



Autorità Nazionale Anticorruzione

DELIBERAZIONE N. 1034 DEL 5 OTTOBRE 2016

PREC 276/15/L

OGGETTO: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del d.lgs. 163/2006 presentata da Mercadante Antonio – Istituto statale O. Conti - Procedura aperta per l'affidamento di un appalto di lavori pubblici di ammodernamento e ristrutturazione presso l'ISS O. Conti di Aversa – Importo a base di gara: € 512.497,77 - Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa

DURC - Definitività dell'accertamento – Gravità dell'inadempimento – Revoca dell'aggiudicazione – Esclusione dell'operatore economico – Legittima

La revoca dell'aggiudicazione per accertata irregolarità contributiva, così come risultante dal DURC alla data di scadenza per la presentazione delle offerte, è conforme alla normativa vigente con riguardo agli aspetti di definitività dell'accertamento e gravità della violazione, previsti dall'art. 38, comma 1, lett. i) del D.lgs 163/2006

Art. 38, comma 1, lett. i), D. lgs 163/2006

Il Consiglio

VISTA l'istanza di parere trasmessa con nota prot. 111734 del 07/09/2015 presentata da Mercadante Antonio nell'ambito della procedura aperta per l'affidamento di un appalto di lavori pubblici di ammodernamento e ristrutturazione presso l'ISS O. Conti di Aversa;

VISTO l'avvio dell'istruttoria prot. 169888 del 15/12/2015;

VISTA la memoria prot. 175130 del 23/12/2015 con la quale la stazione appaltante Istituto Statale Istruzione Secondaria Superiore O. Conti ha trasmesso deduzioni in merito alla istanza medesima;

VISTI gli atti di gara avviso di gara, bando, disciplinare, atti di gara, verbali di gara della commissione aggiudicatrice, corrispondenza intercorsa tra le parti, depositati unitamente all'istanza di precontenzioso;

CONSIDERATO che l'istante contesta altresì l'illegittimità del provvedimento di accertamento dell'INPS, ritenendo violato l'art. 7, l. 241/90 per la mancata comunicazione di avvio del procedimento;

RITENUTO che l'Autorità non possa pronunciarsi con riguardo alla questione del procedimento di accertamento dell'Inps, peraltro soltanto asserita e non dimostrata dal richiedente;



Autorità Nazionale Anticorruzione

CONSIDERATO che l'istante contesta l'illegittimità della revoca dell'aggiudicazione provvisoria in proprio favore e della conseguente esclusione, avvenute in sede di verifica dei requisiti ex art. 11, comma 8, D.lgs 163/2006, asserendo – in particolare – che *“un certificato che DURC che attesta l'irregolarità contributiva di una impresa non comporta automaticamente la revoca dell'aggiudicazione provvisoria. Difatti, l'articolo 38, comma 1, lettera i) richiede infatti la sussistenza di “violazioni gravi, definitivamente accertate” (istanza del 07/09/2015);*

CONSIDERATO che la stazione appaltante osserva, con memoria del 23/12/2015, di aver legittimamente proceduto alla revoca dell'aggiudicazione provvisoria, con esclusione del concorrente e adempimenti consequenziali, dopo aver constatato - alla data di scadenza per la presentazione delle offerte, fissata al 01/12/2014 - la situazione di irregolarità contributiva, così come accertata dalla cassa edile di Caserta e risultante dal DURC, diversamente da quanto dichiarato in sede di gara dal concorrente;

CONSIDERATO che *“in materia di gare pubbliche la definitività dell'accertamento (di un grave inadempimento contributivo), ai fini di cui all'art. 38, comma 1, lettera i), D.Lgs. n. 163 del 2006 (Codice degli appalti 2006), deve essere cristallizzata al momento della scadenza di presentazione della domanda di partecipazione alla gara, in quanto diversamente rimarrebbero lese la par condicio dei partecipanti ed elementari esigenze di trasparenza, certezza giuridica ed efficienza nello svolgimento delle procedure di affidamento, esposte ex post alle iniziative giudiziarie altalenanti dei partecipanti alla gara”* (Cons. Stato Sez. V, 16-08-2016, n. 3638);

