



# Città di Luino

*Provincia di Varese*

*P.zza C. Serbelloni, 1 21016*

*Tel. +39 0332 543511 - FAX +39 0332 543516*

*PEC: [comune.luino@legalmail.it](mailto:comune.luino@legalmail.it)*

**Servizio** Servizio Manutenzioni

## DETERMINAZIONE N° 601 del 19/05/2016

**Oggetto:** APPALTO PER I SERVIZI RELATIVI ALL'ESECUZIONE DI MODESTI INTERVENTI DI CARATTERE EDILIZIO PER LA MANUTENZIONE DI SERVIZI A SOTTOSUOLO E DEL PATRIMONIO COMUNALE PER ANNI TRE (2014/2016). REVOCA DELLA DETERMINAZIONE N.619 DEL 06/05/2014 DI AGGIUDICAZIONE ALLA SOCIETÀ S.C. COSTANTIN COSTRUZIONI DI COSTANTIN STEFAN DI DUMENZA

### Il Dirigente Responsabile

**PREMESSO** che:

- con determinazione del Servizio Manutenzione n. 313 in data 7/3/2014, esecutiva, è stato disposto di approvare il capitolato speciale d'appalto relativo al servizio per l'esecuzione di modesti interventi di carattere edilizio per la manutenzione del sottosuolo e del patrimonio comunale per anni tre (2014-2016), per un importo, a base di gara, pari a € 60.000,00.= oltre IVA, di assumere determinazione a contrattare, ai sensi dell'art. 192, del D. Lgs. n. 267/2000, di individuare le modalità di scelta del contraente nel sistema del cottimo fiduciario, ai sensi dell'art. 5 del Regolamento comunale per gli acquisti in economia di beni e di servizi, con il criterio del prezzo più basso rispetto quello posto a base d'asta di € 60.000,00.=;
- la procedura di scelta dell'affidatario del servizio è stata effettuata tramite cottimo fiduciario preceduta da gara informale utilizzando il sistema di intermediazione telematica di Regione Lombardia SINTEL, inviando lettera di invito, protocollata in data 10/3/2014 al numero 6481, a cinque operatori economici, tra i quali l'impresa individuale S.C. Costruzioni di Constantin Stefan di Dumenza;
- con determinazione n. 619 del 6/5/2014 il servizio di esecuzione di modesti interventi di carattere edilizio per la manutenzione del servizio al sottosuolo e del patrimonio comunale per il periodo 1/1/2014 – 31/12/2016 è stato aggiudicato all'unico offerente, impresa individuale S.C. Costruzioni di Stefan Constantin e contestualmente è stato assunto l'impegno contabile del corrispettivo di € 57.000,00.=, determinato applicando il ribasso offerto pari al 5,00% sull'importo a base di gara, oltre a € 12.540,50.= per IVA 22%, quindi complessivamente € 69.540,00.=;
- il contratto del servizio per l'esecuzione di modesti interventi di carattere edilizio per la manutenzione del sottosuolo e del patrimonio comunale per anni tre (2014-2016) con l'impresa individuale S.C. Costruzioni di Stefan Constantin è stato sottoscritto in data 5/8/2016 rep. n. 3192;

**DATO ATTO** che l'Autorità Nazionale Anticorruzione ANAC – Ufficio Vigilanza Lavori (Fascicolo 4911/2015) ha comunicato l'avvio del procedimento istruttorio volto ad accertare eventuali violazioni alle norme previste dagli articoli 11, comma 8, 38 e 48 del Decreto Legislativo n. 163/2006 in relazione agli obblighi della stazione appaltante di verificare i requisiti in capo agli operatori economici partecipanti ed aggiudicatari della

procedura di cottimo fiduciario in argomento, di procedere all'esclusione dei concorrenti privi dei requisiti e di accertare la posizione contributiva e previdenziale dell'operatore economico aggiudicatario in relazione alla dedotta irregolarità del DURC emesso dall'istituto previdenziale;

**VERIFICATA** la documentazione afferente l'affidamento e il contratto del servizio in argomento, è stato riscontrato quanto segue:

