

PARERE N. 14 DEL 14.02.2013

PREC 279/12/S

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie *ex* articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata da [omissis] – “*Servizi di vigilanza armata e controllo accessi, sorveglianza e prevenzione incendio, reception presso gli insediamenti di [omissis]* – importo a base d’asta euro [omissis]– S.A.: [omissis]

Art. 7, terzo comma, D.M. 24 ottobre 2007 – DURC irregolare – invito alla regolarizzazione.

Il Consiglio

Vista la relazione dell’Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 14 dicembre 2012 è pervenuta l’istanza in epigrafe, con la quale la [omissis] chiede il parere dell’Autorità in merito all’esclusione della società [omissis] dalla procedura aperta indetta, con bando pubblicato il [omissis], per l’affidamento quadriennale del servizio di vigilanza e controllo presso le sedi di [omissis], suddiviso in tre lotti di importo complessivo pari ad euro [omissis]

I fatti possono riassumersi come segue:

- all’esito della seduta pubblica del 16 dicembre 2011, [omissis] è risultato:

- per il lotto n. 1: 6° classificato;

- per il lotto n. 2: 5° classificato;

- per il lotto n. 3: 1° classificato;

- la stazione appaltante ha svolto le verifiche sull’anomalia delle offerte economiche e sull’assenza di cause soggettive di esclusione in capo ai primi classificati nei tre lotti ed ha infine deliberato, nel settembre 2012, l’esclusione di cinque concorrenti;

- per effetto dello scorrimento delle tre distinte graduatorie, [omissis] è risultato, quindi, miglior offerente ed aggiudicatario provvisorio per il lotto n. 2, avendo superato positivamente anche l’esame del possesso dei requisiti di cui all’art. 38 del d.lgs. n. 163 del 2006 (ivi compresa la regolarità contributiva, sulla base di DURC emesso il 5 aprile 2012 ed attestante l’assenza di insoluti alla data del 23 maggio 2011, ossia al momento della presentazione della domanda di partecipazione); con riferimento al lotto n. 1, [omissis] è risultato, invece, 2° classificato, mentre è stato eliminato dalla graduatoria relativa al lotto n. 3, per effetto del divieto di aggiudicazione multipla dei lotti;

- con comunicazione pervenuta alla stazione appaltante in data 1 ottobre 2012, [omissis] ha notificato l’avvenuto conferimento dei rami d’azienda di piantonamento e portierato alla società

[omissis], nei cui confronti è stata pertanto immediatamente avviata la verifica circa l'assenza di cause di esclusione, ai sensi dell'art. 51 del d.lgs. n. 163 del 2006;

- nelle more delle verifiche sulla società cessionaria, la stazione appaltante è venuta a conoscenza di un d.u.r.c. irregolare emesso dall'I.N.P.S. in data [omissis] a carico dell' [omissis] (per somme non versate al 14 settembre 2012, pari ad euro [omissis]), acquisito in occasione dei controlli periodici svolti nei confronti delle imprese iscritte all'Albo Fornitori per il Settore [omissis];

- ritenendo di aver accertato una situazione di irregolarità contributiva grave e definitiva in un momento anteriore al perfezionamento della cessione d'azienda, la stazione appaltante ha disposto, con provvedimento del 16 novembre 2012, l'esclusione dalla gara dell' [omissis];

- a seguito della diffida trasmessa congiuntamente da quest'ultimo e dalla società cessionaria [omissis], la stazione appaltante ha poi revocato l'esclusione e sospeso la procedura, richiedendo il parere dell'Autorità circa le decisioni da assumere in relazione all'aggiudicazione del lotto n. 2. Con nota del 19 dicembre 2012 è stata trasmessa la comunicazione di avvio dell'istruttoria a [omissis]., all' [omissis], alla [omissis] ed agli altri raggruppamenti concorrenti.

Ritenuto in diritto

L'istanza di parere presentata da [omissis]., nell'ambito della gara indicata in epigrafe, riguarda la posizione del concorrente [omissis], primo classificato ed aggiudicatario provvisorio per il lotto n. 2, a carico del quale l'I.N.P.S. ha emesso un DURC irregolare, con riferimento alla data del [omissis], per contributi non versati pari ad euro [omissis].

Il certificato, emesso dall'I.N.P.S. il [omissis] e pervenuto all'ufficio amministrativo [omissis], è stato acquisito non nella fase di verifica sui requisiti soggettivi di partecipazione in capo all'impresa aggiudicataria, ai sensi dell'art. 48 del d.lgs. n. 163 del 2006, bensì in occasione del controllo periodico ordinariamente svolto sulle imprese iscritte all'Albo Fornitori per il Settore [omissis], ai sensi degli artt. 8 e 10 del regolamento adottato dalla stazione appaltante nel febbraio 2011.

