

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio (sezione Terza -
bis), composto dai signori:

Paolo	Restaino	presidente
Massimo Luciano	Calveri	consigliere rel.
Francesco	Arzillo	consigliere

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso n. 1551 del 2007, proposto

da

SOS – Servizi Organizzativi di Sicurezza – s.r.l. e per SOS – Servizi Organizzativi di Sicurezza Foggia – s.r.l., rappresentate e difese dagli avv.ti Fabio Francario, Vincenzo Ioffredi e Giancarlo Ventrella ed elettivamente domiciliate presso lo studio del primo in Roma, alla Via Savoia n. 31;

contro

Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato s.p.a., in persona del rappresentante legale *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, presso la cui sede – in Roma, alla Via dei Portoghesi, n. 12 – domicilia per legge;

per l'annullamento, previa sospensiva,

del provvedimento dell'Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato s.p.a. in data 29 novembre 2006, con il quale la società ricorrente è stata esclusa dalla gara per l'aggiudicazione del servizio di vigilanza

dello stabilimento dell'IPZS di Foggia, bandita con avviso pubblico n. prot. G/41/G del 3 gennaio 2006, e ha annullato l'aggiudicazione provvisoria a favore della SOS s.r.l. e l'intera gara, procedendo all'incameramento della cauzione provvisoria versata da quest'ultima; e di ogni altro atto preparatorio, presupposto, connesso e consequenziale, con particolare riguardo – ove e per quanto occorra – alla nota a firma del responsabile della “funzione acquisti e magazzini” dell'Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato prot. n. 0062620 del 12 dicembre 2006, con la quale è stato comunicato alla SOS s.r.l. l'avvenuta esclusione dalla gara e il conseguente annullamento di quest'ultima.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'amministrazione intimata;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti i motivi aggiunti notificati in data 4 dicembre 2008;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore alla pubblica udienza del 12 febbraio 2009 il consigliere Massimo L. Calveri e uditi i difensori delle parti come da verbale di udienza;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

FATTO-DIRITTO

1.- Con ricorso notificato tra il 12 e il 13 febbraio 2007, le imprese ricorrenti hanno impugnato, chiedendone la preliminare sospensione,

il provvedimento in epigrafe, con il quale l'istituto Poligrafico e Zecca dello Stato ha escluso la SOS – Servizi Organizzati di Sicurezza s.r.l. – dalla procedura ristretta per l'aggiudicazione del servizio di vigilanza dello stabilimento di Foggia e ha annullato l'aggiudicazione provvisoria disposta a favore di detta società, procedendo all'incameramento della cauzione versata al momento della partecipazione alla gara.

1.1.- Le ricorrenti hanno dedotto plurimi profili di violazione e falsa applicazione di legge (art. 51 d.lgs. 23 aprile 2006, n. 163; art. 35 l. 1994, n. 109; art. 2482 c.c.; art. 38 cit. d.lgs. n. 163; art. 12 d.lgs. 17 marzo 1995, n. 157), nonché di eccesso di potere (difetto di istruttoria; vizio di motivazione; erroneità dei presupposti e del travisamento dei fatti; illogicità e irrazionalità; violazione del principio di buon andamento).

Sostengono, in estrema sintesi, che l'amministrazione, violando le norme e i principi in materia di modificazione soggettiva dell'offerente, ha preteso di accertare i requisiti di affidabilità economica e morale di partecipazione alla gara in capo alla SOS s.r.l e non già in capo alla SOS Foggia s.r.l., nuovo soggetto nato dalla scissione della prima società e intervenuto nelle more di stipula del contratto.

Soggiungono che, comunque e illegittimamente, l'Istituto appaltante ha ritenuto non sussistente in capo alla SOS s.r.l. i requisiti di partecipazione alla gara, nell'erronea considerazione che detta società non avrebbe ripianato la perdita di esercizio relativa all'anno

2005 (incurrendo, a detta dell'amministrazione, nello scioglimento ex art. 2484 c.c.) e non avrebbe dimostrato la propria regolarità contributiva al momento della partecipazione alla gara.

