

N. 04540/2015 REG.PROV.COLL.

N. 07396/2015 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

ORDINANZA DI RIMESSIONE ALL'ADUNANZA PLENARIA

sul ricorso numero di registro generale 7396 del 2015, proposto da:

Romeo Gestioni Spa in proprio e quale mandataria RTI, in persona del legale rappresentante *pro-tempore*, rappresentato e difeso dagli avv.ti Raffaele Ferola, Renato Ferola, Bianca Luisa Napolitano, Stefano Vinti, con domicilio eletto presso Gian Marco Grez in Roma, corso Vittorio Emanuele II N.18;

Consorzio Stabile Romeo Facility Service 2010, in persona del legale rappresentante *pro-tempore*, rappresentato e difeso dagli avv.ti Raffaele Ferola, Bianca Luisa Napolitano, Stefano Vinti, Renato Ferola, con domicilio eletto presso Gian Marco Grez in Roma, corso Vittorio Emanuele II N.18;

contro

Consip Spa, in persona del legale rappresentante *pro-tempore*, rappresentato e difeso dall'avv. Angelo Clarizia, con domicilio eletto presso Antonio Clarizia in Roma, Via Principessa Clotilde, 2;

Citelum S.A., in persona del legale rappresentante *pro-tempore*, rappresentato e difeso dall'avv. Giovanni Bruno, con domicilio eletto presso Giovanni Bruno in Roma, Via Savoia 31 Int.2 (Nuovo Indir);

nei confronti di

M.D. Group Srl, in persona del legale rappresentante *pro-tempore*, rappresentato e difeso dall'avv. Angela Ferrara, con domicilio eletto presso Giuseppe Placidi in Roma, Via Cosseria N 2; Campanale Giovanni & C. Srl,

Finworld Spa, in persona del legale rappresentante *pro-tempore*, rappresentato e difeso dagli avv. Annalisa Di Giovanni, Eugenio Picozza, con domicilio eletto presso Eugenio Picozza in Roma, Via di San Basilio N.61;

Elettro Servizi Srl;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. Lazio - Roma: Sezione III n. 10310/2015, resa tra le parti, concernente affidamento del servizio luce e dei servizi connessi per le pubbliche amministrazioni;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Consip Spa, di Citelum S.A, di M.D. Group Srl e di Finworld Spa;

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

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 17 settembre 2015 il Cons. Giulio Veltri e uditi per le parti gli avvocati Raffaele Ferola, Stefano Vinti, Angelo Clarizia, Giovanni Bruno, Annalisa Di Giovanni e Angela Ferrara;

L'odierna appellante ha partecipato alla gara indetta da Consip S.p.a. con bando del 19.12.2012 per l'affidamento del servizio luce e dei servizi connessi per le Pubbliche Amministrazioni, lotti 5 e 6, classificandosi al primo posto.

Con note del 30.10.2014 e del 12.11.2014, Consip comunicava che a seguito di verifiche di ufficio sulle dichiarazioni sostitutive rese in gara erano emerse, a carico di alcune consorziate esecutrici del mandante Consorzio Romeo Facility Services 2010, le seguenti irregolarità:

- per Elettro Servizi S.r.l., la dichiarazione del legale rappresentante Amoroso, attestante che nei confronti del preposto alla gestione tecnica non erano stati pronunciati provvedimenti penali definitivi, non era veritiera, in quanto era risultata una sentenza di applicazione della pena su richiesta di parte, emessa in data 3.8.1992, per il “reato di furto *ex art. 624 c.p.*” nei confronti del preposto alla gestione tecnica Gargiulo;
- per Campanale Giovanni S.r.l., il DURC rilasciato a Consip il 28.10.2014 per verifica della dichiarazione presentata in data 22.2.2013 era risultato negativo in relazione a “premi assicurativi per gli anni 2012-2013 per un importo di e 23.328,00” dovuti a INAIL;
- per MD Group S.r.l., il DURC rilasciato a Consip il 27.10.2014 per verifica della dichiarazione presentata in data 14.2.2013 era risultato negativo per l'importo di € 600,00.