CONSIDERATO il consolidato orientamento della giurisprudenza amministrativa, con riguardo alla valutazione di gravità dell'inadempimento, secondo cui *“costituiscono causa di esclusione dalle gare di appalto le gravi violazioni alle norme in materia previdenziale e assistenziale. A tale fine, la nozione di “violazione grave” non è rimessa alla valutazione caso per caso della stazione appaltante, ma si desume dalla disciplina previdenziale, e in particolare dalla disciplina del documento unico di regolarità contributiva. Conseguentemente, la verifica della regolarità contributiva delle imprese partecipanti a procedure di gara per l'aggiudicazione di appalti con la pubblica amministrazione è demandata agli istituti di previdenza, le cui certificazioni (d.u.r.c.) si impongono alle stazioni appaltanti, che non possono sindacarne il contenuto”* (Cons. Stato, Ad. Plen., 04-05-2012, n. 8);

CONSIDERATO che il perdurante e chiaro orientamento secondo cui *“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, restando dunque irrilevante, un eventuale adempimento tardivo dell'obbligazione contributiva, con la precisazione che l'istituto dell'invito alla regolarizzazione (il c.d. preavviso di DURC 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. 21 giugno 2013, n. 69, può operare solo nei rapporti tra impresa ed Ente previdenziale, ossia con riferimento al documento unico di regolarità contributiva chiesto dall'impresa e non anche al DURC richiesto dalla stazione appaltante per la verifica della veridicità dell'autodichiarazione resa ai sensi*



Autorità Nazionale Anticorruzione

dell'art. 38, comma 1, lett. i), D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163 ai fini della partecipazione alla gara d'appalto" (Cons. Stato, Ad. Plen., 25-05-2016, n. 10)

CONSIDERATO, con riguardo all'eventuale adempimento tardivo dell'operatore economico escluso che *"è legittimo il provvedimento di esclusione da una gara adottato da una stazione appaltante nei confronti di un concorrente privo del requisito di regolarità contributiva, che pur abbia provveduto a sanare detta carenza, ma successivamente alla data all'uopo indicata dal bando, in quanto, secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale, la mancanza del predetto requisito alla data di scadenza del termine previsto dal bando per la presentazione delle offerte, non è sanato dall'eventuale adempimento tardivo dell'obbligazione contributiva, atteso che tale tardivo adempimento può rilevare nelle reciproche relazioni di credito e di debito fra i soggetti del rapporto obbligatorio e non, invece, anche nei confronti dell'amministrazione appaltante deputata ad accertare la sussistenza del requisito della regolarità contributiva ai fini dell'ammissione alla gara. Un'acquisizione tardiva della correttezza contributiva non esclude l'obbligo, in capo alla stazione appaltante, di disporre l'esclusione dell'impresa inadempiente, pena una palese violazione del principio di par condicio tra i concorrenti, in quanto, diversamente, si consentirebbe ad un soggetto carente dei requisiti prescritti dal bando - quale, come nel caso di specie, la correttezza contributiva - di sanare ex post tale mancanza, con evidente disparità di trattamento nei confronti di quelle imprese, che, conformemente alle disposizioni normative, erano in possesso di quei requisiti alla data indicata dal regolamento di gara"* (Cons. Stato Sez. VI, 12-01-2011, n. 104);

CONSIDERATO altresì che *"nelle gare d'appalto il requisito di cui all'art. 38, comma 1, lett. i), del d.lgs. n. 163/2006 (Codice degli appalti), costituito dall'insussistenza, a carico dell'impresa concorrente, di "violazioni gravi, definitivamente accertate, alle norme in materia di contributi previdenziali e assistenziali" deve essere posseduto già a partire dalla partecipazione alla gara (ossia dal momento di presentazione dell'offerta), restando irrilevante - pena, altrimenti, la vanificazione del principio della par condicio - un eventuale adempimento tardivo dell'obbligazione contributiva."* (T.A.R. Calabria Catanzaro Sez. I, 21-07-2016, n. 1575);

RITENUTO che l'accertamento di irregolarità contributiva attestato nel DURC sia elemento necessario e sufficiente per le determinazioni della stazione appaltante con riguardo al concorrente escluso;

Visto l'art. 8 del Regolamento sull'esercizio della funzione di componimento delle controversie di cui all'art. 6, comma 7, lett. n) del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163;

il Consiglio

ritiene conforme alla normativa vigente l'esclusione dalla gara della ditta Mercadante Antonio per irregolarità contributiva definitivamente accertata, così come risultante dal Documento Unico di Regolarità Contributiva, alla data di scadenza per la presentazione delle offerte.

Il presidente f.f.

Francesco Merloni

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 13 ottobre 2016

Il Segretario, Rosetta Greco