

Sentenza del Consiglio di Stato, Sez. IV, 24/10/2018, n. 6059

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Consiglio di Stato
in sede giurisdizionale (Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3616 del 2014, proposto da:

Techedge s.p.a., quale mandataria RTI con Connexò s.p.a., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Luigi Giuliano, Augusto Moretti, con domicilio eletto presso lo studio Luigi Giuliano in Roma, corso Vittorio Emanuele II, 154;

contro

Anas s.p.a, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa per legge dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliata in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti

Connexò s.p.a, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Maurizio Zoppolato, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via del Mascherino 72;

Milano Assicurazioni, non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza breve del T.A.R. LAZIO - ROMA: SEZ. III n. 01229/2014, resa tra le parti, concernente revoca aggiudicazione di gara ed incameramento cauzione;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Connexò s.p.a e di Anas s.p.a;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 5 aprile 2018 il Cons. Oberdan Forlenza e uditi per le parti gli avvocati Luigi Giuliano, Maurizio Zoppolato e l'Avvocato dello Stato Gaetana Natale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

Fatto

1. Con l'appello in esame, la società Techedge s.p.a., quale mandataria di Connexò spa in seno al RTI dalle stesse costituito, impugna la sentenza 31 gennaio 2014 n. 1229, con la quale il TAR per il Lazio, sez. III, ha respinto il suo ricorso proposto avverso una pluralità di atti, tra i quali, in particolare, la revoca dell'aggiudicazione definitiva ed annullamento della procedura di gara 12 febbraio 2013 prot. n. CDG-0019383, disposta dall'amministratore unico di ANAS s.p.a. e relativa all'appalto avente ad oggetto "servizi di inquadramento del modulo "SAP real estate" per la gestione dei beni immobili di ANAS.

Tale provvedimento (con conseguente segnalazione all'Autorità di settore e incameramento della cauzione) era giustificato dal fatto che l'impresa mandante Connexò non fosse in regola con la posizione INPS al momento della presentazione dell'autodichiarazione di gara.

1.1. La sentenza impugnata - considerato che "al momento di rendere l'autodichiarazione l'impresa mandante non era in regola con i versamenti contributivi come attestato da Durc, per somme eccedenti la soglia di gravità ai sensi del d.m. Lavoro 24 ottobre 2007" - ha affermato, in particolare:

- "la nozione di violazione grave non è rimessa alla valutazione caso per caso della stazione appaltante, ma è demandata agli Istituti di presidenza attraverso la disciplina del documento unico di regolarità contributiva, le cui risultanze non sono sindacabili dall'amministrazione";

- "il concetto di definitività non può essere inteso in astratto, nel senso che, a fronte dell'obbligo contributivo (o anche fiscale) non contestato, è necessario comunque - prima che la violazione possa essere considerata definitiva - che l'ente previdenziale ponga in essere tutti gli adempimenti successivi (finalizzati all'avvio della procedura di riscossione, anche coattiva) . . . e che, a sua volta, il contribuente abbia la possibilità di esperire, nei termini di legge, i rimedi amministrativi (comprese eventuali istanze di rateizzazione) e giurisdizionali previsti dalla normativa vigente"; ciò in quanto tale interpretazione "oltre il rischio di giustificare pratiche dilatorie dei pagamenti da parte dei contribuenti", si scontra con il principio della par condicio tra i partecipanti alla gara e di certezza nell'ambito delle procedure ad evidenza pubblica, di modo

che il concetto di definitività "deve essere rapportato al momento della (scadenza del termine di) presentazione dell'offerta e di resa dell'autodichiarazione";

- lo stato di "definitivo accertamento" delle violazioni contributive può essere rinvenuto in tutte le situazioni caratterizzate dalla non pendenza di ricorsi amministrativi o giurisdizionali e non è contraddetto "neanche dalla omessa notifica di un avviso di accertamento/addebito che riporti i debiti contributivi";

- l'incameramento della cauzione provvisoria va ancorato a tutte le ipotesi di mancata sottoscrizione del contratto ovvero di ostacolo alla stipula per fatto dell'affidatario".