1.2.- Resistendo al ricorso, l'Istituto intimato ne ha eccepito l'infondatezza.

1.3.- Alla camera di consiglio del 22 marzo 2007, l'istanza di sospensiva non ha trovato accoglimento con la motivazione che *“i requisiti di partecipazione alla gara, accertati a seguito dell'aggiudicazione provvisoria, divergono da quelli originariamente autocertificati in ordine alla regolarità contributiva ed alla solidità di bilancio (metà delle perdite 2005 sarebbe stata ripianta dai soci soltanto nel dicembre 2006)”*.

1.4.- In accoglimento del gravame proposto dalle ricorrenti nei riguardi di detta ordinanza, il giudice d'appello, nella sussistenza delle *“condizioni per l'applicazione dell'art. 23 bis, comma 3, della l.n. 1034/1971”* ha disposto la fissazione, da parte del Tar, dell'udienza di merito (Sez. VI, ord.za n. 3128 del 20 giugno 2007).

1.4.- Nelle more della fissazione dell'udienza di merito (non disposta tempestivamente), le ricorrenti hanno proposto motivi aggiunti chiedendo l'annullamento, previa sospensiva, della nuova procedura avviata dall'Istituto, *“per l'affidamento del servizio di vigilanza armata per lo stabilimento di Foggia”*, relativamente al periodo 1 gennaio 1999 – 31 dicembre 2011.

Tale nuova procedura concorsuale sarebbe illegittima in via derivata per tutti i vizi dedotti con il ricorso principale, nonché elusiva

del giudicato cautelare, formatosi a seguito della pronuncia del Consiglio di Stato, e violazione dell'art. 7 della legge n. 241/1990.

1.5.- Anche i motivi aggiunti sono stati resistiti eccependosi il difetto di interesse delle ricorrenti.

1.6.- Con ordinanza n. 5859 del 16 dicembre 2008, è stata fissata la trattazione del merito del ricorso alla pubblica udienza del 12 febbraio 2009.

1.7.- Con distinte memorie le parti hanno ulteriormente illustrato i rispettivi assunti difensivi, insistendo nelle contrapposte richieste e alla menzionata pubblica udienza il ricorso è stato trattenuto in decisione.

2.- Con il primo motivo di ricorso è dedotta la violazione e la falsa applicazione dell'art. 51 del c.d. nuovo codice degli appalti (d.lgs. 23 aprile 2006, n. 165), recante la disciplina della modificazione soggettiva del candidato, dell'offerente e dell'aggiudicatario negli appalti pubblici.

2.1.- La disamina del motivo va preceduta dall'esposizione fattuale in cui si iscrive la vicenda all'esame.

2.1.1.- Al termine delle operazioni di gara, con nota del 13 ottobre 2006, l'Istituto appaltante comunicava alla SOS, Servizi Organizzativi di Sicurezza s.r.l., l'avvenuta aggiudicazione provvisoria della gara, invitandola a comprovare il possesso dei requisiti autodichiarati al momento della presentazione dell'offerta.

Poiché nelle more dell'aggiudicazione della gara era intervenuta la scissione della predetta società SOS in tre nuove società, tra cui la

SOS, Servizi Organizzativi di sicurezza Foggia s.r.l. - che aveva ereditato dalla società madre l'attività di vigilanza, di investigazione e di trasporto valori relativa alla provincia di Foggia – la SOS, con nota del 24 ottobre 2006, nel rappresentare la circostanza, invitava l'amministrazione a intrattenere rapporti *de futuro* direttamente con la società scissionaria anche per la fase relativa alla stipulazione del contratto d'appalto.

L'amministrazione non aderiva all'invito, ritenendo di potere (se non di dovere) ugualmente procedere all'accertamento dei requisiti di affidabilità economica e morale con esclusivo riferimento alla società scissa.

E, infatti, asserendo l'incompletezza della documentazione presentata da quest'ultima, ne chiedeva l'integrazione (nota del 3 novembre 2006), avanzando riserve sull'affidabilità economica della società per asserite perdite di bilancio relative all'esercizio 2005.

