



**Giustizia amministrativa**  
A cura del Segretariato Generale della Giustizia amministrativa

**Consigli  
Tribunali**

[Indietro](#)

Publicato il 31/07/2017

**N. 00640/2017 REG.PROV.COLL.**

**N. 00284/2017 REG.RIC.**



**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Tribunale Amministrativo  
Regionale per le Marche**

**(Sezione Prima)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

*ex art. 60 cod. proc. amm.;*

sul ricorso numero di registro  
generale 284 del 2017, proposto da:

Società Gaspari Gabriele S.r.l., in  
persona del legale rappresentante  
p.t., rappresentata e difesa  
dall'avvocato Andrea Galvani, con  
domicilio eletto presso il suo studio,  
in Ancona, corso Mazzini, 156;

*contro*

Ente Regionale per l'Abitazione  
Pubblica (ERAP) Marche, in  
persona del legale rappresentante  
p.t., rappresentato e difeso  
dall'avvocato Luca Emili, con  
domicilio eletto presso il suo studio  
in Ancona, piazza S. D'Acquisto N.  
40;

ERAP Marche - Presidio di Ascoli  
Piceno, ERAP Marche - Presidio di  
Ancona, non costituiti in giudizio;

*nei confronti di*

Ambrosetti Group S.r.l. e  
Co.Ge.Ver. S.r.l., in persona dei  
legali rappresentanti p.t.,  
rappresentate e difese dall'avvocato  
Massimo Di Sotto, con domicilio  
eletto presso lo studio dell'avv.  
Alessandro Lucchetti, in Ancona,  
corso Mazzini, 156;

*per l'annullamento*

*previa sospensiva*

- della determina del Responsabile  
del Presidio ERAP di Ascoli Piceno  
n. 113 del 21/4/2017 con la quale è  
stata aggiudicato in via definitiva ad  
Ambrosetti Group S.r.l. l'appalto  
dei lavori urgenti di manutenzione

straordinaria e ripristino strutturale del grattacielo Largo Fiordalisi 1 di Ascoli Piceno;

- della nota del 22/4/17 prot. 18996 con la quale il Dirigente Responsabile del Presidio ERAP di Ascoli Piceno ha comunicato l'avvenuta aggiudicazione definitiva di cui sopra;

- della lettera – mail del 7/4/2017 dell'ERAP Presidio di Ancona con la quale l'ERAP Presidio di Ascoli è stato invitato a chiedere alla CO.GE.VER. S.r.l., ausiliaria della società Ambrosetti Group, la regolarizzazione del DURC risultato non regolare;

- della lettera - mail del 7/4/2017 con la quale il RUP ha invitato le ditte sopra indicate alla regolarizzazione del DURC;

- della lettera del 10/4/2017 prot. 16881 con la quale il RUP ha nuovamente invitato le ditte sopra indicate alla citata regolarizzazione;

- della nota dell'11/5/2017 prot. 21778 con la quale il Dirigente Responsabile del Presidio ERAP di

Ascoli Piceno ha precisato, in risposta alla nota della ricorrente del 10/5/2017 che l'operato dell'Ente è stato regolare e legittimo, nonché di tutti gli atti presupposti, connessi e conseguenti e per la declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente stipulato tra le parti.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di ERAP Marche, di Ambrosetti Group S.r.l. e di Co.Ge.Ver. S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 5 luglio 2017 il dott. Tommaso Capitanio e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO e DIRITTO**

1. La ditta ricorrente ha preso parte alla procedura ad evidenza pubblica indetta dall'ERAP Marche per l'affidamento dell'appalto relativo ai lavori di manutenzione straordinaria e ripristino strutturale del grattacielo Monticelli, sito in Ascoli Piceno.

La gara è stata aggiudicata alla controinteressata Ambrosetti Group, la quale si è avvalsa, con riguardo ad alcuni dei requisiti di partecipazione, della ditta Co.Ge.Ver.

