



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1729 del 2013, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Engineering.It Spa (capogruppo mandataria), Kpmg Advisory Spa e Alveo Spa (mandanti), in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentate e difese dagli avv. Stefano Vinti, Gennaro Terracciano, Vincenzo Barrasso e Riccardo Barberis, con domicilio eletto presso lo studio del primo in Roma, via Emilia, 88;

contro

- Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di Lavori Servizi e Forniture - AVCP, in persona del Presidente in carica, rappresentata e difesa per legge dall'Avvocatura Generale dello Stato, presso la sede della quale è domiciliata in Roma, via dei Portoghesi, 12;

- INPS - Istituto Nazionale della Previdenza Sociale, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avv. Patrizia Ciacci, Ester Sciplino e Angelo Bellaroba, con domicilio eletto presso lo studio della prima in Roma, via Amba Aradam, 5;

nei confronti di

Integra Documenti Management Srl (capogruppo mandataria), HP Enterpriser Services Italia Srl e Visiant Contact Srl (mandanti), in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentate e difese dagli avv. Angelo Clarizia, Marco Napoli e Maurizio Zoppolato, con domicilio eletto presso lo studio del primo in Roma, via Principessa Clotilde, 2;

per l'annullamento

A) con il ricorso introduttivo del giudizio:

- della nota 0014407 del 6 febbraio 2013 recante l'esclusione del RTI ricorrente dalla gara per la fornitura di un Centro Multiservizi integrato per l'erogazione di servizi di continuità operativa e *disaster recovery*, gestione documentale e conservazione sostitutiva a norma, supporto agli utenti, gestione, rendicontazione e fornitura di un sistema conoscitivo - CIG 44222002E2, nonchè revoca dell'aggiudicazione provvisoria in favore del RTI ricorrente, e per la condanna al risarcimento dei danni;

B) con i motivi aggiunti depositati in giudizio il 12 giugno 2013:

- del provvedimento n. 43772 dell'8 maggio 2013 con cui l'AVCP ha disposto l'incameramento della cauzione provvisoria emessa dalla soc. COFACE in favore dell'ATI ricorrente in data 12 ottobre 2012, pari ad euro 207.766,00;

C) con i motivi aggiunti depositati in giudizio in data 2 agosto 2013:

- del provvedimento n. 57980 del 24 giugno 2013 con cui l'AVCP ha aggiudicato in via definitiva la gara al RTI controinteressato, unitamente agli atti connessi compresi i verbali di gara (n. 22 del 19 e 20 giugno 2013);
- del provvedimento n. 68857 del 19 luglio 2013 con cui l'AVCP ha diffidato la soc. COFACE al pagamento della garanzia fideiussoria.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio di AVCP, Integra Documenti Management Srl, HP Enterpriser Services Italia Srl, Visiant Contact Srl e INPS - Istituto Nazionale della Previdenza Sociale;

Visto il ricorso incidentale proposto dalle società controinteressate e depositato in giudizio il 27 marzo 2013;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 16 ottobre 2013 il Cons. Daniele Dongiovanni e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Parte ricorrente (d'ora, in poi, anche ATI Engineering) ha partecipato alla gara bandita dall'AVCP in data 26 luglio 2012 avente ad oggetto la fornitura di un Centro Multiservizi integrato per l'erogazione di servizi di continuità operativa e "disaster recovery", gestione documentale e conservazione sostitutiva a norma, supporto agli utenti, gestione, rendicontazione e fornitura di un sistema conoscitivo (base d'asta pari a euro 20,776.538,26; durata del servizio 48 mesi).

Al termine delle operazioni, l'ATI ricorrente è risultata aggiudicataria in via provvisoria della gara con un punteggio complessivo di 88,81 mentre l'ATI controinteressata (d'ora in poi, anche ATI Integra) si è classificata al secondo posto con punti 87,99.

Tuttavia, in sede di verifica del possesso dei requisiti dichiarati in sede di gara, è risultato che la società Alveo spa (mandante dell'ATI Engineering), secondo quanto attestato dall'INPS, non era in regola con il versamento dei contributi previdenziali alla data dell'11 ottobre 2012 (ovvero la data di presentazione dell'offerta in sede di gara).

In ragione di ciò, l'AVCP ha proceduto all'esclusione dalla gara dell'ATI Engineering (comunicato con la nota di febbraio 2013) in quanto non era risultata in possesso dei requisiti previsti dall'art. 38, comma 1, lett. i) del D.lgs n. 163 del 2006 (secondo cui sono esclusi i soggetti "che hanno commesso violazioni gravi, definitivamente accertate, alle norme in materia di contributi previdenziali e assistenziali, secondo la legislazione italiana o dello Stato in cui sono stabiliti").

