

N. 01206/2014 REG.PROV.COLL.

N. 00851/2014 REG.RIC.

N. 00986/2014 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

sezione staccata di Brescia (Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 851 del 2014, integrato da motivi aggiunti, proposto da:
Coopservice Soc. Coop. P.A., rappresentata e difesa dagli avv.ti Marcello e Ermes Coffrini e Chiara Ghidotti, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultima in Brescia, Via Solferino n. 55;

contro

Istituto Zooprofilattico Sperimentale della Lombardia e dell'Emilia Romagna Bruno Ubertini, non costituitosi in giudizio;

nei confronti di

Xpress Srl, rappresentata e difesa dagli avv.ti Claudio Armellini e Eduardo Omero, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv.to Antonio De Leo in Brescia, Via Vittorio Emanuele II n. 42;

sul ricorso numero di registro generale 986 del 2014, proposto da:

Xpress Srl, rappresentata e difesa dagli avv.ti Claudio Armellini e Eduardo Omero, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv.to Antonio De Leo in Brescia, Via Vittorio Emanuele II n. 42;

contro

Istituto Zooprofilattico Sperimentale della Lombardia e dell'Emilia Romagna Bruno Ubertini, rappresentato e difeso dagli avv.ti Fiorenzo Bertuzzi, Silvano Venturi e Giampaolo Sina, con domicilio eletto presso il loro studio in Brescia, Via Diaz n. 9;

Inps - Istituto Nazionale della Previdenza Sociale, Inps - Istituto Nazionale della Previdenza Sociale Direzione Provinciale di L'Aquila, non costituitisi in giudizio;

nei confronti di

Coopservice S. Coop. P.A., rappresentata e difesa dagli avv.ti Marcello e Ermes Coffrini e Chiara Ghidotti, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultima in Brescia, Via Solferino n. 55;

per l'annullamento

quanto al ricorso n. 851 del 2014:

DELLA DETERMINAZIONE DIRIGENZIALE 11/6/2014 N. 199, RECANTE
L'AGGIUDICAZIONE DEFINITIVA ALLA CONTROINTERESSATA DEL SERVIZIO
QUADRIENNALE DI TRASPORTO DEDICATO DI MATERIALI E CAMPIONI DA
ANALIZZARE TRA LE SEZIONI DELL'IZSLER UBICATE IN EMILIA ROMAGNA;

quanto al ricorso n. 986 del 2014:

- DEL PROVVEDIMENTO DEL RESPONSABILE DELL'U.O. PROVVEDITORATO N. 247
DEL 16 LUGLIO 2014, RECANTE LA REVOCA IN AUTOTUTELA
DELL'AGGIUDICAZIONE DEL SERVIZIO QUADRIENNALE DI TRASPORTO DEDICATO
DI MATERIALI E CAMPIONI DA ANALIZZARE TRA LE SEZIONI DELL'IZSLER UBICATE
IN EMILIA ROMAGNA, E IL SUBENTRO DI UN NUOVO AGGIUDICATARIO;

- DEL DURC EMESSO IL 3 LUGLIO 2014, NELLA PARTE IN CUI ATTESTA
L'IRREGOLARITÀ DEI CONTRIBUTI PREVIDENZIALI VERSATI DALLA RICORRENTE..

Visti i ricorsi, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Xpress Srl e di Istituto Zooprofilattico Sperimentale della Lombardia e dell'Emilia Romagna Bruno Ubertini e di Coopservice S. Coop. P.A.;

Viste le memorie difensive e tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 5 novembre 2014 il dott. Stefano Tenca e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La presente sentenza viene redatta nell'ordinaria forma semplificata prescritta – in materia di appalti pubblici – dall'art. 120 comma 10 del Codice del processo amministrativo, in virtù del quale *“Tutti gli atti di parte e i provvedimenti del giudice devono essere sintetici e la sentenza è redatta, ordinariamente, nelle forme di cui all'articolo 74”*. In proposito deve darsi atto che il 25/6/2014 è entrato in vigore il D.L. 24/6/2014 n. 90 conv. in L. 11/8/2014 il quale – all'art. 40 comma 2 – ha sostituito l'art. 120 comma 6 del D. Lgs. 104/2010, ribadendo che ciascun giudizio *“... ferma la possibilità della sua definizione immediata nell'udienza cautelare ove ne ricorrano i presupposti, viene comunque definito con sentenza in forma semplificata ...”*.