- nella dichiarazione sostitutiva unica per la partecipazione alla gara sottoscritta in data 24/3/2014 ed allegata all'offerta, l'impresa individuale concorrente S.C. Costruzioni di Constantin Stefan, ha dichiarato di possedere i requisiti di capacità generale prescritti dall'articolo 38 del D. Lgs. n. 163/2006 e, per quanto evidenziato nella comunicazione dell'ANAC, *“di non aver commesso violazioni gravi, definitivamente accertate alle norme in materia di contributi previdenziali e assistenziali, secondo la legislazione italiana o dello stato in cui sono stabiliti?”* (pagina 4, punto 9);
- il competente servizio ha verificato il possesso dei requisiti di capacità generale ex articolo 38 del D. Lgs. n. 163/2006 del predetto concorrente, acquisendo d'ufficio il certificato generale del casellario giudiziale e la verifica della regolarità fiscale, tutti regolari che non hanno evidenziato elementi ostativi alla aggiudicazione definitiva e alla stipulazione del successivo contratto;
- non è stato acquisito d'ufficio il D.U.R.C. dell'impresa sia in fase di verifica della dichiarazione ex art. 38 del n. 163/2006 recante al data del 24 marzo 2014 ne in fase di aggiudicazione definitiva effettuata in data 11 aprile 2014, ne in fase di stipulazione del contratto stipulazione del contratto effettuato in data 5 agosto 2014;
- la regolarità contributiva dell'impresa veniva accertata solo successivamente in occasione dell'emissione delle prime fatture per il servizio eseguito e delle conseguenti determinazioni di liquidazione, rispettivamente in data 07.11.2014, in relazione alle liquidazioni disposte con le determinazioni n. 1518 del 25.11.2014 e n. 157 del 12.02.2015, nonché in data 22.06.2015, in relazione alle liquidazioni disposte con le determinazioni n. 757 e 759 del 24.06.2015;

**DATO ATTO** che, conseguentemente ai riscontri documentali:

- con nota del 22 dicembre 2015 (prot. n. 29579/2015) è stata disposta la comunicazione di avvio procedimento nei confronti del contraente impresa individuale S.C. Costruzioni di Stefan Constantin finalizzato alla verifica della sussistenza della regolarità contributiva;
- con nota del 22 dicembre 2015 (prot. n. 29584/2015) è stata inoltrata richiesta alla Direzione Provinciale INPS di Varese volta ad accertare la posizione contributiva dell'impresa individuale S.C. Costruzioni di Stefan Constantin alle date di presentazione dell'offerta (24 marzo 2014) di aggiudicazione definitiva (6 maggio 2014) e di stipulazione del contratto (5 agosto 2014);
- in data 11 gennaio 2016 (ns. prot. 675/2016) l'impresa individuale S.C. Costruzioni di Stefan Constantin presentava documentazione inerente la propria asserita regolarità contributiva, unitamente ad un DURC regolare in corso di validità;
- con PEC 20 gennaio 2016 (ns. prot.1745/21.1.2016), in risposta alla richiesta formulata dal Comune, l'INPS di Varese comunicava *“a debito riscontro di quanto richiesto” “che alle date indicate l'azienda non aveva adempiuto agli obblighi contributivi provvedendo peraltro alla successiva regolarizzazione tramite saldo dell'avviso di addebito in data 07.11.2014, domanda di dilazione presentata il 29.09.2014, versamento dei contributi in data 16.05.2014 – 20.11.2014”*
- con nota 14 marzo 2016 (ns. prot. 6467/2016), veniva disposta la comunicazione di cui all'art. 10 bis della legge 241/1990, contestualmente indirizzata alla Direzione Provinciale INPS di Varese al fine di verificare l'apparente incongruità tra la documentazione versata in atti dall'impresa individuale S.C. Costruzioni di Stefan Constantin (ns. prot. 675/2016) e l'attestazione INPS di cui alla PEC 20 gennaio 2016 (ns. prot.1745/2016);
- con nota del 24 marzo 2016 (ns. prot. n. 7400/2016) i legali dell'impresa individuale S.C. Costruzioni di Stefan Constantin chiedevano il differimento del termine di cui al succitato art. 10 bis legge 241/1990, unitamente all'accesso agli atti;
- con nota del 5 aprile 2016 (ns. prot. n. 8215/2016), veniva concessa la proroga dell'anzidetto termine nonché veniva trasmessa la domandata documentazione in atti;
- con nota del 12 aprile 2016 (ns. prot. n. 8888 del 14.04.2016) i legali dell'impresa trasmettevano le proprie deduzioni difensive;
- con comunicazione a mezzo pec del 29 aprile 2016 (ns. prot. n. 10628/2016) la Direzione Provinciale INPS di Varese confermava le attestazioni negative già anticipate con la precedente comunicazione del 20 gennaio 2016 (ns. prot. n. 1745/2016), documentazione trasmessa (ns. prot. n. 10199/2.05.2016), ad integrazione di quanto già inviato in evasione all'istanza di accesso agli atti nonché della comunicazione ex art.10 bis della L. n. 241/1990 (ns. prot. n. 6467/2016) ai legali dell'aggiudicatario;

