

Consiglio di Stato, Sez. V, 19/6/2019 n. 4188



Sulla possibilità, in caso di DURC irregolare che non corrisponde alla reale situazione contributiva dell'operatore economico, di impugnare l'esclusione dalla gara fondata su tale DURC

Sul rilascio di DURC c.d. in compensazione

In presenza di DURC irregolare che non corrisponde alla reale situazione contributiva dell'operatore economico, e che abbia comportato l'adozione di un provvedimento espulsivo da parte della stazione appaltante, è consentita l'impugnazione delle determinazioni cui è giunta la stazione appaltante dinanzi al g.a., il quale ha la possibilità di compiere un accertamento puramente incidentale, ai sensi dell'art. 8 c.p.a., sulla regolarità del rapporto previdenziale. Del resto, l'ordinamento giuridico conosce casi in cui il valore di prova legale può essere rimesso in discussione: paradigmatico è il caso della revoca della confessione per "errore di fatto" previsto dall'art. 2732 c.c.; pertanto, malgrado l'efficacia vincolante che il DURC riveste per la stazione appaltante, deve nondimeno ammettersi che nel giudizio di impugnazione dell'esclusione fondata dalla gara fondata su tale DURC che l'attestazione di irregolarità contributiva in esso contenuta non sia inficiata da presupposti di fatto errati, come appunto nel caso di specie.

Condizionare la partecipazione di un operatore economico ad un procedura di gara (ovvero, all'inverso, la sua esclusione) alla valutazione sulla tempestività della presentazione dell'istanza di certificazione (e, in conseguenza, della richiesta del rilascio del DURC in compensazione all'ente previdenziale), porta il rischio di inoculare una significativa dose di incertezza nell'ambito di un sistema binario per il quale a DURC regolare corrisponde l'ammissione alla procedura e, al contrario, a DURC irregolare l'esclusione, tuttavia, altrettanto rischioso è ammettere che l'operatore possa restare inerte, non attivandosi per ottenere la certificazione del suo credito, e, grazie ad esso, il DURC in compensazione, ed attendere, invece, la decisione della stazione appaltante per poi reclamare, eventualmente anche in giudizio, l'esistenza del credito da portare in compensazione. Deve, infatti, considerarsi che è solo sua la conoscenza dei crediti vantati nei confronti di altre amministrazioni e che, per questo, dalle disposizioni normative in precedenza citate emerge con chiarezza un onere di attivazione a suo carico per ottenere la certificazione del credito nei confronti delle pubbliche amministrazioni; certificazione che, come spiegato, accertando i caratteri del credito, è condizione per l'attestazione della regolarità contributiva. Il punto di equilibrio tra le opposte esigenze sta in ciò: la richiesta di certificazione del credito deve precedere la presentazione dell'offerta in gara. Presentata richiesta di certificazione l'operatore economico ha adempiuto all'onere posto a suo carico. Il rilascio di DURC c.d. in compensazione dovrebbe conseguire alla successiva attività delle amministrazioni coinvolte, dapprima l'amministrazione pubblica che certifica il credito e, successivamente, l'ente previdenziale; se ciò non avviene, e, come nel caso di specie, è adottato un DURC irregolare, l'operatore economico potrà in giudizio dimostrare la reale situazione contributiva.

Materia: appalti / disciplina

Publicato il 19/06/2019

N. 04188/2019REG.PROV.COLL.

N. 00469/2019 REG.RIC.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 469 del 2019, proposto da Veolia Acqua Servizi s.r.l. in proprio e quale capogruppo del raggruppamento temporaneo di imprese con F.lli Massolin s.r.l., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dall'avvocato Alfredo Biagini, con domicilio digitale come da PEC tratta dai Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Monte Zebio, 30;

contro

BIM Gestione Servizi Pubblici s.p.a., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dagli avvocati Enrico Gaz, Alberto Gaz e Stefano Gattamelata, con domicilio digitale come da PEC tratta dai Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Stefano Gattamelata in Roma, via di Monte Fiore, 22;