Poiché dopo l'adozione del provvedimento di aggiudicazione provvisoria il d.u.r.c. presentato da Co.Ge.Ver. era scaduto, la stazione appaltante ne ha chiesto un nuovo rilascio all'INPS di Caserta. Dal d.u.r.c. rilasciato in data 6 marzo 2017 emergeva una situazione di irregolarità contributiva a carico di Co.Ge.Ver.

La stazione appaltante invitava pertanto la ditta a regolarizzare il documento, al che Co.Ge.Ver. provvedeva in data 20 aprile 2017,

presentando un d.u.r.c. da cui emergeva la correntezza contributiva.

Alla luce di ciò l'ERAP ha adottato il provvedimento di aggiudicazione definitiva.

2. La ditta Gaspari, collocata al secondo posto della graduatoria, contesta il complessivo operato dell'ERAP, deducendo che:

- la correntezza contributiva costituisce uno dei requisiti di partecipazione alle procedure ad evidenza pubblica (art. 80, comma 4, del D.Lgs. n. 50/2016). La normativa ammette la “sanatoria” delle eventuali pendenze contributive solo se il pagamento o l'impegno vincolante a pagare (c.d. rateizzazione) intervengano entro il termine di presentazione delle offerte previsto dal bando;
- la giurisprudenza nazionale e comunitaria afferma in maniera compatta che la correntezza contributiva deve sussistere dal momento della presentazione dell'offerta e per tutta la durata

della gara, non essendo rilevante al riguardo l'istituto dell'invito alla regolarizzazione di cui all'art. 31, comma 8, del D.L. n. 69/2013 (il quale riguarda i rapporti fra l'impresa e gli enti previdenziali). Né rileva il fatto che al momento della presentazione dell'offerta il d.u.r.c. fosse regolare, perché laddove nell'arco temporale di svolgimento della gara emergano posizioni debitorie ciò vuol dire che la regolarità contributiva era meramente apparente. Del resto, l'impresa ha sempre la possibilità di verificare in tempo reale la propria situazione contributiva e di saldare in tempo utile eventuali pendenze;

- nel caso di specie, quindi, l'operato dell'ERAP è illegittimo nel momento in cui è stata consentita all'impresa ausiliaria la sanatoria postuma dell'irregolarità contributiva.

La ricorrente ha proposto altresì la domanda risarcitoria, in via principale sotto forma di reintegrazione in forma specifica, in

subordine *sub specie* di risarcimento per equivalente monetario.

3. Costituendosi in giudizio sia la stazione appaltante che le controinteressate Ambrosetti Group e Co.Ge.Ver. hanno chiesto il rigetto del ricorso, evidenziando che nella specie non si è avuta alcuna illegittima regolarizzazione postuma del requisito di partecipazione di cui all'art. 80, comma 4, del D.Lgs. n. 50/2016 (e ciò in quanto la temporanea situazione di “scopertura” contributiva di Co.Ge.Ver. è stata dovuta a problematiche di ordine tecnico, che l'INPS ha poi sanato accogliendo le controdeduzioni e l'istanza di rateizzazione presentate dalla ditta ausiliaria).

4. Alla camera di consiglio del 5 luglio 2017, fissata per la trattazione collegiale della domanda cautelare, il Collegio ha dato avviso alle parti della possibilità di definire il giudizio già in questa sede (visto che il contraddittorio è integro e che non sussistono esigenze



istruttorie), non riscontrando opposizioni o riserve di sorta.

Il Tribunale ritiene che il ricorso non sia meritevole di accoglimento.

5. Va evidenziato in premessa che le tesi di parte ricorrente sono senz'altro applicabili nei casi in cui la ditta che sia risultata non in regola con il versamento dei contributi previdenziali e assistenziali abbia partecipato alla gara come impresa singola (al riguardo, è sufficiente richiamare la sentenza del Cons. Stato, n. 1006/2017 e l'ordinanza del TAR Brescia n. 190/2017).

5.1. Il discorso è diverso laddove il concorrente si sia avvalso di un'impresa ausiliaria che sia poi incorsa in situazione di irregolarità contributiva, e questo sia con riguardo alla disciplina del previgente D.Lgs. n. 163/2006, sia soprattutto con riguardo alle disposizioni dell'art. 89 del D.Lgs. n. 50/2016.

