

**Consiglio di stato, sezione quarta, sentenza n. 849 del 28 gennaio 2021**

*Presentazione delle offerte – Durc negativo – Regolarità tardiva – Legittima l'esclusione dalla gara*

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

**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 9356 del 2020, proposto dalla s.r.l. ...., in persona del legale rappresentante *pro-tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati ....., e con questi elettivamente domiciliata in Roma, alla piazza ....., presso la Segreteria del Consiglio di Stato, per mandato in calce all'appello, con indicazione di domicili digitale come da registri di giustizia;

***contro***

la Regione Basilicata, in persona del Presidente in carica della Giunta Regionale, rappresentata e difesa dall'avv. ...., e elettivamente domiciliata presso l'ufficio di rappresentanza regionale in Roma, alla via ....., per mandato allegato alla memoria di costituzione nel giudizio d'appello, con indicazione di domicilio digitale come da registri di giustizia;

la s.p.a. ...., in persona del legale rappresentante *pro-tempore*, non costituita nel giudizio di primo grado e nel giudizio d'appello;

***nei confronti***

della s.r.l. ...., in persona del legale rappresentante *pro-tempore*, rappresentata e difesa dall'avv. ...., e presso lo studio di questi elettivamente domiciliata in

Catania, alla piazza ....., per mandato allegato all'atto di costituzione nel giudizio d'appello, con indicazione di domicilio digitale come da registri di giustizia;

***per la riforma***

della sentenza del T.A.R. per la Basilicata n. 699 del 10 novembre 2020, resa tra le parti, con cui è stato rigettato il ricorso in primo grado n.r. 429/2020, proposto per l'annullamento della determinazione dirigenziale n. 194 del 16 settembre 2020, recante esclusione dell'A.T.I. .... - ..... S.r.l. dalla gara per l'affidamento quinquennale del servizio di conduzione, manutenzione, raccolta, trasporto e conferimento dei rifiuti degli impianti di depurazione della pubblica fognatura, con conseguente aggiudicazione del lotto n. 8 alla ..... S.r.l.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Regione Basilicata e della s.r.l. ....;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore il Cons. Leonardo Spagnoletti nella camera di consiglio del giorno 22 dicembre 2020, celebrata nei modi e nelle forme di cui all'art. 25 del d.l. 28 ottobre 2020, n. 137, convertito, con modificazioni, nella legge 18 dicembre 2020, n. 176, e uditi per le parti gli avvocati ....., collegati da remoto, cui è stato dato rituale avviso che il collegio si riservava di pronunciare sentenza in forma semplificata, ai sensi dell'art. 60 c.p.a.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO e DIRITTO**

1.) La società ..... S.r.l. ha partecipato -in a.t.i. con .....- alla procedura telematica aperta per l'affidamento quinquennale del servizio di conduzione, manutenzione, raccolta, trasporto e conferimento dei rifiuti degli impianti di depurazione della pubblica fognatura, risultando in posizione utile per

l'aggiudicazione del lotto n. 8 (importo a base di gara di € 6.142.476,11, di cui € 91.546,40 quali oneri di sicurezza non soggetti a ribasso).

1.1) A seguito della verifica dei requisiti dichiarati, la medesima società è stata esclusa dalla gara (con la conseguente aggiudicazione alla s.r.l. ....), perché risultata non in regola con il pagamento dei contributi previdenziali come da D.U.R.C. INAIL inviato alla stazione appaltante a richiesta di questa, ove risultava un debito contributivo pari a € 295,07.

2.) Con la sentenza gravata, il Tar ha rigettato il ricorso, richiamando la consolidata giurisprudenza amministrativa in ordine all'irrilevanza del c.d. preavviso di d.u.r.c. negativo inviato alla impresa e della relativa disciplina ai fini della regolarizzazione e le sue scansioni temporali, che riguarda il solo rapporto tra impresa e ente previdenziale.

3.) Con l'appello in epigrafe, censurando la sentenza gravata e insistendo nei motivi dedotti in ricorso, si ribadisce che la stazione appaltante avrebbe dovuto attendere e dare rilievo agli esiti della procedura di regolarizzazione, anche in ragione dell'esiguità del debito contributivo, allegando altresì che il preavviso di d.u.r.c. negativo è stato impugnato in via amministrativa e poi giurisdizionale dinanzi al Tribunale di Potenza - Sezione Lavoro, sia pure dopo l'esclusione e la proposizione del ricorso giurisdizionale amministrativo, e evidenziando come il debito contributivo sia esiguo.

3.1) Costituitesi in giudizio, la Regione Basilicata e la società ..... S.r.l. hanno dedotto, a loro volta, entrambe l'infondatezza dell'appello, richiamando la consolidata giurisprudenza circa il rilievo della regolarità contributiva. La società ..... ha anche dedotto la genericità e inammissibilità dell'appello.

3.2) Nella camera di consiglio del 22 dicembre 2020, fissata per la discussione dell'istanza cautelare incidentale, sentite le parti il Collegio si è riservato di definire il giudizio d'appello con sentenza semplificata, ai sensi dell'art. 60 c.p.a.