Il giudice amministrativo è ormai vincolato a emettere una sentenza in forma semplificata ogni qual volta sia chiamato a decidere una lite in materia di gare d'appalto.

Xpress è risultata aggiudicataria della gara telematica "sopra soglia" (celebrata con il criterio del prezzo più basso) per l'affidamento quadriennale del servizio di trasporto dedicato di materiali e campioni da analizzare tra le sezioni dell'IZSLER ubicate in Emilia Romagna. Il prezzo proposto da Xpress Srl era di 432.600 €, contro i 556.293,60 offerti da Coopservice, seconda classificata.

Quest'ultima, con gravame r.g. 851/2014 ritualmente notificato e tempestivamente depositato presso la Segreteria della Sezione, ha impugnato il provvedimento di aggiudicazione definitiva, articolando le seguenti censure in diritto:

- a) Erronea applicazione della *lex specialis* ed eccesso di potere per illogicità, travisamento dei fatti e violazione della *par condicio*, in quanto la vincitrice non ha compilato il modulo di autocertificazione in ogni sua parte (omettendo di indicare l'indirizzo dell'Agenzia delle entrate di riferimento) e per questo doveva essere esclusa ai sensi dell'art. 14 lett. a) del disciplinare;
- b) Violazione degli artt. 86 e ss. del D. Lgs. 163/2006 e della clausola del disciplinare riguardante le offerte anomale, in quanto l'offerta più bassa non è stata sottoposta ad indagine accurata malgrado i forti sospetti di inattendibilità e antieconomicità dovuti al forte ribasso praticato (pari al 28% contro il 7,28% esibito dalla ricorrente);
- c) Erronea applicazione dell'art. 88 del D. Lgs. 163/2006 e degli artt. 272 e 273 del D.P.R. 207/2010, in quanto la verifica di anomalia è stata indebitamente svolta (anche) dal RUP, assumendo il ruolo di dirigente dell'ufficio gare.

Si è costituita in giudizio la controinteressata, chiedendo la reiezione del gravame.

Quest'ultima, in sede di confronto comparativo, ha rassegnato la dichiarazione sostitutiva ex art. 38 del D. Lgs. 163/2006 attestante la regolarità contributiva alla data dell'8/4/2014, con posizione identificata presso la sede INPS di L'Aquila (cfr. modello di autocertificazione punto E). Il dirigente dell'Unità Operativa Provveditorato dell'IZSLER, con determinazione n. 247 del 16/7/2014 ha richiamato le verifiche espletate d'ufficio e ha revocato in autotutela l'aggiudicazione disposta con atto 11/6/2014 n. 199, a causa delle irregolarità risultanti dal DURC emesso il 3/7/2014. L'aggiudicazione è stata contestualmente attribuita alla Coopservice, collocatasi al secondo posto.

Riferisce Xpress che, al momento della presentazione della domanda (8/4/2014), era in possesso di un DURC emesso dalla sede di Reggio Calabria che attestava la regolarità dei versamenti INPS e INAIL, rispettivamente fino all'1/4/2014 e all'8/4/2014. Il DURC acquisito d'ufficio dalla stazione appaltante presso la sede INPS di L'Aquila il 3/7/2014 evidenzia invece che alla data dell'8/4/2014 mancavano versamenti INPS per € 61.595.

La posizione contributiva è stata regolarizzata in seguito alla notifica dell'accertamento negativo in data 17/6/2014 da parte dell'INPS sede provinciale di L'Aquila.

