

N. 04801/2016REG.PROV.COLL.

N. 07563/2015 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 7563 del 2015, proposto da:

Cnt-Consortio Navalmeccanico Taranto in qualità di mandataria della costituenda Ati, Fumarola Vincenzo Srl (Mandanti), Comerin Srl (Mandanti), Tecnosit Srl (Mandanti), in persona dei legali rappresentanti pro tempore, rappresentati e difesi dagli avvocati Gianluca Prete C.F. PRTGLC76E11L049M, Piero Giuseppe Rella C.F. RLLPGS48C16A271R, con domicilio eletto presso S.N.C. Studio Placidi in Roma, via Cosseria, 2; Omega Engineering Marine Srl (Mandanti) non costituita in giudizio;

contro

Ministero della Difesa, Arsenale Marina Militare di Taranto, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentati e difesi per legge dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliata in Roma, via dei Portoghesi, 12; Inps - Istituto Nazionale della Previdenza Sociale, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso per legge dagli avvocati Antonino Sgroi C.F. SGRNNN60D29C351B, Lelio Maritato C.F. MRTLLE64B22D390K, Carla D'Aloisio C.F. DLSCRL71H57G482G, Emanuele De Rose C.F. DRSMNL70L12H501W, Giuseppe Matano C.F. MTNGPP58C28H501S, Ester Sciplino C.F. SCPSRD66S47E974L, domiciliato in Roma, via Cesare Beccaria, 29; Istituto Nazionale della Previdenza Sociale Sede di Taranto non costituito in giudizio;

nei confronti di

Ati - Tema Sistemi Spa (Mandataria), Tmf Srl (Mandanti), Cantieri Navali Aprile Srl (Mandanti), Tec Service Italia Srl (Mandanti) non costituiti in giudizio;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. PUGLIA, Sezione Staccata di Lecce: Sezione I, n. 02481/2015, resa tra le parti, concernente l'affidamento del servizio di ammodernamento progressivo e programmatico della nave Espero, nonché il risarcimento dei danni.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero della Difesa, Arsenale Marina Militare di Taranto e dell'Inps;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 6 ottobre 2016 il Cons. Nicola D'Angelo e uditi gli avvocati Piero Giuseppe Relleve, per la parte appellante, e l'avvocato dello Stato Vittorio Cesaroni per le Amministrazioni appellate costituite.

Nessuno è comparso per le altre parti intime;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con bando n.3 del 17 ottobre 2014, l'Arsenale Militare di Taranto procedeva all'indizione di una procedura ristretta accelerata ai sensi dell'art. 17, comma 5, del d.lgs n. 208/2011 ed dell'art. 70, comma 11, del d.lgs n. 163/2006, con il criterio di aggiudicazione del massimo ribasso, per l'affidamento del servizio di ammodernamento progressivo e programmatico della nave Espero.

A seguito della fase di preselezione, venivano considerati idonei e quindi ammessi a presentare l'offerta due raggruppamenti e cioè l'ATI con il Consorzio Navalmeccanico di Taranto mandatario e l'ATI con Tema Sistemi Spa mandataria.

Il servizio veniva poi aggiudicato all'ATI capeggiata dal Consorzio Navalmeccanico di Taranto, migliore offerente con il ribasso del 45,6% sul prezzo a base di gara di 948.589,31 euro.

Successivamente, in sede di verifica delle autodichiarazioni, la stazione appaltante richiedeva i documenti di regolarità contributiva di tutte le società facenti parte dell'associazione temporanea risultata aggiudicataria definitiva, nonché della seconda classificata.

L'Inps emetteva i relativi certificati con riferimento alla data di sottoscrizione delle autodichiarazioni e in relazione a quello di una delle mandanti dell'A.T.I. aggiudicataria, la Tecnosit, rilasciava un DURC negativo in quanto non risultavano i contributi previdenziali relativi al mese di settembre 2014.

La stessa stazione appaltante, dopo aver valutato le osservazioni dell'interessata, disponeva la revoca dell'aggiudicazione, attribuendo il servizio alla seconda graduata, l'ATI capeggiata da Tema Sistemi Spa.

2. Contro la revoca dell'aggiudicazione il Consorzio Navalmeccanico di Taranto ha quindi proposto ricorso dinanzi al TAR, Puglia, sezione staccata di Lecce, che con sentenza della sezione I n. 2481/2015 lo ha respinto.

Il TAR di Lecce ha rigettato il ricorso perché ha condiviso l'orientamento giurisprudenziale secondo cui tra l'art. 31, comma 8, del DL n. 69/2013, convertito nella legge n.98/2013, e l'art. 38 comma 1, lettera i), del d.lgs. n.163/2006 sussisterebbe un rapporto di specialità, sicché l'art. 38 del d.lgs. n. 163/2006 continua a disciplinare in via autonoma i presupposti per la partecipazione alle gare, mentre l'art. 31, comma 8, del DL n. 69/2013 si applica al solo DURC c.d. interno, ossia quello redatto dall'INPS per il riconoscimento di benefici o sgravi contributivi alla ditta, e non riguarda invece il documento relativo alla verifica dei requisiti per la partecipazione alle gare, che non può virtualmente attribuire una regolarità contributiva ad impresa che ne era originariamente priva.

