soccombenza e la mala fede (o quanto meno la colpa grave) della parte di cui si chiedi la condanna, ma anche che il richiedente deduca e dimostri - ma il richiedente non l'ha dedotto e dimostrato - la concreta ed effettiva sussistenza di un danno risarcibile in conseguenza del comportamento processuale della parte medesima: in mancanza della relativa prova il collegio non può provvedere alla liquidazione d'ufficio del danno nonostante la domanda dell'interessato, neppure in via equitativa.

Nè si ritiene che sussistano i presupposti della “temerarietà” della lite per l’irrogazione della sanzione, a carico del soccombente, prevista dall’art. 26, II comma del c.p.a. come sostituito dall’art. 1, I comma, lett. f) del DLgs n. 195/2011

Passaggio tratto dalla sentenza numero 134 del 3 febbraio 2012 pronunciata dal Tar Veneto, Venezia

l’art. 38, I comma, lett. i) del codice dei contratti è interpretato nel senso che il principio dell’autonomia del procedimento di rilascio del DURC impone che la stazione appaltante debba basarsi sulle certificazioni risultanti da quest’ultimo documento, prendendole come un dato di fatto inoppugnabile, dovendo limitarsi a valutare soltanto se sussistono procedimenti diretti a contestare gli accertamenti degli enti previdenziali riportati nel DURC o condoni (ai fini della “definitività”), e, inoltre, se la violazione riportata nel DURC risulti o meno “grave” (CdS., IV, 15.9.2010 n. 6907; V, 4.8.2010 n. 5213; VI, 6.4.2010 n. 1934).

A tal proposito deve rammentarsi che, ai sensi del D.M. 24 ottobre 2007 (emanato in attuazione dell’art. 1, comma 1176 della legge 27 dicembre 2006 n. 296) sono state definite le modalità di rilascio ed i contenuti analitici del DURC e, a tal fine, è stata fissata una soglia di “gravità” delle violazioni, ritenendosi le violazioni al di sotto di tale soglia non ostative al rilascio del DURC: non si considera, in particolare, grave lo scostamento inferiore o pari al 5% tra le somme dovute e quelle versate con riferimento a ciascun periodo di paga o di contribuzione o, comunque, uno scostamento inferiore a 100 euro, fermo restando l’obbligo di versamento del predetto importo entro i trenta giorni successivi al rilascio del DURC (art. 8, III comma derl DM cit.).

Quanto al requisito della “definitività”, la pendenza di qualsiasi contenzioso impedisce di ritenere il soggetto in posizione irregolare: quindi fino alla decisione che respinge il ricorso, può essere dichiarata la regolarità contributiva (art. 8, II comma, lett. a).

Pertanto, dopo il DM del 2007, il DURC attesta solo le irregolarità contributive “definitivamente

accertate” e solo quelle che superano la “soglia di gravità” fissata dal citato decreto: dopo tale decreto, pertanto, una declaratoria di non regolarità contributiva certifica che, ai fini dell’art. 38, I comma, lett. i) del codice appalti, è stata commessa una violazione contributiva “grave” e “definitivamente accertata” (CdS, VI, 4.8.2009 n. 4906).

Nell’ipotesi in esame, il versamento omesso dalla ricorrente eccede i limiti di proporzione segnati dai parametri specificati nel DM del 2007, con la conseguenza che deve convenirsi con l’Amministrazione circa l’insussistenza dei requisiti generali, non sussistendo, per le ragioni illustrate, le condizioni normativamente previste dal predetto decreto per il rilascio di un DURC regolare.

Giova in proposito osservare che la regolarità contributiva costituisce requisito sostanziale di partecipazione alla gara, avendo il legislatore ritenuto tale regolarità indice dell’affidabilità, diligenza e serietà dell’impresa e della sua correttezza nei rapporti con le maestranze (CdS, IV, 15.9.2010 n. 6907): è quindi totalmente irrilevante l’eventuale adempimento tardivo dell’obbligazione contributiva, quand’anche ricondotto, quanto ad efficacia, al momento della scadenza del termine di pagamento, che, se può essere soddisfacente per l’Ente previdenziale, non lo è ai fini della legittimità del subentro in un contratto di appalto, non essendo ammesse postume sanatorie all’affidabilità, alla serietà, alla continuità dell’attività d’impresa.

Risulta pertanto legittimo l’impugnato provvedimento di revoca dell’aggiudicazione adottato dall’intimata Amministrazione comunale che ha ritenuto che la violazione fosse grave e definitiva in ragione del fatto che la concorrente si era limitata a porre in essere postume attività tese a regolarizzare in via successiva le inadempienze riscontrate.

La testè accertata legittimità dell’atto di revoca dell’aggiudicazione rende evidentemente immuni dalla censura di illegittimità derivata gli ulteriori, impugnati provvedimenti emanati dal Comune in via consequenziale, con i quali è stata dichiarata improcedibile la richiesta di autorizzazione al subappalto dei lavori, è stato ordinato lo sgombero del cantiere ed è stata negata la proroga dei termini di ultimazione dei lavori.

Va respinta la domanda di risarcimento dei danni per lite temeraria formulata dal Comune resistente, e ciò in quanto la condanna per responsabilità aggravata ai sensi dell'art. 96, I comma c.p.c. (richiamato dall'art. 26, I comma del c.p.a.) presuppone non solo la totale soccombenza e la mala fede (o quanto meno la colpa grave) della parte di cui si chiede la condanna, ma anche che il richiedente deduca e dimostri - ma il richiedente non l'ha dedotto e dimostrato - la concreta ed effettiva sussistenza di un danno risarcibile in conseguenza del comportamento processuale della parte medesima: in mancanza della relativa prova il collegio non può provvedere alla liquidazione d'ufficio del danno nonostante la domanda dell'interessato, neppure in via equitativa.

Nè si ritiene che sussistano i presupposti della "temerarietà" della lite per l'irrogazione della sanzione, a carico del soccombente, prevista dall'art. 26, II comma del c.p.a. come sostituito dall'art. 1, I comma, lett. f) del DLgs n. 195/2011.

GIURISPRUDENZA SEGNALATA PRESENTE NEL COMMENTO

decisione numero 6907 del 15 settembre 2010 pronunciata dal Consiglio di Stato

decisione numero 1934 del 6 aprile 2010 pronunciata dal Consiglio di Stato

decisione numero 4906 del 4 agosto 2009, emessa dal Consiglio di Stato

GIURISPRUDENZA SEGNALATA

decisione numero 6907 del 15 settembre 2010 pronunciata dal Consiglio di Stato

il principio dell'autonomia del procedimento di rilascio del DURC (documento unico regolarità contributiva) impone che la stazione appaltante debba basarsi sulle certificazioni risultanti da quest'ultimo documento, prendendole come un dato di fatto inoppugnabile

E debba altresì valutare, innanzi tutto, se sussistono procedimenti diretti a contestare gli accertamenti degli enti previdenziali riportati nel DURC, o condoni, ed in secondo luogo se la violazione riportata nel DURC, in relazione all'appalto o fornitura in questione o alla consistenza economica della ditta concorrente o ad altre circostanze, risulti o no "grave"

D'altronde, in modo conforme si esprime la norma ministeriale invocata (art. 5 D.M. 24 ottobre 2007, n. 28578), a tenore della quale la regolarità contributiva è attestata dagli Istituti previdenziali qualora ricorrano le relative condizioni (correntezza degli adempimenti mensili o, comunque, periodici; corrispondenza tra versamenti effettuati e versamenti accertati dagli Istituti previdenziali come dovuti; inesistenza di inadempienze in atto) e sussiste in caso di "richiesta di rateizzazione per la quale l'Istituto competente abbia espresso parere favorevole".

