

DURC scaduto e omessa produzione del PassOE: il “sì” del C.d.S. alla sanatoria mediante soccorso istruttorio.

di Francesca Diomeda

Data di pubblicazione: 31-10-2017

1. Nel caso in cui il DURC prodotto in corso di gara sia venuto a scadere prima della scadenza del termine fissato per la presentazione delle offerte, la stazione appaltante può verificare la regolarità della posizione contributiva dell'impresa disponendo l'acquisizione, mediante soccorso istruttorio, del documento aggiornato.

2. Deve ritenersi legittima la decisione della stazione appaltante di consentire a una ditta di regolarizzare, mediante soccorso istruttorio, la propria offerta carente del cd. PassOE. La mancata produzione di siffatto documento in sede di gara integra invero una mera carenza documentale e non anche un'ipotesi di irregolarità essenziale.

Conforme T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 30 giugno 2017, n. 7520; Cons. Stato, sez. V, 4 maggio 2017, n. 2036; Idem, 28 dicembre 2016, n. 5485; T.A.R. Campania, Napoli, sez. II, 6 aprile 2016, n. 1682. Non sono stati rinvenuti precedenti difformi.

N. 04506/2017REG.PROV.COLL.

N. 05013/2016 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

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 5013 del 2016, proposto da:

Grafica Fonsor s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Felice Laudadio, Miranda Catello e Maria Di Foggia, con domicilio eletto presso lo studio del primo in Roma, via G. Belli, n. 39;

contro

Fondazione Teatro San Carlo s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocatura generale dello Stato, presso i cui uffici in Roma, via dei Portoghesi, n. 12, è elettivamente domiciliata;

nei confronti di

Rossi s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. CAMPANIA – NAPOLI, SEZIONE IV n. 02473/2016, resa tra le parti, concernente l'aggiudicazione della gara per il servizio stampa dei volumi relativi ai programmi di sala per gli spettacoli della Fondazione Teatro San Carlo;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Fondazione Teatro San Carlo s.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 27 luglio 2017 il Cons. Valerio Perotti e uditi per le parti l'avvocato Laudadio e l'avvocato dello Stato Fiorentino;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con avviso pubblico del 28 dicembre 2015, la Fondazione Teatro San Carlo indiceva un'indagine di mercato ai sensi dell'art. 125 d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, per l'affidamento del servizio di stampa dei volumi relativi ai programmi di sala per i propri spettacoli, per l'importo massimo di euro 50.000,00.

Quale criterio di aggiudicazione veniva individuato quello del prezzo più basso rispetto all'importo massimo indicato.

Nella seduta di gara del 12 gennaio 2016 la Commissione rilevava nell'offerta della Grafica Rossi s.r.l. la mancanza della documentazione relativa all'iscrizione nell'Albo dei fornitori della Fondazione per la categoria richiesta dal bando, nonché del documento PASS dell'Operatore Economico (cd. PassOE) di cui all'art. 2 comma 3.2 della delibera AVCP n. 111 del 20 dicembre 2012.

Veniva altresì riscontrato un errore materiale, ai fini dell'imponibile Iva, del fatturato globale relativo agli ultimi tre esercizi, con specificazione delle ultime annualità, ed infine il DURC prodotto, in quanto scaduto il 9 gennaio 2016, non era in corso di validità.

La Commissione di gara non escludeva però la ditta dalla gara, ma la invitava a regolarizzare la suddetta documentazione.

In data 17 febbraio 2016 la Commissione si riuniva nuovamente, dando atto dell'avvenuta integrazione della documentazione richiesta da parte della Rossi s.r.l. (nulla però specificando in ordine al DURC) e della correzione dell'errore materiale contenuto nell'indicazione del fatturato.

All'esito della valutazione delle offerte economiche, il servizio veniva infine aggiudicato alla Rossi s.r.l., per aver offerto il miglior prezzo di euro 38.220,00.