Avverso tale atto, l'ATI Engineering, con il ricorso introduttivo del giudizio, ha proposto impugnativa, chiedendone l'annullamento, previa sospensione dell'esecuzione, e la condanna al risarcimento dei danni per i seguenti motivi:

1) violazione e falsa applicazione dell'art. 38, comma 1, lett. i) del D.lgs n. 163 del 2006; violazione e falsa applicazione dell'art. 24 del D.lgs n. 46 del 1999; violazione e falsa applicazione degli artt. 5, 7 e 8 del decreto del Ministero del Lavoro e della Previdenza sociale del 24 ottobre 2007; violazione e falsa applicazione del par. 5 del disciplinare di gara; eccesso di potere sotto svariati profili; difetto di motivazione; violazione dei principi di massima partecipazione alle gare, concorrenza, giusto procedimento, adeguatezza, proporzionalità e affidamento; violazione e falsa applicazione degli artt. 3 e 97 Cost..

La società Alveo spa (mandante dell'ATI ricorrente) ha avuto conoscenza di tale situazione di irregolarità

previdenziale solo in seguito al controllo effettuato dalla stazione appaltante (AVCP) in quanto, prima di allora, nessuna comunicazione in tal senso aveva ricevuto dagli organi preposti (INPS).

Peraltro, in data 20 settembre 2012, la predetta società Alveo ha acquisito il DURC telematico dal quale emergeva la regolarità contributiva assistenziale mentre, in ordine a quella previdenziale, la regolarità è stata attestata in ragione del silenzio assenso formatosi sulla richiesta di DURC dalla stessa inviata all'INPS.

Peraltro, la società Alveo, nel mese di novembre 2012, ha ricevuto da INPS un avviso bonario di euro 1.260,00 che ha provveduto a pagare con immediatezza.

In ragione di ciò, la stessa società si è premurata di verificare con INPS se esistevano ulteriori pendenze e da tale attività di verifica è emerso che altri 4 avvisi bonari (in data 27 aprile, 27 giugno, 28 agosto e 30 settembre 2012 per un totale di euro 12.932,00) erano stati inviati alla società De Morgan srl (precedente denominazione della società Alveo) presso la sede di Udine (mentre la società Alveo ha ora sede a Roma).

In ogni caso, ai predetti avvisi bonari non ha mai fatto seguito da parte dell'INPS l'emanazione degli avvisi di addebito contro i quali la società interessata avrebbe peraltro potuto proporre i rimedi amministrativi e giurisdizionali previsti dall'ordinamento.

Ed invero, secondo l'art. 24 del D.lgs n. 46 del 1999, con l'avviso bonario, si consente al contribuente di provvedere al pagamento entro 30 gg. dalla ricezione ed, in questo arco temporale, non può procedersi all'iscrizione a ruolo delle somme non versate.

Da ciò si ricava che l'avvio di tale fase di composizione bonaria impedisce di considerare il contribuente in una condizione di irregolarità contributiva.

In ogni caso, la società Alveo, una volta avuta cognizione di tali pendenze, ha subito proceduto a saldare il debito contributivo, come poi attestato dall'INPS con l'emissione del DURC in data 6 dicembre 2012.

A quanto sopra esposto si aggiunge, poi, l'evidente violazione del principio di proporzionalità in quanto viene considerato "grave" il mancato versamento di una somma superiore a 100,00 euro ovvero lo scostamento del 5% tra le somme dovute e quelle versate.

Tale parametro, ora codificato nell'art. 38, comma 2, del D.lgs n. 163 del 2006, contrasta invero con il principio di proporzionalità laddove rapportato ad un appalto come quello di che trattasi del valore di circa 20 milioni di euro; *2) violazione e falsa applicazione dell'art. 38, comma 1, lett. i) e comma 2 del D.lgs n. 163 del 2006; violazione e falsa applicazione dell'art. 24 del D.lgs n. 46 del 1999; violazione e falsa applicazione degli artt. 5, 7 e 8 del decreto del Ministero del Lavoro e della Previdenza sociale del 24 ottobre 2007; violazione e falsa applicazione del par. 5 del disciplinare di gara; eccesso di potere sotto svariati profili; difetto di motivazione; violazione dei principi di massima partecipazione alle gare, concorrenza, giusto procedimento, adeguatezza, proporzionalità e affidamento; violazione e falsa applicazione degli artt. 3 e 97 Cost..*

L'AVCP ha, poi, omesso ogni verifica in ordine alla definitività della posizione di irregolarità contributiva della Alveo Spa, come richiesto dall'art. 38, comma 1, lett. i) del D.lgs n. 163 del 2006.