Senonchè, nella specie, la richiesta di rateizzazione è postuma all'aggiudicazione e l'assenso dell'INPS è anch'esso successivo.

legittimamente l'Amministrazione appellata ha ritenuto che la violazione fosse grave e definitiva, in ragione del fatto che la concorrente non l'aveva in alcun modo rappresentata né tantomeno giustificata, essendosi limitata, anche in sede di verifica e di relativa richiesta giustificativa, a produrre Durc non regolari e postume attività tese a regolarizzare in via successiva le inadempienze riscontrate.

1- In primo grado (la sentenza numero 10877 del 5 novembre 2009 emessa dal Tar Lazio, Roma), la società odierna appellante ha impugnato il provvedimento 7 maggio 2009, con i relativi atti presupposti, di sua esclusione dalla gara indetta dall'Amministrazione resistente per l'affidamento del servizio di pulizia

delle sedi di taluni uffici territoriali, articolata in quattro lotti e dei quali due a costei provvisoriamente aggiudicati, perché -a seguito dei controlli svolti sul requisito autodichiarato in sede di presentazione della domanda di partecipazione- il DURC esibito evidenziava invece, alla data del 4 marzo 2009, un rilevante stato di irregolarità contributiva presso l'INPS nei mesi di ottobre, novembre e dicembre 2008, mesi cioè immediatamente successivi alla data di formulazione dell'offerta con scadenza entro il 19 settembre 2008.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, con la sentenza oggetto di impugnazione, ha respinto i dieci mezzi di ricorso e per motivi aggiunti proposti dall'interessata, rilevando come l'impresa debba essere in regola con i relativi obblighi contributivi fin dalla presentazione della domanda e conservare tale regolarità per tutto lo svolgimento della procedura di gara, nonché durante la pendenza del relativo rapporto contrattuale; seguirebbe da ciò la circostanza che le irregolarità contributive dell'aggiudicatario, seppure rilevate in epoca successiva alla presentazione della domanda di partecipazione alla gara, vengono a costituire elemento impeditivo per l'affidamento dell'appalto, mentre la regolarizzazione postuma non elimina le irregolarità riscontrate e le loro conseguenze sul piano della correttezza ed affidabilità dell'impresa aggiudicataria; di conseguenza, nella specie, sarebbe irrilevante il fatto che l'istituto previdenziale in data 25 marzo 2009 (cioè dopo l'esperimento della gara) abbia ammesso la società appellante all'accentramento presso un'unica sede delle singole posizioni contributive relative ai vari dipendenti occupati nei diversi luoghi sul territorio dello Stato, ovvero che abbia anche consentito la rateizzazione dei debiti maturati, in quanto avvenuto in epoca successiva all'aggiudicazione della gara e, quindi, senza alcun effetto sanante per il pregresso.

2- Con l'appello in esame, ulteriormente illustrato dalle memorie depositate in data 1° febbraio e 28 maggio 2010, la società deducente, nel reiterare in via devolutiva le censure originarie, ha chiesto che il ricorso di primo grado sia accolto, a riforma della sentenza gravata, negli assunti che i primi giudici avrebbero eluso il punto focale della controversia costituito non già dal fatto, non contestato nella sua materialità, dell'esistenza di un debito contributivo pendente al momento dell'aggiudicazione, ma dall'accertamento delle ragioni fattuali e giuridiche che ne escludevano la possibilità di qualificare la pendenza del debito come inadempimento nell'ambito del rapporto contributivo, avuto riguardo al silenzio assenso maturatosi relativamente al DURC del 22 gennaio 2009 ed in relazione al formale assenso dell'istituto previdenziale all'accentramento ed alla rateazione nonché nell'espressa certificazione di regolarità contenuta nel DURC del 13 maggio 2009; d'altro canto, l'equiparazione ritenuta sussistente dal

TAR, del differimento dei termini di pagamento dell'obbligo contributivo all'omissione del pagamento dovuto, sarebbe impedito dall'art. 5 del D.M. 24 ottobre 2007, n. 28578, secondo il cui comma 2, lett. a) "la regolarità contributiva sussiste... in caso di richiesta di rateazione per la quale l'Istituto competente abbia espresso parere favorevole"; da tanto, emergerebbero nella specie -in punto di fatto e di diritto- tutti i vizi prospettati con l'atto introduttivo e che inficerebbero la sentenza avversata, tenuto altresì conto che l'INPS ha accolto la domanda di accentramento del versamento dei contributi per i dipendenti occupati il 25 marzo 2009, con effetto retroattivo dal 1° dicembre 2008, e che l'art. 38, commi 1 e 2, del d.lvo n. 163 del 2006 dispone che debbono considerarsi rilevanti soltanto le violazioni gravi e definitivamente accertate.

L'Agenzia delle Entrate resistente, con la memoria depositata il 29 maggio 2010, ha rilevato in fatto ed in diritto che:

- la società appellante si è costituita in data 18 luglio 2008, ma ha iniziato l'attività soltanto il 18 settembre 2008, cioè il giorno prima della presentazione della domanda di partecipazione alla gara, ragione per la quale l'autodichiarazione non poteva che attestare uno stato di regolarità;

- ogni requisito di accesso alla gara deve formare oggetto di una verifica di tipo dinamico sulla perdurante attualità della correntezza contributiva del concorrente verificato, al momento della domanda, dell'offerta e nelle successive fasi della procedura;

- l'INPS-Roma Eur ha attestato mancati versamenti alla data del 4 marzo 2009 ed, a seguito delle verifiche, sono stati acquisiti altri 4 DURC evidenzianti una situazione di persistente irregolarità;

- nessuna rilevanza può essere attribuita al DURC rilasciato dall'INAIL e non dall'INPS, al fine di comprovare l'autodichiarazione ed attestante alla data del 7 gennaio 2009 la regolarità, ma con la dicitura "INPS sede di Roma NON SI E' PRONUNCIATO...(ed) Il certificato viene rilasciato in base alle risultanze

dello stato degli atti e non ha effetti liberatori per l'impresa...", che nella specie ha invece taciuto la reale informazione circa il rilevante debito, se non all'esito delle verifiche svolte;

- l'anteriore istanza di accentramento è in modo singolare "per le vie brevi" e la società appellante si è rivolta solo dopo l'aggiudicazione il 25 marzo 2009 all'INPS, che si è pronunciato esclusivamente sulla richiesta di accentramento contributivo;

- l'irregolarità contributiva dell'aggiudicatario, come sopra delineata, costituisce elemento impeditivo per l'affidamento dell'appalto;

- è quindi totalmente irrilevante l'eventuale adempimento tardivo dell'obbligazione contributiva, quand'anche ricondotto, quanto ad efficacia, al momento della scadenza del termine di pagamento, che può essere satisfattivo per l'Ente previdenziale, non già ai fini della legittima ammissione a gara, non essendo ammesse postume sanatorie all'affidabilità, alla serietà, alla continuità dell'attività d'impresa, da cui l'intrinseca gravità delle irregolarità emerse anche in relazione all'entità degli omessi versamenti (€ 231 mila circa).