La società Grafica Fonsor s.r.l., che aveva invece presentato un'offerta di euro 48.198,00, proponeva a tal punto ricorso al Tribunale amministrativo della Campania avverso l'aggiudicazione ed i precedenti provvedimenti con i quali era stata disposto il soccorso istruttorio in favore della Rossi s.r.l., deducendo i seguenti motivi di legittimità:

1) violazione degli artt. 38 e 46 d.lgs. n. 163 del 2006, atteso che l'aggiudicataria aveva presentato un DURC invalido e che tale documento non poteva essere né integrato, né ripresentato, ostandovi la natura dello stesso;

2) come previsto dal bando, la documentazione relativa ad iscrizione nell'Albo dei fornitori della

Fondazione per la categoria richiesta dal bando, il documento PassOE ed il DURC dovevano essere prodotti a pena di esclusione; nonostante ciò, nella seduta di gara del 12 gennaio 2016 la Commissione, dopo aver rilevato la mancanza della predetta documentazione, ometteva di escludere l'impresa dalla gara e incomprensibilmente la invitava a trasmettere la documentazione mancante ed a regolarizzare il presunto errore materiale circa l'indicazione del fatturato;

3) con istanza del 5 febbraio 2016, reiterata in data 2 marzo 2016, la Grafica Fonsor s.r.l. chiedeva di accedere al verbale della commissione del 12 gennaio 2016 ed all'offerta presentata dalla Rossi

s.r.l.; tale istanza non otteneva risposta, sicché la richiedente non poteva rendersi conto delle carenze della domanda di partecipazione presentata dalla Rossi s.r.l., né verificare il corretto operare della Commissione sia sotto il profilo della valutazione di ammissibilità del soccorso

istruttorio, sia sotto quello dell'inserimento, da parte della Rossi s.r.l., nella propria offerta, di tutti gli elementi, documentazione e dichiarazioni necessarie all'ammissione alla gara.

Si costituiva in giudizio la Fondazione Teatro San Carlo, eccependo preliminarmente l'inammissibilità del ricorso per carenza di interesse e chiedendone comunque il rigetto per evidente infondatezza.

Con sentenza 17 maggio 2016, n. 2473, il Tribunale amministrativo della Campania rigettava il ricorso.

Avverso tale decisione la Grafica Fonsor s.r.l. interponeva appello, articolato nei seguenti motivi, sostanzialmente riproduttivi delle cesure già formulate nel precedente grado di giudizio:

Error in procedendo et in iudicando in relazione al d.lvo 163/06 – Omesso/errono esame di un punto decisivo della controversia – Violazione del principio della domanda ex art. 112 cpc in comb. disp. con l'art. 120 d.lvo 104/10 – sull'irregolarità del DURC;

Error in procedendo et in iudicando in relazione al d.lvo 163/06 – Omesso/erroneo esame di un punto decisivo della controversia – Violazione del principio della domanda ex art. 112 cpc in comb. disp. con l'art. 120 d.lvo 104/10 – sulla carenza del requisito del possesso del Documento PASS OE e dell'iscrizione all'Avcpass;

Error in procedendo et in iudicando in relazione al d.lvo 163/06 – Omesso/errono esame di un punto decisivo della controversia – Violazione del principio della domanda ex art. 112 cpc in comb. disp. con l'art. 120 d.lvo 104/10 – avendo il primo giudice omesso in toto di scrutinare il terzo motivo di ricorso.

La Fondazione Teatro San Carlo si costituiva in giudizio, chiedendo il rigetto del gravame poiché infondato.

Con decreto 22 giugno 2016, n. 2281, il Presidente della V Sezione del Consiglio di Stato respingeva l'istanza di misure cautelari monocratiche per carenza dei presupposti di legge.

Successivamente le parti ulteriormente illustravano con apposite memorie le proprie rispettive tesi difensive, ed all'udienza del 27 luglio 2017 la causa passava in decisione.

DIRITTO

1. Con il primo motivo di appello viene dedotta la violazione, da parte della stazione appaltante, degli artt. 38 e 46 del d.lgs. 163 del 2006, per la omessa esclusione dalla gara della Rossi s.r.l. che aveva presentato un DURC non più in corso di validità, essendo venuto a scadere il 9 gennaio 2016, ossia due giorni prima della scadenza del termine per presentare le offerte.