La società Alveo, come detto, ha proceduto al pagamento dei debiti contributivi senza attendere l'emissione degli avvisi di addebito né chiedendo alcuna rateizzazione.

Del resto, se è vero che sussiste la regolarità contributiva laddove il contribuente, a fronte della ricezione di un avviso di addebito, sia stato ammesso alla rateizzazione, a maggior ragione tale condizione di regolarità deve sussistere quando il contribuente abbia provveduto a saldare il debito una volta ricevuto l'avviso bonario.

3) violazione e falsa applicazione, sotto altro profilo, dell'art. 24 del D.lgs n. 46 del 1999; violazione e falsa applicazione degli artt. 5, 7 e 8 del decreto del Ministero del Lavoro e della Previdenza sociale del 24 ottobre 2007; violazione e falsa applicazione del par. 5 del disciplinare di gara; eccesso di potere sotto svariati profili;

difetto di motivazione; violazione dei principi di massima partecipazione alle gare, concorrenza, giusto procedimento, adeguatezza, proporzionalità e affidamento; violazione e falsa applicazione degli artt. 3 e 97 Cost..

L'INPS ha interpretato erroneamente la normativa di riferimento quando ha attestato l'irregolarità contributiva della società Alveo.

Ed invero, a fronte degli avvisi bonari inviati alla società De Morgan e ad Alveo spa, quest'ultima non ha chiesto alcuna rateizzazione (che avrebbe consentito di non essere considerata nella posizione di irregolarità contributiva) ma ha provveduto a pagare le somme dovute tempestivamente.

Ora, non è condivisibile che colui che viene ammesso alla rateizzazione è considerato in regola con i versamenti mentre quello che procede subito al pagamento dei debiti, una volta conosciuta l'entità, versa in una condizione di irregolarità contributiva.

A ciò va aggiunto che l'art. 7 del D.M. 24 ottobre 2007 prevede che l'INPS, prima di emettere il DURC, invita l'interessato a regolarizzare la propria posizione entro 15 gg. e solo dopo, in caso di mancata regolarizzazione, può emettere un DURC negativo. Nulla di tutto ciò è avvenuto nel caso di specie in quanto la società Alveo ha provveduto all'immediato pagamento di quanto risultante dagli avvisi bonari.

Si sono costituiti in giudizio l'AVCP, l'INPS e l'ATI Integra, chiedendo il rigetto del ricorso perché infondato nel merito.

Con ordinanza n. 1345/2013, è stata accolta la domanda di sospensiva e fissata l'udienza pubblica del 16 ottobre 2013 per la definizione del merito della controversia; il Consiglio di Stato, sez. VI, con ord. n. 1566/2013, ha riformato la pronuncia cautelare di primo grado, respingendo così la richiesta di misure interinali avanzata dall'ATI Engineering.

Successivamente, l'ATI controinteressata ha proposto ricorso incidentale, lamentando la violazione dell'art. 38 del D.lgs n. 163 del 2006 e dell'art. 75 del DPR n. 445 del 2000 nella misura in cui l'AVCP non avrebbe escluso dalla gara l'ATI Engineering a causa della presentazione di una dichiarazione non veritiera in ordine al possesso dei requisiti relativi alla regolarità contributiva.

Con motivi aggiunti depositati il 12 giugno 2013, l'ATI ricorrente ha poi impugnato, per l'annullamento, il provvedimento n. 43772 dell'8 maggio 2013 con cui l'AVCP ha disposto l'incameramento della cauzione provvisoria emessa in data 12 ottobre 2012 dalla soc. COFACE in favore dell'ATI ricorrente (pari ad euro 207.766,00).

Al riguardo, l'ATI Engineering, oltre a riproporre i motivi contenuti nel ricorso introduttivo del giudizio, ha altresì dedotto la violazione degli artt. 38, 48 e 75 del D.lgs n. 163 del 2006 che, secondo parte ricorrente, non ammetterebbero l'escussione della garanzia provvisoria nel caso di carenza dei requisiti di ordine generale ma solo di quelli aventi ad oggetto la capacità economico-finanziaria e tecnico-professionale.

Con ulteriore atto di motivi aggiunti depositati in giudizio in data 2 agosto 2013, l'ATI ricorrente ha altresì impugnato, per l'annullamento, previa sospensione dell'esecuzione, gli atti con cui l'AVCP, in seguito alla pronuncia cautelare del Consiglio di Stato sez. VI (cit. ordinanza n. 1566/2013), ha aggiudicato in via definitiva la gara all'ATI controinteressata (Integra), riproponendo le censure già contenute nel ricorso introduttivo e nei primi motivi aggiunti e insistendo affinché la questione venga sottoposta al giudizio della Corte Costituzionale e/o della Corte di Giustizia dell'Unione Europea.