E' altresì presente in giudizio la società aggiudicataria finale che, con il controricorso, oltre l'infondatezza dell'appello alla luce della gravità delle inadempienze accertate a carico della esclusa, ne ha anche opposto l'inammissibilità per la genericità della procura speciale conferita al difensore patrocinante.

All'udienza del 4 giugno 2010 la causa è stata posta in decisione ed è stato depositato il dispositivo, cui segue il deposito della relativa motivazione.

Qual è il parere dell'adito giudice amministrativo di appello del Consiglio di Stato?

In linea preliminare, va disattesa l'eccezione di inammissibilità formulata dalla società appellata e controinteressata in primo grado, in quanto la procura rilasciata a margine dell'appello introdotto reca espresso riferimento al "giudizio di cui al presente atto" e, quindi, essa non è affatto generica ed indeterminata.

4.- Nel merito, è incontestabile che, nella corrispondenza intercorsa tra l'appellante e l'Agenzia delle Entrate in esito alla gara espletata e circa la condizione di regolarità contributiva, come del resto negli stessi documenti rilasciati (DURC), non si faccia mai menzione né di accentramento di posizioni contributive, né di rateazioni in corso, mentre le relative domande sono "per le vie brevi" oppure "postume" rispetto alla svolgimento della gara controversa.

Come ritenuto da questo Consiglio -in materia di esclusione dalla partecipazione alle procedure di gara e dalla stipula dei relativi contratti dei soggetti che "hanno commesso violazioni gravi, definitivamente accertate, alle norme in materia di contributi previdenziali e assistenziali, secondo la legislazione italiana e dello Stato in cui sono stabiliti"- l'art. 38, comma 1, lett. i), del Codice dei contratti pubblici (d.lg. n. 163 del 2006) deve essere interpretato nel senso che il principio dell'autonomia del procedimento di rilascio del DURC (documento unico regolarità contributiva) impone che la stazione appaltante debba basarsi sulle certificazioni risultanti da quest'ultimo documento, prendendole come un dato di fatto inoppugnabile, e debba altresì valutare, innanzi tutto, se sussistono procedimenti diretti a contestare gli accertamenti degli enti previdenziali riportati nel DURC, o condoni, ed in secondo luogo se la violazione riportata nel DURC, in relazione all'appalto o fornitura in questione o alla consistenza economica della ditta concorrente o ad altre circostanze, risulti o no "grave" (Consiglio Stato, sez. III, 29 settembre 2009, n. 2345).

D'altronde, in modo conforme si esprime la norma ministeriale invocata (art. 5 D.M. 24 ottobre 2007, n. 28578), a tenore della quale la regolarità contributiva è attestata dagli Istituti previdenziali qualora ricorrano le relative condizioni (correntezza degli adempimenti mensili o, comunque, periodici; corrispondenza tra versamenti effettuati e versamenti accertati dagli Istituti previdenziali come dovuti; inesistenza di inadempienze in atto) e sussiste in caso di "richiesta di rateizzazione per la quale l'Istituto competente abbia espresso parere favorevole".

Senonchè, nella specie, la richiesta di rateizzazione è postuma all'aggiudicazione e l'assenso dell'INPS è anch'esso successivo.

La società appellante sostiene che la situazione di regolarità mancante al momento dell'aggiudicazione provvisoria sarebbe superata dalle successive istanze di accentramento delle posizioni previdenziali dei dipendenti lavoratori e di rateizzazione dei relativi debiti contributivi, ma - in tema di omesso versamento dei contributi assicurativi e previdenziali - i benefici collegati alla regolarizzazione trovano applicazione soltanto a decorrere dalla definizione della vertenza ovvero solo a seguito dell'accoglimento della richiesta di rateazione, nella specie entrambe postume rispetto alla procedura della gara espletata (Cons. St., sez V, 7 ottobre 2008, n. 4871)

Giova in proposito osservare che la regolarità contributiva costituisce requisito sostanziale di partecipazione alla gara, avendo il legislatore ritenuto tale regolarità indice dell'affidabilità, diligenza e serietà dell'impresa e della sua correttezza nei rapporti con le maestranze (Cons. Stato, sez. V, 18 ottobre 2001, n. 5517).

Ne consegue che la piena verifica in merito alle relative dichiarazioni rientra nei poteri della stazione appaltante (sia in relazione alle specifiche previsioni del Codice dei contratti, sia con riguardo ai più generali canoni dell'azione amministrativa in materia di documenti amministrativi), riconosciuti come compatibili dalla Corte di Giustizia Europea, esclusa ovviamente ogni esclusione automatica (Cons. St., sez. IV, 31 maggio 2007, n. 2876)

Peraltro, alla stregua della costante giurisprudenza di questa Sezione (IV, 27 dicembre 2004, n. 8215), la regolarità contributiva e fiscale, richiesta come requisito indispensabile per la partecipazione alla gara, deve essere mantenuta per tutto l'arco di svolgimento della gara stessa, sicchè legittimamente l'Amministrazione ha potuto accertare, a fronte di DURC negativi, sia l'insussistenza del requisito normativamente richiesto, sia la non veridicità e reticenza sulle dichiarazioni rese in sede di gara e nel corso delle verifiche in contraddittorio.

Rileva così il Collegio che la consapevolezza della mancata correttezza contributiva connota di gravità "tout court" la violazione, essendo la ricorrente onerata, al momento della domanda di partecipazione, e proprio al fine di evitare false dichiarazioni, di rappresentare l'eventuale insoluto, la sua entità e le ragioni che l'avessero determinato, al fine di instaurare, essa stessa, un leale contraddittorio sul punto onde consentire alla stazione appaltante di escludere la gravità e definitività della violazione che comunque, indiscutibilmente, nel caso di specie alla data di aggiudicazione sussisteva.

6- Conclusivamente, l'appello va respinto e la sentenza merita conferma, in quanto legittimamente l'Amministrazione appellata ha ritenuto che la violazione fosse grave e definitiva, in ragione del fatto che la concorrente non l'aveva in alcun modo rappresentata né tantomeno giustificata, essendosi limitata, anche in sede di verifica e di relativa richiesta giustificativa, a produrre Durc non regolari e postume attività tese a regolarizzare in via successiva le inadempienze riscontrate.

decisione numero 1934 del 6 aprile 2010 pronunciata dal Consiglio di Stato

Attesa la natura giuridica del DURC, non residua in capo alla stazione appaltante alcun margine di valutazione o di apprezzamento in ordine ai dati ed alle circostanze in esso contenute (cfr. Cons. Stato, sez. IV, n. 1458/2009)

Il DURC assume la valenza di una dichiarazione di scienza, da collocarsi fra gli atti di certificazione o di attestazione redatti da un pubblico ufficiale ed aventi carattere meramente dichiarativo di dati in possesso della pubblica amministrazione, assistito da pubblica fede ai sensi dell'articolo 2700 c.c., facente pertanto prova fino a querela di falso.