4.) L'appello in epigrafe risulta infondato e deve essere rigettato, con la conferma della sentenza gravata.

4.1) Secondo la giurisprudenza ormai consolidata, la carenza della regolarità contributiva, come attestata con il d.u.r.c. richiesto e rilasciato dall'ente previdenziale alla stazione appaltante, quale che sia l'entità del debito contributivo, individua una *“presunzione legale, iuris et de iure, di gravità delle violazioni previdenziali, essendo la verifica della regolarità contributiva delle imprese partecipanti demandata agli istituti di previdenza, le cui certificazioni si impongono alle stazioni appaltanti”* (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 19 febbraio 2019, n. 1141), onde l'esclusione dalla gara per assenza di requisiti è esito obbligatorio e vincolato.

4.2) Non possono rilevare eventuali adempimenti tardivi o regolarizzazioni postume, perché *“Anche dopo l'entrata in vigore dell'art. 31, comma 8, d.l. 21 giugno 2013, n. 69, convertito con modificazioni dalla l. 9 agosto 2013, n. 98, non sono consentite regolarizzazioni postume 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, risultando dunque irrilevante un eventuale adempimento tardivo dell'obbligazione contributiva”* (vedi Ad. Plen. 25 maggio 2016, n. 10; nonché, tra le tante, Cons. Stato, Sez. V, 2 febbraio 2018, n. 673, e Sez. IV, 3 marzo 2017, n. 1006).

4.3) Nessuna rilevanza può assumere l'invito alla regolarizzazione (cd. preavviso di d.u.r.c. negativo), già previsto dall'art. 7, comma 3, d.m. 24 ottobre 2007 e ora recepito a livello legislativo dall'art. 31, comma 8, d.l. n. 69 del 2013, poiché esso attiene al solo rapporto tra l'impresa e l'ente previdenziale, differenziandosi del tutto dal d.u.r.c. richiesto e rilasciato alla stazione appaltante in sede di verifica dei requisiti (Ad. Plen. 29 febbraio 2016, n.6).

4.4) La legittimità eurounitaria della disciplina nazionale è stata vagliata dalla Corte di giustizia dell'Unione europea (Sez. IX, 10 novembre 2016, n. 199, causa C 199/15), che ha statuito in modo inequivoco che:

*“L'articolo 45 della direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, deve essere interpretato nel senso che non osta a una normativa nazionale, come quella di cui trattasi nel procedimento principale, che obbliga l'amministrazione aggiudicatrice a considerare quale motivo di esclusione una violazione in materia di versamento di contributi previdenziali ed assistenziali risultante da un certificato richiesto d'ufficio dall'amministrazione aggiudicatrice e rilasciato dagli istituti previdenziali, qualora tale violazione sussistesse alla data della partecipazione ad una gara d'appalto, anche se non sussisteva più alla data dell'aggiudicazione o della verifica d'ufficio da parte dell'amministrazione aggiudicatrice”.*

4.5) Nel caso di specie è incontestato e incontrovertibile che il d.u.r.c. protocollo INAIL 23484878 del 13 agosto 2020 attesta la irregolarità contributiva riferita alla somma di € 295,07, non potendo assumere rilievo, quantomeno ai fini dell'esclusione dalla gara in oggetto, il successivo (e tardivo) pagamento in data 20 agosto 2020, né la proposizione, dopo l'esclusione e la proposizione del ricorso giurisdizionale amministrativo, di un ricorso dinanzi al Tribunale di Potenza - Sezione Lavoro, nel quale pure non si disconosce e si ammette il pagamento tardivo (*“il debito previdenziale, alla data del 14/agosto/2020, era inesistente, avendo la Società ..... S.r.l. provveduto all'integrale pagamento dei saldi DM di UNIEMENS relativi alle mensilità di maggio e giugno anno 2017 in data 20/agosto/2018, come da Modello F24 AdE Prot. 18082019165445101000011 che si allegava al ricorso amministrativo e che si deposita a corredo del presente”*: cfr. pag. 2 del suddetto ricorso depositato in copia).

5.) In conclusione, l'appello in epigrafe deve essere rigettato, con la conferma della sentenza gravata.

6.) Sussistono, nondimeno, giusti motivi per la compensazione delle spese del giudizio d'appello.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sull'appello n.r. 9356 del 2020, come in epigrafe proposto, così provvede:

- 1) rigetta l'appello, e per l'effetto conferma la sentenza del T.A.R. per la Basilicata n. 699 del 10 novembre 2020;
- 2) dichiara compensate tra le parti le spese e onorari del giudizio d'appello.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 22 dicembre 2020, celebrata nei modi e nelle forme di cui all'art. 25 del d.l. 28 ottobre 2020, n. 137, convertito, con modificazioni, nella legge 18 dicembre 2020, n. 176, con l'intervento dei magistrati

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

**IL SEGRETARIO**