Con ordinanza n. 3724 del 20 settembre 2013, è stata accolta la domanda di sospensiva limitatamente alla stipula del contratto, confermando l'udienza pubblica del 16 ottobre 2013 per la definizione del merito della controversia.

In prossimità della trattazione del merito, le parti hanno depositato memorie, anche di replica, insistendo diffusamente nelle loro rispettive conclusioni.

Alla pubblica udienza del 16 ottobre 2013, la causa è stata trattenuta dal Collegio per la decisione.

DIRITTO

1. Con il ricorso introduttivo del giudizio ed i motivi aggiunti, l'ATI ricorrente deduce l'illegittimità della revoca dell'aggiudicazione provvisoria in proprio favore della gara bandita dall'AVCP prospettando, in estrema sintesi, quanto segue:

- l'irregolarità contributiva che l'INPS ha riscontrato alla data dell'11 ottobre 2012 nei confronti della società Alveo (mandante dell'ATI Engineering) non può dirsi "definitivamente accertata" anche perché questa non ha avuto notizia dei quattro avvisi bonari (in data 27 aprile, 27 giugno, 28 agosto e 30 settembre 2012, per un totale di euro 12.932,00) inviati dall'INPS di Udine alla De Morgan srl (trasformata poi, il 25 maggio 2012, nella Alveo spa);
- la società Alveo, una volta avuta notizia dell'esistenza dei predetti quattro avvisi bonari (ovvero quando, a seguito della verifica dei requisiti disposta dall'AVCP dopo l'aggiudicazione provvisoria, l'INPS ha attestato la sua irregolarità contributiva alla data dell'11 ottobre 2012 in ragione del mancato pagamento di contributi previdenziali), ha provveduto, con immediatezza (in data 27 dicembre 2012 e 3 gennaio 2013), ad effettuare i pagamenti dovuti all'INPS;
- l'INPS, a fronte delle richieste di pagamento contenute negli avvisi bonari, non ha emesso alcun avviso di addebito nei confronti della società Alveo, avviso quest'ultimo che, avendo forza di titolo esecutivo per procedere alla riscossione, anche coattiva, dei contributi dovuti, avrebbe potuto essere contestato attraverso la proposizione degli appositi rimedi amministrativi e giurisdizionali (al riguardo, il D.M. 24 ottobre 2007 prevede che non può essere adottato un DURC negativo laddove sia pendente un ricorso amministrativo e giurisdizionale);
- l'INPS, poi, non ha nemmeno attivato la procedura di cui all'art. 7, comma 3, del citato D.M. 24 ottobre 2007 (ora legiferato nell'art. 31, comma 8, del D.L. n. 69 del 2013) secondo cui, prima dell'emissione del DURC, l'Istituto è tenuto ad invitare l'interessato a regolarizzare la propria posizione entro un termine non superiore a quindici giorni;
- infine, la definizione di "gravità" della violazione in materia di contributi previdenziali contenuta nell'art. 38, comma 2, del D.lgs n. 163 del 2006 (ancorata ad una determinazione quantitativa di tipo statico) viola il principio comunitario di proporzionalità nella misura in cui è svincolato dall'oggetto dell'appalto e dalle dimensioni stesse dell'impresa.

2. Dalla stessa prospettazione di parte ricorrente, può ricavarsi quanto segue:

- la società mandante Alveo non ha mai contestato, neanche in sede di gravame, la sussistenza o l'entità del debito previdenziale di cui ai quattro avvisi bonari del 27 aprile, 27 giugno, 28 agosto e 30 settembre 2012;
- ciò che Alveo spa contesta è che, prima dell'attestazione negativa di regolarità contributiva da parte dell'INPS (in esito alla verifica dei requisiti di carattere generale attivata dall'AVCP), non ha mai avuto notizia dei quattro avvisi bonari inviati alla società De Morgan (alla sede di Udine, via Selvuzzis n. 45/A) dal locale istituto previdenziale e che, ciò nonostante, l'irregolarità contributiva non poteva dirsi definitivamente accertata in quanto l'INPS non aveva attivato la procedura di regolarizzazione di cui al citato art. 7, comma 3, del D.M. 24 ottobre 2007 né aveva ancora emesso alcun avviso di addebito.

