



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia

Lecce - Sezione Prima

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2069 del 2014, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Ccc Cantieri Costruzioni Cemento Spa, rappresentata e difesa dagli avv. Pietro Quinto, Luigi Quinto, con domicilio eletto presso Pietro Quinto in Lecce, Via Garibaldi 43; Matarrese Srl, Gianluca Loliva, rappresentati e difesi dagli avv. Luigi Quinto, Pietro Quinto, con domicilio eletto presso Pietro Quinto in Lecce, Via Garibaldi 43;

contro

Autorita' Portuale di Taranto, rappresentata e difesa dall'Avvocatura dello Stato, domiciliata in Lecce, Via Rubichi;

Inail - Istituto Nazionale per Assicurazione Contro Infortuni sul Lavoro di Bari, rappresentato e difeso dagli avv. Vitantonio Caruso e Maurizio Tafuro, domiciliato in Lecce c/o Avvocatura Inail di Lecce, Via Don Bosco,49;

Inarcassa Cassa Nazionale di Previdenza e Assistenza per gli

Ingegneri ed Architetti Liberi Professionisti, rappresentata e difesa dagli avv. Simone Pietro Emiliani, Francesco Baldassarre e presso lo studio di quest'ultimo elettivamente domiciliata in Lecce, Via Imperatore Adriano, 9;

INPS (Istituto Nazionale Previdenza Sociale), rappresentato e difeso dagli avv.ti Cosimo Nicola Punzi, Giuseppe Maggio e Franco Monaco, elettivamente domiciliato c/o Avvocatura INPS di Lecce, V.le Marche,12.

nei confronti di

Consorzio Stabile Grandi Lavori Scrl, rappresentato e difeso dagli avv. Angelo Clarizia, Saverio Sticchi Damiani e presso lo studio di quest'ultimo elettivamente domiciliato in Lecce, Via 95 Rgt Fanteria, 9;

per l'annullamento

- del provvedimento del 25.8.2014, prot. n. 10209/SG/GARE, con cui l'Autorità Portuale di Taranto ha concluso il procedimento di secondo grado annullando d'ufficio il Decreto n. 126/2013 di aggiudicazione della gara in favore del raggruppamento CCC/Matarrese/Icotekne 'per difetto del requisito di regolarità contributiva ex art. 38, comma 1, lett. i) D.Lgs 163/2006 in capo ai componenti Salvatore Matarrese s.p.a e Ing. Gianluca Loliva';

- del decreto n. 94 del 28.8.2014 con cui la medesima Autorità Portuale di Taranto ha disposto l'aggiudicazione definitiva dei lavori in oggetto in favore del costituendo R.T.I Consorzio Stabile Grandi

Lavori scrl/Impresa Ottomano;

- di ogni altro atto e/o provvedimento connesso, presupposto e/o consequenziale, ivi compresa la comunicazione di avviso di avvio del procedimento ex artt. 7 e 8 della l. 241/90 di cui al foglio 9376 del 25.7.2014, la comunicazione di cui al foglio 9603 del 31.7.2014 e, ove occorra, i DURC emessi dalla Cassa Edile: prot. 29181530 del 14.3.2014, prot. 29181580 del 14.3.2014, prot. n. 29181424 del 14.3.2014, prot. 29919298 del 6.5.2014 e quelli ivi citati relativi alla posizione della Salvatore Matarrese s.p.a;
- della Certificazione di regolarità contributiva protocollo INARCASSA 1441815. del 19.05.2014 relativa alla posizione dell'ing. Gianluca Loliva;
- dell'eventuale contratto sottoscritto con il raggruppamento Consorzio Grandi Lavori/Ottomano/Favellato, con espressa domanda di subentro;
- e per il risarcimento del danno.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di: Autorita' Portuale di Taranto, Consorzio Stabile Grandi Lavori Scrl, Inarcassa Cassa Nazionale di Previdenza e Assistenza per gli Ingegneri ed Architetti Liberi Professionisti, Inail - Istituto Nazionale per Assicurazione Contro Infortuni sul Lavoro di Bari;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 8 gennaio 2015 la dott.ssa Patrizia Moro e uditi per le parti i difensori Luigi Quinto, anche in sostituzione di Pietro Quinto, Antonella Roberti, Francesco Baldassarre, anche in sostituzione di Simone P. Emiliani, Ernesto Sticchi Damiani, in sostituzione di Angelo Clarizia e Saverio Sticchi Damiani, Maria Grazia Marinosci, in sostituzione degli avvocati Punzi, Maggio e Monaco;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Sono impugnati gli atti epigrafati con i quali l'Autorità Portuale di Taranto, dopo aver indetto una procedura ristretta accelerata ai sensi degli artt. 55 c.2 e 6 e 70 c.11 del codice dei contratti pubblici per affidamento dei lavori di riqualificazione del Molo Polisettoriale – Ammodernamento della banchina di ormeggio del Porto di Taranto e aggiudicato (con decreto n.126/203) l'appalto al raggruppamento CCC/Matarrese/Icotekne ricorrente, ha disposto l'annullamento d'ufficio del decreto di aggiudicazione n. 126/2013 e l'esclusione dalla gara del raggruppamento aggiudicatario, per difetto del requisito di regolarità contributiva ex art.38 c.1 lett.i) d.lgs. 163/2006 in capo ai componenti Salvatore Matarrese S.P.A. e ing. Gianluca Loliva.