All'esito dell'invio della documentazione e dei chiarimenti richiesti, con l'impugnato provvedimento del 29 novembre 2006 escludeva dalla gara la SOS s.r.l. (e cioè la società madre) per difetto dei requisiti di partecipazione alla gara per non avere ripianato la predetta perdita di bilancio (incorrendo addirittura peraltro nello scioglimento ex art. 2484 c.c.) e per non avere dimostrato la propria regolarità contributiva al momento della partecipazione alla gara tramite esibizione del DURC.

2.1.2.- Nella riferita situazione - ad avviso delle ricorrenti - la stazione appaltante era vincolata ad ammettere la SOS Foggia s.r.l.

all'aggiudicazione della gara e ad accertare, solo con riferimento a tale soggetto, il possesso dei requisiti generali e speciali necessari per la partecipazione alla gara e all'affidamento del servizio.

Avere immotivatamente rifiutato di prendere in considerazione, agli enunciati fini, la nuova società, concentrandosi unicamente sulla società scissa e svolgendo in capo a quest'ultima le indagini istruttorie del caso, avrebbe dato luogo – secondo l'assunto delle società ricorrenti – a un'evidente deviazione, da parte della stazione appaltante, dai principi e dalle conseguenti regole di condotta disegnate dalla normativa primaria di riferimento (art. 51 d.lgs. n. 163/2206).

La quale, nel contesto di una più ampia tendenza alla "spersonalizzazione" del contraente privato che contatta l'amministrazione, avrebbe sancito l'obbligo della stazione appaltante di ammettere alla gara, all'aggiudicazione e alla stipulazione, i soggetti risultanti da vicende modificative della persona offerente, quali fusioni, scissioni, cessioni, con il correlativo obbligo di accertare il possesso dei necessari requisiti di ammissione e di partecipazione alla gara con esclusivo riferimento a tali ultimi soggetti.

2.2.- La tesi non è condivisa dal Collegio.

2.2.1.- Giova riportare il testo della norma primaria, di cui si assume la violazione e falsa applicazione, e cioè dell'art. 51 del d.lgs. n. 163 del 2003: *"Qualora i candidati o i concorrenti, singoli, associati o consorziati, cedano, affittino l'azienda o un ramo d'azienda, ovvero procedano alla trasformazione, fusione o scissione*

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

2.2.2.- Va ammesso, secondo la puntuale esposizione contenuta in ricorso, che l'art. 51 del Codice degli appalti, rubricato “*Vicende soggettive del candidato, dell'offerente e dell'aggiudicatario*”, ha recepito l'orientamento della più recente giurisprudenza amministrativa, che aveva sottoposto a revisione il risalente approdo esegetico fermo nell'affermare, nella sede dei pubblici appalti, “il dogma” dell'immodificabilità soggettiva dell'offerente e del privato contraente.

L'indifferenza della stazione appaltante, in ordine alle vicende soggettive coinvolgenti gli operatori economici, era spiegata con il carattere eminentemente personale dei requisiti richiesti per l'aggiudicazione del contratto e con la conseguente negazione, nell'ambito della contrattualistica pubblica, dell'applicazione delle regole civilistiche in materia di cessione del contratto di cui agli artt. 1460-1410 del codice civile.

Come si è anticipato, e come puntualmente annota la difesa delle ricorrenti anche con ampi riferimenti dottrinari, è stato merito del

giudice amministrativo, anche sotto la spinta del diritto comunitario e dell'attenuazione della c.d. personalizzazione del contratto di diritto pubblico, a statuire la derogabilità del principio dell'immodificabilità soggettiva dell'offerente durante le operazioni di gara e l'ammissibilità del *“subentro allo stesso di altro soggetto nella posizione di contraente o di partecipante ad una gara per l'aggiudicazione di appalto pubblico in caso di cessione di azienda e di trasformazione di società”* (CdS, VI, 6 aprile 2006, n. 1873).