2.1 A fronte di tale prospettazione, il Collegio ritiene di dover precisare quanto segue:

- la De Morgan srl (ovvero la società a cui sono stati indirizzati i quattro avvisi bonari sopra citati), con atto notarile del 25 maggio 2012, ha cambiato denominazione sociale in Alveo spa (odierna mandante dell'ATI Engineering) ed ha contestualmente trasferito la sede sociale da Udine a Roma;
- la società Alveo, in ragione della predetta trasformazione, è quindi in continuità di rapporti giuridici con la De Morgan srl e, pertanto, le vicende riguardanti – tra l'altro – la posizione previdenziale nonché i rapporti inerenti quest'ultima, anche dopo quella data, sono comunque imputabili alla stessa Alveo spa;

- ed invero, pure a seguito della predetta trasformazione, la società De Morgan (e, poi, Alveo spa dal 25 maggio 2012) ha continuato a mantenere, fino al 31 luglio 2012, presso la sede di Udine (via Selvuzzis n. 45/A) il ramo di azienda relativo all'attività di sviluppo del software per impianti industriali e di automazione che è stato, a sua volta, ceduto da Alveo spa alla società EOS (avente sede legale a Faedis in provincia di Udine), con atto notarile del 3 agosto 2012;

- la società De Morgan era iscritta presso la sede di Udine dell'INPS (con attribuzione di una propria posizione contributiva, matricola n. 8605847833) e, relativamente ai propri lavoratori dipendenti, ha provveduto a presentare – sempre presso la sede di Udine dell'INPS – le prescritte denunce mensili per i mesi di febbraio, aprile, giugno e luglio 2012 (quest'ultima in vista della cessione di azienda avvenuta in data 3 agosto 2012) ivi indicando – come previsto dalla normativa vigente - gli importi auto-determinati relativi ai contributi previdenziali dovuti all'ente;

- a fronte di tali denunce mensili, la società De Morgan (poi Alveo spa) non ha tuttavia provveduto a pagare i contributi previdenziali così determinati, entro il giorno 16 del mese successivo a quello di competenza delle denunce (sul punto, va osservato che l'obbligo contributivo di natura previdenziale è, invero, sottoposto al regime dell'autodeterminazione e si concreta attraverso la presentazione delle prescritte denunce mensili - entro il 25 del mese successivo a quello di riferimento - ed il successivo pagamento da effettuare entro il giorno 16 del mese successivo a quello di competenza della denuncia).

2.2 Quanto sopra precisato è di per sé sufficiente a far ritenere che, nella fattispecie in esame, sussista il requisito della “definitività” dell'accertamento della violazione commessa da Alveo spa delle norme in materia di contributi previdenziali in quanto:

- alla luce di quanto sopra ricostruito e della stessa prospettazione di parte ricorrente, non sono mai emersi dubbi né sulla debenza (*an*) né sull'entità (*quantum*) del debito previdenziale (pari a euro 12.932,00);

- in linea con quanto affermato dalla giurisprudenza amministrativa (cfr Cons. Stato, sez. V, 16 settembre 2011, n. 5194), il concetto di definitività non può essere inteso in astratto nel senso che, a fronte di un obbligo contributivo (o anche fiscale) non contestato, è necessario comunque – prima che la violazione possa essere considerata “definitiva” - che l'ente preposto (INPS, nel caso di specie) ponga in essere tutti gli adempimenti successivi (finalizzati all'avvio della procedura di riscossione, anche coattiva) attraverso l'adozione degli avvisi di accertamento e/o di liquidazione (*recte*: di addebito) e che, a sua volta, il contribuente abbia la possibilità di esperire, nei termini di legge, i rimedi amministrativi (compresi eventuali istanze di rateizzazione) e giurisdizionali previsti dalla normativa vigente;

- una tale interpretazione del concetto di definitività contenuto nel citato art. 38, comma 1, lett. i) del D.lgs n. 163 del 2006, oltre al rischio di giustificare pratiche dilatorie dei pagamenti da parte dei contribuenti, si scontra in modo palese con i principi che regolano le gare ad evidenza pubblica che, come noto, sono ispirate in particolare alla *par condicio* tra i partecipanti, principio che ha come corollario inderogabile il fatto che, al momento della scadenza del termine di presentazione delle offerte, tutti i concorrenti devono essere in possesso dei requisiti di partecipazione previsti dalla normativa vigente, senza possibilità di regolarizzazioni postume;

- in altre parole, il concetto di “definitività” nell'ambito della gare pubbliche va fotografato al momento della (scadenza del termine di) presentazione dell'offerta nel senso che dubbi sulla debenza devono sussistere a quel momento oppure, a quella data, deve risultare accolta una istanza di rateizzazione (cfr Cons. Stato, Ad. Plenaria, 5 giugno 2013, n. 15) ovvero deve essere stato presentato – e risultare ancora pendente - un ricorso amministrativo (se previsto) e/o giurisdizionale;