Con decreto 94/2014 in data 28.8.2014 l'appalto in questione è stato poi aggiudicato in via definitiva alla seconda classificata RTI Consorzio Stabile Grandi Lavori/Impresa Ottomano/Favellato Claudio S.P.A.

Avverso tali atti è insorto il raggruppamento ricorrente, deducendo le seguenti censure:

I. Violazione e falsa applicazione dell'art.38 del d.lg. n.163/2006 – eccesso di potere per errore sui presupposti di fatto e di diritto – sviamento –violazione e falsa applicazione della L.241/1990 – violazione e falsa applicazione dell'art.7 del DM 24.10.2007 e dell'art.31 del D.L. n.69/2013.

II. Illegittimità in via derivata.

Con ulteriori motivi di ricorso del 15.10.2014 il raggruppamento ricorrente, ha dedotto le seguenti censure nei confronti dei DURC emessi dalla Cassa Edile di Bari:

III. Violazione e falsa applicazione dell'art.7 del D.M. 24.10.2007 e dell'art.31 del D.L. n.69/2013.

IV. Violazione e falsa applicazione dell'art.38 del Codice dei contratti pubblici in combinato disposto con la legge fallimentare (art.161 ss) con precipuo riferimento al concordato preventivo con continuità aziendale.

V. Illegittimità per violazione del principio di ragionevolezza e proporzionalità – illegittimità costituzionale.

Le parti intime si sono costituite in giudizio eccependo la irricevibilità, inammissibilità e infondatezza del ricorso e dei motivi aggiunti.

Con ordinanza n. 521/2014, pronunciata nella camera di consiglio dell'8 ottobre 2014, la Sezione ha respinto l'istanza cautelare richiesta

dalla ricorrente.

Nella pubblica udienza dell'8 gennaio 2015 la causa è stata introitata per la decisione.

2. Il ricorso è infondato e deve essere respinto.

2.1. Con il primo motivo, il raggruppamento ricorrente rileva che la stazione appaltante non poteva ritenere inverata una condizione ostativa alla partecipazione, e cioè la violazione dell'art.38 c.1 lett.i) del d.lgs. 163/2006 (stante la irregolarità contributiva per date comprese tra aprile e giugno 2014) in quanto la Salvatore Matarrese spa, in data 8.2.2014 ha affittato l'intero complesso aziendale alla società Matarrese srl che, ai sensi dell'art.51 del codice dei contratti è subentrata nella posizione di aggiudicataria, rendendo in tal modo irrilevanti le vicende successive della Salvatore Matarrese spa.

In particolare, secondo tale tesi non avrebbero rilievo le vicende del cedente successivamente alla stipula dell'atto di cessione rimanendo il subentro sottoposto alla sola condizione sospensiva dell'accertamento dei requisiti del cessionario da parte della stazione appaltante, che, una volta intervenuto, retroagirebbe alla data della modifica soggettiva; pertanto, avendo l'Autorità Portuale disposto tutte le verifiche in relazione al periodo antecedente l'affitto di ramo d'azienda (verifiche che erano risultate positive risultando acquisiti due DURC: uno per verifica autodichiarazioni alla data 23.1.201 e uno per aggiudicazione/stipula alla data del 20.11.2013) non avrebbe dovuto disporre ulteriori verifiche stante la immediata opponibilità

alla stessa della cessione dell'azienda.

Le censure non sono fondate

Per una migliore intelligibilità della vicenda occorre partire dall'esame del provvedimento impugnato e dalle ragioni poste a fondamento dello stesso.

La P.A., premettendo che il requisito della regolarità contributiva ex art.38 c.1 lett.i) d.lgs.163/2006 debba essere posseduto dal soggetto concorrente durante tutto l'arco temporale del procedimento di gara, ha rilevato le seguenti situazioni di irregolarità :

- DURC prot.29181530 del 14.03.2014 emesso dalla Cassa Edile in data 28.4.2014 non regolare con il versamento dei premi e accessori INAIL al 23.4.2014, in quanto non ha versato i premi assicurativi per gli anni 2013-2014 per un importo di €276.969,00; non regolare con il versamento dei contributi INPS al 3.4.2014 per debiti derivanti da recupero crediti da quantificare; non regolare con il versamento di contributi Cassa Edile al 14.3.2014 .

- DURC 29181580 del 14.3.2014 emesso dalla Cassa Edile il 28.4.2014 con irregolarità quanto a versamento premi e accessori INAIL al 23.4.2014 (in relazione a premi assicurativi per gli anni 2013/14 per un importo di 276.969,00); INPS con il versamento dei contributi al 3.4.2014 per debiti derivanti da recupero crediti da quantificare; Cassa Edile per contributi al 14.3.2014.

