

APPALTI - DURC - IRREGOLARITA' CONTRIBUTIVA - REGOLARIZZAZIONE POSTUMA - INAMMISSIBILE

L'assenza del requisito di regolarità contributiva comporta l'esclusione del concorrente inadempiente. A nulla vale la regolarizzazione postuma.

L'incameramento della cauzione provvisoria, in conseguenza dell'esclusione, è finalizzato a responsabilizzare i concorrenti in ordine alle dichiarazioni rese e a garantire la serietà e l'affidabilità dell'offerta.

Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza n.3384/2018

Publicato il 05/06/2018

N. 03384/2018REG.PROV.COLL.

N. 03608/2017 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 numero di registro generale 3608 del 2017, proposto da:
Poste Italiane s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Angelo Clarizia, Andrea Sandulli, Marco Filippetto, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Angelo Clarizia in Roma, via Principessa Clotilde, 2;

contro

R.T.I. Nexive s.p.a., con mandanti le imprese Nexive s.c. a r.l. e Consorzio Stabile Olimpo, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Stefano Vinti, Manuela Teoli, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Stefano Vinti in Roma, via Emilia, 88;

nei confronti

Consip s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Andrea Guarino, Cecilia Martelli, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Andrea Guarino in Roma, piazza Borghese, 3;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. LAZIO - ROMA: SEZIONE II n. 04938/2017, resa tra le parti, concernente, per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

- la nota Consip prot. 29888/2016 del 13 dicembre 2016 notificata via PEC alla ricorrente in pari data con cui è stata disposta l'esclusione del RTI guidato da Nexive s.p.a. dalla gara per "l'affidamento dei servizi postali del Ministero dell'Economia e delle Finanze" – Lotto 1, nonché è stata disposta l'escussione della relativa garanzia provvisoria;
- il provvedimento di esclusione e di escussione della cauzione provvisoria e dei verbali di gara in cui tali determinazioni siano state assunte, (allo stato non conosciuti);
- la nota Consip prot. 22391 del 20 settembre 2016 notificata via PEC alle ricorrenti in pari data;
- ogni altro atto ad essi preordinato, presupposto, consequenziale e/o comunque connesso.

Per quanto riguarda il ricorso incidentale presentato da CONSIP s.p.a. il 16\6\2017 :

per la riforma, previa sospensione della sentenza del Tar Lazio, Roma, Sez. II[^], n. 4938 del 27 aprile 2017.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del R.T.I. Nexive s.p.a. e di Consip s.p.a.;

Visto l'appello incidentale della Consip s.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 18 gennaio 2018 il Cons. Stefano Fantini e uditi per le parti gli avvocati Clarizia, Teoli e Martelli;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1.- Poste Italiane s.p.a. ha interposto appello nei confronti della sentenza 27 aprile 2017, n. 4938 del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, sez. II, con la quale, disposta l'estromissione dal giudizio del Ministero dell'Economia e delle Finanze per difetto di legittimazione passiva, è stato accolto il ricorso proposto dal R.T.I. Nexive s.p.a. avverso il provvedimento della Consip in data 13 dicembre 2016 disponente la sua esclusione dal procedimento di gara per "l'affidamento dei servizi postali del Ministero dell'Economia e delle Finanze", lotto 1, l'escussione della cauzione provvisoria, nonché avverso il provvedimento in data 20 dicembre 2016 di aggiudicazione del lotto a Poste Italiane.

All'esito del procedimento per l'affidamento dei servizi postali del Ministero dell'Economia e delle Finanze (secondo il criterio di aggiudicazione del prezzo più basso) è risultato primo graduato, per entrambi i lotti, il R.T.I. Nexive. In sede di verifica del possesso dei requisiti Consip ha accertato che la consorziata Ala Post s.r.l., indicata come esecutrice dal consorzio stabile Nexive s.c. a r.l., era priva del requisito della regolarità contributiva di cui all'art. 38, comma 1, lett. i, del d.lgs. n. 163 del 2006, come attestato dal d.u.r.c. negativo in relazione alla posizione I.N.P.S. ("per omessa e/o incompleta presentazione delle denunce obbligatorie mensili o periodiche e/o per denunce che presentano dati incongruenti").

In ragione di ciò Consip ha escluso Nexive dalla gara nella considerazione che il requisito della regolarità contributiva deve permanere ininterrottamente per tutta la

durata della procedura, aggiudicando definitivamente a Poste Italiane entrambi i lotti.