Si è così pervenuto al testo del menzionato art. 51 che, in riconoscimento dell'autonomia organizzativa degli operatori economici che concorrono alla gara, ha consentito, per ogni tipo di appalto, la modificazione soggettiva degli stessi, sia con riferimento alla fase dell'offerta, che a quella dell'aggiudicazione e della stipulazione del contratto, con conseguente vincolo per la stazione appaltante di ammettere alle distinte fasi della procedura concorsuale i soggetti subentranti, previo accertamento in capo a essi dei requisiti previsti per la partecipazione alla gara.

2.2.3.- Così riassunte genesi e *ratio* della nuova disciplina contrattualistica, in tema di vicende soggettive dei concorrenti (partecipanti e contraenti) nell'ambito dell'evidenza pubblica, non vi è spazio per aderire alla tesi sostenuta in ricorso, che vorrebbe porre, a carico della stazione appaltante, oltre l'obbligo di ammettere alle distinte fasi della procedura il soggetto subentrante, il divieto di accertare l'esistenza dei requisiti di ammissione alla gara nei riguardi del soggetto che vi ha originariamente partecipato, nella

considerazione che tale accertamento dovrebbe operarsi solo con esclusivo riferimento alla posizione soggettiva del subentrante.

In proposito va evidenziato che la codificazione, ad opera dell'art. 51 del Codice, dell'opponibilità alla stazione appaltante del nuovo soggetto subentrante (nelle distinte fasi e vicende modificative enumerate dalla norma) non può essere considerato come una deroga alle regole proprie dell'evidenza pubblica, che esigono la permanenza comunque, in capo alle imprese partecipanti alla gara, dei requisiti di ordine generale e speciale necessari per l'ammissione alla procedura concorsuale.

In altre parole, il superamento *in subiecta materia* dell'enunciato "dogma" della immodificabilità soggettiva risponde all'esigenza, già avvertita dalla giurisprudenza prima dell'avvento codicistico (cfr. cit. VI, n. 1873/2006), di garantire la libertà contrattuale dell'impresa (valore costituzionalmente garantito ex art. 41 Cost.), nel senso che questa deve poter procedere alla riorganizzazione aziendale senza che possa esserle di pregiudizio lo svolgimento delle gare alle quali abbia partecipato.

E' però estraneo alle disposizioni dell'art. 51 del Codice l'intento - secondo l'ottica interpretativa cui non può essere data adesione - di limitare la fase accertativa del possesso dei requisiti di partecipazione alla gara nei riguardi della sola impresa subentrante (nella specie: società beneficiaria della scissione) e di escludere la necessità di operare la medesima verifica nei riguardi dell'impresa, soggetta a vicenda modificativa (nella specie: società scissa).

Indubbiamente (e in maniera del tutto ovvia), la disciplina positiva della norma include l'obbligo per la stazione appaltante di effettuare le puntuali verifiche dirette ad accertare il possesso, da parte dell'impresa subentrante, dei requisiti soggettivi e oggettivi per la partecipazione alla gara e per l'affidamento della commessa dedotta nell'appalto. Ma intuitive ragioni di ordine logico, prima che giuridico, conducono pianamente a ritenere che la verifica non può essere obliterata con riferimento alla fondamentale fase iniziale della procedura concorsuale, in cui le imprese vengono ammesse alla gara sulla base del possesso dei requisiti autodichiarati con le modalità specificate dal capoverso dell'art. 38 del Codice.

Consegue dall'esposto ordine di considerazioni – in osservanza dell'evidente principio della necessaria continuità e/o permanenza del possesso dei requisiti di partecipazione a una procedura concorsuale - che, in caso di modificazioni soggettive riguardanti il soggetto partecipante alla gara, l'esistenza dei requisiti previsti per l'ammissione a quest'ultima deve essere posseduta, e quindi accertata, sia nei riguardi dell'impresa interessata dalla vicenda modificativa che dell'impresa subentrante.

La diversa conclusione patrocinata in ricorso potrebbe essere foriera di un uso strumentale della norma (piegandone l'intima *ratio*) e condurre all'incongruenza pertinentemente prospettata dalla difesa dell'amministrazione (... *potrebbe partecipare alla gara, sulla base di autocertificazione, una società priva di tali requisiti che, solo in un secondo momento e preso atto della propria manchevolezza ed al fine*

di ovviare alla possibile esclusione, potrebbe generare un secondo soggetto che abbia i requisiti richiesti, traslando sullo stesso gli effetti positivi dell'avvenuta aggiudicazione, ma depurando lo stesso soggetto degli elementi negativi ai fini dell'aggiudicazione definitiva (perdite di esercizio notevolissime, causa di scioglimento potenziale, irregolarità previdenziali, ecc.)”.