In sostanza, il DURC in sede di gara non può essere negativo e comunque non può essere regolarizzato successivamente, ai sensi dell'art. 31, comma 8, del DL n. 69/2013.

3. L'ATI di cui il Consorzio Navalmeccanico di Taranto è mandatario ha impugnato le predetta sentenza.

Nel ricorso ha prospettato i seguenti motivi di appello:

3. a) violazione di legge – violazione dell'art. 38, comma 1, lettera i) del d.lgs. n. 613/2006 - violazione dell'art. 31, comma 8, del DL n. 69/2013- violazione dell'art. 7 del DM 24 ottobre 2010 – eccesso di potere per travisamento dei presupposti di diritto – difetto di istruttoria;

La sentenza del TAR di Lecce non ha considerato quanto prospettato dall'ATI appellante già nel ricorso introduttivo del giudizio a proposito del fatto che la Tecnosit Srl (mandante) al momento della produzione dell'autodichiarazione in sede di partecipazione alla gara non aveva ricevuto dall'Inps alcun preavviso di accertamento negativo. In ogni caso, nei

quindici giorni concessi dal preavviso di accertamento emesso il 12 novembre 2014, la Tecnosit aveva regolarizzato la propria posizione contributiva con la richiesta e l'ottenimento della dilazione del pagamento dei contributi dovuti.

Quindi, il DURC negativo avrebbe avuto natura non definitiva, potendo essere regolarizzato, ai sensi del citato art. 31 del DL n. 69/2013, entro quindici giorni dal ricevimento dell'avviso dell'Inps.

Conseguentemente, la revoca dell'aggiudicazione non si sarebbe potuta disporre tenuto conto che la suddetta circostanza non può costituire una delle tassative ipotesi di violazione "grave" di cui all'art. 38 del d. lgs. n. 163/2006.

3. b) illegittimità derivata - violazione di legge – violazione dell'art. 38, comma 1, lettera i) del d.lgs. n. 613/2006 - violazione dell'art. 31, comma 8, del DL n. 69/2013- violazione dell'art. 7 del DM 24 ottobre 2010 – eccesso di potere per travisamento dei presupposti di diritto – difetto di istruttoria;

La stazione appaltante non ha valutato correttamente la documentazione presentata, anche alla luce dell'intervenuta regolarizzazione del DURC.

3. c) violazione di legge – violazione dell'art. 38, comma 1, lettera i), del d.lgs. n. 613/2006 - violazione dell'art. 31, comma 8, del DL n. 69/2013- violazione dell'art. 7 del DM 24 ottobre 2010 – eccesso di potere per travisamento dei presupposti di diritto – difetto di istruttoria.

Sotto diverso profilo, la parte appellante evidenzia che il TAR Lecce ha omesso di pronunciarsi sulla rappresentata illegittimità del DURC, rilasciato in violazione dell'art. 7 del DM Lavoro del 24 ottobre 2007 senza espletamento della fase di regolarizzazione.

Inoltre, non ha considerato che l'Amministrazione non ha esaminato le giustificazioni presentate dalla Tecnosit Srl.

4. Il Ministero della Difesa si è costituito in giudizio ed ha depositato una memoria il 25 settembre 2015, chiedendo il rigetto dell'appello e la conferma della sentenza impugnata.

5. Con ordinanza cautelare n. 4487/2015 del 29 settembre 2015 è stata accolta la domanda di sospensione della sentenza impugnata presentata contestualmente al ricorso in appello.

La causa è stata trattenuta in decisione all'udienza pubblica del 6 ottobre 2016.

6. L'appello non è fondato.

6. a) Come aveva già rilevato questa Sezione in occasione dell'esame della domanda cautelare (cfr. motivazione citata ordinanza n. 4487/2015), i profili di censura della sentenza di primo grado, così come prospettati dalla parte appellante, avrebbero dovuto trovare definitiva risoluzione all'esito della decisione dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato interessata per un'analogia controversia.

In particolare, questa Sezione, con ordinanza 29 settembre 2015, n. 4540, ha rimesso all'Adunanza Plenaria la questione se l'obbligo degli Istituti previdenziali di invitare l'interessato alla regolarizzazione del DURC (c.d. preavviso di DURC negativo), previsto dall'art. 7, comma 3 D.M. 24 ottobre 2007 e ribadito dall'art. 31, comma 8, del decreto legge n. 69 del 2013, sussista anche nel caso in cui la richiesta provenga dalla stazione appaltante in sede di verifica della dichiarazione resa dall'impresa ai sensi dell'art. 38, comma 1, lettera i) del d.lgs. n. 163 del 2006. Se, in altri termini, la mancanza dell'invito alla regolarizzazione impedisca di considerare come "definitivamente accertata" la situazione di irregolarità contributiva.