- ogni altra alternativa (come, ad esempio, l'attesa per l'emanazione dell'avviso di accertamento –*recte*: addebito - ovvero la pendenza del termine per la proposizione del ricorso e, quindi, la sola intenzione di proporre un rimedio

amministrativo e/o giurisdizionale) si scontra con il principio di certezza (anch'esso garanzia di *par condicio*) che regna nell'ambito delle procedure ad evidenza pubblica nel senso che ogni dubbio (nel senso di mancanza di accertamento definitivo della violazione) sull'effettiva debenza di un debito contributivo, deve risultare, in maniera oggettiva e verificabile, al momento della presentazione dell'offerta in sede di gara attraverso l'avvenuta presentazione del rimedio amministrativo o giurisdizionale oppure tramite l'accoglimento dell'istanza di rateizzazione, laddove possibile (cit. Cons. Stato, Ad. Plenaria, n. 15/2013);

- né, allo stesso modo, può valere quanto affermato dall'ATI ricorrente circa l'obbligo dell'INPS di attivare la procedura di regolarizzazione prevista dall'art. 7, comma 3, del D.M. 24 ottobre 2007 in quanto ciò si scontrerebbe – come detto – con i principi in tema di procedure di evidenza pubblica (che, come detto, non ammettono regolarizzazioni postume) nel senso che, diversamente opinando, si rischierebbe di sovvertire il dato oggettivo della sussistenza dell'irregolarità contributiva ad una determinata data coincidente con la presentazione dell'offerta in sede di gara (cit. Cons. Stato, sez. V, n. 5194/2011). In altre parole (e ciò vale certamente nell'ambito della partecipazione a gare pubbliche di appalto), tale procedura di regolarizzazione deve essere stata attivata e conclusa prima della presentazione dell'offerta nel senso che, a quella data, l'operatore economico deve aver regolarizzato la propria posizione, non potendo la stazione appaltante attendere l'eventuale attivazione in corso di procedura (e, quindi la regolarizzazione postuma), dopo cioè la scadenza del termine di presentazione delle offerte.

La giurisprudenza da ultimo citata ha poi chiaramente affermato che lo stato di “definitivo accertamento” delle violazioni contributive può essere rinvenuto, in pratica, in tutte le situazioni caratterizzate dalla non pendenza di ricorsi amministrativi o giurisdizionali (Cons. Stato, sez. V, 13 luglio 2010, n. 4511; sez. VI, 27 febbraio 2008 n. 716 nonché Corte di Giustizia CE sez. I, 9 febbraio 2006, C-226/04 e C-228/04) e che la possibilità di ravvisare l'esistenza del requisito di “definitività” non è necessariamente impedita dalla - asserita - omessa notifica di un avviso di accertamento (*recte*: di addebito) che riporti i debiti contributivi.

Nel caso di specie, la società Alveo (in continuità – si ribadisce - di rapporti giuridici con la società De Morgan, in ragione della trasformazione avvenuta in data 25 maggio 2012) non ha attivato – come detto - alcun tipo di tutela al fine di contestare l'*an* o il *quantum* dei propri debiti contributivi né il contegno successivo ha dato forma a contestazioni di alcun tipo al riguardo, anzi la medesima ha riconosciuto le proprie passività e vi ha fatto fronte saldando il debito.

Vale quindi ancora una volta evidenziare che, ai fini dell'art. 38 del d.lgs. n. 163/2006, un debito contributivo che non venga messo in discussione nella sua esistenza ed entità e che venga in seguito estinto, equivale in sostanza ad una passività incontestata e, quindi, ad un debito definitivamente accertato (cfr anche Cons. Stato, V, 10 agosto 2010, n. 5556).

Le tesi prospettate sul punto dell'ATI ricorrente non può essere quindi condivisa.

2.3 Ora, sulla base di quanto sopra esposto, diventa inutile andare a verificare se la società Alveo era venuta o meno a conoscenza dei quattro avvisi bonari inviati nel corso dell'anno 2012 dall'INPS di Udine in quanto, come detto, ciò che non risulta smentito è che la società De Morgan (e la Alveo spa, poi) ha, a suo tempo, proceduto – come dimostrano le denunce mensili presentate all'INPS di Udine fino al mese di luglio 2012 - ad indicare l'entità dei contributi previdenziali dovuti in relazione ai lavoratori dipendenti operanti presso la sede friulana fino al 31 luglio 2012.

Come detto, ciò non è stato contestato dall'ATI ricorrente né è contestato il fatto che l'obbligo di corresponsione dei contributi previdenziali nasca a prescindere da comunicazioni formali dell'INPS (attraverso cioè avvisi bonari o avvisi di addebito).