2.2.4.- Sulla base di quanto precede, affatto legittimamente l'Istituto appaltante si è attivata nel senso di far comprovare alla società scissa (*id est*: SOS, Servizi Organizzati di Sicurezza, originaria partecipante alla gara) il possesso dei requisiti autodichiarati in sede di richiesta di partecipazione alla gara.

2.3.- Può così passarsi a verificare – esaminando il secondo motivo di ricorso – se, secondo gli assunti dell'Istituto resistente, la società SOS, risultata peraltro aggiudicataria provvisoria, difettesse dei requisiti di partecipazione alla gara d'appalto, indetta per l'affidamento del servizio di vigilanza dello stabilimento dell'IPZS di Foggia con avviso del 31 gennaio 2006.

Nell'impugnata determinazione del 29 novembre 2006, l'esclusione della SOS dalla gara, con conseguente annullamento di quest'ultima e l'incameramento della cauzione provvisoria versata dall'impresa, è stata disposta per i seguenti motivi:

a.- *“la S.O.S. Servizi Organizzati di Sicurezza S.r.l. non risulta aver ripianato la perdita di esercizio per l'anno 2005 (pari a euro 172.693,81) nei modi e nei termini di cui di cui all'art. 2482-ter C.C., come ben si evince dalla documentazione contabile e dai verbali di*

assemblea inviati dall'Istituto, di tal guisa incorrendo nello scioglimento di cui all'art. 2484, punto 4) C.C.”;

b.- “la S.O.S. ... non ha nemmeno comprovato – mediante presentazione del DURC – la propria regolarità contributiva al momento della presentazione della domanda di partecipazione”;
circostanza questa che risulterebbe ammessa dalla stessa Società che *“ha presentato delle istanze di rateizzazione presso l'INPS di Andria, Foggia e Taranto in data 10 novembre 2006”.*

2.3.1.- Il motivo sub a.-, per come enunciato, non trova rispondenza nella vicenda societaria che ha riguardato l'impresa ricorrente, dovendosi escludere che le perdite sociali verificatesi nell'esercizio del 2005 abbiano rifluito sulla continuità giuridica della società determinandone lo scioglimento.

In proposito, vale quanto riferito nella relazione giurata del revisore contabile in data 31 gennaio 2007, nella quale si dà atto che le predette perdite sociali sono state tempestivamente azzerate e ripianate dai soci.

In particolare, nella precitata relazione tecnica si afferma quanto segue:

- “l'amministratore unico della S.O.S. Servizi Organizzati di Sicurezza S.r.l., vista la perdita dell'esercizio, corrente dal 1 gennaio al 31 dicembre 2005, pari a euro 172.694,00, chiedeva all'assemblea dei soci, convocata in data 30 giugno 2006, in sede di approvazione del bilancio, di esprimersi e deliberare oltre che sul risultato stesso, anche sulle modalità di copertura delle perdite stesse”;

- *“i Soci hanno operato e deliberato in maniera tale che non fosse mai messa in discussione l’integrità del capitale e la stabilità patrimoniale della società”;*

- *“dall’esame delle scritture contabili ... è risultato che i soci hanno effettuato nel corso dell’anno 2006, e precisamente tra il 28 marzo ed il 30 dicembre 2006, versamenti a favore della società per un totale di E. 172.694,00, quindi in misura pari all’importo della perdita subita dalla società nell’esercizio per l’anno 2005”;*

- *“la S.O.S. Servizi Organizzati di Sicurezza S.r.l. ha regolarmente ed interamente coperto le perdite subite nell’esercizio corrente dal 1 gennaio al 31 dicembre 2005, tanto che nelle scritture contabili il conto “PERDITE ESERCIZIO” (Codice 10/10/30) risulta azzerato alla data del 21 settembre 2006”.*