Con provvedimento del 13.01.2015, Consip disponeva conseguentemente l'esclusione del R.T.I. Romeo.

Avverso l'esclusione, l'interessata proponeva ricorso al TAR Lazio deducendo i seguenti motivi:

1) violazione dell'art. 38, co. 1, lett. i), del d.lgs. 163/2006 e dell'art. 48 del d.p.r. n. 445/2000. Violazione degli artt. 31, co. 8, del d.l. 21.06.2013 n. 69 e 7, co. 3 del d.m. 24.10.2007. Violazione dei principi in materia di esclusione. Eccesso di potere per difetto di motivazione, carenza di istruttoria, falso presupposto. Sviamento. Il DURC di Campanale rilasciato in data 31.12.2012 e il DURC di M.D. Group rilasciato in data 10.12.2012 risultavano in corso di validità (90 giorni) alla data delle dichiarazioni rese in gara (rispettivamente 22.2.2013 e 14.2.2013). A tale data non sarebbe dunque esistita alcuna violazione contributiva definitivamente accertata, come previsto dall'art. 38, comma 1, lett. i) del d.lgs. 163/2006. Consip avrebbe dovuto considerare che gli enti previdenziali, prima di emettere il DURC negativo hanno l'obbligo, *ex art. 7, co. 3, del D.M. 24.10.2007 e art. 31, comma 8, del D.L. 69/2013*, di invitare l'interessato a regolarizzare la propria posizione entro un termine non superiore a 15 giorni.

2) violazione dell'art. 38, co. 1, lett. b) e c) d.lgs. 163/2006. Violazione del disciplinare di gara, par. 2 e all. 1 *bis*. Violazione dei principi in materia di esclusione. Eccesso di potere per difetto di motivazione, carenza di istruttoria, falso presupposto. Sviamento.

Il legale rappresentante, sottoscrittore della dichiarazione per conto di terzi, risponderebbe solo in relazione a stati qualità o fatti conosciuti o conoscibili. Ma nel caso di specie, il sig. Amoroso, legale rappresentante della Elettro Servizi S.r.l., prima di sottoscrivere la dichiarazione anche per Gargiulo Ugo, responsabile tecnico, si era munito del certificato del casellario del soggetto in questione nella versione accessibile al privato dal quale nulla risultava. Del resto, Gargiulo non ricoprirebbe più la carica di responsabile tecnico sin dal 26.3.2013, e si tratterebbe di un precedente remoto (1992), che non sarebbe grave, né incidente sulla moralità professionale.

Con motivi aggiunti era altresì gravata la nota 24.03.2015 prot. 8069 con la quale Consip s.p.a., comunicava l'escussione delle fidejussioni presentate dalla ricorrente in sostituzione delle cauzioni provvisorie prescritte per i lotti 5 e 6 della gara *de qua*, di importo pari a € 1.200.000,00 per il lotto 5 e € 870.000,00 per il lotto 6.

Il TAR, con la sentenza in epigrafe indicata, ha respinto il ricorso introduttivo, affermando in particolare che: *“il concetto di definitività nell'ambito delle gare pubbliche dev'essere esaminato alla data di scadenza del termine di presentazione dell'offerta.....”* e *“non può valere quanto affermato da parte ricorrente circa l'obbligo dell'Istituto previdenziale di attivare la procedura di regolarizzazione prevista dall'art. 7, comma 3, del D.M. 24 ottobre 2007, in quanto l'art. 38, comma 8, del D.L. 21 giugno 2013, n. 69 è entrato in vigore in data successiva rispetto a quella in cui le imprese del raggruppamento hanno reso le dichiarazioni (14.2.2013 e 22.2.2013) e, comunque, in data successiva alla pubblicazione del bando di gara (19.12.2012), per cui non è applicabile in virtù del principio tempus regit actum; - la procedura di regolarizzazione di cui all'art. 7, comma 3, del DM 24 ottobre 2007 non può essere applicata ai DURC richiesti d'ufficio da un'amministrazione aggiudicatrice per la verifica ai sensi dell'art. 71 del d.P.R. 445/2000 della veridicità delle dichiarazioni rese dalle imprese partecipanti”*... *“in altri termini, il requisito di cui all'art. 38 del d.lgs. 163/2006 deve sussistere alla data in cui è resa la dichiarazione, non essendo possibile che lo stesso possa perfezionarsi in un momento successivo mediante l'invito alla regolarizzazione”*.