- DURC prot. 29919298 del 6.5.2014 emesso dalla Cassa Edile per mancato versamento premi e accessori INAIL al 6.5.2014 per non

aver versato premi assicurativi per gli anni 2013 per un importo di Euro 306.352,64; INPS per debiti derivanti da recupero crediti da quantificare; Cassa Edile per mancato versamento dei contributi al 6.5.2014.

Effettuata tale premessa, la S.A., rilevava che:

i DURC sopracitati evidenziavano irregolarità contributive gravi e definitivamente accertate,

il requisito della regolarità contributiva deve essere posseduto dalle imprese offerenti fin dalla presentazione della domanda di partecipazione alla gara e deve essere posseduto per tutta la durata della procedura fino alla sottoscrizione del contratto,

deve escludersi la rilevanza di un eventuale adempimento tardivo dell'obbligazione contributiva,

la normativa relativa alle violazioni in materia contributiva non contiene espressioni che autorizzino una determinazione discrezionale della stazione appaltante circa la scelta se procedere o meno all'esclusione.

Inoltre, si legge nel provvedimento impugnato :“in relazione a quanto precede non appare potersi revocare in dubbio che i requisiti in questione debbano essere posseduti dalla Salvatore Matarrese s.p.a, mandante del raggruppamento aggiudicatario, non solo alla data della domanda di partecipazione (23.1.2013) ma poi anche mantenuti alla data di presentazione dell'offerta (29.4.2013) e conservati per tutta la durata della procedura di gara, o quanto meno

per l'intero periodo antecedente quello nel quale:

- la Salvatore Matarrese spa abbia ceduto in affitto alla Matarrese srl il ramo d'azienda (comprendente anche l'appalto in questione) con contratto in data 8.2.2014, dal quale emerge all'art.8, come tra l'altro il contratto medesimo sia stato, tra l'altro, sottoposto a condizione sospensiva e recesso da parte della locatrice >>... in caso di apertura di una procedura concorsuale a suo carico o di deposito del ricorso per l'omologa della ristrutturazione dei debiti ex art.182 bis l.f. ove ciò sia funzionale alla migliore soddisfazione dei creditori...>>, oltre che <<nel caso di cessione totale o parziale delle quote della società affittuaria o del ramo d'azienda (o di parte di esso) oggetto del presente contratto >>

- abbia depositato in data 10.2.2014 presso il Tribunale di Bari domanda di concordato ex art.161 c.6 L.F.- dalla quale potrebbe derivare o un accordo di ristrutturazione dal debito ai sensi dell'art.182 bis, ovvero il concordato con continuità aziendale ex art.186 bis L.F. – nonché istanza ex art.186 bis 4 c. L.F. in data 20.3.2014, al fine di ottenere l'autorizzazione alla partecipazione e/o permanenza alle procedure di affidamento di contratti pubblici in corso, tra le quali quello de quo.

Quanto precede, in disparte ogni considerazione sulla circostanza di non poco momento che Codesto raggruppamento solo in data 22.3.2014, ha trasmesso ai sensi dell'art.51 d.lgs. 163/2006 la documentazione per l'accertamento dei requisiti di ordine generale e

di ordine speciale per il subentro della Matarrese srl alla Salvatore Matarrese spa, nella posizione di mandante del raggruppamento aggiudicatario. Ciò tuttavia con la precisazione che <<...a prescindere dalla vicenda relativa alla cessione in affitto dell'azienda, la Salvatore Matarrese spa sarebbe stata comunque legittimata a stipulare essa stessa il contratto...>>.

Dette verifiche, nei confronti della Matarrese srl, si sono concluse in data 22.5.2014.

Se dunque il requisito della regolarità contributiva venga meno nel corso del procedimento, come nella specie, il concorrente deve essere escluso”.

Il Collegio ritiene che le motivazioni espresse dall'Autorità Portuale diano conto di un corretto e legittimo percorso.

Invero, come già rilevato dalla Sezione con ordinanza n.521/2014 e dalle cui argomentazioni non vi è motivo per discostarsi, la verifica della regolarità contributiva delle imprese partecipanti a procedure di gara indette dalla pubblica amministrazione è demandata agli istituti di previdenza, le cui certificazioni (DURC) si impongono alle stazioni appaltanti, che non possono sindacarne il contenuto, sicchè ciò che risulta rilevante, sul piano formale, è che la regolarità/irregolarità sia attestata con i predetti certificati, senza che possa rilevare la regolarizzazione successiva della posizione previdenziale, in quanto l'impresa deve essere in regola con l'assolvimento degli obblighi previdenziali e 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 (Consiglio Stato, sez. V, 6 marzo 2013 n. 1370 e sez. VI, 15 settembre 2010, n. 6907) senza alcuna soluzione di continuità e non sia l'assolvimento degli obblighi previdenziali e assistenziali unicamente un presupposto legittimante per la presentazione della domanda di partecipazione o per la successiva aggiudicazione (Consiglio di Stato sez. IV 22/12/2014 N.6296), sussistendo l'esigenza per la stazione appaltante di verificare l'affidabilità del soggetto partecipante alla gara fino alla conclusione della stessa.