nei confronti

Costruzioni Dondi s.p.a., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dall'avvocato Cataldo Scarpello, con domicilio digitale come da PEC tratta dai Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Lucca, 1;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto (Sezione Prima) n. 01194/2018, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di BIM Gestione Servizi Pubblici s.p.a. e di Costruzioni Dondi s.p.a.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 30 aprile 2019 il Cons. Federico Di Matteo e uditi per le parti gli avvocati Biagini Alfredo, Cuonzo su delega di Gattamelata e Scarpello;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con bando di gara pubblicato in Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana il 9 marzo 2018, BIM Gestione servizi pubblici s.p.a. indiceva una procedura di gara per l'affidamento dell'“*appalto per la gestione tecnica, operativa, amministrativa e custodia degli impianti di trattamento delle acque reflue urbane dei Comuni appartenenti al Consiglio di bacino (ex A.A.T.O.) “Dolomiti Bellunesi” suddiviso in due lotti: lotto 1 – est – CIG 74051180B1; lotto 2 - ovest – 74051288EF*”.

L'importo complessivo a base di gara era di € 15.323.591,21 di cui € 7.744.743 afferenti al lotto 1 – est e € 7.785.847, 50 relativi al lotto 2 ovest.

1.1. Il disciplinare di gara prevedeva (al punto 3) che *“nel caso in cui un concorrente risulti primo in graduatoria per più lotti, potranno essere aggiudicati fino ad un massimo di un lotto, che sarà individuato con il criterio del “minor esborso complessivo” in virtù del quale la stazione appaltante identificherà tutte le possibili combinazioni di assegnazione dei lotti, scegliendo quella che minimizza l'esborso economico complessivo”*.

1.2. Presentavano domanda di partecipazione alla procedura quattro operatori economici per il lotto 1 e cinque per il lotto 2, tra essi la Costruzioni Dondi s.p.a. in costituendo raggruppamento temporaneo di imprese con Planetaria s.r.l. e la Veolia Acqua servizi s.r.l. in costituendo raggruppamento temporaneo con F.lli Massolin s.r.l.

1.3 All'esito delle operazioni di gara erano formulate distinte graduatorie per ciascun lotto; il R.t.i. Costruzioni Dondi, pur avendo presentato per entrambi i lotti l'offerta ritenuta migliore, in ragione della clausola di preferenza contenuta nel disciplinare, era collocato al primo posto della graduatoria relativa al lotto 1. Per il lotto 2 primo graduato diveniva, così, il raggruppamento temporaneo di imprese con capogruppo la Ecoopera soc. coop. e mandanti la Suez trattamento acque s.p.a. e la Cooperativa Lagorai. La Commissione giudicatrice

procedeva, pertanto, alla verifica di congruità delle offerte presentate dalle prime graduate.

1.4. Con provvedimento 11 luglio 2018 la stazione appaltante comunicava che nell'ambito delle verifiche per accertare il possesso dei requisiti generali e speciali dichiarati era stato acquisito DURC *on line* relativo alla Costruzioni Dondi s.p.a. risultato irregolare per omesso versamento di contributi ed accessori, per € 141.233,18. Era, dunque, disposta l'interruzione del procedimento di verifica di congruità dell'offerta e l'immediata esclusione del raggruppamento temporaneo Costruzioni Dondi dalla procedura di gara. Il lotto 1 era, così, aggiudicato al R.t.i. Veolia Acqua servizi.

1.5. Con nota 11 luglio 2018 Costruzioni Dondi s.p.a. formulava istanza di riesame del provvedimento di esclusione, rappresentando di aver richiesto al Comune di Campobasso la certificazione telematica di un credito nei suoi confronti per € 679.451,65 ai fini dell'emissione del DURC c.d. in compensazione come previsto dall'art. 13 – *bis*, comma 5, d.l. n. 52 del 2012, che tale certificazione era stata rilasciata sulla piattaforma telematica il 20 aprile 2018, e che, pertanto, alla data della presentazione dell'offerta, il 24 aprile 2018, la sua posizione contributiva era da ritenersi regolare.

