

Publicato il 10/12/2020

N. 07877/2020REG.PROV.COLL.

N. 04326/2020 REG.RIC.

N. 04727/2020 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 4326 del 2020, proposto da Pellegrini S.p.A. in proprio e quale capogruppo del r.t.i. con Papalini S.p.A. ed Eporlux S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentati e difesi dagli avvocati Guido Greco, Andrea Manzi, Luigi Manzi, Manuela Muscardini, Gabriele Tricamo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Consip S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi, 12;
Istituto Nazionale di Previdenza Sociale, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Antonietta Coretti, Emanuele De Rose, Lelio Maritato, Antonino Sgroi, Carla D'Aloisio, domiciliato presso l'Avvocatura centrale dell'Istituto in Roma, via Cesare Beccaria n. 29;

nei confronti

Consorzio Servizi Integrati, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Domenico Gentile, Gianluca Mignacca, Nicola Bruno, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Domenico Gentile in Roma, via Virginio Orsini 19;
Euler Hermes S.A. Rappresentanza Generale per L'Italia, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Carlo Scofone e Lorenzo Scofone, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Filippo Sciuto in Roma, via Emanuele Gianturco 6;

Kcs Caregiver Coop. Sociale, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Enrico Di Ienno, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, viale G. Mazzini, 33;

sul ricorso numero di registro generale 4727 del 2020, proposto da Eporlux S.r.l., in proprio e quale Mandante del Costituendo r.t.i. con Pellegrini S.p.A. e Papalini S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Enrico Di Ienno, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Enrico Di Ienno in Roma, viale G. Mazzini, 33;

contro

Consip S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria ex lege in Roma, via dei Portoghesi, 12;
Istituto Nazionale Previdenza Sociale non costituito in giudizio;

nei confronti

Consorzio Servizi Integrati, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Domenico Gentile, Gianluca Mignacca, Nicola Bruno, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Domenico Gentile in Roma, via Virginio Orsini 19;
Euler Hermes S.A. Rappresentanza Generale per L'Italia, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Carlo Scofone, Filippo Sciuto, Lorenzo Scofone, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Filippo Sciuto in Roma, via Emanuele Gianturco 6;
Anac - Autorita' Nazionale Anticorruzione, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria ex lege in Roma, via dei Portoghesi, 12;
Pellegrini S.p.A., Quale Mandataria del Costituendo r.t.i. con Papalini S.p.A. ed Eporlux S.r.l., non costituito in giudizio;

per la riforma

quanto ad entrambi i ricorsi:

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Seconda) n. 04529/2020, resa tra le parti.

Visti i ricorsi in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Consip S.p.A. e di Consorzio Servizi Integrati e di Euler Hermes S.A. Rappresentanza Generale per L'Italia e di Kcs Caregiver Coop. Sociale e di Istituto Nazionale di Previdenza Sociale e di Consip S.p.A. e di Consorzio Servizi Integrati e di Euler Hermes S.A. Rappresentanza Generale per L'Italia e di Anac - Autorita' Nazionale Anticorruzione;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 26 novembre 2020 il Cons. Giovanni Tulumello e uditi per le parti gli avvocati Guido Greco, Andrea Manzi, Gabriele Tricamo, Carla D'Aloisio, Enrico Di Ienno, Domenico Gentile, Gianluca Mignacca, Ruggero Barile su delega di Carlo Scofone e Lorenzo Scofone e l'avvocato dello Stato Giorgio Santini;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con sentenza n. 4529/2020 il T.A.R. del Lazio, sede di Roma, ha respinto i ricorsi proposti dalla s.p.a. Pellegrini e dalla s.r.l. Eporlux, rispettivamente in qualità di mandataria e di mandante del costituendo r.t.i. con Papalini s.p.a., contro il provvedimento di esclusione dell'offerta del predetto raggruppamento dalla gara a procedura aperta ai sensi del D. Lgs. 163/2006 per l'affidamento dei servizi di pulizia, di sanificazione ed altri servizi per gli Enti del Servizio Sanitario Nazionale – ID 1460” di cui al bando pubblicato sulla G.U.U.E. serie S-248 del 24/12/2014 e sulla G.U.R.I. n. 147 del 24/12/2014, così come modificato dagli Avvisi di rettifica pubblicati sulla G.U.U.E. serie S-15 del 22/01/2015 e sulla G.U.R.I. n.9 del 21/01/2015 – Lotto 8, nonché contro i provvedimenti ad esso connessi.

Con ricorso in appello notificato il 29 maggio 2020 e depositato il successivo 3 giugno, rubricato al n. di r.g. 4326/2020, la sentenza è stata impugnata dalla Pellegrini s.p.a.

Si sono costituiti in tale giudizio, per resistere al ricorso, Consip s.p.a., l'I.N.P.S., il Consorzio Servizi Integrati (che in data 23 giugno 2020 ha depositato una memoria di costituzione con nuovo difensore) ed Euler Hermes s.a. rappresentanza generale per l'Italia.

Si è invece costituita *ad adiuvandum* KGS Caregiver cooperativa sociale.

Con distinto ricorso in appello notificato il 15 giugno 2020 e depositato il successivo 16 giugno, rubricato al n. di r.g. 4727/2020, la sentenza è stata impugnata anche dalla Eporlux s.r.l.

Si sono costituiti in tale giudizio, per resistere al ricorso, Consip s.p.a., l'Autorità nazionale anticorruzione, il Consorzio Servizi Integrati (che in data 7 luglio 2020 ha depositato una memoria di costituzione con nuovo difensore) ed Euler Hermes s.a. rappresentanza generale per l'Italia.

In entrambi i giudizi è stata accolta – rispettivamente con ordinanze nn. 4147/2020 e 4151/2020 – la domanda cautelare proposta dalle parti appellanti limitatamente all'effetto della sentenza relativo all'incameramento della cauzione.

All'udienza del 26 novembre 2020 entrambi i ricorsi sono stati trattenuti in decisione.

L'udienza si è svolta ai sensi dell'art. 4, comma 1, del decreto-legge del 30 aprile 2020 n. 28, e dell'art. 25, secondo comma del decreto-legge 28 ottobre 2020, n. 137, attraverso videoconferenza, secondo le modalità previste della circolare n. 6305 del 13 marzo 2020 del Segretario Generale della Giustizia Amministrativa.

2. Preliminarmente va disposta la riunione dei ricorsi, trattandosi di appelli proposti avverso la stessa sentenza.

3. Il provvedimento impugnato in primo grado ha disposto l'esclusione dell'offerta del raggruppamento Pellegrini/Eporlux/Pappalini dalla gara sopra indicata, in relazione al lotto 8, che era stato provvisoriamente aggiudicato proprio a tale raggruppamento, a seguito della verifica di una irregolarità contributiva per l'importo di € 126.742,93, alla data del 5 aprile 2019, di una delle imprese ausiliarie (KCS Cargiver Coop. Sociale).