Nella specie, la posizione contributiva dell'aggiudicataria non risulta ininterrottamente regolare in quanto è certo che i DURC del 14.3.2014 e del 6.5.2014 non risultano regolari con riferimento al versamento di premi e accessori per gli anni 2013-2014, sicchè gli stessi legittimamente inficiano anche l'aggiudicazione definitiva.

2.2. Effettuata tale precisazione, non può neppure condividersi quanto sostenuto dal ricorrente circa la irrilevanza della irregolarità contributiva a far data dalla stipula del contratto di affitto d'azienda.

Con riferimento a tale istituto, l'art.51 del codice dei contratti pubblici, riguardante le vicende modificative soggettive dei partecipanti alla gara nella fase antecedente alla stipulazione del contratto, dispone "Qualora i candidati o i concorrenti, singoli, associati o consorziati, cedano, affittino l'azienda o un ramo d'azienda, ovvero procedano alla trasformazione, fusione o scissione

della società, il cessionario, l'affittuario, ovvero il soggetto risultante dall'avvenuta trasformazione, fusione o scissione, sono ammessi alla gara, all'aggiudicazione, alla stipulazione, previo accertamento sia dei requisiti di ordine generale, sia di ordine speciale, nonché dei requisiti necessari in base agli eventuali criteri selettivi utilizzati dalla stazione appaltante ai sensi dell'articolo 62, anche in ragione della cessione, della locazione, della fusione, della scissione e della trasformazione previsti dal presente codice".

La ratio dell'art. 51 è quella di impedire che vicende modificative, che possano in qualche modo interessare soggetti partecipanti ad una gara e che si verificano nel corso del procedimento, possano tradursi in automatiche cause di esclusione, a ciò ostando il principio - di derivazione comunitaria - di massima libertà di organizzazione delle imprese.

L'ampiezza di tale facoltà trova un limite nella necessità, posta dal diritto interno, di tutelare l'esigenza delle stazioni appaltanti di ammettere o mantenere all'interno dei procedimenti di selezione dei propri contraenti solo chi, a seguito delle richiamate vicende modificative, si trovi comunque in possesso delle necessarie condizioni soggettive generali e speciali di partecipazione. La disposizione mira, nella sostanza, ad "evitare che l'amministrazione aggiudicatrice concluda il contratto con operatori economici che non abbiano partecipato alla gara e nei confronti dei quali non sia stata effettuata la verifica del possesso dei requisiti di ordine generale e di

ordine tecnico ed economico-finanziario" (Consiglio di Stato, Sez. V, 23.7.2010, n. 4849).

Naturalmente, la rilevanza della vicenda modificativa nell'ambito del procedimento di gara impone al soggetto interessato di rappresentarla alla stazione appaltante, in modo da attivare la necessaria verifica del complesso dei requisiti di partecipazione (cfr. T.A.R. Campania, Sez. I, 24 marzo 2010, n. 1609).

In definitiva, in caso di trasferimento di azienda, l'ammissione del subentrante è subordinata a due condizioni, ossia che l'atto di cessione sia comunicato alla stazione appaltante e che questa abbia verificato l'idoneità soggettiva ed oggettiva del cessionario (cfr. T.A.R. Reggio Calabria, sez. I, 18.6.2013, n. 427).

Appare evidente che la disposizione citata non prevede l'operatività, nei confronti della stazione appaltante, della cessione/affitto del ramo d'azienda al momento della stipula della stessa, demandandola piuttosto alla previa verifica dei requisiti citati, in assenza della quale l'atto (per quanto efficace tra le parti) non determina immediatamente alcuna sostituzione della cedente nella procedura di gara con la cessionaria/affittuaria, né alcun altro effetto automatico nei confronti della stazione appaltante.

A ciò aggiungasi che, da un lato, l'art. 116 stabilisce che le cessioni di azienda e gli atti di scissione non hanno singolarmente effetto nei confronti delle stazioni appaltanti fino a che il cessionario o il soggetto risultante dall'avvenuta trasformazione non abbia

documentato il possesso dei requisiti di qualificazione previsti e, dall'altro, l'art. 1406 c.c. stabilisce che ciascuna parte può sostituire a se un terzo nei rapporti derivanti da un contratto con prestazioni corrispettive, se non ancora eseguite, ma purché l'altra parte vi consenta.

In una vicenda analoga, con condivisibili argomentazioni il C.d.S. (sez.V sent. 1370/2013) ha chiarito che “la codificazione, ad opera dell'art. 51 del d.lgs. n. 163/2006, dell'opponibilità alla stazione appaltante del nuovo soggetto subentrante non può essere considerata come una deroga alle regole proprie dell'evidenza pubblica, che esigono la permanenza comunque, in capo alle imprese partecipanti alla gara, dei requisiti di ordine generale e speciale necessari per l'ammissione alla procedura concorsuale.

Il superamento del principio della immodificabilità soggettiva dei partecipanti alle gare pubbliche risponde all'esigenza di garantire la libertà contrattuale dell'impresa (nel senso che questa deve poter procedere alla riorganizzazione aziendale senza che possa esserle di pregiudizio lo svolgimento delle gare alle quali abbia partecipato), ma deve ritenersi estraneo alla “ratio” di detto art. 51 l'intento di limitare la fase accertativa del possesso dei requisiti di partecipazione alla gara nei riguardi della sola impresa oggetto di subentro e di escludere la necessità di operare la medesima verifica nei riguardi dell'impresa subentrante.