1.2. Avverso tale decisione sono stati proposti i seguenti motivi di appello:

a) violazione e falsa applicazione art. 38, lett. i), d.lgs. n. 163/2006, in combinato disposto con l'art. 3 Cost.; ciò in quanto non può ritenersi caratterizzato da definitività l'accertamento contributivo nei confronti di un'impresa, laddove quest'ultima "avendo presentato una pronuncia sull'istanza di rateizzazione ha regolarmente ottenuto la stessa dopo l'aggiudicazione e nelle more della stipula del contratto", poiché in questo caso "si è in presenza di un procedimento ancora in corso e non concluso in modo definitivo a sfavore dell'istante". Non vi è, dunque, un soggetto inadempiente ma un soggetto "di cui deve essere ancora verificata la posizione, per cui non è possibile argomentare la realizzazione di una dimensione di accertamento definitivo di inadempimento";

b) violazione e/o erronea applicazione art. 5 D.M. 24 ottobre 2007; eccesso di potere per sviamento e travisamento dei fatti; ciò in quanto la sentenza impugnata contrasta con la norma citata, la quale afferma che la regolarità contributiva sussiste anche quando vi sia "richiesta di rateizzazione per la quale l'Istituto competente abbia espresso parere favorevole"; inoltre, "la presenza dell'istanza di rateizzazione, poi accolta, incide anche sul diverso profilo della valutazione della gravità dell'accertamento";

c) violazione e erronea applicazione artt. 48 e 75 d. lgs. n. 163/2006; poiché non ricorrono i presupposti di legge per l'incameramento della cauzione.

Con successivo ricorso per motivi aggiunti, depositato il 29 dicembre 2014, l'appellante ha chiesto l'annullamento della nota 3 novembre 2014 n. CDG-0144170-P, inviata da ANAS spa alla Compagnia Milano Assicurazioni, con la quale si invitava quest'ultima a provvedere all'immediato versamento della somma garantita, comunque non oltre quindici giorni dal ricevimento della comunicazione.

1.3. Si è costituita in giudizio ANAS s.p.a., che ha, preliminarmente, eccepito l'inammissibilità del ricorso per motivi aggiunti, sia in quanto l'atto impugnato non ha alcuna autonoma portata lesiva (trattandosi di mera attuazione di sentenza provvisoriamente esecutiva, non sospesa dal Giudice d'appello), sia in quanto con il ricorso vengono introdotte censure non proposte in I grado.

L'ANAS ha comunque concluso per il rigetto dell'appello, stante la sua infondatezza.

È intervenuta *ad adiuvandum* la società Connexò s.p.a., che ha concluso richiedendo l'accoglimento dell'appello.

L'interveniente ha altresì rappresentato (v. pagg. 2-8 memoria del 16 maggio 2013), specifici aspetti di erroneità della sentenza impugnata.

1.4. Con ordinanza 3 agosto 2015 n. 3836, questa Sezione ha sospeso il giudizio, in attesa della pronuncia della Corte di Giustizia dell'Unione Europea su quanto rappresentato dall'ordinanza n. 1236/2015 del Consiglio di Stato.

Si è affermato, in particolare, che - poiché il ricorso sottopone a decisione "la questione dell'irregolarità fiscale e contributiva emergente dal Durc storico, ma non più sussistente all'atto dell'aggiudicazione" - appare opportuna la sospensione del giudizio, visto che con altra ordinanza è stato "rimesso alla Corte di Giustizia il vaglio della legittimità comunitaria dell'art. 38 del d. lgs. n. 163/2006, così come interpretato dalla giurisprudenza nazionale, con riferimento, in particolare, alla ammissibilità di esclusioni basate su una irregolarità non più attuale e comunque non emergente dal Durc in corso di validità richiesto, prima della partecipazione alla gara, dall'impresa partecipante".

Ripreso il giudizio dopo la sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea sez. IX, 10 novembre 2016, in causa C-199/15, all'udienza pubblica di trattazione la causa è stata riservata in decisione.

Diritto

2. Preliminarmente, occorre dichiarare l'inammissibilità del ricorso per motivi aggiunti proposto avverso la nota ANAS 3 novembre 2014.

Tale ricorso - riguardando un atto (peraltro privo di natura provvedimento) emesso successivamente al giudizio di I grado - non risulta proposto avverso "documenti non prodotti dalle altre parti nel giudizio di

primo grado da cui emergano vizi degli atti o provvedimenti amministrativi impugnati", e dei quali l'appellante abbia avuto successivamente conoscenza, e, dunque, non ricorre l'unica ipotesi nella quale l'art. 104, co. 3, Cpa ammette la proposizione di motivi aggiunti in appello.

Risulta, dunque, violato il divieto di proposizione di domande nuove in appello, di cui all'art. 104, co. 1 Cpa., con conseguente inammissibilità del ricorso che le introduce.

3. L'appello è infondato e deve essere, pertanto, respinto, con conseguente conferma della sentenza impugnata.

3.1. L'art. 38, co. 1, lett. i) d. lgs. n. 163/2006 prevede, in particolare:

" Sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, né possono essere affidatari di subappalti, e non possono stipulare i relativi contratti i soggetti:

. . . . i) 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".