In particolare, risulta dalla ricostruzione del fatto posta a fondamento della sentenza gravata che *“La stazione appaltante con nota del 12 luglio 2019 avviava quindi il*

contraddittorio con le imprese interessate chiedendo di produrre “idonei documenti giustificativi delle risultanze emerse” a seguito dei controlli. Nel corso del contraddittorio veniva fornita in data 17 luglio 2019 l’attestazione di regolarità contributiva e previdenziale alla data del 5 aprile 2019 (data della richiesta dell’impresa, coincidente con la data di emissione del “durc-on line”). Consip quindi provvedeva in data 29 agosto 2019 a richiedere all’Inps di verificare la posizione dell’impresa ausiliaria nel periodo tra il 13 marzo 2019 (data della richiesta Consip) e il 5 aprile 2019 (data dell’emissione dell’esito da parte dell’Inps). L’Inps riscontrava la predetta istanza in data 30 agosto 2019 confermando che l’impresa si trovava in una posizione non regolare alla data del 13 marzo 2019, mentre era in posizione regolare alla data del 5 aprile 2019 a seguito dei pagamenti effettuati dall’impresa (in adesione all’invito alla regolarizzazione del 18 marzo 2019). Con il provvedimento del 3.10.2019, la stazione appaltante dava atto che la documentazione trasmessa dal raggruppamento aggiudicatario non era idonea a dimostrare la regolarità contributiva dell’impresa sia alla data del 13.3.2019 che nell’arco temporale dal 13 marzo 2019 al 5 aprile 2019 e quindi non era possibile “verificare, basandosi sulla documentazione ricevuta, la permanenza della regolarità contributiva lungo tutto il periodo di svolgimento della procedura”. Pertanto, risultando accertata in capo all’ausiliaria di un’impresa mandante un’irregolarità contributiva durante lo svolgimento della procedura di gara, “alla luce di quanto previsto all’art. 38, comma 1, lett. i), e comma 2, e all’art. 49, comma 2, lett. c), del D.Lgs. n. 163/2006, e nel Disciplinare di gara”, la stazione appaltante disponeva “l’esclusione del concorrente RTI costituendo Pellegrini S.p.A. (mandataria) - Papalini S.p.A. (mandante) - Eporlux S.r.l (mandante) dalla gara in oggetto per il Lotto 8””.

Il T.A.R. rigettava quindi il ricorso proposto avverso tale provvedimento, richiamandosi al principio del possesso ininterrotto dei requisiti di partecipazione alla gara da parte dell’impresa ausiliaria, ed osservando in concreto che “*assume valore dirimente il mancato versamento dei contributi previdenziali per l’importo complessivo di Euro 20.000,25 che l’impresa ausiliaria ha corrisposto soltanto in data 26 marzo 2019 ossia entro il termine di 15 giorni decorrente dall’invito a regolarizzare la posizione inoltrato dall’Inps in data*

18 marzo 2019 (c.d. preavviso di durc negativo). La definitività dell'accertamento dell'irregolarità del durc, nell'ambito delle procedure ad evidenza pubblica, non viene meno in caso di regolarizzazione postuma a seguito della comunicazione del c.d. preavviso di durc negativo in quanto la regolarizzazione postuma riguarda esclusivamente la posizione debito/credito del rapporto interno tra l'impresa e l'Inps. Ne deriva che la condotta posta in essere dall'operatore economico, da un lato, attesta la regolarizzazione postuma del requisito generale di partecipazione alla gara avvenuta nel corso della procedura e, dall'altro lato, attribuisce carattere di definitività al mancato possesso del requisito generale di partecipazione al momento della partecipazione alla gara. Risulta quindi incontrovertibile che l'impresa ausiliaria alla data del 26 marzo 2019 non era in regola con i contributi previdenziali ossia non lo era durante il periodo in cui avrebbe dovuto esserlo a pena di esclusa dalla procedura ad evidenza pubblica'.

Il primo giudice ha, in particolare, escluso la rilevanza nella fattispecie di una possibile “compensazione amministrativa o legale tra l'impresa ausiliaria e l'Inps con riferimento al rapporto di debito/credito intercorrente tra i due soggetti”, sia in ragione dell'effetto solutorio del versamento tardivo, che ha estinto l'obbligazione in modo soddisfacente per il creditore pubblico, il che escluderebbe spazi per l'istituto della compensazione (che peraltro suppone un'iniziativa di parte); sia in considerazione del fatto che il “meccanismo della compensazione amministrativa previsto dall'art. 3, comma 2, lett. c), d.m. 30.1.2015 fa riferimento al c.d. durc interno ossia alla procedura che riguarda i rapporti contributivi tra l'impresa e l'Inps; tale istituto e i suoi esiti non sono estensibili alla diversa fattispecie della verifica della posizione contributiva che la stazione appaltante è tenuta ad effettuare d'ufficio nell'ambito della procedure ad evidenza pubblica in cui occorre accertare il regolare e continuativo possesso dei requisiti generali di partecipazione. In quest'ambito la stazione appaltante è tenuta innanzitutto a svolgere d'ufficio le verifiche di competenza avvalendosi dell'ente previdenziale, unico soggetto istituzionalmente deputato a verificare la regolarità della posizione previdenziale dell'impresa. Quindi è tenuta a recepire l'accertamento trasmesso dall'Inps contenuto nel durc che

costituisce una “dichiarazioni di scienza” assistita da fede pubblica privilegiata ai sensi dell'art. 2700 c.c., facente piena prova fino a querela di falso”.

Ha concluso quindi sul punto osservando che *“non risulta che il durc negativo sia stato rilasciato dall’Inps in violazione della legge”.*

4. Il primo motivo di entrambi i ricorsi in appello deduce l’insussistenza dell’irregolarità contributiva, e conseguentemente l’illegittimità del provvedimento impugnato in primo grado perché fondato su un DURC (relativo all’ausiliaria KCS) erroneo, in quanto il relativo debito contributivo sarebbe stato in parte oggetto di contenzioso giudiziario (*“con ricorsi presentati al Tribunale di Bergamo in data 19 marzo 2019 e 5 aprile 2019”*), in parte *“compensabile”* con crediti di KCS nei confronti dell’INPS, e in parte relativo a partite *“ampiamente superate”*.

Specifica l’appello Eporlux che *“L’oggettiva preesistenza di un credito ben più ampio degli € 20.000,35 porta a far sì che il versamento prudenzialmente corrisposto il 26 marzo 2019 non poteva - e non può - essere considerato alla stregua “di una regolarizzazione postuma della propria posizione debitoria”, non essendo la KCS CAREGIVER un debitore dell’INPS quanto un suo creditore, e per una somma ben più alta. In sostanza, deve essere esclusa in radice la riconducibilità del versamento di € 20.000,35 a una “regolarizzazione postuma” poiché quest’ultima presuppone una posizione debitoria che in realtà la KCS CAREGIVER non aveva al 26 marzo 2019 in quanto già creditore dell’INPS della maggior somma di € 102.422,00”.*

L’appellante Pellegrini afferma in proposito la sindacabilità incidentale (della legittimità) del DURC nel giudizio avente ad oggetto il provvedimento di esclusione per irregolarità contributive.

Censura inoltre la sentenza gravata per ultrapetizione e *“indebita integrazione della motivazione dell’atto impugnato”*, nonché per violazione dell’art. 73, comma 3, cod. proc. amm (trattandosi di *“questione sollevata d’ufficio e non preannunciata alle parti”*) nella parte in cui ha ritenuto che *“Con riferimento all’esposizione debitoria dell’ausiliaria relativa alla somma di Euro 4.085,95 indicata nel durc del 13 marzo 2019, è stato in effetti dimostrato che*

tale esposizione non sussisteva dal momento che in data 26 luglio 2018 era stata versato l'importo dovuto. Il pagamento effettuato in data 26 luglio 2018 non è tuttavia idoneo ad escludere la violazione del principio di continuità dei requisiti generali e speciali di partecipazione alla gara sopra richiamato. Difatti, il pagamento è avvenuto nel corso della procedura di gara il che dimostra che al momento della presentazione della domanda di partecipazione ed anche nel corso della procedura di gara l'impresa non era in regola con la propria posizione previdenziale”.