La disciplina positiva della norma include, invero, l'obbligo per la

stazione appaltante di effettuare le puntuali verifiche dirette ad accertare la sussistenza anche in capo all'impresa subentrante dei requisiti soggettivi e oggettivi per la partecipazione alla gara e per l'affidamento della commessa dedotta nell'appalto. sicché, in caso di modificazioni soggettive riguardanti il soggetto partecipante alla gara, l'esistenza dei requisiti previsti per l'ammissione a quest'ultima deve essere posseduta, e quindi accertata, sia nei riguardi dell'impresa interessata dalla vicenda modificativa che dell'impresa subentrante”.

Ne deriva, come inevitabile corollario, che nelle more della verifica dei citati requisiti e quindi dell'effettiva ammissione, aggiudicazione della gara al cessionario, stipula del contratto, il cedente deve mantenere il possesso dei requisiti necessari per la partecipazione, l'aggiudicazione e la stipula del contratto.

Nella specie, deve altresì rilevarsi che non vi è contestazione sulla circostanza che la stazione appaltante non ha provveduto alla verifica dei requisiti in capo all'affittuario/cessionario (in quanto tale circostanza non è oggetto di contestazione da parte del ricorrente) essendosi la stessa fermata in un momento antecedente, ossia quello della verifica dei requisiti in capo alla cedente, verifica che ha dato comunque esito negativo.

Risulta quindi evidente come la cessione dell'azienda non possa essere operativa nei confronti della stazione appaltante.

2.3. Del tutto influente è, inoltre, il rilievo espresso dal ricorrente a dire del quale Matarrese spa possedeva la regolarità contributiva al

momento della partecipazione (circostanza rilevata nel secondo motivo di ricorso), e per l'intero periodo intercorrente tra la data di prequalifica e il giugno 2013 atteso che, come evidenziato in precedenza, la regolarità contributiva deve permanere per tutta la durata del rapporto con la P.A.

In particolare, con riferimento a tale circostanza, va rilevato che il ricorrente ha prodotto, nel corso del giudizio, nota del 5 dicembre 2014 della Cassa Edile della Provincia di Bari con la quale quest'ultima, a seguito del decreto del G.D. del Tribunale di Bari (di ammissione della Matarrese spa al concordato preventivo in continuità aziendale), ha sospeso i DURC relativi alla situazione precedente il 10 febbraio 2014, data di presentazione della domanda di concordato, come di seguito indicati:

prot.29181530 del 14.3.2014 emesso il 28.4.2014;

prot. n.29181580 del 14.3.2014 emesso il 28.4.2014;

prot.n.29181424 del 14.3.2014 emesso il 28.4.2014.

Il provvedimento suindicato, quand'anche possa ritenersi rilevante nel presente giudizio in quanto intervenuto dopo l'adozione del provvedimento impugnato, non ha però inciso sul DURC prot. 29919298 del 6.5.2014, con riferimento al versamento di premi e accessori al 6.5.2014.

Da ciò consegue, comunque, l'assenza in capo alla Matarrese Sp.a. del requisito della regolarità contributiva senza soluzione di continuità per tutta la durata del rapporto con la P.A.

2.4. In ordine alla irregolarità contributiva rilevata nei confronti dell'ing. Loliva , progettista del RTI aggiudicatario (afferzata nella nota INARCASSA del 19 maggio 2014 e posta anch'essa a base del provvedimento impugnato), si osserva che questo ente è persona giuridica privata che gestisce un sistema pensionistico pubblico, estranea al comparto di cui all'art.1 del D.M. 24 ottobre 2007.

Le contribuzioni dovute a questo ente rientrano, tuttavia, negli obblighi cui fa riferimento l'art. 38, primo comma lett. i, del d.lgs. n. 163/2006 (contributi previdenziali e assistenziali), sicchè la violazione di tali obblighi impedisce la partecipazione alle gare pubbliche.

Nella specie è accertato che l'ing. Loliva non era in regola con gli adempimenti contributivi alla data in cui l'inadempimento è stato comunicato da Inarcassa alla stazione appaltante (nota del 19 maggio 2014).

Il debito era stato comunicato da Inarcassa all'ing. Loliva con nota del 12 maggio 2014, che non indicava un termine per la regolarizzazione; questo perché Inarcassa non è ricompresa nell'ambito disciplinato dal D.M.24 ottobre 2007.

Il debito è stato poi estinto il 5 giugno 2014, sicchè correttamente Inarcassa ha comunicato la irregolarità contributiva alla stazione appaltante il 19 maggio 2014.

Si deve infine osservare che l'adempimento non fa venir meno l'irregolarità contributiva, in quanto la fattispecie è disciplinata solo

dall'art. 38 del d.lgs. n. 163/2003 per l'inapplicabilità della “sanatoria” prevista sia dall'art. 7 del D.M. 24 ottobre 2007 che dall'art. 31, ottavo comma, d.l. n. 69 del 2013.