Inoltre, quanto, alla seconda questione controversa il TAR ha affermato che: *“il sig. Amoroso non avrebbe potuto rendere la dichiarazione di cui all'allegato 1 anche per conto di Gargiulo perché questo non risultava ancora cessato dalla carica; la dichiarazione resa da Amoroso, inoltre, non è risultata corrispondente ai dati emergenti dal certificato dal casellario giudiziale riguardante il sig. Gargiulo. In senso contrario non vale l'invocazione dello stato di “buona fede” del signor Amoroso, in quanto egli si è assunto la responsabilità di rendere dichiarazioni su fatti stati di un terzo che, alla data della stessa dichiarazione, non era ancora cessato dalla carica (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 23 giugno 2014, n. 3132)”*.

Il TAR ha invece accolto i motivi aggiunti avverso l'escussione della garanzia fideiussoria, chiarendo che: *“il provvedimento di incameramento della cauzione, stante il suo carattere indubbiamente afflittivo se non propriamente sanzionatorio, deve essere ricondotto al carattere di gravità del comportamento dei concorrenti....”*; nel caso di specie invece *“la condotta della ricorrente Romeo Gestioni S.p.a. (peraltro estranea alle irregolarità che hanno riguardato imprese partecipanti al raggruppamento) non aveva carattere di gravità”* essendo *“intervenuta in un quadro normativo in progressiva evoluzione e nell'ambito di orientamenti giurisprudenziali non uniformi”*.

Avverso la sentenza propone ora appello la Romeo Gestioni s.p.a. e deduce:

1. Il primo giudice non avrebbe correttamente inteso il concetto di violazione *“definitivamente accertata”* essendo evidente che alla data delle dichiarazioni sostitutive rese le offerenti fossero in possesso di un DURC in corso di validità attestante la propria regolarità contributiva, di per sé solo sufficiente ad escludere violazioni contributive rilevanti.
2. Erronea sarebbe altresì la pretesa inapplicabilità *ratione temporis* del DL 69/2013, bastando osservare in proposito che trattasi di norme disciplinanti il procedimento di rilascio del DURC e non certo la procedura di gara. In ogni caso, la giurisprudenza più recente avrebbe chiarito che il DL 69/2013 ha attribuito rango legislativo ad una previsione regolamentare già contenuta nel DM 24 ottobre 2007 secondo la quale il mancato avviso di regolarizzazione all'interessato preclude l'esclusione dalla gara, quand'anche il DURC sia richiesto dall'amministrazione in sede di verifica.

Una diversa interpretazione violerebbe i principi comunitari, come già rilevato dall'ordinanza n.1236/2015 con la quale la Sezione IV del Consiglio di Stato ha rimesso la questione alla Corte di Giustizia.

3. Sulla questione della dichiarazione *ex art. 38*, il legale rappresentante di Elettro servizi, nell'impossibilità di contattare il sig. Gargiulio (che di lì a poco si è poi dimesso) si è premurato di acquisire il certificato del casellario e dei carichi

pendenti ed ha reso la dichiarazione dopo aver constatato che nulla risultava: da qui l'inconfigurabilità del mendacio. Per il resto, il disciplinare di gara era- a dire dell'appellante – chiaro nell'equiparare ai soggetti cessati anche i soggetti “sensibili” in carica.

L'appellante, oltre a chiedere la riforma della sentenza gravata, ne ha chiesto in via cautelare la sospensione.

Si è costituita Consip. Difende le statuizioni gravate, e chiede a sua volta la riforma del capo che l'ha vista soccombente con riguardo all'escussione della fideiussione.

Nel giudizio si sono altresì costituiti: MD Group srl; Finworl spa che aderiscono all'appello ampliandone le argomentazioni e Citelum spa in adesione alle tesi di Consip.