Ad avviso dell'appellante “la sentenza di primo grado ha ritenuto di poter sollevare d'ufficio – e senza neanche un ricorso incidentale, che la legittimasse- una causa autonoma di discontinuità nella regolarità contributiva dell'impresa, del tutto estranea al DURC negativo, di cui si è finora parlato, e al provvedimento di esclusione della gara adottato da CONSIP. (...) Ma al di là di tale di per sé dirimente aspetto, ciò che rende ulteriormente erronea la sentenza impugnata è il fatto che con essa il TAR abbia semplicisticamente considerato il pagamento che KCS ha effettuato nel luglio 2018 alla stregua di una non consentita “regolarizzazione postuma” in corso di gara. Ebbene, come si è ampiamente dimostrato e allegato (sia pure ad altri fini), KCS, dapprima, ha giudizialmente contestato l'esistenza di siffatto debito, e poi, nelle more del relativo giudizio, ha aderito al meccanismo della definizione agevolata ai sensi del D.L. n. 148/2017”.

Dal che viene altresì dedotto il difetto d'istruttoria del provvedimento CONSIP.

4.1. L'appello Eporlux contesta specificamente il capo di sentenza relativo alla non riconosciuta compensazione, osservando che “*se un creditore estingue, in via prudenziale, di propria sponte la pertinente (successiva) posizione passiva, ciò non lo priva di certo della posizione preventivamente attiva di creditore, che quindi continua a sussistere; con la conseguenza che non è possibile sostenere la perdita del possesso continuativo del requisito regolarità contributiva, in realtà mai venuto meno essendo anticipatamente creditore dell'INPS”.*

4.2. La KCS Caregiver il 23 giugno 2020 ha depositato in giudizio la sentenza del Tribunale di Bergamo, sez. lavoro, del 9 giugno 2020, che ha parzialmente accolto il ricorso presentato dalla predetta società avverso dell'avviso di addebito n. 319 2019 00001648 35 000.

5. Ritiene il Collegio che l'esame dei vari profili di censura dedotti con gli indicati motivi di appello, inerenti l'esistenza (o meno) di un debito contributivo dell'ausiliaria KCS Caregiver, debba muovere dal rilievo, in fatto, della circostanza per cui l'esclusione è stata disposta sulla base del d.u.r.c. richiesto dalla Consip in data 13 marzo 2019, dal quale emerge che a quella data la posizione della KCS era irregolare (irrilevanti essendo i successivi, uno dei quali positivo in quanto conseguente a regolarizzazione postuma).

Le parti appellanti, quanto alla parte di debito asseritamente estinta per compensazione, contestano l'affermazione del primo giudice in merito alla portata solutoria – e, dunque, estintiva dell'obbligazione (come tale ostativa rispetto ad una diversa e concorrente modalità di estinzione, quale l'affermata compensazione) – del pagamento effettuato in corso di gara, sostenendo per un verso che la compensazione opera con effetti *ex tunc*, vale a dire sin dal momento in cui v'è stata coesistenza delle rispettive posizioni creditorie e debitorie; e, per altro verso, che il successivo pagamento del debito dell'impresa non esclude che, in fase anteriore (alla data della verifica), questo fosse in realtà inesistente perché compensato o compensabile.

Lo scrutinio di tali argomenti di censura suppone una ricognizione del paradigma normativo applicabile alla fattispecie dedotta, con specifico riguardo al profilo in contestazione.

6. Va anzitutto osservato che la gara in questione era soggetta, *ratione temporis*, alla disciplina portata dall'articolo 38, comma 1, lett. i), del d. lgs. n. 163 del 2006, il quale stabilisce che “*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 (...) 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 comma 2 precisa 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”*.

La sentenza della V Sezione di questo Consiglio di Stato, n. 3385/2018, ha in proposito affermato 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)”*.

L'indicata pronuncia, peraltro, è stata resa in fattispecie nella quale è stato ritenuto legittimo un provvedimento di esclusione basato su di un d.u.r.c. negativo, ed è stata conseguentemente riformata la sentenza appellata nella parte in cui ha escluso la definitività della violazione alle norme in materia di contributi in ragione della proposizione, davanti al competente Tribunale, di un ricorso finalizzato ad accertare la regolarità della posizione contributiva dell'impresa esclusa perché destinataria del d.u.r.c. negativo (fattispecie, dunque, strutturalmente sovrapponibile a quella dedotta nel presente giudizio, con riguardo alla parte di debito *sub judice*).

Ritiene tuttavia il Collegio che nel caso di specie assuma rilievo dirimente il profilo di censura inerente il capo della sentenza impugnata relativo alla posta debitoria rappresentata dalla somma che si assume compensata o compensabile.

7. In base alla disciplina normativa sopra richiamata la violazione ostativa rispetto alla partecipazione alla gara è quella indicata nel d.u.r.c.: nondimeno, la giurisprudenza di questo Consiglio di Stato ha avuto modo di chiarire che *“In*

presenza di DURC irregolare che non corrisponde alla reale situazione contributiva dell'operatore economico, e che abbia comportato l'adozione di un provvedimento espulsivo da parte della stazione appaltante, è consentita l'impugnazione delle determinazioni cui è giunta la stazione appaltante dinanzi al giudice amministrativo, il quale ha la possibilità di compiere un accertamento puramente incidentale, ai sensi dell'art. 8 Cod. proc. amm., sulla regolarità del rapporto previdenziale (secondo il principio di diritto espresso dall'Adunanza plenaria 25 maggio 2016, n. 10, ribadito da Cons. Stato, sez. V, 5 giugno 2018, n. 3385)" (V Sezione, sentenza n. 4188/2019).

La questione devoluta dalla censura in esame, inerente il sindacato incidentale del d.u.r.c. irregolare con riferimento all'allegata inesistenza del debito per avvenuta compensazione, va dunque risolta alla stregua della disciplina recata dal citato art. 38, commi 1 e 2, del d. lgs. n. 163/2006.

Il regime delle “*violazioni ostative al rilascio del documento unico di regolarità contributiva*” (così il citato comma 2 dell'art. 38), proprio in quanto individuato mediante rinvio al d.u.r.c., è integrato dal regolamento adottato con decreto del Ministero del lavoro e delle politiche sociali 30 gennaio 2015 in attuazione dell'art. 4 del decreto-legge 20 marzo 2014, n. 34, convertito dalla legge 16 maggio 2014, n. 78 (recante «*Semplificazioni in materia di Documento Unico di Regolarità Contributiva*»).

Esso stabilisce che la situazione di regolarità dell'impresa sussiste in caso di “*crediti in fase amministrativa oggetto di compensazione per la quale sia stato verificato il credito, nelle forme previste dalla legge o dalle disposizioni emanate dagli Enti preposti alla verifica e che sia stata accettata dai medesimi Enti*” [art. 3, comma 2, lett. c)].