Infatti, a prescindere dalla estraneità di Inarcassa al sistema pubblico previdenziale disciplinato dalle norme da ultimo richiamate, l'invito e conseguentemente la portata sanante della regolarizzazione hanno ragion d'essere quando l'interessato richieda il rilascio del durc, non quando costui abbia rilasciato una dichiarazione e la stazione appaltante proceda poi d'ufficio (secondo l'espressa previsione dell'art. 38, terzo comma, del d.lgs. n. 163/2006 e dell'art. 31, quarto comma, del d.l. n. 69/2013) alla verifica della stessa.

In tal caso il rilascio del durc trova la sua disciplina solo nell'art. 38 del d.lgs. n.163/2006 (Tar Lazio, III ter, 18 luglio 2014 n.7732).

3. Quanto alle censure, espresse nei motivi aggiunti, con le quali il ricorrente deduce la illegittimità dei DURC emessi dalla Cassa Edile di Bari e posti a base del provvedimento impugnato, deve precisarsi quanto segue.

Il ricorrente ne deduce la illegittimità, chiedendone l'annullamento :

a) in quanto emessi in violazione delle garanzie prescritte dall'art.7 del D.M. del 24.10.2007 e dell'art. 31 del D.L. n.69/2013 posto che non sono stati preceduti dal preavviso di regolarizzazione; b) in quanto gli enti previdenziali non potevano emettere i DURC con l'attestazione di irregolarità in pendenza della procedura di concordato preventivo con continuità aziendale, realizzandosi

un'ipotesi di sospensione legale dei debiti pregressi di qualunque specie e/o natura.

3.1. Quanto all'ammissibilità del sindacato di questo giudice, sotto il profilo della giurisdizione, deve precisarsi quanto segue.

Il documento unico di regolarità contributiva (durc), secondo quieti principi giurisprudenziali, si sostanzia in una dichiarazione di scienza e si colloca fra gli atti di certificazione o di attestazione aventi carattere meramente dichiarativo di dati in possesso dell'ente, assistiti da pubblica fede ex articolo 2700 c.c. e facenti pertanto prova fino a querela di falso (cfr. Cons. Stato Sez. IV n.1458/ 2009; Sez. V n. 789 /2011).

Ne consegue che eventuali errori contenuti in detto documento, involgendo posizioni di diritto soggettivo afferenti al sottostante rapporto contributivo, potranno essere corretti dal giudice ordinario, o all'esito di proposizione di querela di falso, o a seguito di ordinaria controversia in materia di previdenza e di assistenza obbligatoria.

Premessa quindi l'impossibilità per questo giudice di sindacare (con una pronuncia atta a raggiungere la forza del giudicato) la regolarità di un DURC, va aggiunto che, ai sensi dell'art. 8 c.p.a., lo stesso può compiere ogni accertamento che gli sia domandato dalla parte per verificare l'esistenza di un diritto.

Di recente, difatti, il Consiglio di Stato ha ritenuto che “sostenere, in tale contesto, che, pur dovendo stabilire della legittimità degli affidamenti degli appalti pubblici (e quindi della conformità di questi

anche alle regole di derivazione comunitaria), il giudice amministrativo, ancorché domandato dalla parte, non possa spingersi ad accertare la sussistenza o meno di un requisito di partecipazione sol perché questo è attestato dal provvedimento di un'amministrazione (come avviene per il d.u.r.c.), significherebbe limitare irragionevolmente l'ambito della tutela accordata dall'ordinamento anche in violazione dei principi (desumibili dalla direttiva 2007/66/CE) di efficacia e rapidità dei mezzi di ricorso.

Dunque, allorché sia a ciò chiamato dalla parte nell'ambito di una procedura pubblica volta all'affidamento di lavori, servizi o forniture, il giudice amministrativo (come del resto potrebbe fare alla stregua dell'art. 8 della l. 1034/1971 se nella materia considerata non gli fosse stata riconosciuta giurisdizione esclusiva) ben può incidentalmente valutare la sussistenza dei requisiti di partecipazione siano essi o meno attestati da atti della p.a”.

“Le condizioni di validità, efficacia, nullità o annullabilità del contratto, siano esse inerenti o estranee o sopravvenute alla struttura del contratto, comprese quelle derivanti da irregolarità o illegittimità della procedura amministrativa a monte e le fattispecie di radicale mancanza del procedimento di evidenza pubblica o sussistenza di vizi che ne affliggono singoli atti possono essere accertate incidentalmente dal giudice amministrativo, quando la loro determinazione sia funzionale all'accertamento rimesso alla cognizione del giudice amministrativo medesimo che, ai sensi dell'art.

8 citato, ha il potere di decidere, senza efficacia di giudicato, tutte le questioni pregiudiziali o incidentali relative a diritti, la cui risoluzione sia necessaria per pronunciare sulla questione principale”.

E' quindi acclarata la possibilità del G.A. di accertare in via incidentale l'illegittimità/ irregolarità di un DURC ai sensi dell'art.8 c.p.a. (o in via principale ove si ritenga che lo specifico profilo della vicenda rientri nell'ambito della giurisdizione esclusiva); va tuttavia verificato se tale possibilità possa essere utilizzata ad libitum e in assenza di un'apposita istanza di parte, o se anch'essa sia limitata alla regola degli stretti termini decadenziali cui è improntato il processo amministrativo.