L'Inps, intanto, con nota del 12 luglio 2018, rivolta alla stazione appaltante, espressamente dichiarava la Costruzioni Dondi s.p.a. “*legittimata a partecipare alla gara*”.

Con nota 16 luglio 2018 BIM s.p.a. respingeva l'istanza di riesame.

2. Il provvedimento di esclusione dalla procedura era impugnato dalla Costruzioni Dondi s.p.a. al Tribunale amministrativo regionale per il Lazio sulla base di un unico motivo con il quale lamentava l'illegittimità della sua esclusione in quanto disposta in forza di irregolarità contributiva in realtà insussistente giusta la certificazione di un credito superiore ai propri oneri contributivi emessa dal Comune di Campobasso attraverso la piattaforma informatica a ciò dedicata sul sito del Ministero dell'economia e delle finanze.

2.1. Nel giudizio si costituivano BIM s.p.a. e Veolia Acqua Servizi s.r.l. che concludevano per il rigetto del ricorso. Con sentenza sez. I, 19 dicembre 2018, n. 1194, il giudice di primo grado accoglieva il ricorso proposto da Costruzioni Dondi s.p.a. e, per l'effetto, annullava la sua esclusione dalla procedura di gara. Dichiarava, inoltre, inefficace il contratto medio tempore stipulato con Veolia Acqua Servizi s.r.l. per il lotto 1 a decorrere dalla data di pubblicazione della sentenza per consentire il subentro del raggruppamento di imprese con capogruppo la ricorrente.

3. Propone appello Veolia Acqua Servizi s.r.l.; nel giudizio si sono costituite BIM s.p.a. e Costruzioni Dondi s.p.a.. Veolia Acqua Servizi s.r.l. e BIM s.p.a. hanno depositato memorie ex art. 73 Cod. proc. amm., cui è seguita replica di Costruzioni

Dondi s.p.a. All'udienza del 30 aprile 2019 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. La sentenza di primo grado ha annullato il provvedimento di esclusione del Raggruppamento temporaneo di imprese Costruzioni Dondi dalla procedura di gara per aver ritenuto insussistente la causa di esclusione prevista dall'art. 80, comma 4, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, vale a dire la commissione di *“violazioni gravi, definitivamente accertate, rispetto agli obblighi relativi al pagamento ...dei contributi previdenziali”*.

1.1. Il giudice di primo grado ha così ragionato:

- l'operatore economico che, vantando un credito nei confronti di pubblica amministrazione, intenda partecipare ad una procedura di gara presentando il DURC c.d. in compensazione ex art. 13-*bis*, comma 5, d.l. n. 52 del 2012, è tenuto ad attivarsi per favorirne il rilascio da parte dell'ente previdenziale;
- qualora, al momento della presentazione della domanda, il DURC non sia stato ancora rilasciato, spetta al giudice verificare se l'operatore abbia adeguatamente assolto l'onere di attivazione posto a suo carico dalla normativa in materia;
- nel caso di specie, alla luce della documentazione versata in atti, poteva ritenersi che l'operatore economico avesse posto in essere tutti gli adempimenti necessari per ottenere l'accertamento dei crediti vantati nei confronti del Comune di Campobasso e con esso il DURC c.d. in compensazione di cui

al citato articolo 13-*bis*, comma 5, del d.l. n. 52 del 2012.

Questi, infatti:

a) aveva presentato l'istanza di accertamento dei crediti in data antecedente alla presentazione dell'offerta per la procedura di gara, secondo le modalità indicate nel sito del Ministero dell'economia e delle finanze e attraverso la piattaforma informatica a ciò dedicata;

b) appena ottenuta la certificazione, aveva inviato all'ente previdenziale richiesta di rilascio del DURC in compensazione ancora una volta mediante la piattaforma a ciò dedicata, così fornendo all'Inps tutti gli elementi conoscitivi necessari a svolgere le verifiche relative alla sua posizione contributiva.