Con gravame r.g. 986/14, ritualmente notificato e tempestivamente depositato presso la Segreteria della Sezione, Xpress ha impugnato gli atti in epigrafe, illustrando le seguenti censure in diritto:

- d) Violazione dell'art. 7 della L. 241/90 per omessa comunicazione dell'avvio del procedimento di revoca;

e) Violazione degli artt. 11, 38 e 46 del D. Lgs. 163/2006, dell'art. 21-*quinques* della L. 241/90, eccesso di potere per compimento di verifiche istruttorie non appropriate e non utilizzabili, poiché la dichiarazione sostitutiva è stata resa sulla base di un DURC favorevole in data 8/4/2014 attestante la regolarità contributiva, assistito da fede privilegiata sul suo contenuto;

f) Violazione dell'art. 7 comma 3 del D.M. 24/10/2007 e degli artt. 11, 38 e 46 del D. Lgs. 163/2006 per omessa trasmissione di un regolare preavviso di accertamento negativo, circostanza ammessa dall'INPS nel proprio messaggio 4/7/2014 (prot. n. 5828);

g) Violazione degli artt. 11, 38 e 46 del D. Lgs. 163/2006, dell'art. 21-*quinques* della L. 241/90, eccesso di potere per travisamento dei fatti, in quanto la posizione della ricorrente era regolare alla data dell'aggiudicazione definitiva, avendo la stessa ricevuto il preavviso di accertamento negativo soltanto il 17/6/2014, poi prontamente sanato prima dell'adozione della revoca contestata;

h) Violazione del principio di leale collaborazione tra Enti pubblici, dato che Xpress è titolare di posizioni creditorie certe, liquide ed esigibili nei confronti del Comune dell'Aquila, di importo superiore a quelli contestati, circostanza che avrebbe permesso di ottenere comunque un DURC positivo ex art. 13 comma 5-bis del D.L. 52/2012 conv. in L. 6/7/2012 n. 94;

i) IN SUBORDINE Violazione degli artt. 11, 38 e 46 del D. Lgs. 163/2006 e dell'art. 21-*quinques* L. 241/90, in quanto difettano i presupposti (elemento soggettivo) per disporre l'incameramento della cauzione.

Si sono costituiti in giudizio l'Istituto e la controinteressata, chiedendo la reiezione del gravame.

Con motivi aggiunti formulati nel ricorso r.g. 851/14, depositati l'1/9/2014, parte ricorrente ha sollevato l'ulteriore seguente censura:

j) Erronea applicazione dell'art. 38 comma 1 lett. c) del D. Lgs. 163/2006, inosservanza dell'art. 8.2 del disciplinare di gara, eccesso di potere per illogicità, in quanto non è stato dichiarato il socio amministratore di maggioranza ma soltanto l'amministratore unico, malgrado l'obbligo sia previsto a pena di esclusione.

Con ordinanza n. 638, adottata nella Camera di consiglio del 3/9/2014, questa Sezione ha evidenziato la necessità di approfondire le questioni introdotte nel ricorso r.g. 986/14 nell'udienza di merito, fissata alla data odierna ai sensi dell'art. 40 comma 1 lett. a) del D.L. 24/6/2014 n. 90.

Alla pubblica udienza del 5/11/2014 i due gravami sono stati chiamati per la discussione. L'avv.to di Coopservice ha sollevato a verbale l'eccezione di tardività della produzione documentale di controparte in data 3/11/2014. Di seguito sono stati trattenuti in decisione.

DIRITTO

I due ricorsi e i motivi aggiunti appaiono connessi sotto il profilo soggettivo ed oggettivo e pertanto se ne dispone la riunione, potendo essere decisi con un'unica sentenza ai sensi dell'art. 70 del Codice del processo amministrativo.

La controversia è incentrata sulla correttezza dei provvedimenti di aggiudicazione definitiva e di revoca della medesima, nell'appalto quadriennale del servizio di trasporto dedicato di materiali e campioni da analizzare tra le sezioni dell'IZSLER ubicate in Emilia Romagna.

Questo Tribunale ritiene di esaminare in ordine logico il ricorso r.g. 986/14, la cui infondatezza determinerebbe la carenza di interesse alla definizione del gravame r.g. 851/14.