Ciò anche sulla base della delibera n. 11 del 2010 dell'allora AVCP, che ostava a qualsiasi integrazione o ripresentazione del documento in questione tramite soccorso istruttorio.

L'appellante sostiene inoltre che, nel caso di specie, l'invito alla regolarizzazione sarebbe funzionale alla verifica del possesso dei requisiti di partecipazione auto-dichiarati dall'interessato, ai sensi dell'art. 38 d.lgs. n. 163 del 2006, di talché non potrebbe comunque trovare applicazione la giurisprudenza amministrativa in materia di invito alla regolarizzazione del DURC.

Ad avviso dell'appellante, infatti, non si sarebbe trattato di regolarizzare un documento, quanto piuttosto *“la propria posizione debitoria nei confronti dell'ente previdenziale”*. Del resto, in applicazione del principio di diritto enunciato da Cons. Stato, Ad. plen. 31 maggio 2016, n. 10, il DURC non sarebbe mai *“sanabile”* ove irregolare (*recte*, negativo).

Inoltre il soccorso in questione avrebbe comportato un'evidente violazione della *par condicio* tra i partecipanti alla gara (c.d. regolarizzazione postuma, giusta Cons. Stato, Ad. plen., 25 febbraio 2014, n. 9), né potrebbe essere utilizzato quale strumento *“per l'acquisizione, in gara, di un requisito o di una condizione di partecipazione mancante al termine di presentazione dell'offerta”*.

Le argomentazioni dell'appellante non sono persuasive.

Invero, nel caso di specie non si era in presenza di un DURC *“irregolare”* o negativo, attestante cioè il mancato versamento, in tutto o in parte, dei contributi previdenziali a favore dei lavoratori dipendenti, bensì di un documento del tutto regolare (non presentava infatti alcuna omissione contributiva), ma venuto a scadenza in prossimità (di fatto, nell'imminenza) dello scadere del termine per presentare le offerte.

Il DURC inizialmente presentato dalla Rossi s.r.l., dunque, doveva più precisamente considerarsi incompleto, dal momento che, pur essendo regolare e valido al momento del deposito presso la stazione appaltante, non consentiva però di stabilire se, al momento in cui era venuto a scadere il termine entro cui potevano essere presentate le offerte, lo stesso fosse ancora regolare.

Nel caso su cui si verte, non poteva a rigore parlarsi di violazione dell'art. 38, comma 1, lett. i) del d.lgs. n. 163 del 2006, atteso che – come evidenziato dalla richiamata Adunanza Plenaria n. 9 del 2014 – tale norma preclude la partecipazione alle gare di quelle imprese che non sono in regola con l'assolvimento degli obblighi previdenziali al momento della presentazione dell'offerta e che non abbiano mantenuto tale condizione fino al momento della stipula del contratto.

Nel caso di specie, non si era in presenza di una situazione di tal genere (non potendosi qualificare come falsa l'autodichiarazione della Rossi s.r.l.), ma si versava piuttosto nell'obiettivo incertezza se il requisito in questione – inizialmente documentato – fosse stato mantenuto invariato sino al momento della scadenza del termine per la presentazione delle offerte.

A fronte di ciò, la scelta della stazione appaltante di verificare la regolarità o meno della posizione contributiva della Rossi s.r.l. acquisendo il DURC aggiornato appare corretta, così

come la decisione di mantenerla in gara una volta preso atto del permanere di tale regolarità.

2. Neppure è fondato il secondo motivo di appello, con il quale viene censurata la decisione della stazione appaltante di consentire alla Rossi s.r.l. di regolarizzare la propria offerta mancante del cd. PassOE (*Pass dell'Operatore Economico*) di cui all'art.2, comma 3.2, della delibera AVCP n.11 del 20 dicembre 2012, documento che peraltro l'art. 7 dell'avviso di gara richiedeva a pena di esclusione.

Trova applicazione, al riguardo, il precedente di Cons. Stato, V, 4 maggio 2017, n. 2036, a mente del quale occorre tener conto sia della natura di tale documento, sia del principio generale di tassatività delle cause di esclusione dalle gare (ex art. 46, comma 1-*bis* del d.lgs n. 163 del 2006, applicabile *ratione temporis*).