Con il ricorso proposto innanzi al T.a.r. Lazio, la società Ricorrente ha impugnato il provvedimento in data 19 maggio 2009 con cui Trenitalia ha disposto la caducazione dell'aggiudicazione definitiva già disposta il precedente 9 aprile 2009, per l'affidamento dei servizi di pulizia dei materiali rotabili e degli impianti

industriali, lotto 8 - Compagnia Divisione Passeggeri Nazionale/Internazionale, sulla scorta di una duplice motivazione: a) la sussistenza della causa ostativa di cui all'art. 38, comma 1, lett. i), d.lgs. 163/2006; b) nell'ambito dei rapporti contrattuali in essere, la commissione di grave negligenza nell'esecuzione dei servizi di pulizia affidati con l'accordo quadro n. 1687 del 10 marzo 2006 relativo al lotto 11 Sicilia, che ha fatto venir meno nei confronti della società il rapporto fiduciario indispensabile ai fini dell'affidamento di nuovi appalti.

2. Con la sentenza di estremi indicati in epigrafe, il T.a.r Lazio ha respinto il ricorso.

3. Avverso tale decisione Ricorrente ha proposto appello chiedendone la riforma.

Alla pubblica udienza del 2 febbraio 2010, la causa è stata trattenuta per la decisione.

Qual è il parere dell'adito giudice amministrativo di appello del Consiglio di Stato?

Con riguardo alle censure concernenti le modalità di accertamento del requisito della regolarità contributiva, non si può non tener conto che attualmente il nostro ordinamento affida un ruolo fondamentale alla certificazione di regolarità contributiva rilasciatoo dagli enti previdenziali e dalle Casse edili ai sensi dell'art.2 del d.l. 25 settembre 2002, n. 210 , così come modificato dalla legge di conversione 22 novembre 2002, n. 266 e dell'art. 3 , comma 8, lett. b-bis) d.lgs. 14 agosto 1996, n. 494, lettera aggiunta dall'art. 86, comma 10 d.lgs. 10 settembre 2003, n.276.

Il che significa che lo strumento principale per ogni accertamento in tema di regolarità contributiva è ormai la predetta certificazione proveniente dai suddetti organismi, mentre la precedente normativa in materia contenuta nell'art.75 del D.P.R. n. 554 del 1999 deve considerarsi ormai superata.

Il DURC assume la valenza di una dichiarazione di scienza, da collocarsi fra gli atti di certificazione o di attestazione redatti da un pubblico ufficiale ed aventi carattere meramente dichiarativo di dati in possesso della pubblica amministrazione, assistito da pubblica fede ai sensi dell'articolo 2700 c.c., facente pertanto prova fino a querela di falso.

Attesa la natura giuridica del DURC, non residua in capo alla stazione appaltante alcun margine di valutazione o di apprezzamento in ordine ai dati ed alle circostanze in esso contenute (cfr. Cons. Stato, sez. IV, n. 1458/2009)

Va ancora evidenziato che nel settore previdenziale, in considerazione dei gravi effetti negativi sui diritti dei lavoratori, sulla finanze pubbliche e sulla concorrenza tra le imprese derivanti dalla mancata osservanza degli obblighi in materia, debbono considerarsi "gravi" tutte le inadempienze rispetto a detti obblighi, salvo che non siano riscontrabili adeguate giustificazioni, come, ad esempio, la sussistenza di contenziosi di non agevole e pronta definizione sorti a seguito di verifiche e contestazioni da parte degli organismi previdenziali ovvero la necessità di verificare le condizioni per un condono o per una rateizzazione (Cons. Stato, sez. V, n. 5096/2008).

Non può dunque negarsi che sussisteva il requisito della "gravità" della infrazione, senza che ci fosse necessità di alcuna particolare motivazione.

Ancora, come questo Consiglio ha già avuto modo di chiarire, deve escludersi la rilevanza di un eventuale adempimento tardivo dell'obbligazione contributiva, quand'anche ricondotto retroattivamente, quanto ad efficacia, al momento della scadenza del termine di pagamento (Cons. Stato, sez. IV, n. 1458/2009).

5. Le considerazioni che precedono evidenziano la palese infondatezza di tutti i motivi con i quali l'appellante contesta l'accertamento della regolarità contributiva.

In senso contrario, non può assumere rilevanza, l'invocata compensazione tra il debito contributivo verso l'INPS e i crediti vantati da Ricorrente per avere anticipato importi per conto dell'INPS in relazione a trattamenti di integrazione salariale, in quanto, anche ad ammettere che operi automaticamente, la compensazione andrebbe a cancellare l'irregolarità contributiva verso l'INPS, ma non quella nei confronti dell'INAIL (che già da sola giustifica il provvedimento impugnato).

6. Gli altri motivi di appello, con cui si contesta l'autonomo capo motivazionale del provvedimento di esclusione relativa alla grave negligenza commessa nell'esecuzione di altri rapporti contrattuali, possono essere assorbiti, atteso che la loro eventuale fondatezza non travolgerebbe comunque il provvedimento impugnato.

Si legga anche

Attesa la natura giuridica del DURC, non residua in capo alla stazione appaltante alcun margine di valutazione o di apprezzamento in ordine ai dati ed alle circostanze in esso contenute.

La regolarità contributiva e fiscale delle imprese partecipanti alla gara per l'aggiudicazione di appalti con la p.a. deve essere presente al momento della offerta e deve essere assicurata pure in momenti successivi alla presentazione della domanda e dell'offerta e quindi certamente fino al momento della aggiudicazione, essendo palese la esigenza per la stazione appaltante di verificare l'affidabilità del soggetto partecipante alla gara fino alla conclusione della stessa (C. Stato, IV, 31 maggio 2007, n.2876).

La necessità della regolarità è tale che il presupposto normativo consente alla amministrazione di appurare, in presenza di elementi contraddittori, la reale situazione in ordine, tra l'altro, anche alla posizione contributiva della singola ditta partecipante (C. Stato, IV, 31 maggio 2007, n.2876).

A seguito della entrata in vigore della disciplina sul certificato di regolarità contributiva, dettata dagli articoli 2, d.l. 25 settembre 2002, n.210, come modificato dalla l.conv. 22 novembre 2002 n.266, e 86 comma 10 d.lgs. 10 settembre 2003, n.276, la verifica della regolarità contributiva delle imprese partecipanti alle procedure di gara per l'aggiudicazione di appalti con la pubblica amministrazione è demandata agli istituti di previdenza, le cui certificazioni si impongono alle stazioni appaltanti, che non possono sindacarne il contenuto (Consiglio Stato, V, 23 gennaio 2008, n.147).

In materia di gare per l'aggiudicazione di lavori pubblici, dalla disciplina istitutiva del Durc (Documento unico di regolarità contributiva, rilasciato in base a convenzioni tra Inps e Inail ai sensi dell'articolo 2 comma 2 d.l. 25 settembre 2002 n.210), l'impresa che si rende aggiudicataria di un appalto deve non solo essere in regola con gli obblighi previdenziali ed assistenziali sulla stessa gravanti fin dal momento della presentazione della domanda, ma deve conservare la correttezza contributiva per tutto lo svolgimento del rapporto contrattuale.

Ne consegue che l'eventuale accertamento di una pendenza di carattere previdenziale o assistenziale in capo all'impresa pur dichiarata aggiudicataria dell'appalto prodottasi anche in epoca successiva alla scadenza del termine per partecipare al procedimento di scelta del contraente implica, a seconda dei casi, la impossibilità per l'amministrazione appaltante di stipulare il contratto con l'impresa medesima, ovvero la risoluzione dello stesso; sempre in forza di ciò, è del tutto irrilevante un eventuale adempimento tardivo della obbligazione contributiva quand'anche ricondotto retroattivamente, quanto ad efficacia, al momento della scadenza del termine di pagamento.