Orbene, ferma la questione teorica – sulla quale la stessa dottrina civilistica appare divisa – dell’individuazione del momento in cui la società debba ritenersi sciolta (se dal momento in cui la perdita ha ridotto il capitale al di sotto del minimo; oppure dal successivo momento in cui l’assemblea, convocata in base alla norma dell’art. 2482-ter c.c. (o nel caso di società per azioni, alla norma dell’art. 2447 c.c.) abbia omesso di provvedere alla reintegrazione del capitale o alla trasformazione della società; ovvero, come propendono le ricorrenti, dal momento dell’iscrizione nel registro delle imprese della dichiarazione di accertamento degli amministratori della causa di scioglimento ex art. 2284, comma terzo, c.c., attribuendo a detta iscrizione valore di pubblicità costitutiva della causa di scioglimento)

il Collegio è persuaso che le puntualizzazioni rese nella relazione tecnica, e non confutate dalla difesa dell'Istituto, portino a escludere che nella specie sia intervenuta una causa di scioglimento della società; ciò per la decisiva ragione che l'intervenuta reintegrazione dell'intero capitale sociale abbia dispiegato effetti preclusivi sullo scioglimento della società, non potendosi, tutt'al più, escludere che l'integrale ripianamento delle perdite (avviato già dal marzo 2006) possa avere operato come condizione risolutiva dell'intervenuta (in ipotesi) causa di scioglimento.

2.3.2.- A diversa conclusione deve pervenirsi in ordine alla mancanza del requisito individuato sub b.-, e cioè del requisito, da comprovare tramite esibizione del DURC, della regolarità contributiva dell'impresa SOS al momento della presentazione della domanda di partecipazione alla gara per cui è causa.

In proposito, si ritiene opportuno premettere alcune pacifiche acquisizioni giurisprudenziali riguardanti la generale tematica dell'inadempimento contributivo quale causa di esclusione dalle gare di appalti pubblici.

E' stato condivisibilmente affermato (i riferimenti giurisprudenziali qui riportati sono riferibili a Cds, V, 23 ottobre 2007, n. 5575) che la "*regolarità contributiva*", come è palese dalla locuzione impiegata, è concetto ampio che esprime l'assenza di qualsiasi inadempienza agli obblighi previdenziali, a iniziare dal mancato tempestivo pagamento delle somme dovute a seguito di dichiarazioni e/o denunce da parte del medesimo soggetto interessato; che "*la problematica della*

regolarità contributiva non si riferisce solo a quelle evenienze in cui, soprattutto a seguito di accertamenti o rettifiche da parte degli enti previdenziali, possano sorgere contenziosi di non agevole e pronta definizione ovvero alle altrettanto non frequenti ipotesi in cui si tratta di verificare le condizioni per un condono o per una rateizzazione”; che l’intento del legislatore mira a “escludere dalla contrattazione con le amministrazioni quelle imprese che non siano corrette (regolari) per quanto concerne gli obblighi previdenziali, anche, e forse soprattutto, con riferimento alle ipotesi in cui non si adempia ad obblighi rispetto ai quali non vi siano ragionevoli motivi per non effettuare o comunque per ritardare il pagamento”.

Il che induce ad affermare che anche le ipotesi da ultimo enunciate rivelano un carattere di intrinseca gravità (indipendentemente dal *quantum* del contributo dovuto), “*proprio perché rivelano un atteggiamento di trascuratezza verso gli obblighi previdenziali, ritenuti probabilmente meno importanti rispetto ad altri obblighi*”.

Le considerazioni che precedono hanno portato l’elaborazione giurisprudenziale e la produzione legislativa (da ultimo l’art. 38, lett. g) e i), del Codice, intitolato “*Requisiti di ordine generale*”) ad affermare che la regolarità contributiva e fiscale per la partecipazione alle selezioni per l’aggiudicazione di un appalto pubblico è richiesta come requisito indispensabile per la partecipazione alla gara, con le conseguenti e connesse puntualizzazioni che non può riconoscersi alcuna valenza alla regolarizzazione spontanea del relativo debito, intervenuta successivamente alla data di autodichiarazione di

correttezza contributiva e che costituisce *ex se* motivo di esclusione dalla gara il fatto che l'autodichiarazione presentata dall'impresa, al fine della dimostrazione della posizione di regolarità contributiva, sia risultata non veritiera (cfr. Tar Puglia, Bari, I, 29 settembre 2008, n. 2249 e la giurisprudenza ivi richiamata).