In precedenza, infatti, il responsabile del procedimento aveva acquisito un DURC intestato all' [omissis] ed emesso dall'I.N.P.S. il [omissis], attestante il regolare assolvimento degli obblighi contributivi al [omissis], data della presentazione della dichiarazione autocertificata allegata all'offerta.

Le doglianze formulate dalla società aggiudicataria si fondano proprio su tale circostanza: a suo dire, sarebbe irruale l'acquisizione d'ufficio del DURC per finalità diverse da quelle del controllo sulla veridicità dell'autocertificazione e della verifica sull'assenza di cause di esclusione nella fase finale dell'aggiudicazione definitiva (come nella vicenda in esame, dove il DURC è stato richiesto nell'ambito dei controlli a campione sui soggetti iscritti all'Albo Fornitori della stazione appaltante) e sarebbe, di conseguenza, illegittima l'esclusione disposta ai sensi dell'art. 38, primo comma – lett. i), del d.lgs. n. 163 del 2006.

Orbene, secondo l'orientamento ormai definitivamente prevalso in giurisprudenza, ai sensi e per gli effetti dell'art. 38, primo comma – lett. i), del Codice dei contratti pubblici, anche nel testo vigente anteriormente al d.l. n. 70 del 2011, la nozione di violazione grave e definitiva in materia contributiva non è rimessa alla valutazione specifica della stazione appaltante, ma si desume dalla disciplina del documento unico di regolarità contributiva: ne consegue che la verifica della regolarità contributiva delle imprese concorrenti è demandata agli istituti di previdenza, le cui certificazioni si impongono alle stazioni appaltanti che non possono sindacarne il contenuto (così, per tutte: Cons. Stato, ad. plen., 4 maggio 2012 n. 8). In precedenza, anche l'Autorità aveva avuto modo di affermare che le stazioni appaltanti sono tenute a prendere atto della certificazione senza poterne in alcun modo sindacare le risultanze, dovendo ascrivere il DURC al novero delle dichiarazioni di scienza, assistite da fede pubblica privilegiata ai sensi dell'art. 2700 c.c., e facenti piena prova fino a querela di falso (cfr. A.V.C.P., determinazione 12 gennaio 2010 n. 1).

Quanto alla connessa questione del momento in cui deve sussistere la regolarità contributiva e della

possibile sanatoria dell'irregolarità in corso di gara, la giurisprudenza ha chiarito che la regolarità contributiva costituisce condizione di ammissione alla gara e che il suo difetto alla data di scadenza del termine di presentazione dell'offerta non può che comportare l'esclusione del concorrente non adempiente, non potendo valere la regolarizzazione postuma: l'impresa infatti deve essere in regola con i relativi obblighi fin dalla presentazione della domanda e conservare tale regolarità per tutto lo svolgimento della procedura (così, ancora: Cons. Stato, ad. plen., 4 maggio 2012 n. 8).

Tuttavia, poiché l'attestazione delle eventuali irregolarità gravi e definitive costituisce, secondo l'anzidetto orientamento interpretativo, una prerogativa esclusiva degli istituti previdenziali competenti al rilascio del DURC, è alla relativa disciplina legislativa e regolamentare che deve aversi riguardo ai fini di valutare la sussistenza dei presupposti per l'esclusione di un concorrente dalla gara.

Come è noto, l'art. 7, terzo comma, del decreto del Ministero del Lavoro del 24 ottobre 2007 stabilisce che gli istituti previdenziali, prima dell'emissione del DURC irregolare, devono invitare l'impresa interessata a regolarizzare la propria posizione entro un termine non superiore a quindici giorni, qualunque sia l'entità economica dell'irregolarità riscontrata (si veda, sul punto, la circolare del Direttore generale I.N.P.S. 28 marzo 2011 n. 59 – paragrafo 1.3.). Tale onere sussiste, in particolare, per tutte le ipotesi in cui la richiesta formulata dalla stazione appaltante attenga a fasi successive a quella della verifica sull'autodichiarazione allegata all'offerta.

La richiamata disposizione regolamentare va interpretata, quindi, nel senso che ogni sopravvenuta situazione di irregolarità contributiva (grave e definitiva), non ancora presente al momento della presentazione dell'offerta e maturata in pendenza della procedura di gara, non può essere certificata con l'emissione del DURC negativo prima che all'impresa interessata sia stato concesso l'ulteriore termine breve, non superiore a quindici giorni, per il pagamento delle somme non versate. E' perciò illegittimo il provvedimento di esclusione che assuma, quale presupposto giustificativo, l'emissione da parte dell'istituto previdenziale di un DURC irregolare non preceduto dall'invito alla regolarizzazione, ai sensi dell'art. 7, terzo comma, del decreto del Ministero del Lavoro del 24 ottobre 2007 (in giurisprudenza si veda, di recente: TAR Lombardia, Milano, sez. I, 9 ottobre 2012 n. 2498).