In tema di affidamento di un appalto di lavori pubblici, la produzione di un durc, entro il periodo di sua efficacia, è utile non solo al fine della partecipazione alla gara, ma è anche idoneo a comprovare la posizione di regolarità o irregolarità contributiva di cui all'articolo 75 dpr 554/1999; pertanto, una volta che il legislatore abbia normato lo spazio temporale entro il quale un durc deve ritenersi valido (nella specie copriva fino alla fase di aggiudicazione e non era consentita una regolarità successiva), la sua efficacia vale sotto tutti i profili per i quali viene in rilievo nell'ambito di una gara.

Si ritiene anche che - a causa della inderogabilità e imperatività della disciplina in questione - nel caso in cui un bando di gara di appalto pubblico non preveda l'obbligo per l'impresa che risulti aggiudicataria di presentare alla stazione appaltante la certificazione relativa alla regolarità contributiva, il medesimo bando debba intendersi integrato dalla prescrizione di tale obbligo di cui all'art. 2, d.l. 25 settembre 2002, n.210. L'articolo 1 comma 1 d.l. 25 settembre 2002 n.210 (convertito con modificazioni dalla l.22 novembre 2002 n.266), ha stabilito che le imprese affidatarie di un appalto pubblico sono tenute a presentare alla stazione appaltante la certificazione relativa alle regolarità contributive a pena di revoca dell'affidamento. Una evidente logica di economia dei mezzi giuridici conduce a interpretare la norma citata nel senso di rendere doverosa la esclusione dalla gara quante volte, come nella specie, la situazione di irregolarità sia conclamata, alla stregua della documentazione amministrativa in possesso dalla stazione appaltante, in uno stadio anteriore all'intervento della aggiudicazione; e tanto al fine di evitare la illogica aggiudicazione di una gara destinata ad essere oggetto di successiva ed obbligatoria autotutela alla stregua della normativa ora richiamata (Consiglio di Stato, VI; 29 ottobre 2004, n.7045).

La regolarità va accertata in capo già al mero partecipante (che in ipotesi può essere affidatario) e in tale senso non può ravvedersi una diversità di rigidità della disciplina tra partecipanti e affidatari.

La difesa dell'impresa ricorda che l'articolo 38 comma 1 lettera i) richiede la sussistenza di "violazioni gravi" e la semplice menzione nel DURC della assenza di regolarità contributiva non può condurre di per sé alla esclusione della impresa risultata non in regola anche perché il documento in questione non specifica nulla a proposito della definitività dell'accertamento (in tal senso parere della Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di Lavori, Servizi e Forniture n.102 dell'8 novembre 2007, che in sostanza demanda la decisione alla stazione appaltante).

In senso contrario rispetto alle posizioni difensive della impresa ALFA va osservato che nella specie la partecipante, poi affidataria, come risulta dalle relative attestazioni, alla data del 17 dicembre 2007, coincidente con la avvenuta aggiudicazione, non era in regola né con la Cassa edile né con l'INPS.

Si tratta quindi di una irregolarità grave e sussistente già all'epoca della fase di aggiudicazione.

Non risulta inoltre la contestazione o confutazione di tali attestazioni e il DURC assume la valenza di una dichiarazione di scienza, da collocarsi fra gli atti di certificazione o di attestazione redatti da un pubblico ufficiale ed aventi carattere meramente dichiarativo di dati in possesso della pubblica amministrazione, assistito da pubblica fede ai sensi dell'articolo 2700 c.c., facente pertanto prova fino a querela di falso.

Attesa la natura giuridica del DURC, non residua in capo alla stazione appaltante alcun margine di valutazione o di apprezzamento in ordine ai dati ed alle circostanze in esso contenute.

Non risulta che per la situazione di attestata irregolarità sia stato attivato alcun tipo di tutela al fine di contestare l'accertamento (tutela che, se azionata in modo non temerario, avrebbe reso non definitivamente accertato il grave inadempimento).

Nella specie si è verificata in primo luogo una ipotesi di falsità della dichiarazione in merito alla posizione di regolarità contributiva; in secondo luogo, e in ogni caso, la posizione di irregolarità contributiva deve ritenersi acclarata, non contestata, non regolarizzabile a posteriori, non contestata in fatto, da valutarsi certamente non lieve, riguardando in quel periodo di riferimento, ben due istituti su tre.

decisione numero 4906 del 4 agosto 2009, emessa dal Consiglio di Stato

L'art. 38, d.lgs. n. 163/2006 crea anche una differenza tra la regolarità contributiva richiesta al partecipante alla gara, e la regolarità contributiva richiesta all'aggiudicatario al fine della stipula del contratto. Infatti, il concorrente può essere escluso solo in presenza di gravi violazioni, definitivamente accertate, sicché le violazioni non gravi, o ancora non definitive, non sono causa di esclusione. Invece, al fine della stipula del contratto, l'affidatario deve presentare la certificazione di regolarità contributiva ai sensi dell'art. 2, d.l. n. 210/2002 (art. 38, co. 3, d.lgs. n. 163/2006); tale disposizione, a sua volta, prevede il rilascio del d.u.r.c., documento unico di regolarità contributiva, che attesta contemporaneamente la regolarità contributiva quanto agli obblighi nei confronti dell'I.N.P.S., dell'I.N.A.I.L. e delle Casse edili. Il

d.u.r.c. regolare, poi, è requisito che accompagna l'intera fase di esecuzione del contratto, essendo necessario al fine del pagamento secondo gli stati di avanzamento e al fine del pagamento della rata di saldo dopo il collaudo.

L'art. 38, d.lgs. n. 163/2006 menziona i c.d. requisiti di ordine morale, aventi carattere generale, nel senso che devono essere posseduti da tutti i concorrenti in qualsivoglia gara di appalto.

Essi differiscono dai requisiti c.d. speciali, che riguardano non il profilo <<morale>>, ma la capacità tecnico-professionale o economico-finanziaria, e che variano a seconda del tipo di appalto e di oggetto della prestazione.

Diverso discorso deve essere fatto quando il bando sia più preciso, e non si limiti a chiedere una generica dichiarazione di insussistenza delle cause di esclusione di cui all'art. 38, codice, ma specifichi che vanno dichiarate tutte le condanne penali, o tutte le violazioni contributive: in tal caso, il bando esige una dichiarazione dal contenuto più ampio e più puntuale rispetto a quanto prescritto dall'art. 38 codice, all'evidente fine di riservare alla stazione appaltante la valutazione di gravità o meno dell'illecito, al fine dell'esclusione. In siffatta ipotesi, la causa di esclusione non è solo quella, sostanziale, dell'essere stata commessa una grave violazione, ma anche quella, formale, di aver omesso una dichiarazione prescritta dal bando.

La principale questione, pregiudiziale a tutte le altre, sollevata con gli appelli, è quella della portata delle cause di esclusione per difetto dei requisiti di ordine generale di cui all'art. 38, d.lgs. n. 163/2006.