Il successivo co. 2 prevede, per quel che riguarda la presente sede, 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".

3.2. Preliminarmente, occorre ricordare come sia le Sezioni Unite della Corte di Cassazione (sentt. 9 febbraio 2011 n. 3169 e 11 dicembre 2007 n. 25818), sia l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (sent. 29 febbraio 2016 n. 6) hanno affermato che

"la produzione della certificazione attestante la regolarità contributiva dell'impresa partecipante alla gara di appalto costituisce uno dei requisiti posti dalla normativa di settore ai fini dell'ammissione alla gara, sicché il giudice amministrativo ben può verificare la regolarità di tale certificazione, sia pure *incidenter tantum*, cioè con accertamento privo di efficacia di giudicato nel rapporto previdenziale, ai sensi dell'art. 8 Cpa". Ed infatti, "il sindacato del giudice amministrativo ha come oggetto principale la questione relativa alla legittimità dell'atto amministrativo adottato dalla stazione appaltante sulla base delle risultante del DURC negativo; rispetto a tale questione, il sindacato sulla regolarità della posizione contributiva quale attestata dal DURC viene effettuato in via meramente incidentale e senza efficacia di giudicato, al solo fine di statuire sulla questione principale, in conformità allo schema decisorio delineato dall'art. 8 Cpa.

In tal modo si riesce ad assicurare l'effettività della tutela (che esclude che ci possano essere profili dell'azione amministrativa sottratti al sindacato giurisdizionale), senza invadere i confini della giurisdizione ordinaria, quali delineati dagli artt. 442, co. 1, e 444, co. 3, cpc. che devolvono alla giurisdizione civile le controversie relative agli obblighi dei datori di lavoro e all'applicazione delle sanzioni civili per l'inadempimento di tali obblighi".

Più specificamente, con riferimento alla norma citata, la giurisprudenza amministrativa, con considerazioni dalle quali non vi è ragione di discostarsi, afferma:

a) la mancanza di un DURC regolare comporta una presunzione legale, *iuris et de iure*, di gravità delle violazioni previdenziali, essendo la verifica della regolarità contributiva delle imprese partecipanti demandata agli istituti di previdenza, le cui certificazioni si impongono alle stazioni appaltanti (Cons. Stato, Ad. Plen., 8 maggio 2012 n. 8; Cons. Stato, sez. V, 18 luglio 2017, n. 3551);

b) per l'effetto, la mera presenza di un DURC negativo, al momento della partecipazione alla gara, obbliga l'amministrazione appaltante ad escludere dalla procedura l'impresa interessata, senza che essa possa sindacarne il contenuto ed effettuare apprezzamenti in ordine alla gravità degli inadempimenti ed alla definitività dell'accertamento previdenziale (cfr. Cons. Stato, sez. V, 5 febbraio 2018 n. 716; sez. VI, 15 settembre 2017 n. 4349; sez. V, 17 maggio 2013, n. 2682; sez. V, 26 giugno 2012, n. 3738);

c) la sussistenza del requisito della regolarità contributiva (il cui difetto non può, pertanto, comportare l'automatica esclusione del concorrente: Cons. Stato, Ad. plen., 29 febbraio 2016, n. 6) deve essere verificata con riferimento al momento ultimo previsto per la presentazione delle offerte (cfr. da ultimo Cons. Stato, sez. VI, 1 settembre 2017, n. 4158 e 15 settembre 2017 n. 4349; sez. V, 26 settembre 2017 n. 4506), non avendo alcuna rilevanza la regolarizzazione postuma della posizione (Cons. Stato, sez. V, 12 giugno 2017, n. 2803), atteso che la regolarizzazione, al più, varrebbe ad evitare il contenzioso tra l'impresa e l'ente previdenziale, ma non a ripristinare retroattivamente le condizioni soggettive per partecipare alla procedura già esperita.