1. Con il primo motivo viene dedotta la violazione dell'art. 7 della L. 241/90 per omessa attivazione del contraddittorio procedimentale.

La doglianza non è passibile di positivo scrutinio.

1.1 Come correttamente evidenziato dalla difesa dell'amministrazione, l'art. 22 del disciplinare subordinava il perfezionamento dell'aggiudicazione definitiva all'esito positivo del controllo dei requisiti, di competenza della stazione appaltante. La predetta condizione sospensiva poteva ritenersi soddisfatta solo al termine della fase di verifica prevista dal legislatore (all'art. 11 del D. Lgs. 163/2006) e dalla *lex specialis*, per cui di tale articolazione procedimentale la vincitrice della gara era pienamente edotta. Non era dunque necessario informare preventivamente la Società aggiudicataria rispetto a un adempimento demandato *ex lege* all'amministrazione procedente.

2. Con le censure di cui alle lett. g) ed e) dell'esposizione in fatto parte ricorrente lamenta la violazione degli artt. 11, 38 e 46 del D. Lgs. 163/2006, dell'art. 21-*quinques* della L. 241/90, l'eccesso di potere per travisamento dei fatti, in quanto la posizione di Xpress era regolare alla data dell'aggiudicazione definitiva, avendo la stessa ricevuto il preavviso di accertamento negativo soltanto il 17/6/2014, poi prontamente sanato prima dell'adozione della revoca contestata; deduce inoltre la violazione degli artt. 11, 38 e 46 del D. Lgs. 163/2006, dell'art. 21-*quinques* della L. 241/90, l'eccesso di potere per compimento di verifiche istruttorie non appropriate e non utilizzabili, poiché la dichiarazione sostitutiva è stata resa sulla base di un DURC favorevole in data 8/4/2014 attestante la regolarità contributiva, assistito da fede privilegiata sul suo contenuto.

Detta impostazione non merita condivisione.

2.1 Il dato normativo di riferimento è costituito dall'art. 45 della direttiva 18/2004/CE, il quale al comma 2 lett. f) prevede che *“Può essere escluso dalla partecipazione all'appalto ogni operatore economico ... che non sia in regola con gli obblighi relativi al pagamento delle imposte e delle tasse secondo la legislazione del paese dove è stabilito o del paese dell'amministrazione aggiudicatrice”*. Il principio generale è stato trasfuso nel nostro ordinamento dall'art. 38 del D. Lgs. 163/2006, il quale al comma 1 lett. g) statuisce che *“Sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, né possono essere affidatari di subappalti, e non possono stipulare i relativi contratti i soggetti ... che hanno commesso violazioni, definitivamente accertate, rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse, secondo la legislazione italiana o quella dello Stato in cui sono stabiliti”*.

2.2 La recente direttiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 26/2/2014, destinata ad abrogare la direttiva 2004/18/CE con decorrenza 18/4/2016 (termine di recepimento per gli Stati nazionali) statuisce all'art. 57 *“Cause di esclusione”* paragrafo 2 che *“Un operatore economico è escluso dalla partecipazione a una procedura d'appalto se l'amministrazione aggiudicatrice è a conoscenza del fatto che l'operatore economico non ha ottemperato agli obblighi relativi al pagamento di imposte o contributi previdenziali e se ciò è stato stabilito da una decisione giudiziaria o amministrativa avente effetto definitivo e vincolante secondo la legislazione del paese dove è stabilito o dello Stato membro dell'amministrazione aggiudicatrice ... Il presente paragrafo non è più applicabile quando l'operatore economico ha ottemperato ai suoi obblighi pagando o impegnandosi in modo vincolante a pagare le imposte o i contributi previdenziali dovuti, compresi eventuali interessi o multe>>”*. Seppur non ancora applicabile nell'ordinamento interno, la predetta direttiva costituisce un utile ausilio interpretativo.