Si assume, infatti, che nella specie il bando richiedeva una generica dichiarazione di insussistenza delle cause di esclusione di cui al citato art. 38, parafrasandone la portata. Pertanto, correttamente le ricorrenti hanno dichiarato di non avere condanne penali per reati gravi (art. 38, co. 1, lett. c), e di non aver commesso gravi violazioni, definitivamente accertate, in materia contributiva (art. 38, co. 1, lett. i).

Dalla documentazione successivamente acquisita, vale a dire i certificati penali e i d.u.r.c. non sarebbero affatto emerse né condanne penali per reati gravi, né violazioni previdenziali gravi, definitivamente accertate.

Pertanto, non sussisterebbero le cause di esclusione menzionate, e la dichiarazione resa non sarebbe falsa e come tale presupposto per una autonoma causa di esclusione.

Qual è il parere dell'adito giudice di appello del Consiglio di Stato?

Il mezzo è fondato per quanto di ragione

La mancanza dei requisiti generali si traduce in altrettante cause di esclusione.

L'art. 38 elenca da un lato requisiti (e conseguenti cause di esclusione) il cui accertamento è <<oggettivo>>, e non implica valutazione alcuna, ad es. il fallimento, la pendenza di un procedimento di prevenzione, e dall'altro lato requisiti (e conseguenti cause di esclusione), il cui accertamento implica una valutazione da parte della stazione appaltante: ad es. la condanna per reati <<gravi>> incidenti sulla <<moralità professionale>>, la <<grave negligenza>> nell'esecuzione di precedenti contratti, le violazioni <<gravi>> in materia previdenziale.

7.2. In relazione ai requisiti per i quali occorre compiere non un accertamento vincolato, ma una valutazione, si pone la questione, che ha avuto finora soluzione non univoca, di come debba essere formulata la dichiarazione del concorrente, in ordine al possesso dei requisiti.

Su come vada formulata la dichiarazione, non può tuttavia disquisirsi in astratto, in quanto occorre avere

riguardo alla legge speciale di gara (bando e disciplinare), e dunque verificare quale contenuto il bando attribuisce a tale dichiarazione.

Non di rado i bandi richiedono, genericamente, che il concorrente dichiari di non trovarsi in una delle situazioni che sono causa di esclusione ai sensi dell'art. 38, codice.

Ora, l'art. 38, considera causa di esclusione l'aver riportato condanna penale per <<reati gravi>> incidenti sulla moralità professionale; ovvero l'aver commesso violazioni <<gravi>> alle norme in materia di contributi previdenziali o assistenziali.

La valutazione di <<gravità>> implica un apprezzamento che può essere compiuto diversamente dal concorrente e dalla stazione appaltante.

Sicché, se il bando indica genericamente di dichiarare l'insussistenza di una causa di esclusione, esso, di fatto, legittima il concorrente che abbia riportato condanne penali, o commesso violazioni in materia contributiva, a compiere una valutazione di gravità/non gravità.

7.3. Si pone pertanto la questione se possa considerarsi <<falsa>> una dichiarazione del concorrente, con cui si afferma di non aver riportato condanne per gravi reati incidenti sulla moralità professionale, ovvero di non aver commesso gravi violazioni in materia contributiva, laddove sussistano condanne o violazioni in materia contributiva, ma esse si prestino a una valutazione opinabile di gravità/non gravità.

Un orientamento di questo Consesso, che il Collegio condivide e fa proprio, ha ritenuto che laddove il bando richiede genericamente una dichiarazione di insussistenza delle cause di esclusione dell'art. 38, codice, esso giustifica una valutazione di gravità/non gravità compiuta dal concorrente, sicché il concorrente non può essere escluso per il solo fatto dell'omissione formale, cioè di non aver dichiarato

tutte le condanne penali o tutte le violazioni contributive; andrà escluso solo ove la stazione appaltante ritenga che le condanne o le violazioni contributive siano gravi e definitivamente accertate.

La dichiarazione del concorrente, in tale caso, non può essere ritenuta <<falsa>> (Cons. St., sez. V, 8 settembre 2008 n. 4244; Cons. St., sez. V, 7 ottobre 2008 n. 4897; Cons. St., sez. V, 22 febbraio 2007 n. 945, che osserva testualmente che ove il bando richieda genericamente una dichiarazione circa la insussistenza delle cause di esclusione legali, il bando di fatto demanda <<al singolo concorrente il giudizio circa l'incidenza sull'affidabilità morale e professionale di eventuali reati dal medesimo commessi>> sicché <<è da escludere che possa qualificarsi falsa dichiarazione una valutazione soggettiva del concorrente stesso (la quale potrà tutt'al più non essere condivisa, ma giammai potrà essere ritenuta falsa, e cioè non corrispondente ad un dato oggettivamente riscontrabile). Diversa sarebbe stata la situazione se fosse stato imposto al concorrente di dichiarare tutti i reati per i quali fossero intervenute sentenze di condanna passate in giudicato o applicazione della pena a richiesta ex art. 444 del codice di procedura penale, affidando poi all'amministrazione ogni valutazione in proposito. In tal caso infatti, qualora il concorrente avesse ommesso di dichiarare taluno di tali reati, si sarebbe potuta configurare una falsa autocertificazione, con conseguente esclusione dalla gara.>>).

Fatta questa premessa di carattere generale, occorre esaminare che cosa, nel caso di specie, prescriveva la legge di gara, e quali sono i motivi che hanno determinato l'esclusione dalla gara.

Il bando di gara (punto III.2.1) chiede una dichiarazione in carta semplice da cui risulti: <<l'insussistenza, ai sensi dell'art. 38, c. 1, del d.lgs. 163/2006, di una delle cause di esclusione dalle gare di appalto>>.

Non costa vi sia un disciplinare di gara (non prodotto né in primo grado né in appello, né menzionato negli scritti difensivi), a differenza che per altre gare di analogo tenore indette nel medesimo arco temporale per altri ambiti territoriali.

Vi è invece la lettera invito, che tuttavia non si occupa di come vada redatta la dichiarazione relativa al possesso dei requisiti di carattere generale.

Il bando, dunque, non richiede, come pure avrebbe potuto, una dichiarazione onnicomprensiva, che dichiarasse la presenza o assenza di qualsivoglia condanna penale e di qualsivoglia violazione contributiva; richiede la dichiarazione dei requisiti di cui all'art. 38, e dunque la dichiarazione circa la presenza o assenza di condanna penale per reati gravi o gravi violazioni contributive, definitivamente accertate.

7.6. Dato che le cause di esclusione dalle gare sono da ritenere tassative, e che va applicato il principio di massima partecipazione alle gare, e considerato il tenore del bando, ne consegue che non costituisce di per sé dichiarazione falsa, e non dà luogo ad autonoma causa di esclusione, la omessa menzione di condanne penali non gravi e la omessa menzione di violazioni contributive che non sono gravi o non sono definitivamente accertate, atteso che il bando, per come è formulato, non imponeva di dichiarare qualsivoglia condanna penale o violazione contributiva.

Alla luce di quanto esposto, il provvedimento di esclusione è illegittimo e va annullato, fatti salvi gli ulteriori provvedimenti dell'amministrazione, che dovrà valutare se le condanne penali e le violazioni contributive avessero o meno i connotati di gravità.

Vanno annullati gli atti strettamente conseguenti, nei limiti dell'interesse dei ricorrenti, e, segnatamente:

a) la segnalazione all'Autorità di vigilanza;

b) l'incameramento della cauzione;

c) l'iscrizione nel casellario informatico.