La causa è stata chiamata all'udienza camerale del 17 settembre 2015. I difensori sono stati avvisati della possibilità di decisione *ex artt.* 60 e 120 c.p.a. e il Collegio verificata la completezza del contraddittorio e dell'istruttoria ha trattenuto la causa in decisione ai sensi della norma dianzi citata.

DIRITTO

Ritiene il Collegio che allo stato vi sia, in ordine agli elementi centrali della controversia, un contrasto fra le Sezioni che richiede l'intervento chiarificatore dell'Adunanza Plenaria.

Com'è noto l'articolo 38 del codice dei contratti pubblici, che stabilisce i requisiti di ordine generale per la partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, prevede al comma 1, lettera i):

«1. Sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, né possono essere affidatari di subappalti, e non possono stipulare i relativi contratti i soggetti:

(...) i) che hanno commesso violazioni gravi, definitivamente accertate, alle norme in materia di contributi previdenziali e assistenziali, secondo la legislazione italiana o dello Stato in cui sono stabiliti».

Il comma 2 del medesimo articolo definisce il criterio di gravità delle violazioni delle norme in materia di versamento di contributi agli organismi di previdenza sociale. Esso prevede, in sostanza, che si intendono gravi le violazioni ostative al rilascio del documento unico di regolarità contributiva (in prosieguo: il «DURC»). Le infrazioni ostative al rilascio del DURC, sono state poi definite dal decreto del Ministero del lavoro e della previdenza sociale del 24 ottobre 2007. Ai sensi dell'articolo 8, paragrafo 3, di tale decreto ministeriale: *«Ai soli fini della partecipazione a gare di appalto non osta al rilascio del DURC uno scostamento non grave tra le somme dovute e quelle versate, con riferimento a ciascun Istituto previdenziale ed a ciascuna Cassa edile. Non si considera 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 ad € 100,00, fermo restando l'obbligo di versamento del predetto importo entro i trenta giorni successivi al rilascio del DURC».*

Il DURC rilasciato all'impresa ha validità trimestrale.

Ai sensi dell'art. 7, comma 3, di detto D.M., è inoltre previsto che in caso di mancanza dei requisiti di regolarità contributiva, gli Enti interessati prima di rilasciare un DURC negativo *“invitano l'interessato a regolarizzare la propria posizione entro un termine non superiore a quindici giorni”.*

Anche il d.l. n. 69 del 2013, convertito, con modificazioni, in l. n. 98 del 2013, all'art. 31, comma 8, ribadisce 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 o dell'annullamento del documento già rilasciato, invitano l'interessato, mediante posta elettronica certificata o con lo stesso mezzo per il tramite del consulente del lavoro ovvero degli altri soggetti di cui all'articolo 1 della*

legge 11 gennaio 1979, n. 12, a regolarizzare la propria posizione entro un termine non superiore a quindici giorni, indicando analiticamente le cause della irregolarità”.

A fronte di tale normativa, la giurisprudenza del Consiglio di Stato si è trovata ad affrontare casi in cui la dichiarazione sostitutiva resa dagli offerenti sulla base di un DURC in corso di validità si è rilevata in contrasto con le risultanze negative del DURC richiesto in sede di controllo dalla stazione appaltante. Nel dare soluzione a tali casi le Sezioni hanno fatto registrare contrasti interpretativi.