In primo luogo, il Collegio ritiene che l'accertamento in via principale del diritto (ad ottenere un DURC positivo) debba essere richiesto dalla parte.

Invero secondo il principio “ne eat iudex extra petita partium” al giudice è vietata sia l'ultrapetizione, ossia la decisione su qualcosa di più di quanto è chiesto dalla parte, sia l'extrapetizione (ossia una pronuncia diversa da quella richiesta), posto che, attribuire effetti diversi da quelli domandati presupporrebbe un potere sostitutivo o suppletivo del giudice nella determinazione del thema decidendum, incompatibile con l'articolazione del principio della domanda.

Nella specie i ricorrenti, con i motivi aggiunti, hanno chiesto l'annullamento degli atti impugnati in quanto “ Gli enti previdenziali non potevano emettere i DURC con l'attestazione di irregolarità in

pendenza della procedura di concordato preventivo con continuità aziendale” , investendo quindi i DURC non direttamente con un’azione di accertamento o con un’azione impugnatoria ma contestandone, sic et simpliciter, la veridicità.

Tale contenuto dell’azione non è volto direttamente all’accertamento del diritto (accertamento consentito al giudice amministrativo, in via principale, nelle vicende in cui abbia giurisdizione esclusiva; consentito ex art. 8 c.p.a. in via incidentale nelle altre), ma all’accertamento di un fatto (l’inesattezza del DURC) posto a base dell’atto impugnato, risolvendosi nella deduzione di una ragione di illegittimità dell’atto amministrativo fondato su un fatto inesattamente rappresentato (l’irregolarità contributiva).

Questo contenuto dell’azione concreta, quindi, la prospettazione di un vizio dell’atto e deve essere dedotto nel termine decadenziale.

Sulla necessaria osservanza del termine decadenziale, sia quando venga richiesto un accertamento incidentale che quando venga richiesto un accertamento in via principale, non si può non convenire atteso che la pretesa ad ottenere un durc positivo, anche in seno ad una controversia relativa all’affidamento di un appalto, riguarda sempre un presupposto dell’atto contestato, cioè un incidente del giudizio impugnatorio, e quindi è disciplinata dalle regole di quel giudizio.

Il termine decadenziale, nella specie, è stato rispettato dato che i motivi aggiunti sono stati notificati tempestivamente il 15 ottobre

2014 (il termine di impugnazione decorre dalla scadenza del periodo feriale, cioè il 16 settembre).

3.2. L'affermata inesattezza del Durc si fonda sul disposto dell'art.168, primo comma, del R.D. n. 267/1942, secondo il quale "Dalla data della pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese e fino al momento in cui il decreto di omologazione del concordato preventivo diventa definitivo, i creditori per titolo o causa anteriore non possono, sotto pena di nullità, iniziare o proseguire azioni esecutive e cautelari sul patrimonio del debitore."

Questo comporterebbe la sospensione dei debiti contratti prima della pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese, al che conseguirebbe (anche in ragione della disciplina dettata dall'art. 161, ottavo comma etc per i debiti contratti successivamente) il rilascio di un durc positivo; in tal senso si esprime l'art. 5, secondo comma lett. b, D.M. 24 ottobre 2007 (La regolarità contributiva sussiste inoltre in caso di:

b) sospensioni dei pagamenti a seguito di disposizioni legislative);

L'interpretazione dell' art. 168, primo comma, tuttavia non può prescindere dal contenuto complessivo del " ricorso" e dai suoi necessari allegati, sicchè in assenza degli stessi si deve convenire con l'INAIL (pag. 6 della memoria depositata il 28 novembre 2014) sulla impossibilità di quell'ente di attestare la regolarità contributiva.

Difatti, l'art.186 bis L.F. dispone quanto segue:

"Quando il piano di concordato di cui all'articolo 161, secondo

comma, lettera e) prevede la prosecuzione dell'attività di impresa da parte del debitore, la cessione dell'azienda in esercizio ovvero il conferimento dell'azienda in esercizio in una o più società, anche di nuova costituzione, si applicano le disposizioni del presente articolo. Il piano può prevedere anche la liquidazione di beni non funzionali all'esercizio dell'impresa.

Nei casi previsti dal presente articolo:

- a) il piano di cui all'articolo 161, secondo comma, lettera e), deve contenere anche un'analitica indicazione dei costi e dei ricavi attesi dalla prosecuzione dell'attività d'impresa prevista dal piano di concordato, delle risorse finanziarie necessarie e delle relative modalità di copertura;
 - b) la relazione del professionista di cui all'articolo 161, terzo comma, deve attestare che la prosecuzione dell'attività d'impresa prevista dal piano di concordato è funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori;
 - c) il piano può prevedere, fermo quanto disposto dall'articolo 160, secondo comma, una moratoria fino a un anno dall'omologazione per il pagamento dei creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca, salvo che sia prevista la liquidazione dei beni o diritti sui quali sussiste la causa di prelazione. In tal caso, i creditori muniti di cause di prelazione di cui al periodo precedente non hanno diritto al voto".
- La lettura della norma consente al Collegio di ritenere che la citata sospensione ex lege (prevista dall'art. 5 del D.M. 24.10.2007) operi

solo quando sussista un piano di concordato di cui all'articolo 161, secondo comma, lettera e) che preveda la prosecuzione dell'attività di impresa da parte del debitore ed abbia il corredo normativamente previsto.