**CONSIDERATO** che:

---

- le disposizioni del D. Lgs. 12 aprile 2006 n. 163 (vecchio Codice dei Contratti Pubblici), sebbene abrogato dal D. Lgs. 18 aprile 2016 n. 50, recante la disciplina del nuovo Codice dei Contratti Pubblici, si continuano ad applicare, in regime transitorio normato dall'articolo 216, a tutti gli affidamenti aggiudicati prima della data di entrata in vigore del nuovo codice (19 aprile 2016) ed alle procedure negoziate indette prima del 20 aprile 2016;
- alla procedura di acquisizione in economia, tramite cottimo fiduciario, del servizio in argomento e al conseguente contratto si applicano dunque gli articoli 11 e 38 del D. Lgs. 12 aprile 2006 n. 163;
- l'articolo 38, comma 1, lettera i), del D. Lgs. 12 aprile 2006 n. 163 prescrive che sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento degli appalti di lavori, forniture e servizi, e non possono stipulare i relativi contratti, i soggetti «*che hanno commesso violazioni gravi, definitivamente accertate, alle norme in materia di contributi previdenziali e assistenziali, secondo la legislazione italiana o dello Stato in cui sono stabiliti*»;
- l'articolo 38, comma 2, quarto capoverso, del D. Lgs. 12 aprile 2006 n. 163 specifica che «*ai fini del comma 1, lettera i), si intendono gravi le violazioni ostative al rilascio del documento unico di regolarità contributiva di cui all'articolo 2, comma 2, del decreto-legge 25 settembre 2002, n. 210, convertito, con modificazioni, dalla legge 22 novembre 2002, n. 266*»;
- l'articolo 38, comma 3, secondo capoverso, del D. Lgs. 12 aprile 2006 n. 163 dispone che «*resta fermo per le stazioni appaltanti e per gli enti aggiudicatori l'obbligo di acquisire d'ufficio il documento unico di regolarità contributiva*» (nella parte modificata dall'art. 31, comma 2, lettera a), legge n. 98 del 2013);

**VISTO** l'articolo 31 della legge n. 98/2013 che ha apportato alcune modifiche alla disciplina in materia di Documento Unico di Regolarità Contributiva (DURC) nei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture di cui al D. Lgs. n. 163/2006, al fine di rendere più celere lo svolgimento dei rapporti contrattuali tra i privati e la Pubblica Amministrazione;

**CONSIDERATO** che la disciplina di cui all'articolo 31 Legge n. 98/2013 prevede che:

- il DURC “in corso di validità” debba essere acquisito: «a) per la verifica della dichiarazione sostitutiva relativa al requisito di cui all'articolo 38, comma 1, lettera i), del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163; b) per l'aggiudicazione del contratto ai sensi dell'articolo 11, comma 8, del decreto legislativo n. 163 del 2006; c) per la stipula del contratto; d) per il pagamento degli stati avanzamento dei lavori o delle prestazioni relative a servizi e forniture; e) per il certificato di collaudo, il certificato di regolare esecuzione, il certificato di verifica di conformità, l'attestazione di regolare esecuzione, e il pagamento del saldo finale»;
- la validità temporale del DURC acquisito per le ipotesi sopra elencate, è valido per la durata di 120 giorni dalla data del suo rilascio;
- la validità quadrimestrale del DURC riguarda in primo luogo il documento relativo alla verifica della dichiarazione sostitutiva del requisito di cui all'articolo 38, comma 1, lettera i), del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, espressamente considerato utile, se in corso di validità, anche per le ipotesi di aggiudicazione e per la stipula del contratto;

**DATO ATTO** alla luce di quanto evidenziato in premessa, è emersa l'assenza della regolarità contributiva in capo all'impresa S.C. Costruzioni di Constantin Stefan, e ciò sia al momento della presentazione dell'offerta, in data 24 marzo 2014, sia in fase di aggiudicazione, il 6 maggio 2014, sia al momento della stipulazione del contratto, il 5 agosto 2014;

**CONSIDERATO** che a fronte della predetta comunicazione, formulata dall'Ente ai sensi dell'art. 10 bis della Legge n. 241/1990 (prot. 6467/2016), i patroni dell'impresa S.C. Costruzioni di Stefan Constantin, rilevavano nella loro deduzioni difensive (prot. n. 8888 del 12.0.4.2016) quanto segue:

- in merito ai versamenti INAIL, secondo quanto dichiarato dall'impresa, gli stessi sarebbe avvenuti “in modo regolare”, sul rilievo che quando l'impresa stessa si accorse che “non sarebbe stata in grado di onorare la scadenza del pagamento in favore di INAIL” avrebbe proposto “istanza di dilazione in data 8 ottobre 2014, regolarmente accolta in pari data” ottenendo “per effetto di tale accoglimento” che INAIL fissasse “nuovi termini per l'adempimento, che l'impresa rispettava in toto, giungendo al saldo complessivo in data 16 ottobre 2015”;
- in merito all'irregolarità contributiva INPS eccepivano che “premesso che è già di per sé dunque difficile comprendere a cosa l'Ente previdenziale si riferisca nello specifico, si evidenzia che ancora una volta in data successiva all'aggiudicazione – al momento della quale come correttamente dichiarato dall'Impresa dunque vi era la più completa regolarità contributiva – è stata richiesta ed ottenuta una rateizzazione dei contributi dovuti: anche tale rateizzazione è stata in toto rappresentata ed i relativi pagamenti sono stati puntuali sino ad esaurimento del piano”;

**DATO ATTO** che dalle considerazioni in fatto e diritto di cui alla memoria difensiva sopra menzionata non è dato estrapolare elementi utili al fine dell'accoglimento dell'istanza proposta nell'interesse dell'impresa individuale S.C. Costruzioni di Stefan Constantin, non emergendo argomenti idonei a confutare l'assenza della contestata irregolarità contributiva, se non il riaffermato convincimento da parte dei succitati difensori dell'inesistenza della

stessa, circostanza questa negata dall'ulteriore certificazione INPS del 29 aprile 2016 (ns. prot. n. 10628/2016);

**ATTESO** che come evidenziato dalla giurisprudenza «ai sensi dell'art. 11, comma 8, del D. Lgs. n. 163/2006, la fase di verifica del possesso dei requisiti prescritti per la partecipazione alla gara può essere effettuata anche dopo l'adozione dell'aggiudicazione definitiva posto che la norma citata subordina l'efficacia dell'atto a tale adempimento.» (Sentenza TAR Roma, Sezione II ter del 09/05/2011 n. 3994);

**CONSIDERATO** che nel caso di specie, dall'insussistenza dei requisiti soggettivi discende la revoca dell'aggiudicazione definitiva di cui alla determinazione n. 619 del 06/05/2014, con la caducazione automatica degli effetti negoziali del contratto per la stretta consequenzialità funzionale intercorrente tra l'aggiudicazione e la stipulazione dello stesso;

**RICHIAMATA** in proposito la recente giurisprudenza formatasi sul punto (*ex multis* Cons. di Stato Adunanze Plenarie n. 5/2016 e n. 6/2016; Cons. di Stato, Sez. III, n. 1471/2016; Cons. di Stato, Sez. IV, n. 1557/2016) volta ad escludere la rilevanza di un eventuale adempimento tardivo dell'obbligazione contributiva né la possibilità di procedere a regolarizzazioni postume, assumendo particolare ed ulteriore rilievo, nella vicenda che qui ci occupa, l'assenza di qualsivoglia discrezionalità in capo alla stazione appaltante nel valutare la succitata irregolarità;

**DATO ATTO** che come correttamente osservato in dottrina non rilevarebbe nel caso di specie il principio di tutela del legittimo affidamento, rilevando in proposito il limite dell'auto responsabilità, «in forza del quale l'impresa che, volontariamente o colpevolmente si trovi in uno stato di irregolarità contributiva, non può invocare, a propria giustificazione, l'affidamento riposto in un DURC precedentemente emesso, che cristallizza una situazione di regolarità non più effettiva e attuale, a causa di errori imputabili all'impresa stessa.» (irrilevanza della regolarizzazione postuma in caso di DURC negativo; nota a Cons. St., Ad. Plen., 29 febbraio 2016, n. 5 di Vinicio Brigante in [www.iurisprudenzia.it](http://www.iurisprudenzia.it));

**ATTESO** che, in proposito, assume valenza di principio generale secondo la Corte di Giustizia, l'assunto secondo cui «*la sussistenza del requisito della regolarità fiscale e contributiva deve essere riguardata con riferimento insuperabile al momento ultimo per la presentazione delle offerte, a nulla rilevando una regolarizzazione successiva, la quale, pertanto, non potrà in alcun modo incidere sul dato della irregolarità ai fini della singola gara*» (CGUE, 9 febbraio 1996, C-226/04 e C-228/04);