In relazione a quanto ora esposto, l'Adunanza Plenaria n. 6/2016 cit. ha precisato che:

- va confermato l'indirizzo interpretativo secondo cui 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, dunque, irrilevante, un eventuale adempimento tardivo dell'obbligazione contributiva. Tale principio, già chiaramente espresso dall'Adunanza Plenaria nella sentenza 4 maggio 2012, n. 8, non risulta superato dalla norma, più volte richiamata dall'ordinanza di rimessione, introdotta con l'articolo 31, comma 8, del D.L. n. 69 del 2013;

- "l'esclusione del c.d. preavviso di DURC negativo nell'ambito del procedimento d'ufficio per la verifica della veridicità delle dichiarazioni sostitutive rese in sede ai fini della partecipazione alla gara, si pone in linea con alcuni principi fondamentali che governano appunto le procedure di gara: i principi di parità di trattamento e di autoresponsabilità e il principio di continuità nel possesso dei requisiti di partecipazione alla gara";

Tali principi si pongono in continuità interpretativa con quanto già affermato dall'Adunanza Plenaria con sentenza 8 maggio 2012 n. 8, secondo la quale:

"Deve escludersi la rilevanza di un eventuale adempimento tardivo dell'obbligazione contributiva, quand'anche ricondotto retroattivamente, quanto ad efficacia, al momento della scadenza del termine di pagamento. La mancanza del requisito della regolarità contributiva alla data di scadenza del termine previsto dal bando per la presentazione delle offerte, in definitiva, non è sanato dall'eventuale adempimento tardivo dell'obbligazione contributiva, atteso che tale tardivo adempimento può rilevare nelle reciproche relazioni di credito e di debito fra i soggetti del rapporto obbligatorio e non anche nei confronti dell'Amministrazione aggiudicatrice che debba accertare la sussistenza del requisito della regolarità contributiva ai fini dell'ammissione alla gara".

3.3. Con riferimento a quanto rileva nel presente giudizio (che ha determinato la sospensione del medesimo con ordinanza di questa Sezione n. 3836/2015 cit.), la Corte di giustizia dell'Unione Europea, sez. IX, con sentenza 10 novembre 2016 n. C-199/15, ha affermato:

"L'articolo 45 della direttiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, deve essere interpretato nel senso che non osta a una normativa nazionale, come quella di cui trattasi nel procedimento principale, che obbliga l'amministrazione aggiudicatrice a considerare quale motivo di esclusione una violazione in materia di versamento di contributi previdenziali ed assistenziali risultante da un certificato richiesto d'ufficio dall'amministrazione aggiudicatrice e rilasciato dagli istituti previdenziali, qualora tale violazione sussistesse alla data della partecipazione ad una gara d'appalto, anche se non sussisteva più alla data dell'aggiudicazione o della verifica d'ufficio da parte dell'amministrazione aggiudicatrice".

E ciò anche nel caso in cui "l'importo dei contributi sia poi stato regolarizzato, prima dell'aggiudicazione o prima della verifica d'ufficio da parte dell'amministrazione aggiudicatrice".

La Corte ha inoltre aggiunto che non sussiste violazione della disposizione innanzi citata anche nel caso in cui la disciplina nazionale preveda "quale motivo di esclusione una violazione in materia di versamento di contributi previdenziali ed assistenziali risultante da un certificato richiesto d'ufficio dall'amministrazione aggiudicatrice e rilasciato dagli istituti previdenziali, qualora tale violazione sussistesse alla data della partecipazione ad una gara d'appalto, escludendo così ogni margine di discrezionalità delle amministrazioni aggiudicatrici a tale riguardo"

3.4. Alla luce di quanto esposto, devono essere rigettati i primi due motivi di appello.

La prospettazione dell'appellante si fonda (come ribadito con memoria del 2 marzo 2018) sulla natura "non definitiva" dell'accertamento di debito contributivo.

Secondo l'appellante - che a tal fine richiama l'art. 5 D.M. 24 ottobre 2007 - l'impresa Connexo "sia al momento di presentazione della domanda che in tutti i periodi successivi era in possesso di un Durc regolare, in quanto anche la semplice richiesta di regolarizzazione permette di considerare come regolare il Durc" (pagg. 5-6 memoria cit.).

Orbene, l'art. 5, co. 2, lett. a) D.M. cit. prevede che la regolarità contributiva sussiste anche in caso di:

"a) richiesta di rateizzazione per la quale l'Istituto competente abbia espresso parere favorevole".

Come è dato osservare, ciò che la norma "parifica" alla "regolarità contributiva" è non solo la "richiesta di regolarizzazione" (come sostenuto dall'appellante), ma una richiesta che, una volta presentata, abbia altresì ottenuto il parere favorevole dell'Istituto previdenziale.

E ciò, in coerenza con i principi espressi dalla giurisprudenza e ora riportati, entro il termine previsto per la presentazione della domanda di partecipazione alla gara.

Tanto non risulta nel caso di specie, né è dimostrato dall'appellante che, come riportato, non assume l'intervenuta emissione del parere, ma offre una diversa e non condivisibile interpretazione della norma.