La sussistenza di tutto questo non è stata provata, sicchè si deve convenire con l'INAIL (pag. 6 della memoria depositata il 28 novembre 2014) sulla impossibilità di quell'ente di attestare la regolarità contributiva.

Né, in tal senso, può sovvenire l'ordinanza del Tribunale di Bari dato che questa è intervenuta il 25.11.2014, sicchè la stessa non può produrre alcun effetto nel giudizio amministrativo, nel quale rileva la situazione di fatto e di diritto esistente e rappresentata al giudice col ricorso.

Nella fattispecie rileva la esattezza o meno delle attestazioni rilasciate dagli istituti previdenziali (nel momento in cui sono state rilasciate) e poste a base degli atti impugnati.

Per la completezza dell'analisi, si deve osservare che la previsione dell'art. 168 citato (“Dalla data della pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese e fino al momento in cui il decreto di omologazione del concordato preventivo diventa definitivo, i creditori per titolo o causa anteriore non possono, sotto pena di nullità, iniziare o proseguire azioni esecutive e cautelari sul patrimonio del debitore.”) va raccordata con la previsione dell'art. 186 bis, quarto comma (“ Successivamente al deposito del ricorso, la

partecipazione a procedure di affidamento di contratti pubblici deve essere autorizzata dal tribunale, acquisito il parere del commissario giudiziale, se nominato; in mancanza di tale nomina, provvede il tribunale.”).

Se la presentazione del ricorso per l'ammissione al concordato preventivo in continuità permette la partecipazione ad una procedura di affidamento di un contratto pubblico solo a seguito dell'autorizzazione del tribunale e il rilascio di un durc positivo condiziona l'utilità di tale partecipazione, il rilascio di un durc positivo (a seguito della sola pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese) non consente il raggiungimento dello scopo (l'utile partecipazione alla gara), sicchè si deve ritenere che anche questa condizione per la utile partecipazione (rilascio di un durc positivo) è subordinata alla valutazione del tribunale (tanto più necessaria perché finalizzata alla tutela della cosa pubblica).

Tale autorizzazione, all'epoca del rilascio del durc contestato, non sussisteva.

Si deve perciò concludere per la esattezza del durc 6 maggio 2014 n. 29919298.

3.3. Quanto, infine, all'osservanza delle disposizioni che subordinano il rilascio del durc all'invito a regolarizzare le posizioni debitorie (art. 7, terzo comma, del D.M. 24 ottobre 2007; art. 31, ottavo comma, del d.l. 69/2013) si osserva che le stesse non si applicano quando la stazione appaltante procede alla verifica della veridicità delle

dichiarazioni, atteso che la verifica attiene a dichiarazioni e situazioni pregresse, insuscettibili di sanatoria.

Questa possibilità è concessa quando l'interessato richiede il durc; non ha ragion d'essere quando la stazione appaltante verifica una dichiarazione già formulata.

Comunque INAIL ha provato di aver inviato l'invito a regolarizzare la posizione debitoria il 4 aprile 2014 al dott. Giacomo Mariani, che, come dipendente di Matarrese s.p.a., è ricompreso fra i soggetti cui la comunicazione in esame poteva essere inviata ai sensi dell'art. 31, ottavo comma, del d.l. 69/2013 ("Ai fini della verifica per il rilascio del documento unico di regolarità contributiva (DURC), in caso di mancanza dei requisiti per il rilascio di tale documento gli Enti preposti al rilascio, prima dell'emissione del DURC o dell'annullamento del documento già rilasciato, invitano l'interessato, mediante posta elettronica certificata o con lo stesso mezzo per il tramite del consulente del lavoro ovvero degli altri soggetti di cui all'articolo 1 della legge 11 gennaio 1979, n. 12, a regolarizzare la propria posizione entro un termine non superiore a quindici giorni, indicando analiticamente le cause della irregolarità).

Se è vero che la norma prevede l'utilizzazione della posta elettronica certificata, è altrettanto vero che nella specie è provato che il messaggio è stato ricevuto e non si può, conseguentemente, negare l'utilità di ciò per l'equipollenza della " piena conoscenza " alla notificazione sancita dall'art. 41 c.p.a..

4. In conclusione gli atti impugnati resistono alle censure espresse nel ricorso e nei successivi motivi aggiunti i quali devono essere conseguenzialmente respinti.

La complessità del giudizio giustifica la compensazione delle spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia Lecce - Sezione Prima

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Lecce nella camera di consiglio del giorno 8 gennaio 2015 con l'intervento dei magistrati:

Antonio Cavallari, Presidente

Patrizia Moro, Consigliere, Estensore

Claudia Lattanzi, Primo Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 30/01/2015

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)