Merita di essere segnalata la decisione numero 4906 del 4 agosto 2009, emessa dal Consiglio di Stato ed in particolare i seguenti passaggi:

< Neppure si può ritenere che vi sia stata una consapevole mala fede nell'omettere l'indicazione di tutte le condanne penali e di tutte le violazioni contributive, atteso che il concorrente sa che la propria dichiarazione viene sottoposta a verifica mediante acquisizione del certificato penale integrale e del d.u.r.c., sicché sa che qualsivoglia reato o violazione contributiva da lui commessa, sarà sottoposta a vaglio di gravità/non gravità.

7.8. Nel caso di specie, pertanto, la asserita incompletezza della dichiarazione, sotto il profilo che non sarebbero state dichiarate tutte le condanne penali e tutte le violazioni contributive, non può essere di per sé sola causa di esclusione, ma può essere causa di esclusione solo se viene compiuta una verifica di gravità delle violazioni.

7.9. Tale verifica di gravità compete alla stazione appaltante e nella specie è stata del tutto omessa.

Infatti il provvedimento di esclusione, e i presupposti atti istruttori, si incentrano sulla presunta falsità della dichiarazione, senza considerare che era il bando di gara, per come formulato, a indurre il concorrente a ritenere di dover dichiarare solo i reati gravi e le violazioni contributive gravi e definitivamente accertate.

Ma negli atti impugnati non viene compiuta alcuna valutazione in ordine alla gravità delle violazioni.>

Ma vi è di più

< Si tratta allora di stabilire se la causa di esclusione di cui al citato art. 38, co. 1, lett. i), possa di per sé desumersi da un d.u.r.c. irregolare, e se, dunque, il concorrente che abbia un d.u.r.c. irregolare, laddove dichiararsi di non aver commesso violazioni gravi, definitivamente accertate, ponga in essere una dichiarazione <<falsa>>.

9.5. Per risolvere tale questione, occorre esaminare quali sono i presupposti in presenza dei quali il d.u.r.c. attesta la regolarità contributiva, e quando invece viene attestato che difetta la regolarità contributiva.

Anche su questo punto, si è registrata una evoluzione normativa, tra la data degli atti di gara per cui è processo, e l'epoca successiva al provvedimento di esclusione.

All'epoca degli atti di gara e del provvedimento di esclusione, si applicavano la circolare I.N.P.S. 26 luglio 2005 n. 92 e la circolare INAIL 25 luglio 2005 n. 38; in prosieguo, è stato adottato il decreto del Ministero del lavoro e della previdenza sociale 24 ottobre 2007.

Tra le circolari del 2005, vigenti all'epoca dei fatti, e il d.m. del 2007, successivo, non vi è perfetta coincidenza.

Infatti, secondo le suddette circolari:

a) il d.u.r.c. attesta la regolarità contributiva solo se non vi sono inadempienze in atto, sicché anche una inadempienza di lieve entità osta alla dichiarazione di regolarità contributiva;

b) se pende contenzioso amministrativo, il d.u.r.c. attesta la regolarità contributiva solo se il ricorso verte su questioni controverse o interpretative, sia adeguatamente motivato e non sia manifestamente presentato a scopi dilatori o pretestuosi; fuori da queste ipotesi, l'irregolarità contributiva, ancorché sia contestata mediante un contenzioso amministrativo, osta alla dichiarazione di regolarità contributiva;

c) nulla dicono le circolari in ordine alla questione della irregolarità contributiva <<sopravvenuta>> a causa di aiuti di Stato dichiarati dagli organi comunitari illegittimi, sicché gli enti hanno formulato richieste di rimborso di contributi in precedenza oggetto di esonero o sgravio.

Il d.m. del 2007 è stato emanato in attuazione dell'art. 1, co. 1176, l. n. 296/2006, a tenore del quale << Con decreto del Ministro del lavoro e della previdenza sociale, sentiti gli istituti previdenziali interessati e le parti sociali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, da emanare entro tre mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, sono definite le modalità di rilascio, i contenuti analitici del documento unico di regolarità contributiva di cui al comma 1175, nonché le tipologie di pregresse irregolarità di natura previdenziale ed in materia di tutela delle condizioni di lavoro da non considerare ostative al rilascio del documento medesimo. In attesa dell'entrata in vigore del decreto di cui al presente comma sono fatte salve le vigenti disposizioni speciali in materia di certificazione di regolarità contributiva nei settori dell'edilizia e dell'agricoltura>>.

Tale d.m., come si evince dalla sua premessa, disciplina il d.u.r.c. in termini generali, quale che sia lo scopo per cui il d.u.r.c. è richiesto, chiarendosi così un equivoco che poteva insorgere da una esegesi letterale della norma primaria (si legge nel preambolo: <<Considerata l'esigenza di una disciplina uniforme in ordine alle modalità di rilascio ed ai contenuti analitici del Documento Unico di Regolarità Contributiva (DURC), sia per la concessione di agevolazione «normative e contributive», sia per gli appalti di lavori servizi e forniture pubbliche che per i lavori privati dell'edilizia, nonché per la fruizione di benefici e sovvenzioni previsti dalla disciplina comunitaria>>).

Non è perciò dubbio che il d.m. in questione riguarda anche il d.u.r.c. necessario per l'affidamento di appalti pubblici.

Secondo il nuovo d.m.:

a) ai fini specifici della partecipazione a gare di appalto, viene fissata una soglia di <<gravità>> delle violazioni, ritenendosi le violazioni al di sotto di tale soglia di gravità non ostative al rilascio del d.u.r.c.: non si considera, in particolare, grave lo scostamento inferiore o pari al 5% tra le somme dovute e quelle versate con riferimento a ciascun periodo di paga o di contribuzione o, comunque, uno scostamento inferiore a 100 euro, fermo restando l'obbligo di versamento del predetto importo entro i trenta giorni successivi al rilascio del d.u.r.c. (art. 8, co. 3, d.m. citato);

b) la pendenza di qualsivoglia contenzioso amministrativo impedisce di ritenere il soggetto in posizione irregolare; fino alla decisione che respinge il ricorso, può essere dichiarata la regolarità contributiva (art. 8, co. 2, lett. a), d.m. citato);

c) non costituisce causa ostativa al rilascio del d.u.r.c. l'aver beneficiato degli aiuti di stato specificati nel d.P.C.M. emanato ai sensi dell'art. 1, co. 1223, l. n. 296/2006, sebbene non ancora rimborsati o depositati in conto bloccato (art. 8, co. 4, d.m. citato).

Sia le previgenti circolari, sia il d.m. ritengono non ostative della dichiarazione di regolarità contributiva le pendenze processuali, fino alla sentenza definitiva.

9.6. Dopo il d.m. del 2007, si può affermare che il d.u.r.c. attesta solo le irregolarità contributive <<definitivamente accertate>>, e solo quelle che superano una <<soglia di gravità>>, fissata autonomamente dal citato d.m.

Sicché, dopo il d.m. del 2007, una declaratoria di non regolarità contributiva è grave indizio, ai fini dell'art. 38, co. 1, lett. i), codice appalti, che sia stata commessa una <<violazione grave>> e

<<definitivamente accertata>>. Escluso, comunque, ogni automatismo, segnatamente quanto alla valutazione di <<gravità>>, che il codice appalti riserva alla stazione appaltante, non essendo l'amministrazione vincolata a valutare la gravità con gli stessi parametri utilizzati dal citato d.m. del 2007, che non costituisce atto attuativo del codice appalti.