Sotto il primo profilo, il cd. PassOE altro non è che uno strumento elettronico attraverso cui l'operatore economico può essere verificato per mezzo del sistema ACVPass con il quale la stazione appaltante assolve all'obbligo di provvedere direttamente, presso gli enti certificanti convenzionati con l'ANAC, all'acquisizione dei documenti necessari alla verifica dei requisiti autodichiarati dai concorrenti in sede di gara.

In breve, attraverso un'interfaccia *web* e la cooperazione applicativa dei vari enti certificanti, l'amministrazione può accedere in formato elettronico ai documenti posti a comprova delle dichiarazioni del concorrente.

Sotto il secondo profilo – in base al quale è precluso alle stazioni appaltanti di prevedere cause di esclusioni diverse ed ulteriori rispetto a quelle previste dalla normativa di riferimento – va chiarito che il *Codice dei contratti*(articolo 6-bis), non indica il possesso del PassOE quale requisito di partecipazione previsto a pena di esclusione dalla procedura concorsuale; neppure può ritenersi, sotto il profilo operativo e funzionale, che lo stesso si configuri come elemento essenziale, incidente sulla *par condicio* dei concorrenti.

Per l'effetto deve concludersi che, nel caso di specie, la mancata produzione del PassOE in sede di gara integri una mera carenza documentale e non anche un'ipotesi di irregolarità essenziale: il PassOE non solo non costituisce quindi causa di esclusione del concorrente dalla procedura, ma può essere prodotto in un momento successivo a seguito di "soccorso istruttorio" – regolarizzando così la documentazione – senza che da ciò derivi, tra l'altro, la necessità per la stazione appaltante di applicare alcuna sanzione pecuniaria.

A ciò aggiungasi che la lettera del citato art. 7 si riferisce ragionevolmente alla documentazione attestante il possesso dei requisiti di partecipazione.

3.Quanto infine al terzo motivo di appello – con cui viene riproposto il terzo motivo di ricorso, sul quale il primo giudice aveva effettivamente omesso di pronunciarsi – occorre considerare con attenzione l'oggetto specifico dell'istanza di accesso a suo tempo proposta dall'odierna appellante.

Risulta dagli atti che la Grafica Fonsor s.r.l. aveva chiesto copia del verbale della Commissione

del 12 gennaio 2016, nonché dell'offerta presentata dall'aggiudicataria (Rossi s.r.l.).

Alla luce di una tale generica indicazione risulta convincente il rilievo della stazione appaltante secondo cui – non avendo il richiedente fatto cenno alcuno anche alla documentazione che la controinteressata aveva allegato alla propria offerta e che era stata inserita nelle tre buste che secondo quanto previsto dall'art.6 dell'avviso ad essa andavano allegate – la stessa non era a rigore oggetto di istanza di accesso.

La “proposta economica”, ai sensi dell'art.5 dell'avviso di gara, doveva “*essere formulata, a pena di esclusione, indicando l'importo in cifre e lettere del prezzo complessivo offerto. Non saranno prese in considerazione offerte in aumento*”.

E' dunque plausibile che, avendo l'appellante genericamente richiesto l'offerta presentata dalla controinteressata, avesse titolo ad accedere alla sola proposta economica e non anche agli ulteriori allegati, per i quali avrebbe dovuto formulare una richiesta più precisa ed analitica.

4. Conclusivamente l'appello va dunque respinto.

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

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

Condanna l'appellante Grafica Fonsor s.r.l. al pagamento, in favore della Fondazione Teatro San Carlo, delle spese di lite, che liquida in euro 5.000,00 (cinquemila/00), oltre oneri di legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 27 luglio 2017 con l'intervento dei magistrati:

Carlo Saltelli, Presidente

Roberto Giovagnoli, Consigliere

Claudio Contessa, Consigliere

Valerio Perotti, Consigliere, Estensore

Francesco Gambato Spisani, Consigliere

Guida alla lettura

L'oggetto della pronuncia

La sentenza in epigrafe fornisce importanti precisazioni in ordine all'**ambito oggettivo di applicazione del soccorso istruttorio**, in particolar modo chiarendo se lo stesso sia utilizzabile allorquando in sede di gara venga in rilievo la **mancata produzione, da parte di un'impresa, del cd. PassOE**, nonché l'**allegazione di un DURC venuto a scadere in prossimità della scadenza del termine fissato per la presentazione delle offerte di gare**.