Con il ricorso in primo grado il R.T.I. Nexive ha impugnato la sua esclusione con escussione della cauzione provvisoria, nonché il provvedimento di aggiudicazione, allegando che il d.u.r.c. irregolare alla data del 21 marzo 2016, superato dal d.u.r.c. regolare del 19 aprile successivo, era dipeso dalla tardiva trasmissione unificata dei dati retributivi e contributivi dell'impresa; in ogni caso l'irregolarità non poteva ritenersi definitivamente accertata, avendo Ala Post proposto (in data 14 giugno 2016) ricorso avverso il d.u.r.c. dinanzi al Tribunale del lavoro di Monza; illegittima e sproporzionata sarebbe anche l'escussione della cauzione.

2.- La sentenza appellata, muovendo dalla premessa secondo cui la parte legittimata può censurare il d.u.r.c. negativo sia nell'ambito del giudizio amministrativo avente ad oggetto il provvedimento di esclusione, sia dinanzi al giudice ordinario (per ottenere l'accertamento della regolarità della propria posizione contributiva), ha accolto il ricorso nell'assunto che il ricorso proposto da Ala Post s.r.l. avverso il d.u.r.c. negativo del 21 marzo 2016 dinanzi al Tribunale di Monza, sezione lavoro, in quanto non manifestamente pretestuoso, impedisce di qualificare il suo debito contributivo come definitivamente accertato.

3. - L'appello di Poste Italiane s.p.a. deduce l'erroneità della sentenza per contrasto con il precedente di cui alla sentenza n. 998 del 2017 dello stesso Tribunale amministrativo regionale concernente fattispecie analoga (l'affidamento del servizio di *pick up*), eccependo altresì l'inammissibilità del ricorso di primo grado per la mancata impugnativa del d.u.r.c. negativo e l'omessa instaurazione del contraddittorio nei confronti dell'I.N.P.S. (che ha adottato il d.u.r.c. negativo nei confronti di Ala Post), e comunque allegando nel merito la pretestuosità del ricorso proposto da quest'ultima al Tribunale di Monza avverso il d.u.r.c., in quanto il d.u.r.c. negativo al 21 marzo 2016 è tornato regolare il 19 aprile 2016 solo

in ragione della regolarizzazione del debito, in data 18 aprile 2016, da parte di Ala Post che ha provveduto al pagamento dei contributi, in tale modo trovando conferma la soluzione di continuità, in termini di regolarità contributiva, nell'arco temporale che va tra il 21 marzo ed il 19 aprile del 2016.

4. - Si è costituito in resistenza il R.T.I. Nexive chiedendo la reiezione dell'appello e riproponendo i motivi di primo grado assorbiti dalla sentenza appellata.

5. - Si è costituita in resistenza Consip s.p.a. che ha altresì proposto appello incidentale, incentrato principalmente sulla critica della sentenza di prime cure per asserita violazione dell'art. 38, comma 1, lett. i, del d.lgs. n. 163 del 2006, e per non avere considerato la mancata impugnazione in sede amministrativa del d.u.r.c. irregolare.

6. - All'udienza pubblica del 18 gennaio 2018 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1.-Principiando dalla disamina dell'appello principale, ritiene il Collegio opportuno prendere le mosse dal secondo e dal terzo motivo, che ne costituiscono il nucleo tematico, rispettivamente in una prospettiva (prevalentemente) processuale o sostanziale. Con il secondo motivo Poste Italiane s.p.a. critica la sentenza di prime cure per avere disatteso l'eccezione di inammissibilità del ricorso di primo grado, in quanto non avente ad oggetto il d.u.r.c. negativo, ed in quanto non notificato anche all'I.N.P.S. che tale atto ha adottato, benchè (con il ricorso) il R.T.I. Nexive abbia lamentato che il d.u.r.c. del 21 marzo 2016 dipendesse dal mancato abbinamento dei flussi UNIEMENS per periodi pregressi relativi agli anni 2013-2015; in particolare erroneamente la sentenza ha affermato, ad avviso dell'appellante, la non definitività della violazione contributiva in ragione della pendenza di un ricorso dinanzi al Tribunale del lavoro di Monza, precludendo al giudice amministrativo che conosce dell'esclusione dalla gara di un soggetto alla

stessa partecipante di valutare, seppure incidentalmente, l'atto presupposto dell'esclusione stessa.