6. b) Con sentenza n. 5 del 29 febbraio 2016 l'Adunanza Plenaria ha deciso la questione.

Dopo avere riassunto i contrasti a riguardo in giurisprudenza, la Plenaria ha concluso che andava data continuità, anche dopo l'entrata in vigore dell'art. 31, comma 8, del decreto legge n. 69 del 2013, all'indirizzo interpretativo secondo cui non sono consentite regolarizzazioni postume in sede di gara della posizione previdenziale, dovendo l'impresa essere in regola con l'assolvimento degli obblighi previdenziali ed assistenziali fin dalla presentazione dell'offerta e conservare tale stato per tutta la durata della procedura di aggiudicazione e del rapporto con la stazione appaltante, restando dunque irrilevante, un eventuale adempimento tardivo dell'obbligazione contributiva.

Tale principio, già espresso dall'Adunanza Plenaria nella sentenza 4 maggio 2012, n. 8, non doveva ritenersi superato dalla norma introdotta con l'articolo 31, comma 8, del decreto legge n. 69 del 2013.

In sostanza, secondo l'Adunanza Plenaria, non si può subordinare il carattere definitivo della violazione previdenziale (che ai sensi dell'art. 38 d.lgs. n. 163 del 2006 rappresenta un elemento ostativo alla partecipazione alle gare d'appalto)

alla condizione che l'impresa che versi in stato di irregolarità contributiva al momento della presentazione dell'offerta venga previamente invitata a regolarizzare la propria posizione previdenziale e che nonostante tale invito perseveri nell'inadempimento dei propri obblighi contributivi.

L'Adunanza Plenaria ritiene, al contrario, che l'art. 31, comma 8, del decreto legge n. 69 del 2013 non abbia in alcun modo modificato la disciplina dettata dall'art. 38 d.lgs. n. 163 del 2006 e che, pertanto, la regola del previo invito alla regolarizzazione non trovi applicazione nel caso di DURC richiesto dalla stazione appaltante ai fini della verifica delle dichiarazioni rese dall'impresa ai fini della partecipazione alla gara.

L'istituto dell'invito alla regolarizzazione (il c.d. preavviso di DURC negativo) può, dunque, operare solo nei rapporti tra impresa ed Ente previdenziale, ossia con riferimento al DURC chiesto dall'impresa e non anche al DURC richiesto dalla stazione appaltante per la verifica della veridicità dell'autodichiarazione.

6. c) Alla luce dell'Adunanza Plenaria n. 5 del 2016, alla cui ampia motivazione si rinvia anche con riferimento alla compatibilità con il quadro comunitario, non possono ritenersi fondate le censure mosse dalla parte appellante alla sentenza del TAR di Lecce.

Esse, infatti, muovono tutte dalla presupposizione della valenza nel caso di specie dell'art. 31, comma 8, del DL n. 69/2013, circostanza invece smentita dall'Adunanza Plenaria.

6. d) Neppure l'eccezione omessa pronuncia del TAR sulla rappresentata illegittimità del DURC e sul mancato esame delle giustificazioni presentate dalla Tecnosit Srl ha fondamento.

Il mancato espletamento della fase di regolarizzazione del DURC negativo, prevista dall'art. 7 del DM del 24 ottobre 2007, non incide infatti sulla sua validità.

La regola del previo invito alla regolarizzazione non trova, come detto, applicazione nel caso di richiesta della certificazione preordinata alle verifiche effettuate dalla stazione appaltante ai fini della partecipazione alle gare (cfr. sul punto la richiamata A.P. del Consiglio di Stato n. 8/2012).

Inoltre, l'Amministrazione ha esaminato le giustificazioni presentate dalla Tecnosit Srl.

La stazione appaltante ha valutato, come risulta in atti, le osservazioni e i documenti presentati e li ha ritenuti insufficienti a giustificare il requisito partecipativo in capo alla stessa Tecnosit in quanto postumi rispetto al momento della presentazione della richiesta di partecipazione.

7. Per le ragioni sopra esposte, l'appello va respinto e di conseguenza va confermata la sentenza del TAR Puglia, Lecce, n. 2841/2015.

Tenuto conto dei precedenti contrasti della giurisprudenza, le spese di giudizio possono essere compensate tra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta) definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 6 ottobre 2016 con l'intervento dei magistrati:

Filippo Patroni Griffi, Presidente

Raffaele Greco, Consigliere

Andrea Migliozi, Consigliere

Carlo Schilardi, Consigliere

Nicola D'Angelo, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Nicola D'Angelo

IL PRESIDENTE
Filippo Patroni Griffi

IL SEGRETARIO