Applicando alla fattispecie all'esame i criteri interpretativi elaborati in sede giurisprudenziale, appare evidente come l'impresa SOS fosse priva del requisito *de quo* e come affatto legittimamente l'Istituto appaltante ne abbia disposto l'esclusione dalla gara d'appalto.

Infatti, solo a seguito della richiesta dell'Istituto avanzata con nota del 3 novembre 2006 di documentare *“la certificazione di regolarità contributiva dichiarata in sede di Gara (DURC), alla data di presentazione della domanda di partecipazione alla gara”*, l'impresa faceva presente di avere inoltrato, in data 11 novembre 2006, ai competenti uffici previdenziali e assicurativi istanze di rateizzazione delle posizioni contributive pendenti, in ragione del *“permanere di una situazione di grave crisi aziendale causato dalla perdita di alcune importanti commesse e dalla riduzione di altre”*.

Quanto precede conferma come tali richieste - aventi contenuto sostanzialmente confessorio - inverassero, in quanto intervenute successivamente alla richiesta della stazione appaltante, la circostanza della mancanza del requisito della regolarità contributiva.

Conferma altresì la conclusione, formulata *ex adverso* dall'Istituto resistente, che la società, non essendo in grado di dimostrare la

regolarità della propria posizione contributiva, si era trovata nella necessità di presentare apposite istanze di regolarizzazione.

Né vale a contrastare l'enunciata conclusione le indicazioni fornite dalla Corte di giustizia dell'Unione Europea, con l'invocata decisione del 9 febbraio 2006, con la quale si è data risposta ai quesiti (formulati proprio da questo Tribunale con la sentenza n. 3926/2006) intesi a conoscere se, in base alle disposizioni di cui alle lettere e) ed f) dell'articolo 29, primo comma, della direttiva 92/50/CEE del 18 giugno 1992, la regolarità contributiva debba riferirsi esclusivamente alla data di scadenza del termine di presentazione delle domande di partecipazione a una pubblica gara (ovvero in epoca comunque anteriore all'aggiudicazione), con esclusione di ogni successiva regolarizzazione, ovvero se il legislatore nazionale possa consentire la regolarizzazione prima dell'aggiudicazione, non ponendosi ciò in contrasto con fondamentali principi di carattere comunitario.

Deve in proposito rilevarsi (come pertinentemente osservato con la sentenza di questo Tar, Sez. III, 14 agosto 2008, n. 7842, con argomentazioni qui testualmente riportate; *adde*, sul punto e conformemente: CdS, VI, cit. n. 5575/2007; Tar Trentino Alto Adige, Trento, 21 gennaio 2008, n. 8) che la Corte di Giustizia si è espressa nel senso che la citata direttiva non preclude la possibilità, in base a una normativa o a una prassi amministrativa nazionale, della successiva regolarizzazione di adempimenti in materia di contributi previdenziali e di imposte e tasse in genere, conformemente alle norme vigenti in materia, a condizione che ne venga fornita la prova

entro il termine stabilito dalla normativa o dalla prassi amministrativa nazionale.

Orbene, alla luce di tali enunciati deve rilevarsi che, secondo la normativa nazionale vigente, il termine ultimo entro il quale le ditte invitate a partecipare alla gara hanno l'obbligo di dimostrare il possesso dei requisiti prescritti (tra cui quello della regolarità contributiva), va fatto coincidere con la scadenza del termine della presentazione delle domande (tra le molte: Tar Emilia-Romagna, Bologna, II, 15 gennaio 2007, n. 3 e da ultimo: CdS, VI, 30 gennaio 2009, n. 344 e Tra Lazio, Sez. III-ter, 5 febbraio 2009, n. 1053); diversamente – e la circostanza è decisiva - nel caso di specie la prova di tale regolarizzazione non è stata fornita alla data suddetta, essendo stata accertata, proprio sulla base della richiesta regolarizzazione, la sussistenza di inadempienze fiscali.