- in conclusione, nella condotta tenuta dalla Costruzioni Dondi s.p.a. non era ravvisabile alcuna inerzia o negligenza, per essersi correttamente e tempestivamente attivata per vedere riconosciuta la propria posizione di regolarità contributiva;

- restava da verificare, allora, solamente se, in seguito alla richiesta tempestivamente e correttamente rivoltagli dall'operatore, l'Inps avesse poi effettivamente attestato l'esistenza di una posizione contributiva che rendeva possibile la partecipazione alla procedura di gara e l'aggiudicazione dell'appalto; ciò poteva ritenersi avvenuto con le note inviate dall'Inps alla stazione appaltante il 12 e il 18 luglio 2018. La presenza di un DURC irregolare, invece, era dovuta ad una particolare condizione del sistema operativo c.d. DURC *on*

line che – come dimostrato da una nota della Direzione provinciale dell’Inps di Rovigo – non consentiva di attestare la particolare situazione di regolarità contributive derivante dalla presenza di una certificazione creditoria da parte di altra pubblica amministrazione da utilizzare in compensazione.

2. Con unico articolato motivo di appello Veolia Acqua Servizi s.r.l. censura la sentenza di primo grado per “*Error in indicando in relazione alla dedotta violazione dei principi ordinamentali buon andamento e imparzialità. Violazione e/o falsa applicazione di legge: art. 80, D.Lgs n. 50/2016; art. 13-bis, comma 5, D.L. 7.5.2012, n. 52. Eccesso di potere sotto i profili del difetto di presupposto, del travisamento dei fatti, contraddittorietà e perplessità dell’azione amministrativa, difetto di istruttoria e di motivazione, ingiustizia manifesta*”. Il motivo è sviluppato in tre censure:

a) in primo luogo, l’appellante richiama il consolidato orientamento giurisprudenziale (è citata, in particolare, la pronuncia dell’Adunanza plenaria 4 maggio 2012, n. 8 e la sentenza di questa Sezione, 5 febbraio 2018, n. 716) per il quale, a fronte di un DURC negativo, la stazione appaltante non può assumere altra iniziativa se non quella dell’esclusione dalla procedura di gara dell’operatore economico, non residuando alcun potere sindacatorio della situazione della ricorrente: nella vicenda in esame, a fronte di un DURC negativo per mancato versamento di contributi previdenziali di € 141.233,18, alla data del 6 luglio 2018, la BIM s.p.a. non aveva altra scelta che escludere il raggruppamento della

procedura come effettivamente avvenuto con provvedimento che, già solo per questa ragione, era pienamente legittimo;

b) in secondo luogo, Veolia Acqua Servizi s.r.l. contesta al giudice di primo grado di aver ritenuto che la Costruzioni Dondi s.p.a. si fosse tempestivamente attivata per ottenere il DURC in compensazione, laddove, invece, risultava dai documenti in atti che si era limitata a presentare istanza di accertamento del credito al Comune di Campobasso pochi giorni prima la presentazione dell'offerta (tanto che la certificazione era stata rilasciata circa un mese dopo il termine di scadenza per la presentazione delle offerte); tempestivo, a parere dell'appellante, poteva ritenersi solo la condotta dell'operatore economico se, prima della presentazione dell'offerta, si fosse già attivato presso i competenti uffici dell'Inps per fornire loro evidenza dell'esistenza di un credito debitamente certificato nei confronti di altra pubblica amministrazione poiché, d'altronde, solo questa condotta avrebbe portato all'adozione di un DURC regolare;

c) infine, rileva l'appellante che, in assenza di certificazione del credito vantato – pacificamente insussistente al momento della presentazione dell'offerta – la situazione contributiva dell'operatore deve necessariamente ritenersi irregolare benché si affermi creditrice nei confronti di altra amministrazione per una somma di denaro superiore al debito previdenziale: per quanto la certificazione abbia natura meramente ricognitiva di una situazione di fatto preesistente,

in sua mancanza, l'operatore non è in grado di dimostrare il possesso del requisito di partecipazione alla procedura di gara, vale a dire l'assenza di gravi e definitivamente accertate omissioni contributive.