2.3 In linea generale, la soglia temporale entro la quale gli aspiranti concorrenti devono essere in possesso dei requisiti previsti dal legislatore e dalla *lex specialis* è il termine ultimo per la presentazione delle offerte, preventivamente individuato dalla stazione appaltante (cfr. sentenza Sezione 10/6/2010 n. 2305).

Come ha recentemente statuito T.A.R. Calabria Catanzaro, sez. I – 20/10/2014 n. 1691, pronunciandosi sulle violazioni degli obblighi contributivi “definitivamente accertate”, *“il concetto di definitività deve essere determinato con riferimento 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 (cfr. TAR Lazio, Sez. III, n. 9216/2013)”*. L’impresa dunque deve essere in regola con i citati obblighi alla data di presentazione della domanda di partecipazione alla gara, mentre l’eventuale regolarizzazione successiva, se vale a eliminare il contenzioso tra l’impresa e l’ente previdenziale non può comportare *ex post* il venir meno della causa di esclusione (T.A.R. Lazio Roma, sez. I-bis – 21/7/2014 n. 7754; si veda anche T.A.R. Sicilia Catania, sez. II – 29/5/2014 n. 1521).

2.4 La verifica disposta dalla stazione appaltante con l’acquisizione del DURC mira, infatti, a fotografare la corrispondenza o meno tra quanto dichiarato in sede di partecipazione e quanto risulta dagli archivi degli Istituti deputati al relativo rilascio, con riferimento ad un preciso momento storico. Ebbene, nella fattispecie il DURC acquisito dalla stazione appaltante in data 20/6/2014 attestava, alla data dell’8/4/2014, la posizione non regolare della ricorrente per effetto di debiti insoluti nei confronti dell’INPS pari al significativo importo di € 61.595, restando irrilevante il fatto che il debito sia stato estinto prima dell’adozione dell’atto di revoca impugnato in questa sede. Non può neppure giovare alla ricorrente la produzione del DURC asseritamente regolare dell’8/4/2014, il quale è relativo a una posizione (n. 6702569904) non coincidente con quella dichiarata in sede di offerta (n. 3804935176) e a una sede diversa (Reggio Calabria) da quella di appartenenza (L’Aquila). A prescindere dai motivi della riscontrata divergenza dei dati – plausibilmente dovuta al mancato aggiornamento presso la sede calabrese – l’impresa avrebbe dovuto correttamente riferirsi alle indicazioni dalla stessa fornite in sede di offerta (numero di posizione e sede). Del resto, l’avvenuto pagamento della somma insoluta e la mancata rappresentazione di specifiche azioni giurisdizionali avverso l’atto di contestazione dell’addebito induce a ritenere (allo stato) pacifica la sussistenza del debito contributivo non tempestivamente onorato alla data di presentazione dell’offerta.

2.5 Il Collegio deve poi prendere posizione sull’art. 31 comma 8 del D.L. 21/6/2013 n. 69 conv. in L. 9/8/2013 n. 98, ai sensi del quale *“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”*. Ad avviso di una parte della giurisprudenza (T.A.R. Veneto, sez. I – 4/8/2014 n. 1151), detta disposizione *“altera significativamente la precedente prospettiva imponendo agli enti interessati al rilascio del DURC un diverso procedimento che non si limiti a fotografare la situazione esistente al momento della richiesta, ma inviti l’interessato a regolarizzare, entro termini limitati, la sua posizione contributiva. Pertanto, è solo allo scadere del termine previsto per corrispondere la somma dovuta, quindi, che la posizione previdenziale ed assicurativa dell’interessato diviene definitiva”*.