Il terzo motivo poi critica la sentenza per non avere rilevato la pretestuosità del ricorso di Ala Post s.r.l. al giudice ordinario, in quanto il d.u.r.c. negativo non discenderebbe dalla tardiva trasmissione unificata dei dati retributivi e contributivi, risultando che il 18 aprile 2016 la società ha regolarizzato la propria posizione, provvedendo tardivamente al pagamento del debito contributivo, sì che il successivo 19 aprile il d.u.r.c. è tornato regolare, peraltro senza effetto retroattivo, e dunque rimanendo priva del requisito di correntezza contributiva per il periodo dal 21 marzo al 19 aprile 2016 (se l'irregolarità fosse dipesa da una sola omissione di comunicazione, Ala Post non avrebbe avuto alcun motivo per pagare, allegando i modelli F24 attestanti i pagamenti eseguiti dei contributi nel giudizio dinanzi al Tribunale di Monza).

I due motivi, che possono essere esaminati congiuntamente, in ragione della loro complementarità, sono fondati nei termini che seguono.

L'Adunanza plenaria di questo Consiglio ha chiarito, con la sentenza 25 maggio 2016, n. 10, che in materia di controversie aventi ad oggetto l'affidamento di pubblici lavori, servizi e forniture, rientra nella giurisdizione del giudice amministrativo la definizione dell'accertamento inerente alla regolarità del d.u.r.c., quale atto interno della fase procedimentale di verifica dei requisiti di ammissione dichiarati dal partecipante ad una gara, seppure trattasi di accertamento in via incidentale, e cioè privo di efficacia di giudicato nel rapporto previdenziale (in termini anche Cass., SS.UU., 29 marzo 2017, n. 8117). Non si pone tanto un problema di espressa impugnazione del d.u.r.c., quanto piuttosto di accertamento della regolarità del d.u.r.c. da parte del giudice amministrativo (con correlato onere di contestazione del medesimo) ai fini dello svolgimento del procedimento di gara,

rispetto al quale la regolarità della posizione contributiva costituisce requisito di partecipazione (Cons. Stato, Ad. plen., 29 febbraio 2016, n. 6).

L'Adunanza plenaria ha altresì ribadito che nel corso di gare per l'affidamento di appalti pubblici non sono consentite regolarizzazioni postume della posizione previdenziale, dovendo l'impresa essere in regola con l'assolvimento degli obblighi previdenziali ed assistenziali fin dalla presentazione dell'offerta e conservare tale stato per tutta la durata della procedura di aggiudicazione e del rapporto con la stazione appaltante, restando irrilevante un eventuale adempimento tardivo dell'obbligazione contributiva (in termini anche Cons. Stato, V, 8 marzo 2018, n. 1497).

Occorre aggiungere che in tema di gare ad evidenza pubblica, ai sensi dell'art. 38, comma 1, lett. i, del d.lgs. n. 163 del 2006, secondo cui costituiscono causa di esclusione dalle gare le gravi violazioni delle norme in materia previdenziale ed assistenziale, la nozione di "violazione grave" non è rimessa alla valutazione caso per caso della stazione appaltante, ma si desume dalla disciplina previdenziale, ed in particolare dal d.u.r.c.; ne consegue che la verifica della regolarità contributiva delle imprese partecipanti a procedure di gara per l'aggiudicazione di appalti con l'Amministrazione è demandata agli istituti di previdenza, le cui certificazioni si impongono alle stazioni appaltanti, che non possono sindacarne il contenuto (Cons. Stato, Ad. plen., 4 maggio 2012, n. 8).

Nella delineata cornice appare legittimo il provvedimento di esclusione del R.T.I. Nexive, e, parallelamente, non condivisibile la sentenza appellata la quale ha escluso la definitività della violazione alle norme in materia di contributi in ragione della proposizione, dinanzi al Tribunale di Monza, da parte di Ala Post s.r.l., di un ricorso finalizzato ad accertare la regolarità della propria posizione contributiva.

Il d.u.r.c. doveva essere sottoposto alla cognizione *incidenter tantum* del giudice amministrativo, in quanto atto presupposto del provvedimento di esclusione dalla

gara. Se dunque la mera presenza di un d.u.r.c. negativo obbliga l'Amministrazione ad escludere l'impresa interessata, senza poterne sindacare il contenuto, coerentemente deve riconoscersi che non possa che essere rimesso alla cognizione del giudice amministrativo l'accertamento in via incidentale (ai sensi dell'art. 8 Cod. proc. amm.) della regolarità del d.u.r.c., ed anche della definitività dell'accertamento previdenziale.

Nella fattispecie controversa è incontestata la presenza di un d.u.r.c. negativo per il periodo 21 marzo 2016-19 aprile 2016, senza che assuma particolare rilievo il fatto che sia dipeso dall'omissione di denunce obbligatorie da parte del datore di lavoro, o dal mancato versamento di contributi.