A) Un primo orientamento, che può dirsi prevalente nonché ribadito anche da ultimo, ritiene che: 1. per l'accertamento del requisito, oggetto di dichiarazioni sostitutive degli offerenti, debba aversi riguardo al DURC richiesto dalla stazione appaltante in sede di controlli, con riferimento, appunto, all'esatta data della domanda di partecipazione, con conseguente insufficienza, ai fini della prova, di eventuali DURC in possesso degli offerenti ed ancora in corso di validità (sul punto Cons. Stato, sez. IV, 12 marzo 2009, n. 1458; sez. V, 10 agosto 2010, n. 5556; sez. IV, 15 settembre 2010, n. 6907; sez. V, 12 ottobre 2011, n. 5531); 2. l'invito alla regolarizzazione (cd. preavviso di DURC negativo) non si applica in caso di DURC richiesto dalla stazione appaltante, atteso che, l'obbligo dell'INPS di attivare la procedura di regolarizzazione prevista dall'art. 7, comma 3, del D.M. 24 ottobre 2007 si scontra con i principi in tema di procedure di evidenza pubblica che non ammettono regolarizzazioni postume (o, detto diversamente, l'eventuale regolarizzazione postuma non sarebbe comunque idonea ad elidere il dato dell'irregolarità alla data di presentazione dell'offerta) (Cfr. Consiglio di Stato, IV, 12 marzo 2009 n. 1458; VI, 11 agosto 2009, n. 4928; 6 aprile 2010, n. 1934; 5 luglio 2010, n. 4243; sez. V, 16 settembre 2011, n. 5194; incidentalmente, anche Adunanza Plenaria, 20/2013;

B) Un secondo, più recente ma ancora minoritario orientamento afferma invece che l'obbligo degli Istituti previdenziali di invitare l'interessato alla regolarizzazione sussiste anche ove la richiesta sia fatta in sede di verifica dalla stazione appaltante

(Cfr. Sezione V, 14 ottobre 2014, n. 5064). Ancora più chiaramente, secondo SEZ. V – sentenza 16 febbraio 2015 n. 78: *“Nel caso di gara di appalto svoltasi nella vigenza del decreto del Ministero del Lavoro del 24 ottobre 2007 e del d.l. 21 giugno 2013, n. 69, convertito, con modificazioni, in l. n. 98 del 2013, che hanno sostanzialmente modificato l’art. 38 del d.lgs. n. 163 del 2006, deve ritenersi che il requisito della regolarità contributiva sussista solo al momento di scadenza del termine di quindici giorni assegnato dall’ente previdenziale per la regolarizzazione della posizione contributiva. L’art. 31, comma 8, del d.l. n. 69 del 2013, stabilisce infatti che gli enti preposti al rilascio del DURC “invitano l’interessato, mediante posta elettronica certificata o con lo stesso mezzo per il tramite del consulente del lavoro ovvero degli altri soggetti di cui all’articolo 1 della legge 11 gennaio 1979, n. 12, a regolarizzare la propria posizione entro un termine non superiore a quindici giorni, indicando analiticamente le cause della irregolarità”. In assenza della assegnazione di tale termine, il DURC negativo eventualmente emesso deve ritenersi irrimediabilmente viziato ed è quindi inidoneo a comportare la esclusione della impresa cui è relativo, in quanto la violazione contributiva rilevata non può ritenersi definitivamente accertata”*.

Infine, la Sezione IV ha dubitato della compatibilità comunitaria dell’impianto normativo sopra riportato, così come interpretato ed applicato dalla giurisprudenza prevalente, ravvisando, per quanto qui specificatamente rileva, un possibile contrasto con l’art. 45 della direttiva 18/2004. In particolare, secondo la Sezione *“l’art. 45 individua, al paragrafo 1, alcune ipotesi che devono necessariamente comportare l’esclusione, nonché al paragrafo 2, alcune altre, e meno allarmanti ipotesi che “possono” comportare l’esclusione. Le differenze tra le due fattispecie sono relevantissime. Nell’ipotesi di esclusione obbligatoria di cui al par. 1, le stazioni appaltanti “qualora abbiano dubbi sulla situazione personale di tali candidati/ offerenti, possono rivolgersi alle autorità competenti per ottenere le informazioni relative alla situazione personale dei candidati o offerenti che reputino necessarie” e “se le informazioni riguardano un candidato o un offerente stabilito in uno Stato membro diverso da quello dell’amministrazione aggiudicatrice, quest’ultima può richiedere la cooperazione delle autorità competenti”*.

Diversamente, nelle minori ipotesi di cui al comma 2 “Le amministrazioni aggiudicatrici accettano come prova sufficiente che attesta che l'operatore economico non si trova in nessuna delle situazioni di cui al (...) paragrafo 2 (...) un certificato rilasciato dall'autorità competente dello Stato membro in questione”. Ed ancora “Qualora non siano rilasciati dal paese in questione o non menzionino tutti i casi previsti (...) al paragrafo 2, lettere a), b) o c), i documenti o i certificati possono essere sostituiti da una dichiarazione giurata (...)”