Analisi del caso

Nel caso di specie, una società, classificatasi al secondo posto nella graduatoria stilata a seguito dell'espletamento di una gara svoltasi fra i partecipanti a un'indagine di mercato ex art. 125, d.lgs. n. 163/2006, era insorta dinanzi al competente T.A.R. chiedendo l'annullamento dell'aggiudicazione disposta nei confronti della prima classificata.

Fra le censure fatte valere, anzitutto quella concernente la **violazione degli artt. 38 e 46, d.lgs. n. 163/2006**. Nel dettaglio, l'impresa ricorrente aveva evidenziato come la stazione appaltante, a fronte della produzione, da parte dell'aggiudicataria, di un **DURC non più in corso di validità**, invece di procedere all'esclusione della stessa, avesse consentito all'impresa di sanare la propria posizione. E tanto, in spregio al consolidato principio giurisprudenziale alla cui stregua doveva ritenersi esclusa qualsiasi integrazione o ripresentazione del DURC tramite soccorso istruttorio.

A tale censura, aveva fatto seguito quella riguardante l'utilizzo del soccorso istruttorio per la sanatoria della mancata produzione, da parte dell'impresa risultata poi vincitrice, del cd. PassOE. Al riguardo, la ricorrente aveva in particolar modo osservato come - essendo il predetto documento richiesto dall'avviso di gara a pena di esclusione - la stazione appaltante, rilevata la mancata allegazione dello stesso, avrebbe dovuto procedere all'esclusione dell'impresa, senza concederle la possibilità di regolarizzare la propria posizione.

Il Tribunale di prime cure aveva respinto il gravame sotto entrambi i profili, sul rilievo per cui fosse possibile disporre la regolarizzazione (mediante soccorso istruttorio) della posizione di un'impresa partecipante a una gara tanto nel caso di produzione, da parte della stessa, di un DURC prossimo alla scadenza, quanto in quello di omessa allegazione del cd. PassOE.

Avverso tale *decisum* ha proposto appello l'originaria ricorrente, in sostanza riproducendo le censure fatte valere dinanzi al Giudice di prima istanza.

Il C.d.S., muovendo dall'analisi di quella concernente l'omessa esclusione dalla gara dell'impresa prima classificata per avere la stessa presentato un DURC non più in corso di validità, ha da subito rilevato come, con riferimento al caso sottopostogli, non potesse a rigore discorrersi di violazione dell'**art. 38, comma 1, lett. i), d.lgs. n. 163/2006**. Siffatta norma - ha proseguito, invero, Palazzo Spada - preclude la partecipazione alle gare di quelle imprese che non sono in regola con l'assolvimento degli obblighi previdenziali al momento della

presentazione dell'offerta e che non abbiano mantenuto tale condizione fino al momento della stipula del contratto.

Senonché, non era questa la situazione configuratasi nella fattispecie sottoposta al suo scrutinio, con riferimento alla quale era difatti pacifico che l'aggiudicataria, al momento della presentazione dell'offerta, fosse in regola con l'assolvimento degli obblighi previdenziali e assistenziali.

Dubbio era invece se il requisito in questione fosse stato mantenuto sino alla scadenza del termine per la presentazione delle offerte, atteso che il DURC, **regolare e valido al momento del deposito presso la stazione appaltante**, era venuto a scadere due giorni prima della scadenza del termine fissato per la presentazione delle offerte.

In sostanza, nel caso di specie la stazione appaltante non si era trovata a confrontarsi con un **DURC "irregolare" o negativo**, attestante cioè il mancato versamento, in tutto o in parte, dei contributi previdenziali a favore dei lavoratori dipendenti, quanto piuttosto con un **DURC "incompleto"**, considerato ch'esso, pur essendo regolare e valido al momento del deposito, non consentiva di stabilire se, al momento in cui era venuto a scadere il termine entro cui potevano essere presentate le offerte, l'impresa fosse ancora in regola con l'assolvimento degli obblighi previdenziali e assistenziali.