Va poi soggiunto che le disposizioni che rilevano *in subiecta materia*, e cioè quelle di cui all'art. 38, lettera g), del d.lgs. n. 163 del 2006 non sono volte semplicemente a sanzionare le inadempienze fiscali, ma anche e soprattutto il mancato riscontro tra quanto è stato oggetto della dichiarazione rilasciata all'atto della presentazione della domanda di partecipazione alla gara e gli accertamenti al riguardo svolti dall'Amministrazione; circostanza questa che implica la perdita di affidabilità dell'impresa aspirante alla aggiudicazione della gara.

D'altra parte, giusta una condivisibile annotazione giurisprudenziale, “*la consapevolezza della mancata correntezza contributiva al momento della richiesta di partecipazione connota di*

gravità tout court la violazione, essendo la ricorrente onerata, al momento della domanda di partecipazione, e proprio al fine di evitare false dichiarazioni, di rappresentare l'eventuale insoluto, la sua entità e le ragioni che l'avessero determinato, al fine di instaurare, essa stessa, un contraddittorio sul punto onde consentire alla stazione appaltante di escludere la gravità e definitività della violazione che comunque, indiscutibilmente, alla data di presentazione della domanda sussisteva. (Tar Abruzzo, l'Aquila, I, 30 ottobre 2008, n. 1181).

2.4.- Alla stregua di tutte le considerazioni che precedono il ricorso principale va respinto.

3.- La reiezione del ricorso principale porta alla correlativa reiezione dei motivi aggiunti proposti avverso la nuova procedura di affidamento del servizio di vigilanza armata presso lo stabilimento di Foggia dell'Istituto resistente.

Tale impugnativa, oltre a riproporre i motivi già proposti con il ricorso principale e a dedurre l'invalidità derivata della nuova procedura di affidamento, asserisce l'ulteriore illegittimità di quest'ultima per violazione del giudicato cautelare, formatosi a seguito dell'ordinanza del Consiglio di Stato n. 3128/2007, e per l'omessa comunicazione alle imprese ricorrenti dell'avvio del procedimento di annullamento della precedente gara.

In proposito - prescindendosi dall'esame delle eccezioni, opposte dal resistente, di irricevibilità di detti motivi e del difetto di interesse

alla proposizione di tale ulteriore impugnativa – si osserva quanto segue :

- quanto ai vizi di invalidità derivata, essi non possono essere apprezzati, stante il rigetto del ricorso principale;

- quanto alla violazione del giudicato cautelare, non può porsi in dubbio che l'ordinanza cautelare del giudice d'appello non aveva portata sospensiva del provvedimento impugnato, ma soltanto il limitato effetto di far disporre la celebrazione del merito del ricorso, nel termine fissato dall'ordinanza stessa;

- quanto infine alla lamentata violazione dell'art.7 della legge n. 241/1990, la censura è inammissibile in quanto l'omessa comunicazione dell'avvio del procedimento di annullamento della gara, aggiudicata in via provvisoria alla società scissa, avrebbe dovuto essere tempestivamente dedotta con il ricorso principale, con il quale erano state impugunate tutte le statuizioni contenute nel provvedimento del 29 novembre 2006, tra le quali, appunto, quella che aveva disposto l'annullamento della gara.

4.- In conclusione, l'impugnativa va respinta.

Le spese di lite seguono, come di consueto la soccombenza, e vanno liquidate nella misura indicata in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza *bis*), pronunciando sul ricorso in epigrafe, lo respinge.

Condanna i ricorrenti al pagamento delle spese di lite, liquidate in complessivi euro 5.000,00, oltre I.V.A. e C.P.A. come per legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del 12 febbraio 2009.

Il presidente dr. Paolo Restaino

Il consigliere est. dr. Massimo L. Calveri

Il presidente

Il consigliere est.