Riepilogando, ove ricorrano cause di obbligatoria esclusione è consentita la verifica d'ufficio, e per le imprese straniere non è ammessa alcuna dichiarazione giurata; ove ricorrano cause di facoltativa esclusione, non è consentita la verifica d'ufficio, dovendo le stazioni appaltanti limitarsi ad “accettare” le certificazioni prodotte dai partecipanti; per le imprese straniere è invece ammessa la dichiarazione giurata.

Ciò significa, con riguardo all'ipotesi dell'esclusione facoltativa che in questa sede rileva, che le stazioni appaltanti, a mente della direttiva 18/2004, e contrariamente a quanto previsto dall'ordinamento italiano: 1) non possono richiedere esse stesse il DURC in luogo dell'operatore interessato, dando così dirimente rilievo alla irregolarità storica non più sussistente, ma possono al più pretendere che il candidato allegghi all'atto della domanda il DURC in corso di validità, ovvero che lo produca prima dell'aggiudicazione (questo il senso della locuzione “le amministrazioni accettano come prova sufficiente.....”. Questa, nell'ordinamento italiano, non è questione di mero dettaglio poiché, l'aver previsto una richiesta d'ufficio del DURC, e l'aver posto a base dell'obbligatoria esclusione il certificato negativo acquisito d'ufficio in relazione a date pregresse (ossia la data di partecipazione), ha consentito che potessero emergere inadempienze contributive, non conosciute dall'operatore economico (il quale fa affidamento sulla validità trimestrale del DURC positivo ad egli rilasciato) o addirittura, come nel caso di specie, medio tempore sanate.

Se invece le stazioni appaltanti si limitassero ad “accettare” l'allegazione del DURC da parte dei concorrenti – così come previsto dalla direttiva - una tale anomalia non verrebbe mai in rilievo, atteso che, anche ove sopravvenissero ipotesi di inadempienza contributiva, gli istituti previdenziali, ai sensi dell'art. 7 del DM 24 ottobre 2007, avrebbero l'obbligo di preavvisare il

richiedente, dandogli possibilità di regolarizzazione nei successivi 15 giorni. Ergo, se l'operatore economico regolarizza la sua posizione, otterrà e potrà produrre una certificazione nuovamente positiva e non ostantiva. L'inadempienza solo "storica" non avrebbe cioè modo di venire in rilievo, ad eccezione dei casi in cui il concorrente si rifiuti di regolarizzare. In conclusione, l'aver previsto una sistema che richiede sempre il controllo d'ufficio e storico della regolarità contributiva, senza possibilità di regolarizzazione in corso di gara, contrasta con la ratio ed il tenore dell'art. 45" (così Sez. IV, 11 marzo 2015, ord. n. 1236).

I dubbi sopra esposti sembrano, invero, destinati a dissiparsi con l'entrata in vigore del Decreto del Ministro del Lavoro e delle Politiche Sociali emanato di concerto con il Ministro dell'Economia e delle Finanze e il Ministro per la Semplificazione e la Pubblica Amministrazione il 30 gennaio 2015 , pubblicato sulla G.U. n. 125 del 1-6-2015, con il quale ha trovato definitiva attuazione la disciplina di cui all'art. 4, rubricato «Semplificazioni in materia di Documento Unico di Regolarità Contributiva», del decreto legge 20 marzo 2014, n. 34, convertito con modificazioni dalla legge 16 maggio 2014, n. 78.

L'art. 4 cit. ha previsto forme obbligatorie di interrogazione della banca dati centrale vevoli per qualunque soggetto, pubblico o privato, generanti risposta in tempo reale; ha chiarito che detta "*interrogazione assolve all'obbligo di verificare la sussistenza del requisito di ordine generale di cui all'articolo 38, comma 1, lettera i), del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163....*" (cfr. art. 4 comma 3).