3. Il motivo è infondato e va respinto.

3.1. Le circostanze di fatto ricostruite dal giudice di primo grado sulla base dei documenti versati in atti dalla ricorrente non sono contestate nell'atto di appello; è opportuno un breve riepilogo delle stesse per rendere intellegibile la questione posta dall'odierna controversia.

3.1.1. Il 20 aprile 2018, quattro giorni prima della presentazione dell'offerta, la Costruzioni Dondi s.p.a. inoltrava, tramite la piattaforma dei crediti commerciali messa a disposizione dal Ministero dell'economia e delle finanze, istanza di certificazione dei crediti vantati nei confronti del Comune di Campobasso, ma solo il 21 maggio 2018 il Comune rilasciava la formale certificazione di crediti maturati nel 2017 per un ammontare di € 679.451,65.

3.1.2. Ottenuta la certificazione del proprio credito la Costruzioni Dondi s.p.a., lo stesso giorno, inoltrava richiesta per il rilascio del DURC c.d. in compensazione ai sensi dell'art. 13-bis, comma 5, d.l. n. 52 del 2012 conv. in l. n. 94 del 2012, che, tuttavia, non veniva mai rilasciato, neppure a seguito di sollecito effettuato dall'operatore economico il 12 giugno 2018.

3.1.3. La stazione appaltante, disposta l'aggiudicazione provvisoria del lotto 1 al raggruppamento temporaneo di imprese con capogruppo Costruzioni Dondi s.p.a., il 9 luglio 2018 richiedeva DURC on line che risultava negativo per l'omesso versamento di contributi previdenziali e, per questa ragione, l'11 luglio 2018, adottava il provvedimento di esclusione del raggruppamento dalla procedura di gara.

3.1.4. Il 12 luglio 2018, l'Inps di Rovigo inviava alla stazione appaltante una nota con la quale attestava a favore di Costruzioni Dondi s.p.a. l'esistenza di *“crediti liquidi, certi ed esigibili come certificato da Piattaforma Crediti commerciali con ‘Richiesta DURC ex art. 13 bis, c. 5, d.l. n. 52/2012’ ... per un importo pari a € 679.451,65 superiore agli oneri contributivi dovuti?”* espressamente riconoscendo la società *“legittimata a partecipare alla gara d'appalto”*.

3.1.5. In via di sintesi, Costruzioni Dondi s.p.a. vantava sin dal 2017 crediti nei confronti di una pubblica amministrazione che intendeva portare in compensazione con il debito previdenziale maturato nei confronti dell'Inps; si è attivata, per questo, per ottenere il c.d. DURC in compensazione, ma, alla scadenza del termine per la presentazione delle offerte, e anche dopo l'aggiudicazione provvisoria disposta a suo favore, non era ancora in possesso di tale documento, benché il suo credito fosse stato correttamente accertato. Il DURC *on line*, tempestivamente richiesto dalla stazione appaltante, risultava, anzi, negativo.

3.2. Come ormai evidente l'odierno giudizio impone l'approfondimento dell'istituto del DURC – documento unico di regolarità contributiva c.d. in compensazione, la cui disciplina normativa va, dunque, in sintesi richiamata.

3.2.1. L'art. 13–bis, comma 5, d.l. 7 maggio 2012, n. 52 conv. in l. 6 luglio 2012, n. 94 (*Disposizioni urgenti per la razionalizzazione della spesa*) dispone: “*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 di importo almeno pari agli oneri contributivi accertati e non ancora versati da parte di un medesimo soggetto. Con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, di concerto con il Ministro del lavoro e delle politiche sociali, da adottare entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, sono stabilite le modalità di attuazione del presente comma, assicurando l'assenza di riflessi negativi sui saldi di finanza pubblica*”.