Peraltro la mancata cognizione diretta del d.u.r.c. preclude al Collegio un approfondimento completo sull'esistenza o meno di un debito contributivo sanato, circostanza negata dal R.T.I. Nexive, ed affermata dalle parti appellanti (in particolare da Poste Italiane) nella considerazione dell'insufficienza probatoria dei modelli F24 versati in atti, e relativi ai pagamenti dei mesi di marzo e aprile 2016, a dimostrare il versamento dei contributi relativi ai mesi di novembre e dicembre 2015, oltre che di maggio 2013, per i quali sono stati omessi i flussi informativi.

2. - Un analogo ordine di argomenti induce il Collegio ad accogliere anche l'appello incidentale di Consip s.p.a., i cui motivi sono sostanzialmente sovrapponibili a quelli esaminati con l'appello principale di Poste Italiane s.p.a.

3. - Occorre ora farsi carico di esaminare i motivi assorbiti dalla sentenza appellata e riproposti in appello dal R.T.I. con mandataria Nexive s.p.a.

In particolare con il primo motivo (secondo del ricorso introduttivo di primo grado) viene dedotto che il consorzio stabile Nexive s.c. a r.l., come pure l'intero R.T.I., possiedono autonomamente tutti i requisiti del fatturato prescritti dalla *lex specialis*, con la conseguenza che la situazione di irregolarità contributiva della consorziata Ala Post s.r.l., in disparte il fatto che l'addebito contestato alla

medesima riguarderebbe contributi non definitivamente accertati, non poteva comportarne l'esclusione dalla gara, ma, al più, (l'esclusione) della sola esecutrice; a Nexive dovrebbe in ogni caso essere consentito la sostituzione della consorziata ovvero una modifica in riduzione.

Il motivo è infondato.

A prescindere dall'argomento sul definitivo accertamento della violazione delle norme in materia di contributi previdenziali ed assistenziali, di cui si è *supra* trattato, occorre precisare che è principio consolidato quello per cui le singole imprese consorziate indicate da un consorzio stabile devono possedere individualmente i requisiti di ordine generale prescritti dall'art. 38 del d.lgs. n. 163 del 2016, mentre i requisiti di idoneità tecnica e finanziaria riguardano il consorzio ai sensi dell'art. 35 dello stesso *corpus* legislativo (in termini Cons. Stato, Ad. plen., 4 maggio 2012, n. 8; V, 15 luglio 2014, n. 3704). Invero, se i requisiti di ordine generale fossero accertati solamente in capo al consorzio e non anche ai consorziati, che eseguono le prestazioni, il consorzio potrebbe agevolmente diventare uno schermo di copertura consentendo la partecipazione di consorziati privi dei necessari requisiti (così, ancora, Cons. Stato, V, 23 febbraio 2017, n. 849).

Al di là delle diffuse argomentazioni svolte dal raggruppamento Nexive, resta il fatto che i requisiti di ordine generale devono essere posseduti dalle imprese consorziate in un consorzio stabile che siano state indicate per l'esecuzione delle prestazioni contrattuali, per le quali è prevista, del resto, l'assunzione della responsabilità in solido con il consorzio stabile nei confronti della stazione appaltante (art. 94, comma 1, del d.P.R. n. 207 del 2010), circostanza che vale ad escludere anche la tesi della rilevanza meramente interorganica della impresa consorziata di un consorzio stabile.

Merita aggiungere come dal sistema, ed in particolare dall'art. 36, comma 5, del d.lgs. n. 163 del 2006, si inferisce anche il principio dell'immodificabilità dei

partecipanti, che osta ad una modifica soggettiva finalizzata a rimuovere una situazione di irregolarità accertata in capo ad una consorziata.

Tale regola rinviene una possibile deroga solamente nell'ipotesi disciplinata, in tema di raggruppamenti temporanei e di consorzi ordinari, dall'art. 37, comma 19, del d.lgs. n. 163 del 2006, alla cui stregua, nell'evenienza di fallimento di uno dei mandanti, ovvero, in caso di imprenditore individuale, in caso di morte, interdizione, inabilitazione o fallimento del medesimo, come pure nei casi previsti dalla normativa antimafia, il mandatario, ove non indichi altro operatore economico subentrante in possesso dei prescritti requisiti di idoneità, è tenuto all'esecuzione, direttamente od a mezzo degli altri mandanti. Ma si tratta chiaramente di una diversa fattispecie, in cui assumono valore sopravvenienze *ab extra*, non riconducibili al comportamento dell'operatore economico, come nel caso di difetto di un requisito di ordine generale.