9.7. Ma prima del d.m. del 2007, e dunque secondo la normativa in vigore all'epoca dei fatti di causa, il solo fatto che il d.u.r.c. non fosse regolare, non costituiva di per sé prova di una grave violazione contributiva definitivamente accertata, atteso che, come si è visto, secondo le citate circolari del 2005, era ostativo alla dichiarazione di regolarità contributiva qualsivoglia inadempimento, a prescindere da qualsivoglia soglia di gravità, e anche le irregolarità che non fossero ancora definitivamente accertate, perché era pendente contenzioso amministrativo.

9.8. Pertanto, nel caso specifico:

a) la stazione appaltante, a fronte di d.u.r.c. che attestavano la non regolarità alla data di presentazione della candidatura e alla data di presentazione dell'offerta, doveva accertare il tenore della irregolarità, per verificare se fosse o meno grave;

b) ciò era tanto più doveroso ove si consideri che sono stati esibiti d.u.r.c. successivi che invece attestano la regolarità contributiva, sia a dette date, sia alla data dell'aggiudicazione;

c) ciò era tanto più doveroso ove si consideri quanto dedotto dalla società La Ricorrente in ordine al contenzioso derivante dalle pronunce degli organi comunitari di illegittimità di aiuti di Stato, che hanno determinato un obbligo postumo di versamento di contributi, inizialmente non dovuti;

d) gli atti istruttori appaiono perplessi e carenti laddove affermano in via ipotetica, utilizzando il verbo al

condizionale, violazioni gravi degli obblighi contributivi, senza indicare né la fonte della notizia (che non risulta dai d.u.r.c. agli atti), né la effettiva sussistenza delle violazioni.>

§§§§§§§

Vanno annullati gli atti strettamente conseguenti, nei limiti dell'interesse dei ricorrenti, e, segnatamente:

- a) la segnalazione all'Autorità di vigilanza;

- b) l'incameramento della cauzione;

- c) l'iscrizione nel casellario informatico.

La caducazione di tali atti, quale diretta conseguenza dell'annullamento del provvedimento di esclusione, non comporta tuttavia l'assorbimento dei motivi di ricorso rivolti autonomamente contro tali atti, e segnatamente dei motivi di ricorso sui presupposti per incamerare la cauzione provvisoria, sulle garanzie partecipative quanto al procedimento di iscrizione nel casellario informatico, sulla sussistenza del potere dell'Autorità di vigilanza di attivare il casellario informatico per servizi e forniture nelle more dell'adozione del regolamento di esecuzione e attuazione del codice appalti. Infatti l'assorbimento è consentito solo se non vi sia un oggettivo interesse della parte all'esame e alla decisione delle censure residue e autonome, mentre è precluso in relazione ai motivi il cui accoglimento avrebbe per l'interessato portata maggiormente soddisfacente.

Invero il c.d. assorbimento dei motivi è da stigmatizzare, anche nei casi di accoglimento del ricorso, perché è interesse del ricorrente avere una compiuta disamina della questione sotto tutti i profili

prospettati, anche ai fini del successivo giudizio di ottemperanza ovvero della tutela risarcitoria, e, segnatamente, avere una compiuta disamina dei motivi maggiormente soddisfatti.

La giurisprudenza ha affermato che i principi di effettività e completezza della tutela impongono di valorizzare il ruolo della domanda dell'interessato, riducendo la pronuncia di assorbimento dei motivi ai soli casi - in realtà del tutto marginali - in cui sussista un rapporto di chiara continenza, pregiudizialità logica, o implicazione, tra la censura accolta e quella non esaminata: si pensi alle ipotesi in cui il giudice accoglie il motivo riguardante l'omessa motivazione e, contestualmente, dichiara assorbita la censura di insufficiente motivazione.

Tale conclusione, strettamente collegata al principio della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato, espresso dall'art. 112, c.p.c., con disposizione avente il valore di principio generale di ogni processo, diventa inevitabile in un contesto sistematico diretto ad assicurare il più intenso e integrale accertamento del rapporto amministrativo controverso, in relazione ai profili ritualmente prospettati dalle parti interessate, anche per evitare lunghi e defatiganti contenziosi diretti a riproporre le stesse domande in seguito al rinnovo del provvedimento, affetto dagli stessi vizi non esaminati dal giudice (Cons. giust. sic., 22 aprile 2009 n. 299).

Vanno pertanto esaminati i motivi con cui sono dedotte censure autonome contro gli atti consequenziali di incameramento della cauzione e iscrizione nel casellario informatico, il cui accoglimento avrebbe portata più soddisfacente dell'annullamento per invalidità derivata, sia sotto il profilo della futura riedizione del potere, sia sotto il profilo della tutela risarcitoria.

In dettaglio, la Sezione osserva, quanto alle censure circa l'ambito oggettivo della segnalazione all'Autorità di vigilanza, che la segnalazione all'Autorità va fatta non solo nel caso di riscontrato difetto dei requisiti di ordine speciale in sede di controllo a campione, ma anche in caso di riscontrato difetto dei requisiti di ordine generale (secondo quanto più volte statuito da questo Consesso: Cons. St., sez. IV, 7 settembre 2004 n. 5792; Cons. St., sez. V, 12 febbraio 2007 n. 554). Pertanto la censura di illegittimità dell'atto di segnalazione perché avente ad oggetto una esclusione per difetto di requisiti generali, è

infondata, fermo restando il suo annullamento per invalidità derivata.

Quanto alla censura avente ad oggetto l'incameramento della cauzione provvisoria, con cui si deduce che essa non può essere introitata in caso di difetto dei requisiti generali, ma solo in caso di mancata stipulazione del contratto o di difetto dei requisiti speciali, il Collegio osserva che, a prescindere da ogni questione sulla natura e funzione della cauzione provvisoria, e sulla possibilità di suo incameramento al di fuori dei casi espressamente previsti, nella specie la possibilità di incamerare la cauzione discende direttamente dall'art. 75, co. 6, d.lgs. n. 163/2006, a tenore del quale detta cauzione copre <<la mancata sottoscrizione del contratto per fatto dell'affidatario>>. Il fatto dell'affidatario è qualunque ostacolo alla stipulazione a lui riconducibile, dunque non solo il rifiuto di stipulare o il difetto di requisiti speciali, ma anche il difetto di requisiti generali. La censura è pertanto infondata, fermo restando l'annullamento dell'atto di incameramento della cauzione per invalidità derivata.

Non è stata invece chiesta, e comunque il Collegio non avrebbe giurisdizione a pronunciarsi, la caducazione dell'eventuale contratto nel frattempo stipulato con la nuova aggiudicataria.

11.11. L'appellante non ha formulato domanda di risarcimento del danno. La domanda di risarcimento del danno non può essere accolta perché formulata del tutto genericamente e del tutto sfornita di prova. Inoltre di risarcimento del danno potrà farsi questione solo all'esito delle nuove determinazioni dell'amministrazione. Pertanto la domanda è inammissibile.

<https://www.diritto.it/il-versamento-omesso-eccede-i-limiti-del-dm-2007-legittimo-annullamento-dell-aggiudicazione-tar-sent-n-001342012/>