IL DM 30 gennaio 2015, ha poi previsto, all'art. 4, che "*1. Qualora non sia possibile attestare la regolarità contributiva in tempo reale l'INPS, l'INAIL e le Casse edili trasmettono tramite PEC, all'interessato o al soggetto da esso delegato ai sensi dell'art. 1 della legge 11 gennaio 1979, n. 12, l'invito a regolarizzare con indicazione analitica delle cause di irregolarità rilevate da ciascuno degli Enti tenuti al controllo. 2. L'interessato, avvalendosi delle procedure in uso presso ciascun Ente, può regolarizzare la propria posizione entro un termine non superiore a 15 giorni dalla notifica dell'invito di cui al comma 1. L'invito a regolarizzare impedisce ulteriori verifiche e ha effetto per tutte le interrogazioni intervenute durante il predetto*

termine di 15 giorni e comunque per un periodo non superiore a 30 giorni dall'interrogazione che lo ha originato. 3. La regolarizzazione entro il termine di 15 giorni genera il Documento in formato «pdf» di cui all'art. 7 “ (ndr. ossia l’attestazione di regolarità)

Una successiva circolare del Ministero del Lavoro (n. 19/2015) ha da ultimo chiarito, in funzione applicativa, che *“le Amministrazioni aggiudicatrici procederanno, pertanto, a decorrere dal 1° luglio 2015, alla verifica delle dichiarazioni sostitutive con le stesse modalità di cui all’articolo 6 del DM restando preclusa, pertanto, dalla medesima data, come precisato nella circolare ministeriale, la possibilità per le Amministrazioni in fase di richiesta di specificare la data nella quale ciascuna dichiarazione è stata resa. Ciò stante l’obbligo generale di invito alla regolarizzazione, previsto dall’art. 4 del DM, anche ai fini di qualificare come “definitivamente accertate” le violazioni gravi alle norme in materia di contributi previdenziali ai sensi dell’art. 38, comma 1 lettera i), del D.Lgs. n. 163/2006”*

Dunque, dal primo luglio (data di entrata in vigore del DM 30 gennaio 2015 giusto quanto previsto dall’art. 10 comma 5 della medesima fonte), in ragione delle nuove previsioni normative e delle modalità applicative, il concetto di definitivo accertamento (proprio dell’ordinamento previdenziale) è subordinato all’invito a regolarizzare anche se l’interrogazione sia compiuta dalla stazione appaltante in funzione di verifica.

Il problema esegetico rimane però evidentemente in piedi per il periodo antecedente ed interessa le Sezioni, nonché i TAR che, com’anzi detto appaiono divisi.

Il collegio rimettente è dell’opinione che l’obbligo del previo avviso di regolarizzazione, previsto sin dal 2007 in via regolamentare (art. 7 del DM 24 ottobre 2007), e dal 2013 anche in forza di disposizione di legge (art. 31, comma 8, del d.l. n. 69 del 2013), deve intendersi sussistente anche per il caso di richiesta proveniente dalla stazione appaltante.

Ciò poiché, in mancanza di avviso non solo si pone nel nulla il sistema della certificazione di regolarità conseguita dal privato ed in corso di validità, in

violazione del DM 24 ottobre 2007 che non distingue in punto di efficacia degli atti di certazione a seconda della natura pubblica o privata del richiedente, ma si viola il principio di affidamento dei privati, costituzionalmente e comunitariamente fondato, riconoscendo carattere di “definitività” ad una violazione previdenziale che non risulta dal durc “privato” né è mai stata previamente comunicata al contribuente.

Con conseguente irragionevolezza complessiva della disciplina di cui all’art. 38 codice dei contratti pubblici nella parte in cui dalla sua applicazione deriva l’esclusione di offerte potenzialmente convenienti per l’amministrazione.

Né potrebbe venire, nel caso di specie, in rilievo il principio della par condicio endoprocedurale atteso che non si tratta di sanare *ex post* una violazione definitivamente accertata al momento della partecipazione, quanto di escludere – giova ribadirlo - il carattere di definitività per talune violazioni (sovente coincidenti in ritardi nel versamento, in erronee autoliquidazioni in via presuntiva e anticipata, o in mancate compensazioni) non risultanti dal durc in possesso del privato né allo stesso previamente comunicati.