In ogni caso, anche a voler seguire il ragionamento di parte ricorrente in ordine alla mancata conoscenza dei quattro

(4) avvisi bonari inviati dall'INPS di Udine, neanche tale prospettazione è in grado di scalfire quanto affermato in precedenza in quanto, dagli atti depositati in giudizio (gli avvisi di ricevimento delle raccomandate), risulta che i primi due avvisi bonari (del 30 aprile e del 30 giugno 2012 per un totale di euro 5.542,00) sono stati regolarmente recapitati presso la sede di Udine della società De Morgan (poi, Alveo spa dal 25 maggio 2012) in via Selvuzzis n. 45/A, ma ciò nonostante non risultano pagati nei termini ivi indicati.

A quanto sopra esposto - senza tuttavia dimenticare che le quattro denunce mensili di febbraio, aprile, giugno e luglio 2012 sono state inviate dalla società De Morgan alla sede di Udine dell'INPS - va comunque aggiunto (e ciò vale anche con riferimento agli altri due avvisi bonari, sebbene non sia presente in atti la prova dell'avvenuto recapito) che la società Alveo non ha portato - neanche in giudizio - alcun elemento in grado di confutare quanto affermato dall'Istituto previdenziale circa la violazione degli obblighi informativi incombenti sul contribuente riguardanti la mancata comunicazione all'INPS delle informazioni aventi ad oggetto il mutamento della denominazione sociale, il trasferimento della sede legale e la cessione del ramo di azienda in favore di EON snc.

Ora, a fronte di una posizione contributiva accesa presso la sede INPS di Udine e del fatto che la società De Morgan (poi Alveo) abbia continuato a presentare le denunce mensili presso la stessa sede friulana dell'Istituto previdenziale, non è nemmeno imputabile a quest'ultimo l'eventuale errore di invio degli ultimi due avvisi bonari del 28 agosto e del 30 settembre 2012 (per un totale di euro 7.390,00).

2.4 Né, infine, vale quanto affermato dall'ATI ricorrente con riferimento al fatto che la società Alveo abbia a suo tempo richiesto, in via telematica, all'INAIL ed all'INPS la verifica della propria regolarità assistenziale e previdenziale (ed in relazione alla quale è stato rilasciato il DURC telematico in ordine alla regolarità assistenziale mentre, con riferimento alla posizione contributiva previdenziale, non avendo l'INPS risposto nel termine di 30 gg. dalla richiesta si sarebbe formato - secondo l'ATI ricorrente - il silenzio assenso secondo quanto previsto al punto 3.9 della circolare INPS n. 59/2011).

L'affermazione è smentita in punto di fatto in quanto, dall'esame del documento telematico depositato in giudizio dall'ATI ricorrente, emerge quanto segue:

- la richiesta è stata acquisita al protocollo telematico (n. 20847803) dell'ente previdenziale il 20 settembre 2012 (e non come affermato dall'ATI ricorrente ovvero che la data da ultimo indicata si riferirebbe a quella di rilascio del DURC telematico da parte dell'INAIL);
- l'istruttoria dell'INAIL, con riferimento alla regolarità assistenziale, si è conclusa in data 2 ottobre 2012 in senso favorevole alla società Alveo;
- l'istruttoria INPS, ai fini della regolarità previdenziale, non risulta invece essere stata eseguita (cfr documento telematico laddove, in calce, è riportata la dicitura "non eseguita").

Ciò premesso in punto di fatto, non può quindi ritenersi che, sulla richiesta telematica di verifica della regolarità previdenziale ai fini INPS, si sia formato il silenzio assenso in quanto, alla data 20 settembre 2012, la predetta richiesta è stata soltanto acquisita al protocollo dell'ente tanto che, alla data dell'11 ottobre 2012 (ovvero alla data di presentazione in sede di gara dell'offerta da parte dell'ATI ricorrente), il termine di 30 gg. non era ancora spirato e la società Alveo non poteva fare quindi affidamento sull'inerzia dell'INPS avente valore di assenso in ordine alla sua regolarità previdenziale.

Né tale affidamento poteva scaturire dal contenuto del DURC telematico rilasciato dall'INAIL in quanto - come detto -, nel predetto documento, si dava atto del fatto che l'istruttoria INPS non era stata eseguita, il che non equivale certo ad una verifica svolta dall'istituto previdenziale in esito alla quale non sarebbero emersi elementi sfavorevoli alla società Alveo.

Neanche tale circostanza, quindi, depone in senso favorevole alla tesi prospettata dall'ATI ricorrente.