Tale decreto, vigente all'atto dell'adozione del provvedimento impugnato con il ricorso di primo grado, integra il precetto normativo dell'art. 38 del d. lgs. 163/2006, nella misura in cui concorre a definire la disciplina delle violazioni contributive rilevanti ai fini dell'esclusione dalla procedura di gara relativa all'aggiudicazione di un contratto pubblico (il citato art. 4, comma 1, del decreto-legge n. 34/2014 rimette infatti a tale disciplina la verifica della “*regolarità contributiva nei confronti dell'INPS*”: con

la conseguenza che l'accertamento delle “*violazioni gravi, definitivamente accertate, alle norme in materia di contributi previdenziali e assistenziali*”, di cui all'art. 38 del d. lgs. n. 163/2006, deve essere operato alla stregua di tale normativa).

In altre parole, accedendo alla tesi delle appellanti, nella parte in cui richiede di superare (e di sindacare) le risultanze del d.u.r.c. in punto di inesistenza (per avvenuta compensazione) di parte del debito, il passaggio logico-giuridico successivo, vale a dire l'accertamento dell'esistenza di un controcredito da portare in compensazione (in tesi tale da dimostrare la regolarità contributiva dell'impresa) va comunque scrutinato sulla base della specifica disciplina di settore.

Quest'ultima richiede la verifica del credito e l'accettazione da parte dell'ente debitore: presupposti che nel caso di specie non sussistono, essendosi l'impresa limitata ad opporre la compensazione del debito, e contemporaneamente a pagarlo, solo a seguito del rilascio del d.u.r.c. negativo.

8. A conclusioni non dissimili si giunge se si invoca, come fanno le appellanti, il diritto comune.

La compensazione (legale), quale modalità – soddisfattiva - di estinzione dell'obbligazione diversa dall'adempimento, opera - con riferimento a crediti omogenei, liquidi ed esigibili: art. 1243, primo comma, cod. civ. – dal momento della loro coesistenza, ma solo a seguito di eccezione della parte convenuta in giudizio per l'adempimento del debito (art. 1242, primo comma, cod. civ.): la *ratio* di tale disposizione è comunemente individuata nella tutela dell'interesse del debitore a valutare l'interesse anche al proprio adempimento (dal che l'esclusione dell'automaticità dell'estinzione: richiedendosi comunque, anche se in via stragiudiziale, un “atto decisionale del debitore”).

Si ritiene, in particolare, che il “fatto-coesistenza” non abbia di per sé effetti estintivi (tanto che il creditore, in mancanza dell'eccezione, può chiedere ed ottenere

l'adempimento), ma l'effetto modificativo-costitutivo del sorgere del diritto di opporre la compensazione (al cui esercizio soltanto segue l'effetto estintivo *ex tunc*). In disparte la compatibilità strutturale della richiamata disciplina del codice civile (implicante una difesa processuale, o comunque una dialettica sostanziale, diretta a neutralizzare la domanda del creditore) con la fattispecie di sindacato incidentale del d.u.r.c. in sede di impugnazione del provvedimento espulsivo, ciò che appare ancor più problematico è il coordinamento, sul piano funzionale, con la specificità delle regole in materia di procedimenti di evidenza pubblica.

L'argomento è stato recentemente indagato dalla sentenza n. 4188/2019 della V Sezione di questo Consiglio di Stato (resa in fattispecie relativa all'applicazione dell'art. 80 d. lgs. n. 50/2016, ma con riferimento ad un profilo indifferente alla successione di norme): con riguardo anche al profilo diacronico, avendo la pronuncia giustamente sottolineato l'esigenza che l'iniziativa, anche stragiudiziale, del debitore si collochi comunque in epoca anteriore a quella della "*presentazione dell'offerta in gara*".

Perché la compensazione operi nel senso di "correggere" un d.u.r.c. irregolare, è dunque necessario che il meccanismo legale disciplinato dal codice civile si coordini con le specifiche regole della disciplina del procedimento di gara.

D'altra parte lo stesso art. 1246, n. 5), del codice civile esclude che la compensazione operi nei casi di divieto (espreso o tacito) previsto dalla legge: a tutela dell'interesse creditorio, ma anche di interessi superindividuali presidiati da norme imperative.

La dottrina civilistica ha in proposito escluso che le esigenze contabili dell'amministrazione possano supportare l'affermazione di un generale limite alla compensazione operante nei confronti degli enti pubblici: ma ha comunemente osservato che l'operatività dell'istituto rimane subordinata al rispetto delle forme e delle iniziative prescritte dalle normative di settore.

9. Non è casuale, pertanto, che la pur articolata analisi operata dalla decisione da ultimo richiamata, che ha ricostruito sul piano dei principi i margini di compatibilità dell'istituto con la disciplina del procedimento di evidenza pubblica, sia stata seguita, sul piano normativo, dalla modifica dell'art. 80, comma 4, quinto periodo del d. lgs. n. 50/2016, introdotta dall'art. 8, comma 5, del decreto-legge 17 luglio 2020, n. 76 (convertito dalla legge 11 settembre 2020, n. 120): che ha aggiunto l'inciso finale secondo cui rilevano, nel senso di impedire l'esclusione dalla gara, anche le cause di estinzione di estinzione del debito tributario o previdenziale diverse dall'adempimento, *“purché l'estinzione, il pagamento o l'impegno si siano perfezionati anteriormente alla scadenza del termine per la presentazione delle domande”*.

Fino all'entrata in vigore di tale disposizione l'esclusione dalla gara era evitata – secondo il previgente testo del citato art. 80 - soltanto dal pagamento del debito, ovvero dall'impegno vincolante a pagare.

La necessità, in sede di disciplina del potere della stazione appaltante di escludere le imprese con irregolarità contributive, di introdurre una specificazione normativa relativa alla rilevanza di cause estintive diverse dall'adempimento, dimostra che nel precedente assetto normativo tale eventualità assumeva rilevanza unicamente alle condizioni stabilite dalla richiamata disciplina del d.u.r.c.

Ne consegue che tale disposizione avrebbe d'ora in avanti l'effetto di avere rimosso un divieto tacito di operatività del regime di diritto comune della compensazione (*recte*: dei modi di estinzione diversi dall'adempimento) nella materia dei debiti contributivi e tributari ostativi alla partecipazione alle gare pubbliche, aprendo lo spazio per accertamenti incidentali sulla compensazioni di tali debiti prima evidentemente limitati allo specifico regime delle obbligazioni di diritto pubblico e ai relativi provvedimenti.

Quand'anche non dovesse attribuirsi a tale disposizione portata innovativa, ma semplicemente ricognitiva e di coordinamento, rimarrebbe insuperato il precedente

rilievo, relativo alla disciplina contenuta nel d.m. 15 gennaio 2015, che rappresenta la valutazione normativa della (forma di) compatibilità dell'istituto della compensazione con le regole del procedimento di gara, a presidio degli interessi sottesi a quest'ultimo (chiaramente indicati dalla richiamata decisione n. 4188/2019 della V Sezione di questo Consiglio di Stato).

In ogni caso, nella materia di disciplina del procedimento di evidenza pubblica, delle due l'una: o si ritiene che l'effetto immediato (ma non automatico) della compensazione legale possa determinare l'inesistenza di un debito portato dal d.u.r.c. solo a decorrere dall'entrata in vigore della recente modifica all'art. 80 del codice dei contratti pubblici; ovvero si ammette che l'istituto fosse applicabile, in via interpretativa e sul piano dei principi, anche prima di tale novella, ma pur sempre con lo sbarramento temporale, per l'atto decisionale del debitore (di estinguere l'obbligazione mediante compensazione anziché mediante adempimento), della presentazione dell'offerta in gara (come affermato dalla sentenza n. 4188/2019 nell'indagine tesa a verificarne la praticabilità in un'ottica di compatibilità con le regole dell'evidenza pubblica).