Nella fattispecie in esame, la stazione appaltante ha dapprima acquisito (in data [omissis]) un DURC regolare emesso dall'I.N.P.S. in relazione alla posizione dell' [omissis] al [omissis], data di presentazione dell'offerta; ha poi acquisito (in data [omissis]) un DURC irregolare emesso dall'I.N.P.S. a carico della medesima società con riferimento al [omissis], data della richiesta di verifica finalizzata al mantenimento dell'iscrizione all'Albo Fornitori per il Settore [omissis]. Per la soluzione del caso di specie vale rilevare che, come chiarito nella circolare del Direttore generale I.N.P.S. sopra richiamata, il procedimento di rilascio del DURC prevede modalità differenti a seconda della finalità per la quale il DURC viene richiesto. Pertanto, quando si tratta di verificare la dichiarazione sostitutiva relativa al requisito di cui all'art. 38, comma 1, lett.i), e ai fini dell'aggiudicazione del contratto, il DURC deve essere richiesto selezionando la tipologia "verifica autodichiarazione", e la data che rileva ai fini di detta verifica è quella della dichiarazione sostitutiva prodotta dal concorrente in fase di selezione.

Nel caso di specie, alla data di presentazione dell'offerta, la posizione contributiva della ditta era in regola.

Quando il DURC viene richiesto per finalità diverse da quella tesa a verificare la dichiarazione sostitutiva resa in sede partecipazione, prima di procedere alla sua emissione, gli enti previdenziali devono invitare alla regolarizzazione concedendo un termine di 15 giorni (durante il quale è sospeso il termine di 30 giorni per l'emissione del certificato), ai sensi di quanto previsto dall'art. 7, comma 3 del decreto del Ministero del Lavoro 24/10/2007.

Nel caso di specie, alla data del [omissis] è stato l'Albo fornitori a richiedere il rilascio del DURC, e ciò per il mantenimento dell'iscrizione all'Albo stesso. Tuttavia, non essendoci, tra le opzioni contenute nel menu dell'applicativo dello sportello unico, la causale specifica di detta richiesta, il DURC è stato richiesto per "verifica autodichiarazione", che è causale che preclude la procedura

di regolarizzazione sopra descritta. Nonostante ciò, risultando irregolare la posizione contributiva della ditta alla data del [omissis], la procedura di regolarizzazione di cui all'art. 7, comma 3 del decreto del Ministero del lavoro è stata ugualmente attivata dall'I.N.P.S., e la ditta ha pagato la somma dovuta di [omissis].

Da quanto sopra, emerge, dunque, che non potendo essere attivata la procedura di regolarizzazione nel solo caso di "verifica autodichiarazione", l'impossibilità di procedere ad una sanatoria sussiste solo quando l'impresa non risulti in regola alla data di presentazione dell'offerta o della domanda di partecipazione. In tutti gli altri casi, la disciplina e la prassi previdenziale consentono all'impresa di regolarizzare la propria posizione contributiva, anche quando tale inadempienza si sia verificata in corso di gara.

Pertanto, se è data possibilità all'impresa di regolarizzare la propria posizione in fase di gara, è chiaro che la finalità di tale previsione è anche quella di consentire alla stessa di rimanere in gara, con la conseguenza che un eventuale provvedimento di esclusione non può che apparire illegittimo.

In base a tutto quanto sopra considerato, pertanto,

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione:

- che la regolarità contributiva costituisce condizione di ammissione alla gara e che il suo difetto alla data di scadenza del termine di presentazione dell'offerta (*rectius* dell'autodichiarazione resa per la partecipazione alla gara) non può che comportare l'esclusione del concorrente non adempiente, non potendo valere la regolarizzazione postuma;
- che nell'ipotesi in cui il requisito in parola, sussistente al momento della partecipazione, venga meno in corso di gara, l'emissione del DURC deve essere preceduta dall'invito, da parte dell'I.N.P.S., alla regolarizzazione, ai sensi dell'art. 7, terzo comma, del decreto del Ministero del Lavoro del 24 ottobre 2007;
- che, nel caso di specie, l'irregolarità contributiva dell' [omissis], correttamente sanata in quanto verificatasi solo in corso di gara, non costituisce legittima causa di esclusione.

Il Consigliere Relatore: Luciano Berarducci

Il Presidente: Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 22.02.2013

Il Segretario Maria Esposito