Come è noto, infatti, per le gare svoltesi nel vigore del Codice del

2006 è attualmente pendente davanti alla Corte di Giustizia UE la questione pregiudiziale sollevata dal Consiglio di Stato con l'ordinanza n. 1522/2016, avente ad oggetto l'applicabilità diretta del principio di cui all'art. 63 della direttiva n. 24/2014. Peraltro, lo stesso Consiglio di Stato, senza attendere il pronunciamento del Giudice comunitario, in sede cautelare ha già accolto la tesi secondo cui l'art. 37 del D.Lgs. n. 163/2006, nella parte in cui consente modifiche in corso degli r.t.i., è applicabile anche ai casi di avvalimento (ord. n. 2326/2016 della Sez. III - su tali vicende vedasi anche l'ordinanza n. 20/2017 di questo Tribunale, con cui è stata disposta la sospensione impropria del giudizio con riguardo ad una vicenda analoga a quella che ha dato origine al suddetto rinvio pregiudiziale).

5.2. L'art. 89, comma 3, del D.Lgs. n. 50/2016 ha espressamente accolto il principio di cui al predetto art. 63 della direttiva

appalti del 2014, stabilendo che *“La stazione appaltante verifica, conformemente agli articoli 85, 86 e 88, se i soggetti della cui capacità l'operatore economico intende avvalersi, soddisfano i pertinenti criteri di selezione o se sussistono motivi di esclusione ai sensi dell'articolo 80. Essa impone all'operatore economico di sostituire i soggetti che non soddisfano un pertinente criterio di selezione o per i quali sussistono motivi obbligatori di esclusione...”*.

5.3. Come si può agevolmente constatare, l'attuale normativa sull'avvalimento prevede che la stazione appaltante, laddove rilevi che l'impresa ausiliaria non è in possesso di uno o più requisiti di ammissione (fra i quali è ricompresa ovviamente la correntezza contributiva), “impone” - e non “può imporre” - al concorrente di sostituire l'ausiliaria. Questo significa, ai fini che qui interessano, che in nessun caso il mancato possesso, originario o sopravvenuto, in capo all'ausiliaria di un requisito di partecipazione (o

anche di un requisito tecnico, quale ad esempio l'attestazione SOA) può determinare l'automatica esclusione dell'ausiliata. L'art. 89, inoltre, non pone limiti temporali all'esercizio del potere-dovere di procedere alla sostituzione dell'ausiliaria, salvo ovviamente il limite massimo costituito dalla data di prevista stipula del contratto.

Pertanto, non fa differenza per l'impresa Gaspari se in luogo della sostituzione è possibile la regolarizzazione da parte dell'ausiliaria del requisito carente, visto che l'effetto ultimo di entrambe le opzioni è che l'aggiudicataria comunque non doveva essere esclusa per le ragioni esposte in ricorso.

Va poi aggiunto che non grava sull'impresa avvalente l'onere di sostituire spontaneamente l'ausiliaria, visto che l'art. 89 pone a carico della stazione appaltante l'onere di imporre la sostituzione (concedendo, è ovvio, un adeguato termine).

6. Ciò sarebbe sufficiente ai fini della reiezione del ricorso, visto che, a differenza di quanto opinato dalla ditta ricorrente nella pur pregevole memoria difensiva depositata in data 3 luglio 2017, l'applicabilità nella specie dell'art. 89, comma 3, non avrebbe dovuto essere invocata dalla ditta Ambrosetti con ricorso incidentale. Questo perché il comma 3 dell'art. 89 si applicava alla presente gara a prescindere dal fatto che la *lex specialis* non lo richiamasse espressamente. E' infatti evidente che, essendo incontestata l'ammissibilità dell'avvalimento (vedasi pag. 8, let. D) del disciplinare di gara), l'art. 89 si applica nella sua globalità, ivi incluso il comma 3. Come è noto, il principio di c.d. eterointegrazione dei bandi opera sicuramente quantomeno con riguardo alle disposizioni del Codice dei contratti pubblici e di quelle attuative dello stesso (regolamenti, linee guida ANAC, etc.), non potendosi

ovviamente immaginare che un bando o un disciplinare debbano riportare in dettaglio la ormai elefantica normativa *de qua*. Semmai la *lex specialis* - oltre a stabilire i termini da osservare nella singola gara e i criteri di valutazione delle offerte - deve evidenziare solo le eventuali deroghe alla normativa primaria e secondaria che la stazione appaltante abbia ritenuto di introdurre nella specifica gara (ovviamente nei casi in cui ciò è consentito).