È appena il caso di osservare che la circostanza che l'ente debitore dell'impresa ausiliaria fosse proprio l'I.N.P.S., e non altra amministrazione, non rileva in senso contrario rispetto allo scrutinio delle censure per come prospettate dalle parti ricorrenti in primo grado e riproposte in appello, non concretando alcuna peculiarità o diversità rispetto alla ricostruzione normativa appena esposta.

La censura è pertanto, per questa parte, infondata.

10. Il rigetto della censura relativa alla partita di debito che si assume compensata rende superfluo l'esame degli ulteriori profili concernenti il debito attualmente *sub judice* e quello che si assume pagato, dal momento che residua comunque una posta debitoria accertata, di importo tale da legittimare il d.u.r.c. irregolare della cui legittimità incidentalmente si discute.

11. Con il secondo motivo del ricorso in appello Pellegrini la sentenza impugnata viene censurata in relazione all'applicazione al caso di specie del principio del possesso dei requisiti.

11.1. Nel gravame si rappresenta anzitutto una circostanza di fatto: la gara in questione, bandita nel 2014, nell'ottobre 2016 ha visto l'aggiudicazione provvisoria in favore di altra impresa (la Romeo Gestioni s.p.a.), successivamente esclusa dalla gara stessa con provvedimento del marzo 2018; quindi *“con comunicazione del 12 aprile 2019 (...), Consip ha in seguito aggiudicato provvisoriamente la gara all'esponente RTI e ha richiesto a quest'ultimo i documenti a comprova del possesso dei requisiti di capacità economica e finanziaria e tecnica, ai sensi dell'art. 48, comma 2, del D.Lgs. n. 163/2006; documentazione richiesta con termine perentorio di 10 giorni dal ricevimento della nota del 12 aprile 2019. (...)* Successivamente, con comunicazione del 24 giugno 2019 (doc 15), Consip ha richiesto all'esponente RTI, per un'ulteriore volta, di voler confermare, entro il 10 luglio 2019, la validità della propria offerta e di estendere (per l'ennesima volta) la durata della cauzione provvisoria sino al 31 ottobre 2019. E a tale richiesta il RTI Pellegrini ha dato correttamente seguito”.

Lamenta quindi l'appellante che *“con nota 12 luglio 2019 (...), Consip, facendo leva su un DURC recante una data antecedente a quella in cui aveva chiesto al RTI Pellegrini l'ultima proroga dell'offerta e l'ultimo rinnovo della cauzione (estratto dalla stessa Consip in data 13/3/2019), ha comunicato al RTI Pellegrini di “aver proceduto ad effettuare i controlli volti a verificare il possesso dei requisiti di cui all'art. 38 del d.lgs n. 163/2006” e all'esito delle suddette verifiche sarebbero “emerse irregolarità nel versamento dei contributi previdenziali ed assistenziali nei confronti dell'ausiliaria KCS Cargiver Coop. Sociale”, che avrebbero determinato il rilascio di un DURC della suddetta ausiliaria non regolare. In tale occasione, Consip ha dunque richiesto al RTI la “produzione di idonei documenti giustificativi delle risultanze emerse...””.*

11.2. Date le superiori vicende, il gravame contesta la sentenza impugnata nella parte in cui ha ritenuto che il principio di continuità nel possesso dei requisiti concerna il concorrente in quanto tale e non l'aggiudicatario, ed assume che dal momento

dell'individuazione dell'aggiudicatario provvisorio Romeo (ottobre 2016) gli altri concorrenti fossero "liberati" dal relativo onere.

L'argomento prova troppo: giacché, a volerlo portare alle coerenti conseguenze nel caso di specie, la successiva aggiudicazione disposta in favore del r.t.i. appellante avrebbe determinato una reviviscenza di tale onere fin dal momento della presentazione della domanda di partecipazione alla gara (posto che le parti appellanti non pongono in discussione che la continuità va accertata da tale momento fino all'aggiudicazione), senza dunque alcuna ricaduta pratica di segno diverso rispetto a quanto ritenuto dalla stazione appaltante.

Laddove l'appello Pellegrini afferma, a pag. 26, che *“solo a far data dal 12/4/2019 (doc 13), il RTI Pellegrini sia stato formalmente indicato quale aggiudicatario della procedura di cui si tratta. Dal che consegue che solo a partire da tale preciso momento il RTI medesimo era nuovamente onerato al continuativo possesso dei requisiti”*, tralascia di considerare che il “continuativo possesso” decorre evidentemente dalla data di presentazione dell'offerta.

11.3. Rispetto a tale conclusione obietta la parte appellante che la peculiarità anche temporale della gara in esame avrebbe dovuto comportare una diversa declinazione del principio.

Deduce quindi l'appellante che *“si è preteso che tutta la compagine dell'esponente RTI, ivi compresi ausiliari e soggetti terzi, mantenesse il possesso dei requisiti: (i) ininterrottamente per oltre cinque anni dal momento in cui l'offerta fu presentata; (ii) anche a fronte della disposta aggiudicazione nell'ottobre 2016 dell'appalto ad altra concorrente, che aveva determinato la conclusione delle operazioni di gara”*.

In argomento osserva il Collegio che se è vero che la durata della procedura in questione è risultata anomala (peraltro per ragioni non imputabili alla stazione appaltante), è altresì vero che il r.t.i. appellante, inizialmente classificatosi secondo e interpellato circa un interesse a subentrare alla prima, avrebbe del tutto legittimamente potuto allegare la perdita d'interesse all'aggiudicazione, in ragione del

tempo trascorso (e delle vicende e scelte imprenditoriali delle aziende coinvolte): ma il determinarsi nel senso opposto (altrettanto legittimo) ha comportato evidentemente l'adesione alle relative regole, pur a fronte dell'anomala durata della procedura (oggetto di valutazione proprio a seguito di interpello).

11.4. L'appellante contesta altresì la sentenza gravata nella parte in cui non ha accolto la censura fondata sui principi giurisprudenziali elaborati in sede di applicazione dell'art. 140 d. lgs. 163/2006.

Replica in argomento l'appellato Consorzio Servizi Integrati richiamando la sentenza di questa Sezione n. 1050/2017, secondo la quale *“solamente quando la gara è aggiudicata (definitivamente – n.d.r.) ed il contratto stipulato, deve differenziarsi la posizione dell'aggiudicatario da quella delle imprese concorrenti collocatesi in posizione non utile”*.

Questa censura replica il vizio prospettico della precedente: assumendo come presupposto interpretativo della fattispecie l'individuazione della conclusione del procedimento nell'aggiudicazione provvisoria, ma riferendosi unicamente a quella – poi rimossa – disposta in favore della ditta Romeo, senza considerare la successiva aggiudicazione in proprio favore, e nella sostanza costruendo quest'ultima come l'atto terminale di un nuovo ed autonomo procedimento, e non piuttosto – quale essa è – quale atto terminale del medesimo procedimento iniziato con la presentazione delle offerte.

La tesi di parte appellante si fonda su di una forzatura del dato letterale contenuto nell'art. 48, comma 2, del d. lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (applicabile *ratione temporis* alla fattispecie dedotta), relativo richiesta di comprovare il possesso dei requisiti, laddove si riferisce ad una “nuova aggiudicazione”: *“La richiesta di cui al comma 1 è, altresì, inoltrata, entro dieci giorni dalla conclusione delle operazioni di gara, anche all'aggiudicatario e al concorrente che segue in graduatoria, qualora gli stessi non siano compresi fra i concorrenti sorteggiati, e nel caso in cui essi non forniscano la prova o non confermino le loro dichiarazioni si*

applicano le suddette sanzioni e si procede alla determinazione della nuova soglia di anomalia dell'offerta e alla conseguente eventuale nuova aggiudicazione”.