A sua volta, l'art. 9, comma 3–bis, d.l. 29 novembre 2008, n. 185, conv. in l. 28 gennaio 2009, n. 2, in relazione alla certificazione dei crediti nei confronti di pubbliche amministrazioni, prevede nella sua prima parte che: “*Su istanza del creditore di somme dovute per somministrazioni, forniture, appalti e prestazioni professionali, le pubbliche amministrazioni, di cui all'articolo*

1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165 certificano, nel rispetto delle disposizioni normative vigenti in materia di patto di stabilità interno, entro il termine di trenta giorni dalla data di ricezione dell'istanza, se il relativo credito sia certo, liquido ed esigibile, anche al fine di consentire al creditore la cessione pro soluto o pro solvendo a favore di banche o intermediari finanziari riconosciuti dalla legislazione vigente. Scaduto il predetto termine, su nuova istanza del creditore, è nominato un Commissario ad acta, con oneri a carico dell'ente debitore.”

3.2.2. La materia è oggetto di un decreto del Ministero dell'economia e delle finanze 13 marzo 2013 ove è specificato, all'art. 2 (*Modalità di rilascio del DURC*) che: “*Gli enti tenuti al rilascio del DURC, su richiesta del soggetto titolare dei crediti certificati di cui al comma 1 dell'art. 1 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.”*

Con circolare 30 gennaio 2014, n. 16, la Direzione centrale dell'Inps ha chiarito (all'articolo 1) che: “*In presenza di una certificazione di uno o più crediti resa dalle amministrazioni statali, dagli enti pubblici nazionali, dalle Regioni, dagli enti locali e dagli enti del Servizio Sanitario Nazionale, che attesti la sussistenza e l'importo di crediti certi, liquidi ed esigibili almeno pari agli oneri contributivi accertati*

e non ancora versati, gli Istituti previdenziali e le Casse edili sono tenuti ad attestare la regolarità contributiva.”

3.2.3. Dalle disposizioni richiamate, come pure dal documento di prassi dell'INPS, si evince che: a) è onere dell'impresa attivarsi per ottenere la certificazione dell'esistenza di un credito certo, liquido ed esigibile nei confronti di un soggetto pubblico (tra quelli elencati nell'art. 1, comma 2, d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165); b) tale certificazione deve essere rilasciata nel termine di trenta giorni dalla ricezione dell'istanza; c) ottenuta la certificazione può essere richiesto il rilascio del DURC c.d. in compensazione; d) il DURC deve attestare la regolarità contributiva dell'imprenditore. Non è stabilito, né dalle norme primarie e secondarie, né dagli atti prassi, un termine entro il quale va richiesta la certificazione dell'esistenza del credito.

3.3. Ricostruite le circostanze di fatto rilevanti per l'odierno giudizio, come pure, in via sommaria, le regole che presiedono al rilascio del DURC c.d. in compensazione, è possibile affrontare le questioni poste dall'appellante.

3.3.1. In ordine logico, va prioritariamente ribadito che la compensazione del debito previdenziale con i crediti vantati dall'impresa nei confronti di altra pubblica amministrazione (diversa dall'ente previdenziale) opera alle condizioni previste dalla disciplina di diritto comune: purché vi sia la coesistenza dei rispettivi crediti e debiti (art. 1241 Cod. civ.) e sempre che gli stessi siano liquidi ed esigibili (art. 1243 Cod. civ.).

L'unico profilo derogatorio rispetto alla disciplina generale è rappresentato dalla mancanza della condizione di reciprocità perché i rapporti di credito/debito non intercorrono tra i medesimi soggetti: a fronte del debito che l'impresa ha nei confronti dell'ente previdenziale corrisponde un credito con altra pubblica amministrazione (tra quelle elencate dall'art. 1, comma 2, d.lgs. n. 165 del 2001).

3.3.2. La certificazione prevista dal riportato art. 9, comma 3-*bis*, d.l. n. 185 del 2008 accerta la certezza, liquidità ed esigibilità del credito, e, dunque, in ultima analisi, la compensabilità dello stesso con effetti *ex tunc*, vale a dire sin dal momento in cui v'è stata coesistenza delle rispettive posizioni creditorie e debitorie. Essa non ha effetti costitutivi, ma meramente dichiarativi. Ne segue che l'impresa che abbia ottenuto la certificazione del proprio credito dalla pubblica amministrazione non è debitrice dell'ente previdenziale sin da quando il credito nei confronti di detta amministrazione ha acquisito i caratteri che ne consentono la compensabilità.