4. - Con il secondo motivo riproposto (terzo del ricorso introduttivo) il R.T.I. Nexive deduce poi l'illegittimità dell'escussione della cauzione provvisoria per violazione degli artt. 48 e 75 del d.lgs. n. 163 del 2006, nell'assunto che sia mancato un accertamento sulla colpa del concorrente, come pure sull'esistenza di un danno effettivo, laddove vige un principio di imputabilità delle sanzioni amministrative, secondo quanto previsto dall'art. 3 della legge n. 689 del 1981.

Anche tale motivo è infondato.

Infatti, secondo un consolidato indirizzo giurisprudenziale, dall'esclusione dalla gara per l'accertamento dell'insussistenza del requisito (nel caso, di regolarità contributiva) consegue automaticamente l'escussione della cauzione provvisoria, senza che all'uopo possano rilevare gli stati soggettivi del concorrente in ordine alle circostanze che hanno determinato il provvedimento espulsivo, ricollegandosi detta esclusione solamente alla mancata prova del possesso dei requisiti di partecipazione dichiarati al momento della presentazione dell'offerta ed al

conseguente provvedimento di esclusione (in termini, tra le tante, Cons. Stato, V, 29 maggio 2017, n. 2529; 15 marzo 2017, n. 1172; 13 giugno 2016, n. 2531).

5. - Con il terzo motivo riproposto (quarto del ricorso introduttivo) si deduce l'illegittimità costituzionale degli artt. 48 e 75 del d.lgs. n. 163 del 2006 per violazione dei principi di ragionevolezza, eguaglianza e proporzionalità, laddove si intenda che l'escussione è incamerabile a prescindere da qualunque valutazione sulla differente offensività di ciascuna condotta.

Il motivo è infondato, apparendo nel caso di specie manifestamente infondata la prospettata questione di legittimità costituzionale.

Occorre muovere dal presupposto per cui nella fattispecie è incontestabile che il d.u.r.c. era negativo per Ala Post alla data del 21 marzo 2016 ed è tornato regolare il 19 aprile 2016. L'assenza del requisito di regolarità contributiva, costituendo condizione di partecipazione alla gara, che, in quanto tale, deve essere posseduto ininterrottamente dal momento di presentazione dell'offerta e per tutta la durata della procedura di aggiudicazione, comporta l'esclusione del concorrente inadempiente, senza che a nulla valga la regolarizzazione, quale che ne sia l'effettivo contenuto, postuma.

Ne discende che la partecipazione alla gara, in mancanza dei necessari requisiti, costituisce elemento che denota di per sé un contegno colposo, *sub specie* di violazione dei principi di diligenza professionale ed autoresponsabilità, connessi alla partecipazione ad una procedura di affidamento di contratti pubblici, configurabile rispetto a fatti, stati e situazioni riferibili allo stesso operatore economico (così Cons. Stato, V, 20 febbraio 2017, n. 755). L'istituto della cauzione si colloca in tale contesto, ed il suo incameramento, una volta accertata la mancanza dei requisiti in questione, è proprio finalizzato a responsabilizzare i partecipanti a procedure di affidamento in ordine alle dichiarazioni rese e nel

garantire la serietà ed affidabilità dell'offerta (Cons. Stato, Ad. plen., 10 dicembre 2014, n. 34; V, 31 agosto 2016, n. 3746).

L'incameramento della cauzione dunque, sebbene costituisca una conseguenza automatica del provvedimento di esclusione, come tale non suscettibile di alcuna valutazione discrezionale con riguardo ai casi singoli concreti, si colloca nell'ambito di condotte imputabili in termini di colpa, e ciò esclude a monte l'irragionevolezza della norma. Deve comunque essere sottolineata la non equiparabilità della cauzione con le sanzioni amministrative disciplinate dalla legge n. 689 del 1981, atteso che la cauzione provvisoria ha non solo una funzione sanzionatoria degli inadempimenti procedurali relativi alla veridicità delle dichiarazioni fornite dagli operatori economici, ma assolve anche ad una funzione indennitaria dei danni cagionati alla stazione appaltante.

6. - Alla stregua di quanto esposto, l'appello principale, come pure l'appello incidentale devono essere accolti, e, per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, va respinto il ricorso di primo grado.

La complessità, anche fattuale, delle questioni trattate costituisce un giusto ed eccezionale motivo per compensare tra tutte le parti le spese del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando, accoglie l'appello principale e quello incidentale; per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, respinge il ricorso di primo grado.

Compensa tra le parti le spese del doppio grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 18 gennaio 2018 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Severini, Presidente

Claudio Contessa, Consigliere
Fabio Franconiero, Consigliere
Valerio Perotti, Consigliere
Stefano Fantini, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Stefano Fantini

IL PRESIDENTE

Giuseppe Severini

IL SEGRETARIO