Tale formula lessicale non ha, evidentemente, il significato auspicato dall'appellante con un sillogismo argomentativo eccessivamente semplicistico (“*Se l’aggiudicazione è “nuova”, giocoforza deve esservene una “originaria” che la antecede; se vi è un’aggiudicazione, vi è stata giocoforza la conclusione della procedura di gara*”), implicante una cesura netta fra le due fasi della procedura, ma la più modesta funzione di indicare che all’esito della rideterminazione della soglia di anomalia, causata dalla verifica negativa del possesso dei requisiti, la stazione appaltante deve procedere una seconda volta ad aggiudicare la gara all’impresa prima classificata.

Assumere che la procedura sia terminata nel 2016 per le concorrenti non aggiudicatari (pag. 26 del ricorso in appello) tralascia di considerare le successive vicende del procedimento di gara.

11.5. L’appellante censura poi la sentenza nella parte in cui non ha condiviso il richiamo al principio di matrice anglosassone del c.d. *estoppel*.

In argomento questo Consiglio di Stato (sez. VI, sentenza n. 5940/2013) ha chiarito che tale principio, declinato nella cultura giuridica continentale nell’espressione *nemo auditur suam turpitudinem allegans*, implica che l’amministrazione risulti avvantaggiata dal “proprio illegittimo operare”.

Il che, evidentemente, non ricorre nella fattispecie in esame, risultando la censura ancora una volta viziata da erroneità del presupposto interpretativo, consistente in un indimostrato giudizio di valore sull’operato dell’amministrazione, dal quale discenderebbe la scusabilità di qualsivoglia inadempimento della parte, che deriverebbe in via automatica dal giudizio di fatto sulla anomalia dei tempi della procedura.

L’appellante si dilunga in proposito in una serie di – indimostrate - valutazioni di segno negativo sull’operato della stazione appaltante nella gestione dei tempi

dell'ultima fase del procedimento: che, a tacer d'altro, concretano un *venire contra factum proprium* a fronte dell'accettazione della pur tardiva aggiudicazione nel 2019.

12. Il terzo motivo di appello Pellegrini, ed il secondo motivo dell'appello Eporlux, concernono la mancata sostituzione dell'ausiliaria che versava in situazione d'irregolarità contributiva, e sollecitano un'interpretazione evolutiva dell'art. 49 del D.Lgs. n. 163/2006 “*alla luce del sopravvenuto art. 89 del D.Lgs. n. 50/2016 (e prima ancora dell'art. 63 della direttiva 2014/24/UE)*”.

Il T.A.R. sul punto ha affermato che “*La giurisprudenza comunitaria ha già valutato la legittimità europea della disciplina recata dall'art. 49 del d.lgs. n. 163 del 2006 (Corte di giustizia, 14 settembre 2017, causa C-223/16). Tale valutazione è stata compiuta alla luce della Direttiva 2004/18 ritenuta (unica) disciplina applicabile ratione temporis dal momento che la successiva Direttiva 2014/24 non era invocabile quale parametro di legittimità poiché, secondo un principio generale, sono “inapplicabili le disposizioni di una direttiva il cui termine di recepimento sia scaduto dopo” la data di pubblicazione del bando (nel caso esaminato dalla Corte la Direttiva 2014/24 doveva ancora essere recepita al momento di pubblicazione del bando). La Corte ha quindi stabilito la conformità al diritto euro-unitario della disciplina contenuta nell'art. 49 che l'ordinamento interno interpreta nel senso di escludere la possibilità per l'operatore economico di sostituire un'impresa ausiliaria che ha perduto i requisiti di partecipazione, circostanza che comporta l'esclusione automatica dell'operatore. Del resto, ha evidenziato ancora la Corte, la Direttiva 2014/24 non potrebbe neppure invocarsi quale criterio di interpretazione ponendo a raffronto la disciplina recata dagli artt. 47 e 48 della Direttiva 2004/18 con quella recata dall'art. 63 della Direttiva 2014/24 dal momento che la Direttiva del 2014 ha introdotto un istituto nuovo nell'ordinamento comunitario (la sostituzione dell'ausiliaria), non previsto in precedenza”.*

Le parti appellanti insistono per un'interpretazione evolutiva dell'allora vigente, ed oggi abrogato, art. 49 del d. lgs. 163/2006, sia alla luce della disciplina sopravvenuta, sia “*in ossequio ai principi, aventi anzitutto fondamento nel diritto nazionale (art. 3 Cost. e l.n. 241/1990), di uguaglianza sostanziale e proporzionalità*”, alla luce della sentenza della

Corte di giustizia 30 gennaio 2020 in causa C-395/2019, relativa alla non imputabilità al concorrente del fatto del subappaltatore.

13. La censura è infondata, in relazione a tutti i profili nei quali è stata articolata.

13.1. La disposizione regolante l'esercizio del potere *de quo* non consentiva infatti alla stazione appaltante alcuna diversa determinazione, sicché non può predicarsi l'illegittimità dei provvedimenti impugnati alla stregua di un parametro normativo sopravvenuto.

Non è neppure praticabile l'interpretazione evolutiva di detto parametro, atteso che si tratterebbe di un'esegesi in aperto contrasto con il significato letterale e normativo della disposizione: è proprio il confronto con la normativa sopravvenuta a porre in evidenza tale contrasto, sicché un'applicazione della regola successivamente introdotta ad una fattispecie anteriore avrebbe l'effetto di vanificare e porre nel nulla l'evidente diversità del comando normativo contenuto nelle due disposizioni, sovrapponendo una simile soluzione a quella legislativa.

L'interpretazione evolutiva sollecitata si sostanzierebbe infatti in un'applicazione retroattiva per via giurisprudenziale della nuova norma, che neppure il legislatore ha ritenuto di prevedere.

13.2. Neppure può sostenersi che la previgente disposizione presentasse dei profili di contrasto con il diritto dell'U.E., o comunque necessitasse di un'interpretazione conforme (nei limiti in cui questa sia possibile senza trasmodare in una forma di *interpretatio abrogans* o di disapplicazione).

Alle condivisibili motivazioni della sentenza impugnata occorre aggiungere gli argomenti, in punto di esatta individuazione del parametro comunitario nella successione temporale delle direttive, che si traggono dall'ordinanza di questa Sezione n. 2005/2020, che dubita – e che in proposito solleva questione pregiudiziale d'interpretazione – della compatibilità con il diritto dell'U.E. della vigente disciplina italiana di sostituzione dell'ausiliaria per fatto di quest'ultima.

Il rinvio pregiudiziale ha riguardato infatti la disciplina della sostituzione dell'ausiliaria, nella parte in cui esclude la misura sostitutiva *“nel caso di dichiarazioni non veritiere rese dall'impresa ausiliaria riguardanti la sussistenza di condanne penali passate in giudicato, potenzialmente idonee a dimostrare la commissione di un grave illecito professionale”*.