Di talché, il C.d.S., una volta precisato come l'attivazione del soccorso istruttorio nella seconda delle due evenienze citate non si traduca, a differenza che nella prima, in una **(non consentita) regolarizzazione postuma della posizione previdenziale dell'impresa**, ha reputato corretta la scelta della stazione appaltante di verificare la regolarità della posizione contributiva della società prima classificata acquisendo il DURC aggiornato, così come la decisione di mantenerla in gara una volta preso atto del permanere di tale regolarità.

Parimenti infondata è stata ritenuta la censura riguardante la decisione della stazione appaltante di consentire all'aggiudicataria di regolarizzare la propria offerta carente del cd. PassOE.

Al riguardo, il G.A., ponendosi nel solco di un consolidato orientamento giurisprudenziale, ha difatti rilevato come la mancata produzione del PassOE in sede di gara integri una **mera carenza documentale e non anche un'ipotesi di irregolarità essenziale** (analogamente, sul punto, T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 30 giugno 2017, n. 7520; Cons. Stato, sez. V, 4 maggio 2017, n. 2036; *Idem*, 28 dicembre 2016, n. 5485; T.A.R. Campania, Napoli, sez. II, 6 aprile 2016, n. 1682). Con la conseguenza – ha proseguito il C.d.S. – che deve ritenersi possibile, per la stazione appaltante che si avveda della mancanza del PassOE, richiedere (come appunto era avvenuto nel caso di specie) la produzione dello stesso in via di soccorso istruttorio.

Il Collegio ha tra l'altro evidenziato come una diversa opzione interpretativa, tesa a ritenere illegittima la decisione della stazione appaltante di consentire la regolarizzazione di un'offerta di gara carente del PassOE, si porrebbe in contrasto con il **principio generale di tassatività delle cause di esclusione dalle gare** di cui all'art. 46, comma 1-*bis* del d.lgs n. 163/2006 *ratione temporis* applicabile al caso di specie. All'origine di tale assunto, il rilievo per cui

l'art. 6-*bis*, d.lgs. n. 163/2006 non indica il possesso del PassOE quale **requisito di partecipazione previsto a pena di esclusione dalla procedura concorsuale**.

Sulla scorta delle esposte argomentazioni, il **Collegio ha respinto l'appello**.

Considerazioni conclusive

Le conclusioni attinte dalla pronuncia qui rassegnata, benché calibrate sulle disposizioni al riguardo dettate dal d.lgs. n. 163/2006 – queste in vigore al momento dell'indizione della procedura scrutinata dal C.d.S. - paiono mantenere intatta la propria validità anche ove raffrontate con l'assetto in materia delineato dal nuovo codice.

Sul proposito, giova anzitutto rilevare come il d.lgs. n. 50/2016, una volta inserita, tra le **cause di esclusione di cui all'art. 80**, quella concernente le violazioni gravi e definitivamente accertate degli obblighi attinenti al pagamento dei contributi previdenziali, sancisce la non operatività della stessa per l'operatore economico che abbia ottemperato ai suoi obblighi **pagando o impegnandosi in modo vincolante a pagare i contributi previdenziali dovuti**, compresi eventuali interessi o multe, purché il pagamento o l'impegno siano stati formalizzati prima della scadenza del termine per la presentazione delle domande (cfr. art. 80, comma 4, d.lgs. n. 50/2016).

Donde, ferme restando le argomentazioni fatte valere dal C.d.S. nella pronuncia in commento circa la possibilità, per la stazione appaltante, di disporre la regolarizzazione di un DURC scaduto, nel vigore del nuovo codice è lo stesso assetto normativo a far propendere per la cennata soluzione.