3.4. Logica conseguenza della ricostruzione svolta – sulla quale converge la stessa appellante – è che la posizione contributiva dell'impresa non può essere considerata irregolare per omesso versamento di contributi previdenziali a partire dal momento in cui la compensazione ha operato.

Siccome, però, nelle procedure di gara, il DURC costituisce unico documento attestante il rispetto degli oneri previdenziali ed assistenziali da parte dell'operatore economico partecipante

senza che la stazione appaltante sia tenuta ad alcun'altra verifica in merito (principio pacifico, *ex multis*, Cons. Stato, IV, 24 ottobre 2018, n. 6059; V, 12 febbraio 2019, n. 1141; 5 febbraio 2018, n. 716) è necessario che la regolarità contributiva, maturata in dipendenza dell'avvenuta compensazione, risulti dal predetto DURC.

Da qui, la disciplina del DURC c.d. in compensazione precedentemente esposta, incentrata sull'onere di attivazione del creditore che, ottenuta la certificazione del proprio credito, potrà richiederne il rilascio all'ente previdenziale, con attestazione di regolarità contributiva.

3.5. Alla luce delle circostanze di fatto che hanno caratterizzato la vicenda oggetto del giudizio, ottenuta la certificazione del proprio credito dal Comune di Campobasso, il 21 maggio 2018, l'operatore economico poteva confidare nel subitaneo rilascio di un DURC regolare; se ciò fosse avvenuto, alla verifica dei requisiti dichiarati, effettuata dalla stazione appaltante successivamente all'aggiudicazione provvisoria, l'11 giugno 2018, la sua posizione sarebbe risultata positiva.

3.6. E', invece, accaduto che l'INPS non ha rilasciato il DURC in compensazione ed anzi il 9 luglio 2018, interrogato il sistema informativo per acquisire il DURC *on line* la stazione appaltante ha appreso che la situazione contributiva della società risultava irregolare.

3.7. In presenza di DURC irregolare che non corrisponde alla reale situazione contributiva dell'operatore economico, e che

abbia comportato l'adozione di un provvedimento espulsivo da parte della stazione appaltante, è consentita l'impugnazione delle determinazioni cui è giunta la stazione appaltante dinanzi al giudice amministrativo, il quale ha la possibilità di compiere un accertamento puramente incidentale, ai sensi dell'art. 8 Cod. proc. amm., sulla regolarità del rapporto previdenziale (secondo il principio di diritto espresso dall'Adunanza plenaria 25 maggio 2016, n. 10, ribadito da Cons. Stato, sez. V, 5 giugno 2018, n. 3385).

Del resto, l'ordinamento giuridico conosce casi in cui il valore di prova legale può essere rimesso in discussione: paradigmatico è il caso della revoca della confessione per "errore di fatto" previsto dall'art. 2732 Cod. civ.; pertanto, malgrado l'efficacia vincolante che il DURC riveste per la stazione appaltante, deve nondimeno ammettersi che nel giudizio di impugnazione dell'esclusione fondata dalla gara fondata su tale DURC che l'attestazione di irregolarità contributiva in esso contenuta non sia inficiata da presupposti di fatto errati, come appunto nel caso di specie.

All'accertamento della regolarità del rapporto previdenziale consegue l'annullamento del provvedimento di esclusione dalla procedura di gara.

3.8. In via di prima conclusione: vero che la stazione appaltante dinanzi ad un DURC *on line* dal quale risultava una situazione di irregolarità contributiva, altro non poteva fare che escludere l'operatore economico dalla procedura di gara,

ma vero pure che questi è riuscito a dimostrare in giudizio che l'irregolarità indicata era in realtà insussistente, per essersi il suo debito previdenziale estinto già prima della presentazione della domanda di partecipazione alla procedura di gara per compensazione con crediti vantati nei confronti di altre pubbliche amministrazioni, come da certificazione rilasciata dal Comune di Campobasso. Donde la inevitabile pronuncia di illegittimità del provvedimento.