2.6 Il Collegio ritiene di discostarsi dalla riferita impostazione, e di aderire all'indirizzo per il quale la novella introdotta con il citato D.L. 69/2013 non ha inciso sulle modalità di controllo della situazione contributiva della stazione appaltante con riferimento alle gare pubbliche, né risulta aver introdotto una sorta di sanatoria dell'impresa che al momento della scadenza del termine per la presentazione dell'offerta non si trovava in una situazione di regolarità contributiva. Come ha statuito T.A.R. Lazio Roma, sez. III – 7/7/2014 n. 7227, <<Se si accedesse alla deduzioni di parte ricorrente ... si sovvertirebbe il dato oggettivo della sussistenza dell'irregolarità contributiva ad una determinata data coincidente con la presentazione dell'offerta in sede di gara (cfr. Cons. Stato, sez. V, n. 5194/2011). La procedura di regolarizzazione, quindi, 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>>. Una diversa interpretazione non risulta compatibile con i principi di tutela dell'interesse pubblico alla scelta di un contraente affidabile e della *par condicio* tra le imprese concorrenti, in quanto comporterebbe la possibilità di partecipare in ogni caso alle gare per le imprese in stato di irregolarità contributiva, potendo poi fidare sulla possibilità di sanare la propria posizione dopo il preavviso di DURC negativo da parte dell'INPS, con evidente violazione della *ratio* della disposizione, che nella regolarità contributiva dell'impresa vuole apprezzare non solo un dato formale, ma un dato di affidabilità complessiva della ditta partecipante alla gara (T.A.R. Campania Napoli, sez. IV – 2/7/2014 n. 3619, che risulta appellata).

2.7 Non può neppure essere invocata, infine, la previsione di cui all'art. 4 comma 3 del D.L. 20/3/2014 conv. in L. 16/5/2014 n. 78 recante “*Semplificazioni in materia di documento unico di regolarità contributiva*”, per cui l'interrogazione telematica e in tempo reale della regolarità contributiva eseguita ai sensi del comma 1 “*assolve all'obbligo di verificare la sussistenza del requisito di ordine generale di cui all'articolo 38, comma 1, lettera i), del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, presso la Banca dati nazionale dei contratti pubblici, istituita presso l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture dall'articolo 62-bis del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82*”. La novità prospettata – e la conseguente abrogazione di tutte le disposizioni di legge incompatibili con i contenuti del riportato articolo – presuppone l'entrata in vigore del decreto attuativo di cui al comma 2, che al momento non risulta essere stato ancora emanato.

3. A questo punto diviene irrilevante la questione introdotta con la terza censura (lett. f dell'esposizione in fatto). Infatti la (eventuale) omessa trasmissione di un regolare preavviso di accertamento negativo è ininfluente alla luce delle riflessioni sopra esposte. Il dato rilevante è la posizione della concorrente alla data di presentazione dell'offerta.

3.1 Per il resto, si può osservare che il presente giudizio non può investire l'esattezza del DURC emesso dall'INPS dell'Aquila, ovvero la sua regolarità, essendo sul punto questo T.A.R. carente di giurisdizione: quale dichiarazione di scienza (assistita da pubblica fede e facente prova fino a querela di falso) sorregge posizioni di diritto soggettivo afferenti al sottostante rapporto contributivo, rientranti nella cognizione del giudice ordinario (cfr. T.A.R. Campania Napoli, sez. IV – 2/7/2014 n. 3619, già citata).

4. Con ulteriore motivo Xpress lamenta la violazione del principio di leale collaborazione tra Enti pubblici, dato che la Società è titolare di posizioni creditorie certe, liquide ed esigibili nei confronti del Comune dell'Aquila, di importo superiore a quelli contestati, circostanza che avrebbe permesso di ottenere comunque un DURC positivo ex art. 13 comma 5-bis del D.L. 52/2012 conv. in L. 6/7/2012 n. 94.

Anche detta doglianza non è passibile di positivo scrutinio.