Si tratta, in altre parole, di un'eccezione che il legislatore nazionale ha previsto alla regola della sostituzione, rispetto alla quale il dubbio di compatibilità con il diritto dell'U.E. non è collegato al fatto in sé della non sostituibilità, ma alla diversità di regime rispetto alle altre ipotesi di fatto dell'ausiliario: *“non può ragionevolmente sostenersi che solo nella fattispecie della dichiarazione mendace l'operatore economico disponga di una capacità di prevenzione e di controllo dei requisiti dichiarati dall'impresa ausiliaria, tale da renderlo motivatamente corresponsabile dell'attestazione inveritiera resa da quest'ultima”*.

Nel caso di specie si è invece in presenza di una disciplina interna che come regola generale non prevedeva la sostituzione dell'impresa ausiliaria, e che in quanto tale non contrastava con il parametro comunitario.

Proprio l'ordinanza n. 2005/2020 chiarisce infatti che l'individuazione, sul piano cronologico, di tale parametro influenza il relativo giudizio di compatibilità: solo con l'art. 63 della direttiva 2014/24 del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 si è infatti imposta, in materia di avvalimento, *“la sostituzione dell'impresa ausiliaria in tutte le ipotesi in cui sussistano in capo alla stessa motivi obbligatori di esclusione. È risaputa l'innovatività della direttiva sul punto, recepita nel nuovo corpo normativo dei contratti pubblici del 2016. In precedenza, sotto la vigenza del Codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. n. 163 del 2006, la modificazione soggettiva dell'offerta era consentita solo nel caso di raggruppamento temporaneo di imprese, per i motivi ivi previsti (art. 37, comma 19, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163) e solamente nella fase di esecuzione del contratto (così Cons. Stato, sez. V, n. 169/2015)”*.

13.3. Quanto, infine, ad un'esegesi orientata al rispetto del principio di uguaglianza, va osservato che il diseguale trattamento di situazioni analoghe, conseguente alla

scelta di legislatore di modificare la disciplina di una fattispecie a decorrere dalla data di entrata in vigore della disposizione modificativa, non configura un contrasto con il principio di uguaglianza, dal momento che concreta un effetto naturale, sul piano diacronico, della successione di norme.

È in facoltà del legislatore accompagnare simili fenomeni da una disciplina transitoria ovvero dall'interpretazione autentica delle previgenti disposizioni: ma ciò non è accaduto nel caso di specie.

Né il divieto di sostituzione può ritenersi lesivo del principio di proporzionalità, dal momento che esso risponde al principio dell'immodificabilità soggettiva del concorrente nel corso della procedura (nonché di coloro di cui intende avvalersi e, per questa via, della stessa offerta), posto a presidio di valori non incompatibili con il diritto dell'U.E. fino alla ricordata direttiva, rispetto ai quali esso appare come non sproporzionato dal momento che è l'unica forma giuridica possibile per preservare la ridetta immodificabilità.

13.4. Qualora il richiamo al principio di uguaglianza debba intendersi invece riferito alla differenza con la disciplina del subappalto, in relazione alla invocata sentenza della Corte di Giustizia dell'U.E., II Sezione, 30 gennaio 2020 in causa C-395/2019, è sufficiente osservare che tale sentenza ha scrutinato la compatibilità comunitaria dell'esclusione automatica (e non già dell'esclusione in quanto tale) per fatto del subappaltatore consistente nella violazione della disciplina nazionale a tutela del lavoro dei disabili (nell'ottica, ispirata al principio di conservazione, del c.d. *selfcleaning* da parte del concorrente: situazione strutturalmente disomogenea rispetto a quella dell'inadempienza contributiva dell'impresa ausiliaria, non altrimenti surrogata); ma soprattutto, che essa è stata resa assumendo quale parametro la (sopravvenuta) direttiva 2014/24/UE, del cui carattere innovativo si è già detto.

14. In argomento le parti appellanti hanno sviluppato un ulteriore profilo di censura affermando che *“La sentenza impugnata risulta illegittima anche nella parte in cui ha rigettato l’ulteriore argomento fatto valere, in via subordinata, sempre con il III motivo di ricorso, col quale si è dedotto in primo grado che qualora l’art. 49 non fosse interpretabile come da noi sostenuto, il provvedimento di esclusione (e prima ancora il citato art. 49) risulterebbe comunque illegittimo per patente violazione del principio della retroattività in mitius. Il quale, come noto, trova fondamento: - a livello sovranazionale nell’art. 7 CEDU e nell’art. 49 della Carta di Nizza; - e a livello nazionale nell’art. 3 Cost. che “impone, in linea di massima, di equiparare il trattamento sanzionatorio dei medesimi fatti a prescindere dalla circostanza che essi siano stati commessi prima o dopo l’entrata in vigore della norma che ha disposto (...) la modifica mitigatrice” (Corte cost., n. 63/2019, § 6.1)”*.

Il T.A.R. ha in proposito ritenuto che *“il provvedimento di esclusione dalla gara che, nel caso di specie, comporta l’escussione di una cauzione pari ad Euro 1.350.000, non ha natura sostanzialmente “penale” alla luce dei c.d. criteri Engel. (...) In conclusione, nel provvedimento di esclusione da cui consegue l’escussione della cauzione provvisoria manca il presupposto (la natura sostanzialmente penale) per l’applicazione della disciplina prevista dagli art. 7 CEDU e dagli art. 49 e 52 della Carta di Nizza e quindi non si applica il principio di retroattività in mitius”*.

Le parti appellanti sottolineano in merito la portata afflittiva dell’escussione della cauzione, anche in ragione del suo importo.

15. Anche questa censura è infondata.

La sentenza n. 34 del 2014 dell’Adunanza Plenaria di questo Consiglio di Stato ha confermato la qualificazione dell’istituto dell’incameramento della cauzione provvisoria in termini di *“misura di indole patrimoniale, priva di carattere sanzionatorio amministrativo nel senso proprio, che costituisce l’automatica conseguenza della violazione di regole e doveri contrattuali espressamente accettati”*.

La successiva giurisprudenza ha in proposito chiarito che *“Risulta coerente con la lettera della legge la configurazione dell’escussione della cauzione come misura che consegue*

automaticamente al provvedimento di esclusione, in presenza dei soli presupposti che legittimano quest'ultimo. Né si rinviene nel codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. n. 163 del 2006 alcun ulteriore dato testuale da cui desumere che sia rimessa alla valutazione della stazione appaltante l'applicabilità, nel caso concreto, della misura dell'escussione della cauzione, così come configurata dal legislatore ordinario, con una scelta discrezionale allo stesso spettante (reputata conforme a costituzione, non arbitraria e non irragionevole, anche da parte della Corte Costituzionale: cfr. ordinanza 13 luglio 2011, n. 211, che si è espressa nel presupposto dell'applicazione automatica della misura in conseguenza dell'adozione del provvedimento di esclusione)” (Consiglio di Stato, sez. V, sentenza n. 6148/2017).

La giurisprudenza di questo Consiglio di Stato è dunque pacifica nel ritenere che *“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)”* (Consiglio di Stato, sez. V, sentenza n. 3385/2018).

L'istituto è dunque privo della funzione punitiva che deve connotare le sanzioni amministrative secondo i cc.dd. *Engel criteria*: dal momento che, come la giurisprudenza (sia convenzionale che costituzionale) ha avuto modo di chiarire, anche aderendo ad un orientamento sostanzialistico nell'applicazione di tali criteri la (sola) afflittività della misura (nella specie, patrimoniale) non è elemento sufficiente a fini qualificatori.