In relazione alla questione da ultimo cennata, il Collegio per completezza di esposizione ed al fine di meglio specificare gli ambiti esegetici rilevanti, ritiene di dover farsi carico di quanto recentemente affermato dall’Adunanza Plenaria di questo Consiglio nella decisione n. 8 dell’anno in corso, con la quale è stata risolta una controversia relativa ad una procedura di appalto di servizi in cui era emersa ed era stata posta in discussione una temporanea interruzione della validità di una SOA (nella specie nella categoria OG 1) per un breve periodo (dal 31 luglio 2011 al 22 settembre dello stesso anno) interruzione che si sarebbe verificata in dipendenza dell’esegesi, controversa tra le parti, della disposizione transitoria di cui all’art. 357 del D.P.R. 5 ottobre 2010 n. 357.

In tale circostanza l’Adunanza Plenaria dopo aver risolto il quesito esegetico circa il citato art. 357 nel senso che per le categorie cosiddette non variate necessitava la

verifica triennale e che quindi si era verificato l'anzidetto iato temporale, ha di seguito affrontato anche il secondo quesito nel quale all'Adunanza era stato chiesto di decidere se la carenza di continuità dell'attestazione del requisito di qualificazione nella categoria OG 1 in capo ad una impresa ausiliaria fosse in grado di comportare o meno l'esclusione dalla gara del R.T.I. risultato aggiudicatario. L'Adunanza, nella specie, ha ribadito il principio, peraltro già affermato nelle precedenti decisioni della stessa Adunanza *ex professo* richiamate (nn. 1/2010; 4/2011; 8 e 27/2012; 15 e 20/2013; 10/2014) secondo cui nelle gare di appalto per l'aggiudicazione di contratti pubblici, i requisiti generali e speciali devono essere posseduti dai candidati, non solo alla data di scadenza del termine per la presentazione della richiesta di partecipazione alla procedura di affidamento, ma anche per tutta la durata della procedura stessa fino all'aggiudicazione definitiva ed alla stipula del contratto, nonché per tutto il periodo dell'esecuzione dello stesso, senza soluzione di continuità.

Orbene, ritiene il collegio che il consolidatissimo principio di cui si è appena trattato non possa essere validamente richiamato per la risoluzione della questione esegetica oggi sottoposta.

La tesi del Collegio, nonché quella di parte della giurisprudenza in premessa citata, non giunge ad ammettere la sanatoria di un'irregolarità grave, sussistente al momento della partecipazione o emersa in pendenza della gara, ma si limita piuttosto a rilevare che, essendo il concetto di gravità e definitività della violazione contributiva o fiscale - richiamato in funzione ostativa dall'art. 38 del codice dei contratti pubblici - ormai rimesso all'ordinamento previdenziale per il tramite della disciplina generale sul rilascio del DURC (sul punto, chiaramente A.P. n. 8/2012), è a quell'ordinamento che occorre guardare per verificare se effettivamente la violazione vi sia e se essa sia definitiva. Ed in proposito, non v'è dubbio alcuno che quell'ordinamento è esplicito nel prevedere che il DURC non può certificare

come “definitiva” un’irregolarità, se non previo invio di “avviso di regolarizzazione” all’impresa. .

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta) non definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, ne dispone il deferimento all'adunanza plenaria del Consiglio di Stato.

In via cautelare, alla luce di quanto esposto, sospende la provvisoria efficacia della sentenza gravata, nonché la stipula del contratto, sino alla definitiva risoluzione della questione.

Manda alla segreteria della sezione per gli adempimenti di competenza, e, in particolare, per la trasmissione del fascicolo di causa e della presente ordinanza al segretario incaricato di assistere all'Adunanza plenaria.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 17 settembre 2015 con l'intervento dei magistrati:

Riccardo Virgilio, Presidente

Nicola Russo, Consigliere

Raffaele Potenza, Consigliere

Andrea Migliozi, Consigliere

Giulio Veltri, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 29/09/2015

IL SEGRETARIO

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