3.9. Resta da affrontare la questione della tempestività dell'istanza di certificazione del credito.

Condizionare la partecipazione di un operatore economico ad un procedura di gara (ovvero, all'inverso, la sua esclusione) alla valutazione sulla tempestività della presentazione dell'istanza di certificazione (e, in conseguenza, della richiesta del rilascio del DURC in compensazione all'ente previdenziale), porta il rischio di inoculare una significativa dose di incertezza nell'ambito di un sistema binario per il quale a DURC regolare corrisponde l'ammissione alla procedura e, al contrario, a DURC irregolare l'esclusione (cfr. Adunanza plenaria 4 maggio 2012, n. 8), tuttavia, altrettanto rischioso è ammettere che l'operatore possa restare inerte, non attivandosi per ottenere la certificazione del suo credito, e, grazie ad esso, il DURC in compensazione, ed attendere, invece, la decisione della stazione appaltante per poi reclamare, eventualmente anche in giudizio, l'esistenza del credito (come accaduto nella vicenda esaminata da Cons. Stato, V, 16 novembre 2018, n.

6463) da portare in compensazione (esigenze ben considerate dalle precedenti prese di posizione ispirate alla verifica della tempestiva attivazione dell'operatore economico per l'acquisizione del DURC c.d. in compensazione da parte di Cons. Stato, V, 31 agosto 2016, n. 3751; 8 marzo 2018, n. 1497).

Deve, infatti, considerarsi che è solo sua la conoscenza dei crediti vantati nei confronti di altre amministrazioni e che, per questo, dalle disposizioni normative in precedenza citate emerge con chiarezza un onere di attivazione a suo carico per ottenere la certificazione del credito nei confronti delle pubbliche amministrazioni; certificazione che, come spiegato, accertando i caratteri del credito, è condizione per l'attestazione della regolarità contributiva.

3.10 A parere del Collegio il punto di equilibrio tra le opposte esigenze sta in ciò: la richiesta di certificazione del credito deve precedere la presentazione dell'offerta in gara. Presentata richiesta di certificazione l'operatore economico ha adempiuto all'onere posto a suo carico.

Il rilascio di DURC c.d. in compensazione dovrebbe conseguire alla successiva attività delle amministrazioni coinvolte, dapprima l'amministrazione pubblica che certifica il credito e, successivamente, l'ente previdenziale; se ciò non avviene, e, come nell'odierna vicenda, è adottato un DURC irregolare, l'operatore economico potrà in giudizio dimostrare la reale situazione contributiva.

3.11. Priva di rilievo è, invece, per la risoluzione della presente controversia, la spiegazione, fornita dall'Inps con la PEC del 26 settembre 2018, della ragione per cui, nell'odierna vicenda, pur in presenza di una certificazione del credito sulla piattaforma informatica a ciò dedicata, il DURC *on line* richiesto dalla stazione appaltante sia risultato formalmente negativo e non, invece, positivo, come ci sarebbe attesi: che tale certificazione non corrispondesse alla reale situazione dell'operatore economico non è in contestazione e ciò è sufficiente a rendere superfluo l'approfondimento della questione in questa sede.

3.12. In conclusione, Costruzioni Dondi s.p.a., attivatosi con richiesta di certificazione del credito prima della presentazione della domanda di partecipazione e la cui posizione contributiva era regolare alla presentazione della domanda di partecipazione alla procedura di gara e fino al momento dell'aggiudicazione, era legittimato a partecipare alla procedura.

4. L'appello va, dunque, respinto e la sentenza di primo grado confermata.

5. La novità della questione giustifica la compensazione delle spese del presente grado del giudizio tra tutte le parti in causa.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Compensa tra tutte le parti in causa le spese del presente grado del giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 30 aprile 2019 con l'intervento dei magistrati:

Fabio Franconiero, Presidente

Raffaele Prospero, Consigliere

Federico Di Matteo, Consigliere, Estensore

Angela Rotondano, Consigliere

Stefano Fantini, Consigliere

L'ESTENSORE
Federico Di Matteo

IL PRESIDENTE
Fabio Franconiero

IL SEGRETARIO