Invero, a fronte di un contesto che, diversamente dal previgente, finanche consente la partecipazione alle procedure di gara di quegli operatori economici che, pur non essendo in regola con l'assolvimento degli obblighi previdenziali e assistenziali al momento della presentazione dell'offerta, abbiano nondimeno ottemperato ai loro obblighi o si siano impegnati a farlo, pagando o impegnandosi in modo vincolante prima della scadenza del termine per la presentazione della domanda, **parrebbe quantomeno contraddittorio** ritenere che la stazione appaltante, trovatasi dinanzi a un DURC venuto a scadere in prossimità della scadenza del termine fissato per la presentazione delle offerte, debba invece disporre l'esclusione dell'impresa interessata, senza prima procedere alla verifica circa la permanenza della regolarità contributiva. Tale evenienza, ove accertata, attesterebbe difatti l'esistenza in favore della stessa di un **indice di affidabilità, diligenza, e serietà** comunque maggiore rispetto a quello riscontrabile nei confronti di un'impresa che, benché impegnatasi, entro il termine per la presentazione delle domande, alla regolarizzazione della sua posizione, risulti a tale momento comunque inadempiente rispetto agli obblighi contributivi.

Quanto all'ulteriore profilo esaminato dalla sentenza in epigrafe, vero è che il nuovo codice prevede il **superamento del sistema AVCpass** istituito dalla **deliberazione dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici n. 111 del 20 dicembre 2012**, questa emanata in

attuazione del previgente art. 6-*bis* del d.lgs. n. 163/2006.

Il riferimento è in particolare all'**art. 81, d.lgs. n. 50/2016**, il quale dispone che la documentazione comprovante il possesso dei requisiti di carattere generale, tecnico-professionale ed economico e finanziario, per la partecipazione alle procedure disciplinate codice e per il controllo in fase di esecuzione del contratto della permanenza dei suddetti requisiti, venga acquisita esclusivamente attraverso **la Banca dati centralizzata gestita dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti**, denominata "Banca dati nazionale degli operatori economici".

Tuttavia, il decreto del MIT, cui il comma 2 del citato art. 81 affida l'indicazione dei dati concernenti la partecipazione alle gare e il loro esito, in relazione ai quali è obbligatoria l'inclusione della documentazione nella Banca dati, nonché dei documenti diversi da quelli per i quali è prevista l'inclusione e delle modalità di presentazione, dei termini e delle regole tecniche per l'acquisizione, l'aggiornamento e la consultazione dei predetti dati, non risulta allo stato ancora adottato.

Di talché, per la verifica del possesso dei requisiti degli operatori economici continua frattanto a utilizzarsi la banca dati AVCpass gestita dall'ANAC (così l'art. 216, comma 13, d.lgs. n. 50/2016 cui l'art. 81, comma 2 del medesimo decreto fa richiamo). Nel dettaglio, come precisato dal Presidente dell'*Authority* nel **comunicato del 4 maggio 2016**, fino all'adozione del citato decreto, deve ritenersi attuale la **deliberazione n. 157 del 17 febbraio 2016** (di aggiornamento della deliberazione innanzi citata, la n. 111 del 2012). Con la conseguenza che, sino a tale momento, l'utilizzo di AVCpass deve avvenire in conformità alle prescrizioni in essa contenute.

Evidente è dunque come, in un contesto sì tratteggiato, **la *questio* concernente la mancata produzione del cd. PassOE**, ossia del documento che attesta che l'operatore economico può essere verificato tramite il sistema AVCpass, possa sorgere anche con riferimento a procedure di gara ricadenti nell'alveo applicativo del nuovo codice. Ove ciò accada, nulla esclude che i giudici diano continuità all'indirizzo giurisprudenziale fatto proprio dal C.d.S. nella pronuncia qui esaminata. Difatti, il d.lgs. n. 50/2016, ponendosi in linea di sostanziale continuità con il codice previgente, non manca di codificare il **principio di tassatività delle cause di esclusione**. Nel dettaglio, è il **comma 8 dell'art. 83** a prevedere che i bandi e le lettere di invito non possano contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione rispetto a quelle previste dal codice e da altre disposizioni di legge vigenti, soggiungendo che dette prescrizioni, ove inserite, debbano ritenersi nulle.