Le fattispecie in relazione alle quali la Corte EDU ha ricollegato alla “severità” della sanzione la ridetta qualificazione, hanno infatti sempre implicato una finalità punitiva della relativa misura rispetto a comportamenti antiggiuridici: così in materia

di violazione di norme volte a disciplinare la circolazione stradale (Varuzza c. Italia, 9 novembre 1999), o di sanzioni (di notevole entità) irrogate dalle autorità di regolazione preposte alla vigilanza creditizia (Grande-Stevens e altri c. Italia, 4 marzo 2014) o alla tutela della concorrenza (A. Menarini Diagnostics Srl c. Italia, 27 settembre 2011).

L'istituto in esame prescinde del tutto da un simile ambito categoriale, in ragione dell'assenza di qualsivoglia finalità punitiva (del resto confermata dall'irrilevanza dell'elemento psicologico dell'agente): la cauzione infatti *“costituisce parte integrante dell'offerta e non mero elemento di corredo della stessa; sicché essa si pone come strumento di garanzia della serietà ed affidabilità dell'offerta che vincola le imprese partecipanti ad una gara pubblica all'osservanza dell'impegno assunto a rispettarne le regole, responsabilizzandole, mediante l'anticipata liquidazione dei danni subiti dall'amministrazione, in ordine alle dichiarazioni rese anche con riguardo al possesso dei requisiti di ammissione alla procedura”* (Consiglio di Stato, sez. V, sentenza n. 2181/2018).

Tale istituto, peraltro, opera all'interno di una relazione procedimentale in cui la cauzione è prestata volontariamente, ed è incamerata quale conseguenza di un inadempimento negoziale (così la citata sentenza n. 2181/2018: *“La cauzione provvisoria costituisce, dunque, naturale effetto della violazione di regole e doveri contrattuali espressamente accettati”*): difettando dunque, anche sul piano della posizione dei soggetti, il presupposto istituzionale della sanzione.

16. In via subordinata l'appello Pellegrini ripropone le medesime censure fatte valere con il quarto motivo di ricorso in primo grado, in merito all'escussione della garanzia provvisoria disposta da Consip.

16.1. La censura è infondata in primo luogo perché assume che Consip avrebbe aggiudicato provvisoriamente la gara al raggruppamento appellante allo scopo di incamerare la cauzione.

Tale assunto, oltre che indimostrato, appare contraddetto dalla circostanza che l'*iter* procedimentale che ha portato all'adozione dei provvedimenti censurati è risultato esente dalle censure articolate contro i relativi atti: nonostante l'anomala durata del procedimento, la stazione appaltante non ha adottato alcun comportamento negligente o contrario a buona fede nel domandare l'estensione della validità dell'offerta e della cauzione successivamente al D.U.R.C. negativo, dal momento che in tale fase era in corso la verifica dei requisiti di partecipazione, che avrebbe potuto condurre ad un esito favorevole al raggruppamento aggiudicatario.

D'altra parte l'argomento è reversibile, e prova troppo: anche le parti appellanti erano in condizione di conoscere (sicuramente più della stazione appaltante) della situazione d'irregolarità contributiva risultata a carico dell'ausiliaria allorché hanno, volontariamente, confermato l'offerta e la relativa cauzione.

16.2. In secondo luogo, il profilo di censura che assume essere il raggruppamento appellante, a quella fase, mero concorrente e non anche aggiudicatario provvisorio riproduce l'erronea impostazione della censura procedimentale già negativamente delibata.

16.3. In terzo luogo, la censura rivolta contro l'art. 2 del disciplinare è pure infondata. Deduce l'appellante che *“non può non sottolinearsi sin d'ora come il Giudice non si sia avveduto che la disposizione in parola fosse stata oggetto di specifica impugnazione con il ricorso e con i motivi aggiunti, e di come il RTI Pellegrini lamentasse proprio l'illegittima estensione dell'ambito di operatività della garanzia provvisoria rispetto a quello previsto dalla legge, che l'art. 75, comma 9 del Codice lega al provvedimento di aggiudicazione; giammai alla stipula del contratto. Il che conduce -anche sotto questo profilo- al vizio di omessa pronuncia”*. Osserva il Collegio che l'art. 75 del d. lgs. n. 163 del 2006 stabilisce, ai commi 5 e 6, che *“5. La garanzia deve avere validità per almeno centottanta giorni dalla data di presentazione dell'offerta. Il bando o l'invito possono richiedere una garanzia con termine di validità maggiore o minore, in relazione alla durata presumibile del procedimento, e possono altresì prescrivere che*

l'offerta sia corredata dall'impegno del garante a rinnovare la garanzia, per la durata indicata nel bando, nel caso in cui al momento della sua scadenza non sia ancora intervenuta l'aggiudicazione, su richiesta della stazione appaltante nel corso della procedura. 6. La garanzia copre la mancata sottoscrizione del contratto per fatto dell'affidatario, ed è svincolata automaticamente al momento della sottoscrizione del contratto medesimo”.

Ne consegue la piena conformità a tale parametro della norma del disciplinare censurata sicchè, al di là della censura di omessa pronuncia, in ogni caso la previsione del disciplinare è esente dal vizio dedotto.

L'appellante invoca il comma 9 del citato art. 75: *“La stazione appaltante, nell'atto con cui comunica l'aggiudicazione ai non aggiudicatari, provvede contestualmente, nei loro confronti, allo svincolo della garanzia di cui al comma 1, tempestivamente e comunque entro un termine non superiore a trenta giorni dall'aggiudicazione, anche quando non sia ancora scaduto il termine di validità della garanzia”.*

Tale impostazione replica evidentemente, come già osservato, il vizio delle censure, in precedenza esaminate, che assumono come unica aggiudicazione rilevante quella disposta in favore della ditta Romeo.

16.4. Quanto, infine, al fatto che Consip abbia *“preteso “(non già il possesso dei requisiti, ma) la continuità del possesso per un periodo indefinito, durante il quale non c'è alcuna competizione, alcuna attività valutativa dell'amministrazione”; di poi ha irragionevolmente preteso che detto periodo indefinito fosse garantito dalla cauzione provvisoria”*, la censura ancora un volta risulta infondata per la sua dipendenza logica dal motivo, già rigettato, relativo alla continuità nel possesso dei requisiti, e per la sua contrarietà all'impegno, volontariamente assunto, di estensione dell'offerta e della cauzione.

17. I ricorsi in appello sono pertanto infondati, e come tali devono essere respinti. Sussistono le condizioni di legge, avuto riguardo alla peculiarità della fattispecie, per disporre la compensazione fra le parti delle spese del giudizio.

18. La conferma della sentenza gravata, determinando l'accertamento della legittimità dei provvedimenti impugnati in primo grado, comporta l'esclusione di qualsivoglia effetto invalidante o caducante sugli atti e i contratti a valle, e da essa logicamente e giuridicamente dipendenti.

19. La presente sentenza è redatta ai sensi dell'art. 120, commi 9 (come modificato dall'art. 4, comma 4, lett. a), del decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76, convertito dall'art. 1, comma 1, della legge 11 settembre 2020, n. 120) e 10, del codice del processo amministrativo

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sugli appelli, come in epigrafe proposti, riuniti i ricorsi, li rigetta.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 26 novembre 2020 con l'intervento dei magistrati:

Giulio Veltri, Presidente FF

Paola Alba Aurora Puliatti, Consigliere

Giovanni Pescatore, Consigliere

Ezio Fedullo, Consigliere

Giovanni Tulumello, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Giovanni Tulumello

IL PRESIDENTE
Giulio Veltri