D'altra parte, a fronte di quanto affermato da ANAS e risultante dalla documentazione da questa depositata (v. pag. 6 memoria del 14 febbraio 2018), la stessa appellante afferma che, alla data del 14 marzo 2012, risultava una sospensione dell'istruttoria Inail ai fini del rilascio Durc (v. pag. 4 app.).

Per le ragioni esposte, i primi due motivi di appello devono essere respinti.

4. Anche il terzo motivo di appello (sub lett. c) dell'esposizione in fatto) è infondato e deve essere, pertanto, respinto.

Con tale motivo, l'appellante lamenta, in sostanza, la violazione e la erronea applicazione degli artt. 48 e 75 d. lgs. n. 163/2006; non ricorrerebbero i presupposti di legge per l'incameramento della cauzione, poiché la sentenza, "pur dando atto della limitazione dell'escussione ai soli casi di mancanza dei requisiti economico-finanziari e tecnico-professionali, estende l'incameramento della cauzione provvisoria ad ogni ipotesi di (mancata: ndr) sottoscrizione del contratto.

Tale prospettazione non può essere condivisa.

Per consolidata giurisprudenza, nelle gare pubbliche di appalto l'incameramento della cauzione è una misura a carattere latamente sanzionatorio, che costituisce conseguenza *ex lege* dell'esclusione per riscontrato difetto dei requisiti da dichiarare ai sensi dell'art. 38 D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, senza che sia necessaria la prova di colpa nella formazione delle dichiarazioni presentate (Cons. Stato, sez. V, 13 giugno 2016 n. 2531; sez. IV, 19 novembre 2015, n. 5280 e 9 giugno 2015, n. 2829; sez. V, 10 settembre 2012, n. 4778).

Tale incameramento, disposto ai sensi dell'art. 75, co. 6, d. lgs. n. 163/2006, va disposto in ogni caso in cui la mancata sottoscrizione del contratto sia dipesa da circostanze imputabili all'affidatario, avendo la cauzione provvisoria la funzione di garantire la complessiva solidità e serietà dell'offerta (Cons. Stato, sez. III, 29 luglio 2015 n. 3749; sez. IV, 29 luglio 2015 n. 3749))

In particolare, l'Adunanza Plenaria (sent. 10 dicembre 2014, n. 34) ha ritenuto che la presenza di dichiarazioni non corrispondenti al vero altera di per sé la gara, quantomeno per aggravio di lavoro della stazione appaltante, chiamata a vagliare anche concorrenti inidonei o offerte prive di tutte le qualità promesse.

L'escussione costituisce dunque conseguenza automatica della violazione dell'obbligo di diligenza gravante sull'offerente, considerato anche che gli operatori economici, con la domanda di partecipazione, si impegnano ad osservare le regole della procedura delle quali hanno piena contezza.

Si tratta di una misura autonoma e ulteriore rispetto all'esclusione dalla gara ed alla segnalazione all'Autorità di vigilanza, che si riferisce, mediante l'anticipata liquidazione dei danni subiti dall'Amministrazione, a un distinto per quanto connesso rapporto giuridico fra quest'ultima e l'imprenditore

Essa ha la sua causa nella violazione di regole e doveri contrattuali già espressamente accettati nei confronti dell'amministrazione appaltante, per effetto della domanda di partecipazione alla gara.

Nel caso di specie, dunque, l'amministrazione non poteva che procedere all'incameramento della cauzione, mediante escussione del garante.

Per tali ragioni, anche il terzo motivo di appello è infondato e deve essere, pertanto, respinto.

5. In conclusione, alla luce di quanto sin qui esposto, l'appello deve essere rigettato, mentre deve essere dichiarato inammissibile il ricorso per motivi aggiunti. Di conseguenza, deve essere confermata la sentenza impugnata.

Stante la particolare natura delle questioni trattate, sussistono giusti motivi per compensare tra le parti spese ed onorari del presente grado di giudizio.

PQM

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta),

definitivamente pronunciando sull'appello proposto da Techedge s.p.a. (n. 3616/2014 r.g.):

a) rigetta l'appello;

b) dichiara inammissibile il ricorso per motivi aggiunti:

c) per l'effetto, conferma la sentenza impugnata;

d) compensa tra le parti spese ed onorari del presente grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 5 aprile 2018 con l'intervento dei magistrati:

Filippo Patroni Griffi, Presidente

Fabio Taormina, Consigliere

Oberdan Forlenza, Consigliere, Estensore

Daniela Di Carlo, Consigliere

Nicola D'Angelo, Consigliere

24.10.2018