7. Né - e con questo si passa a trattare la questione della legittimità dell'operato della stazione appaltante, nella parte in cui ha consentito a Co.Ge.Ver. la "regolarizzazione" del d.u.r.c. - doveva essere introdotta con ricorso incidentale la domanda finalizzata all'accertamento *incidenter tantum* della posizione contributiva dell'ausiliaria.

Questo perché nel caso di specie la stazione appaltante ha già svolto la medesima verifica che sarebbe

chiesta al Tribunale, ossia se la situazione di irregolarità contributiva di Co.Ge.Ver. fosse da ritenere “definitivamente accertata”, ai sensi e per gli effetti dell’art. 80, comma 4, del D.Lgs. n. 50/2016.

In sostanza, ERAP; alla luce dei chiarimenti forniti per le vie brevi da Ambrosetti e da Co.Ge.Ver., ha ritenuto che nella specie non si fosse in presenza del tipico caso del concorrente che versa in situazione di accertata irregolarità contributiva e che viene ammesso alla gara solo perché produce un d.u.r.c. riferito al quadrimestre precedente e non ancora aggiornato (fattispecie di cui si è occupata l’Adunanza Plenaria nelle sentenze nn. 5, 6 e 10 del 2016); per tale ragione ERAP ha consentito la “regolarizzazione”. L’amministrazione, pur consapevole dell’esistenza di un d.u.r.c. negativo, ha pertanto preso posizione circa l’insussistenza della causa di esclusione di cui all’art. 80, comma 4, del Codice (ritenendo sussistenti circostanze particolari,

tali da rendere inapplicabili i principi affermati dalla CGUE e dall'Adunanza Plenaria nel corso del 2016), il che esclude la necessità per l'aggiudicataria di proporre un ricorso incidentale.

8. Ciò chiarito, e al fine di precisare l'effetto conformativo della presente sentenza, il Collegio ritiene che nella specie l'operato dell'ERAP sia da ritenere legittimo nella parte in cui la stazione appaltante ha consentito alla ditta Co.Ge.Ver. di "regolarizzare" il d.u.r.c.

8.1. Questo alla luce delle seguenti considerazioni:

- non c'è dubbio sul fatto che le somme reclamate dall'INPS nell'invito a regolarizzare del 7 marzo 2017 riguardano la posizione contributiva degli anni 2012-2013, rispetto alle quali, come confermano i documenti allegati nn. 4 e 5 alla produzione della ditta Ambrosetti del 13 giugno 2017, Co.Ge.Ver. poteva ritenere, in perfetta buona fede, di non essere



debitrice di alcuna ulteriore somma (come si vede, infatti, dai fascicoli elettronici del 4 luglio 2013 e del 29 novembre 2013 risulta che l'INPS aveva ritenuto esaurienti le deduzioni di Co.Ge.Ver, tanto che le pratiche venivano chiuse con l'annotazione "OK"). Tale convinzione è stata poi ulteriormente rafforzata dal fatto che dal 2015 al marzo 2017 i d.u.r.c. rilasciati dagli istituti previdenziali attestavano una situazione di correntezza contributiva (documento allegato n. 6 alla produzione del 13 giugno 2017);

- poiché il d.u.r.c. presentato ai fini della partecipazione alla presente gara veniva a scadenza il 6 marzo 2017, l'invito a regolarizzare emesso dall'INPS l'8 marzo 2017 è intervenuto in un momento in cui la ditta non aveva la materiale possibilità di intervenire per regolarizzare eventuali pendenze. Né, per le ragioni esposte all'alinea precedente poteva predicarsi a carico di Co.Ge.Ver. l'onere di

monitorare di continuo la propria situazione contributiva, specie con riguardo ad annualità per le quali non vi era il minimo sospetto dell'esistenza di pendenze con gli istituti previdenziali (per cui nella specie non trovava applicazione il principio di autoresponsabilità valorizzato dalla CGUE e dall'Adunanza Plenaria);