3. Ciò posto con riferimento alla questione del definitivo accertamento della violazione [di cui all'art. 38, comma 1, lett. i) del D.lgs n. 163 del 2006] ed al conseguente giudizio di infondatezza dei motivi proposti al riguardo dall'ATI ricorrente, anche la prospettata violazione del principio di proporzionalità dell'art. 38, comma 2, del citato D.lgs n. 163 del 2006 (laddove definisce il concetto di "gravità" delle violazioni in materia di regolarità contributiva, ancorato al mancato pagamento di importi superiori a 100,00 euro ovvero allo scostamento del 5% tra le somme dovute e quelle versate) risulta infondata.

Al riguardo, è sufficiente osservare che il debito previdenziale contestato alla società Alveo ammontava - in totale - ad euro 12.932,00 ovvero ad un'entità tale da far ritenere non rilevante la questione sollevata dall'ATI ricorrente e che renderebbe quindi inutile sollevare la questione di pregiudizialità dinanzi alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea ovvero quella di illegittimità costituzionale per irragionevolezza della norma citata dinanzi alla Corte Costituzionale.

Per il resto (sempre con riferimento al concetto di gravità), il Collegio ritiene sufficiente richiamare in questa sede quanto già affermato al riguardo dal Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 4 maggio 2012, n. 8.

4. In conclusione, la prospettazione contenuta nei tre motivi del ricorso introduttivo e riproposti nei due atti di motivi aggiunti (trattati congiuntamente nei punti precedenti perché connessi e anche per ragioni di coerenza espositiva) non può essere quindi condivisa.

5. Resta da affrontare l'ultima censura contenuta nel primo atto di motivi aggiunti.

L'ATI ricorrente, con riferimento all'escussione della cauzione provvisoria da parte dell'AVCP, ha invero dedotto la violazione degli artt. 38, 48 e 75 del D.lgs n. 163 del 2006 che non ammetterebbero l'escussione della garanzia nel caso di carenza dei requisiti di ordine generale.

5.1 Sul punto, è noto che, con la citata sentenza n. 8/2012, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato ha affermato, dopo aver richiamato un prevalente orientamento giurisprudenziale, che l'incameramento della cauzione provvisoria riguarda tutte le ipotesi di mancata sottoscrizione del contratto ovvero di ostacolo alla stipula per fatto dell'affidatario e quindi anche a causa della mancanza dei requisiti generali di cui all'art. 38 del D.lgs n. 163 del 2006.

Il Collegio è a conoscenza del fatto che, sul punto, esiste ancora un orientamento che limita l'escussione alle sole ipotesi di assenza dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-professionale (cfr TAR Lazio, sez. II, n. 4749/2013 che richiama, a sua volta, Cons. Stato, sez. V, n. 80/2012) ma ritiene tuttavia, proprio alla luce del caso di specie, maggiormente aderente al dato normativo (cioè all'art. 75, comma 6, del D.lgs n. 163 del 2006) l'orientamento del Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, n. 8/2012 che ancora l'incameramento della cauzione provvisoria a tutte le ipotesi di mancata sottoscrizione del contratto ovvero di ostacolo alla stipula per fatto dell'affidatario.

Nella fattispecie in esame, invero, l'ATI ricorrente era stata individuata quale aggiudicataria provvisoria della gara, essendosi autodichiarata in possesso dei requisiti di ordine generale ex art. 38 del D.lgs n. 163 del 2006, ma, in fase di verifica dei requisiti disposta dall'AVCP, è tuttavia emersa l'irregolarità contributiva della società Alveo, mandante dell'ATI ricorrente.

Ciò ha impedito alla stazione appaltante di aggiudicare in via definitiva la gara all'ATI Engineering e di procedere quindi alla conseguente stipula del contratto, impedimento che, essendo riconducibile a "fatto dell'affidatario", legittima, ad avviso del Collegio, l'escussione della cauzione provvisoria, ai sensi dell'art. 75, comma 6, del D.lgs n. 163 del 2006.

5.2 Da ciò consegue un giudizio di infondatezza della relativa censura.

6. In conclusione, il ricorso introduttivo del giudizio ed i due atti di motivi aggiunti vanno respinti mentre il ricorso

incidentale proposto dalle società controinteressate può essere dichiarato improcedibile.

7. Le spese di giudizio possono essere compensate tra le parti, in ragione della complessità della questione sottoposta all'esame del Collegio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso introduttivo del giudizio e sui motivi aggiunti, come in epigrafe proposti, li respinge.

Dichiara improcedibile il ricorso incidentale proposto dalle società controinteressate.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 17 ottobre 2013 con l'intervento dei magistrati:

Franco Bianchi, Presidente

Francesco Brandileone, Consigliere

Daniele Dongiovanni, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 29/10/2013

IL SEGRETARIO

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