4.1 Deve, anzitutto, precisarsi che l'art. 13 bis comma 5 del D.L. 7/5/2012 n. 52, conv. in L. 6/7/2012 n. 94 (così come modificato dall'articolo 31 comma 1 del D.L. 21/6/2013 n. 69 conv., con modificazioni, nella L. 9/8/2013 n. 98) recita testualmente: *“Il documento unico di regolarità contributiva è rilasciato anche in presenza di una certificazione, rilasciata ai sensi dell'articolo 9, comma 3-bis, del decreto-legge 29 novembre 2008, n. 185, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 gennaio 2009, n. 2, come da ultimo modificato dal presente articolo, che attesti la sussistenza e l'importo di crediti certi, liquidi ed esigibili vantati nei confronti delle pubbliche amministrazioni”*. L'articolo 9 comma 3-bis del D.L. 185/2008 richiamato, così stabilisce: *“Su istanza del creditore di somme dovute per somministrazioni, forniture, appalti e prestazioni professionali, le regioni e gli enti locali nonché gli enti del Servizio sanitario nazionale certificano, nel rispetto delle disposizioni normative vigenti in materia di patto di stabilità interno, ... se il relativo credito sia certo, liquido ed esigibile ...”*. A sua volta, l'art. 2 del D.M. 13/3/2013 – rubricato “Modalità di rilascio del DURC” – dispone al comma 1 che *“Gli enti tenuti al rilascio del DURC, su richiesta del soggetto titolare dei crediti certificati ... che non abbia provveduto al versamento dei contributi previdenziali, assistenziali ed assicurativi nei termini previsti, emettono il predetto documento con l'indicazione che il rilascio è avvenuto ai sensi del comma 5 dell'art. 13-bis del decreto-legge 7 maggio 2012, n. 52, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 luglio 2012, n. 94, precisando l'importo del relativo debito contributivo e gli estremi della certificazione esibita per il rilascio del DURC medesimo”*.

4.2 La particolare tipologia di DURC disciplinata dalle suddette previsioni normative esige pertanto una specifica istanza del titolare del credito e il rilascio di un'attestazione ad opera degli organi preposti, al termine di una procedura alla quale nel caso di specie l'esponente non risulta avere dato impulso.

5. E' infondata anche la censura dedotta in via subordinata, con la quale si denuncia la violazione degli artt. 11, 38 e 46 del D. Lgs. 163/2006 e dell'art. 21-*quinques* L. 241/90, in quanto difetterebbero i presupposti (elemento soggettivo) per disporre l'incameramento della cauzione.

5.1 Sul punto è sufficiente richiamare le statuizioni del Consiglio di Stato, adunanza plenaria – 4/5/2012 n. 8, per cui *<<la possibilità di incamerare la cauzione provvisoria discende dall'art. 75, comma 6, d.lgs. n. 163 del 2006 e riguarda tutte le ipotesi di mancata sottoscrizione del contratto per fatto dell'affidatario, intendendosi per fatto dell'affidatario qualunque ostacolo alla stipulazione a lui riconducibile, dunque non solo il rifiuto di stipulare o il difetto di requisiti speciali, ma anche il difetto di requisiti generali di cui all'art. 38 citato>>*.

Nel caso di specie, essendo emersa l'irregolarità contributiva, correttamente la stazione appaltante ha provveduto all'incameramento della somma in questione.

6. In conclusione il ricorso r.g. 986/2014 è infondato e deve essere respinto. Di conseguenza il gravame r.g. 851/2014 (e i correlati motivi aggiunti) divengono improcedibili per sopravvenuta carenza di interesse (e diviene superfluo l'esame dell'eccezione sollevata in sede di trattazione pubblica delle cause).

7. Le spese di giudizio possono essere equamente compensate, per l'esistenza di orientamenti giurisprudenziali di segno opposto sulla principale questione sollevata.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia sezione staccata di Brescia (Sezione Seconda) previa riunione dei ricorsi epigrafe, definitivamente pronunciando:

- respinge il ricorso r.g. 986/2014;
- dichiara la sopravvenuta carenza di interesse alla decisione del gravame r.g. 851/2014.

Spese compensate.

La presente sentenza è depositata presso la Segreteria della Sezione che provvederà a darne comunicazione alle parti.

Così deciso in Brescia nella camera di consiglio del giorno 5 novembre 2014 con l'intervento dei magistrati:

Giorgio Calderoni, Presidente

Stefano Tenca, Consigliere, Estensore

Mara Bertagnolli, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 11/11/2014

IL SEGRETARIO

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