- alla luce del continuo variare della pretesa dell'INPS (passata, nel breve volgere di circa 30 giorni, dagli iniziali € 75.000,00 del primo invito a circa 14.000,00 €, per poi risalire a circa 50.000,00 € e assestarsi infine a circa € 29.000,00) non può quindi dirsi che le violazioni fossero “definitivamente accertate”, per cui non sussistevano i presupposti per l'emissione del primo d.u.r.c. negativo.

8.2. A quest'ultimo riguardo va considerato che un operatore economico non può subire le deleterie conseguenze legate alla perdita dell'aggiudicazione di un appalto pubblico (a cui spesso si

aggiungono anche l'escussione della cauzione provvisoria e la segnalazione all'ANAC) a causa dell'emissione di un d.u.r.c. negativo fondato su pretese unilaterali dell'istituto previdenziale, non risultanti da atti amministrativo o sentenze inoppugnati.

E' vero che in casi estremi l'operatore potrebbe chiedere agli enti previdenziali il risarcimento dei danni subiti a causa dell'errato rilascio di d.u.r.c. negativi, ma è anche vero che tale risarcimento, quando fosse ottenuto, non coprirebbe probabilmente tutti i pregiudizi subiti dall'impresa.

8.3. D'altra parte, nella citata memoria difensiva del 3 luglio 2017 la stessa ricorrente è costretta ad ammettere che:

- in base al disposto dell'art. 31 comma 8 del D.L. n. 69/2013, l'INPS, prima di emettere un d.u.r.c. irregolare, deve consentire, sempre nell'ambito del rapporto previdenziale, la possibilità di una regolarizzazione della posizione

contributiva, concedendo alla parte il termine di 15 giorni per tale adempimento;

- se l'impresa versa i contributi omessi entro il periodo di residua validità del precedente d.u.r.c., la situazione di correntezza contributiva permane senza soluzione di continuità;

- nel caso di specie, a seguito della richiesta di ERAP del nuovo d.u.r.c. di Co.Ge.Ver., l'INPS ha rilevato l'esistenza di pendenze riferite all'anno 2012, la cui debenza è stata però contestata dalla ditta ausiliaria (e quindi non si possono ritenere definitivamente accertate). Le controdeduzioni di Co.Ge.Ver. non sono state integralmente condivise dall'INPS (vedasi il fascicolo elettronico del 10 marzo 2017), ma a quel punto per l'impresa era ben difficile, nel breve arco temporale di circa 10 giorni, contestare in sede giudiziaria la pretesa dell'istituto previdenziale in tempo utile per non perdere l'aggiudicazione. Co.Ge.Ver. ha quindi rappresentato

le problematiche *de quibus* alla stazione appaltante, la quale ha condiviso le giustificazioni ed ha consentito la “regolarizzazione”.

9. Per tutto quanto precede, il ricorso va respinto con riguardo a tutte le domande proposte.

Le spese di giudizio debbono però essere integralmente compensate, viste le peculiarità della vicenda.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per le Marche (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge e compensa le spese di giudizio.

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

Così deciso in Ancona nella camera di consiglio del giorno 5 luglio 2017 con l'intervento dei magistrati:

Maddalena Filippi, Presidente

Tommaso Capitanio,

Consigliere, Estensore

Simona De Mattia, Consigliere

**L'ESTENSORE**  
**Tommaso**  
**Capitano**

**IL**  
**PRESIDENTE**  
**Maddalena**  
**Filippi**

IL SEGRETARIO

© 2014 - [giustizia-amministrativa.it](http://giustizia-amministrativa.it)

[Mappa del sito](#)

[Guida al sito](#)

[Regole di accesso](#) [Accessibilità](#)

[Condizioni di utilizzo](#) [Informativa privacy](#)