**RITENUTO** in proposito di aderire all'orientamento giurisprudenziale espresso in ragione del quale «*l'irregolarità contributiva dell'aggiudicatario, seppure rilevata in epoca successiva alla presentazione della domanda di partecipazione alla gara, costituisce elemento impeditivo per l'affidamento dell'appalto. Se così non fosse, del resto, resterebbe consentita una ricostruzione virtuale della regolarità contributiva della concorrente, che la portata dell'art. 38 del Codice degli appalti continua ad escludere. La disposizione che introduce il preavviso di DURC negativo deve essere, quindi, intesa nel senso di evitare l'applicabilità alla ditta di sanzioni di diverso tipo nei confronti dell'ente previdenziale, ma senza alcuna ricaduta operativa sulle disposizioni che regolano la partecipazione alle pubbliche gare di appalto, in quanto non può virtualmente attribuire una regolarità contributiva ad una impresa che ne era originariamente priva.* T.A.R. Campania, Napoli, Sez. IV, 2 luglio 2014, n. 3619»;

**ATTESO** che sempre secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale «*La regolarità contributiva è requisito indispensabile non solo per la partecipazione alla gara ma anche per la stipulazione del contratto (cfr. T.A.R. Umbria 12 aprile 2006, n. 221, T. A.R. Abruzzo, Pescara, 7 aprile 2005, n. 173, Cons. Stato, Sez. IV, 27 dicembre 2004, n. 8215).* Per conseguenza, l'impresa deve essere in regola con i relativi obblighi fin dalla presentazione della domanda e conservare tale regolarità per tutto lo svolgimento della procedura di gara.» in quanto «*La cosiddetta correttezza contributiva non costituisce un dato che possa essere temporaneamente frazionato, in quanto attiene alla diligente condotta dell'impresa in riferimento a tutte le obbligazioni contributive sia relative a periodi precedenti sia maturate nel periodo in cui è stata espletata la gara. La regolarità contributiva nei confronti degli enti previdenziali costituisce, infatti, indice rivelatore della correttezza dell'impresa nei rapporti con le proprie maestranze e deve, pertanto, poter essere apprezzata in relazione a tutti i periodi durante i quali l'impresa stessa era tenuta ad effettuare i relativi versamenti (T.A.R. Basilicata Potenza, 27 agosto 2001, n. 667, T.A.R. Lazio Sez. II 24.1.2007, n. 484).*» (TAR Lazio, Roma sez. II, Sentenza 5 novembre 2009, n. 10877);

**DATO ATTO** che il caso di specie non rientra né nella disciplina dell'articolo 134 ex decreto legislativo n. 163/2006, che disciplina il potere di recesso dal contratto in capo alla stazione appaltante, fondato su una diversa sopraggiunta valutazione dell'interesse pubblico, né nel regime di cui all'articolo 21 *quinques* ex legge n. 241/1990, disposizione di portata generale e volta a disciplinare la revoca del provvedimento amministrativo, subordinatamente al verificarsi (alternativamente) di: sopravvenuti motivi di interesse pubblico, mutamento della situazione di fatto, nuova valutazione dell'interesse pubblico;

**CONSIDERATO** che alla luce di quanto precede se appare inudibile la revoca dell'atto di aggiudicazione definitiva di cui si è dianzi fatta menzione appare altrettanto evidente che il predetto provvedimento non possa che avere efficacia ex nunc, facendo salve le prestazioni rese *medio tempore* dalla ditta aggiudicataria tra la data di stipula del contratto e la data di cessazione dei suoi effetti, decorrente dalla comunicazione di intervenuta esecutività del presente provvedimento;

#### **DETERMINA**

per le motivazioni enunciate:

1. **DI REVOCARE** la determinazione del Servizio Manutenzione n. 619 del 06/05/2014, stante la verificata
-

insussistenza alla data della medesima dei requisiti soggettivi di cui all'art. 38, comma 1, lettera i), del D.Lgs. 12/4/2006 n. 163, in capo all'impresa individuale S.C. Costruzioni di Stefan Constantin di Dumenza da ciò discendendo la caducazione degli effetti negoziali del contratto stante la stretta consequenzialità funzionale intercorrente tra l'atto di aggiudicazione e la stipulazione dello stesso;

2. **DI DARE ATTO** che il presente provvedimento non assume efficacia retroattiva, ragione per la quale sono fatte salve le prestazioni già rese dalla ditta aggiudicataria dalla data di stipula del contratto sino alla data di comunicazione di intervenuta esecutività del presente provvedimento.
3. **DI TRASMETTERE**, a mezzo pec, il presente provvedimento all'impresa individuale S.C. Costruzioni di Stefan Constantin di Dumenza.
4. **DI COMUNICARE** l'adozione del presente provvedimento all'ANAC – Ufficio Vigilanza Lavori.

**Il Dirigente Responsabile**  
**atto sottoscritto digitalmente**

---