

Regolarità contributiva e Durc

di Michela Colapinto

Data di pubblicazione: 21-7-2020

1. Il conflitto tra Durc positivi e gli inviti a regolarizzare diretti alle imprese con irregolarità va risolto nel senso che anche dopo l'entrata in vigore dell'art. 31, comma 8, d.l. 21 giugno 2013, n. 69, convertito con modificazioni dalla l. 9 agosto 2013, n. 98, 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, essendo dunque irrilevante un eventuale adempimento tardivo dell'obbligazione contributiva.

Guida alla lettura

La sentenza in esame, conformemente a una consolidata giurisprudenza sul punto, ribadisce che in caso di partecipazione ad una gara d'appalto pubblico di un'impresa con il durc irregolare, la regolarizzazione postuma di quest'ultimo è irrilevante, dovendo l'impresa essere in regola sin dal momento di presentazione dell'offerta e per tutta la durata della procedura di aggiudicazione, pena al contrario l'esclusione dalla gara, stante il combinato disposto dei commi 4 e 6 dell' art. 80 del codice dei contratti pubblici.

Qualora l'operatore economico fosse in possesso di un durc regolare al momento della presentazione della domanda, egli deve essere escluso qualora nel corso della procedura emerga una situazione di irregolarità contributiva, ostativa al rilascio del durc, pur se sia ancora in tempo per provvedere alla regolarizzazione e vi provveda tempestivamente ai sensi del d.m. 30 gennaio 2015; l'istituto dell'invito alla regolarizzazione può operare, in effetti, solo nei rapporti tra impresa ed Ente previdenziale, ossia con riferimento al durc chiesto dall'impresa e non anche al durc richiesto dalla stazione appaltante per la verifica della veridicità dell'autodichiarazione ai fini della partecipazione alla gara d'appalto.

Ed infatti, anche dopo l'entrata in vigore dell' art. 31 comma 8, d.l. 21 giugno 2013, n. 69, convertito con modificazioni dalla l. 9 agosto 2013, n. 98 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, essendo dunque irrilevante un eventuale adempimento tardivo dell'obbligazione contributiva; l'istituto dell'invito alla regolarizzazione (il c.d. preavviso di Durc negativo), già

previsto dall'art. 7, comma 3, d.m. 24 ottobre 2007 e ora recepito a livello legislativo dall' art. 31, comma 8, d.l. n. 69 del 2013 può operare solo nei rapporti tra impresa ed Ente previdenziale, ossia con riferimento al Durc chiesto dall'impresa e non anche al Durcrichiesto dalla stazione appaltante per la verifica della veridicità dell'autodichiarazione resa ai sensi dell'art. 38, comma 1, lett. i), ai fini della partecipazione alla gara d'appalto.

Il Codice degli appalti di cui al D.Lgs. 50/2016, prevede agli art. 30, comma 5, e 105, comma 9, che in fase di esecuzione del contratto, la regolarità contributiva è verificata d'ufficio da parte della stazione appaltante prima del pagamento del prezzo dell'appalto, ma in caso di DURC negativo non consegue la risoluzione del contratto di appalto, bensì il pagamento diretto dei contributi previdenziali da parte della stazione appaltante, con trattenuta dal prezzo dovuto per l'appalto.

Il durc costituisce unico documento attestante il rispetto degli oneri previdenziali ed assistenziali da parte dell'operatore economico partecipante alla procedura di gara, onde, in presenza di durc regolare a favore dell'operatore economico, la stazione appaltante non è tenuta ad alcuna altra verifica, sebbene segnalazioni in senso contrario a quanto ivi certificato siano pervenute da terzi interessati all'esclusione dell'operatore dalla procedura di gara.

La certificazione relativa alla regolarità contributiva viene in rilievo dinanzi al giudice amministrativo alla stregua di documento probatorio del requisito di partecipazione alla gara e, pertanto, la sua regolarità può essere oggetto di accertamento incidentale da parte del giudice amministrativo al fine della verifica dell'esistenza o meno del requisito di partecipazione ove detta questione gli sia sottoposta come vizio di legittimità del provvedimento impugnato, spettando alla parte che allega il contrasto tra la certificazione e reale situazione dell'operatore economico fornire la prova in giudizio che l'irregolarità contributiva riportata nel durc sia in realtà insussistente ovvero, al contrario, che non sussista la regolarità accertata.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ha pronunciato la presente

sul ricorso in appello numero di registro generale 9889 del 2019, proposto da

Ecotecnica S.r.l. in proprio e quale mandataria di r.t.i. con Axa S.r.l., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dagli avvocati Ada Matteo, Saverio Sticchi Damiani, Matteo Sanapo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Ciclat Trasporti Ambiente Soc. Coop, in persona del legale rappresentante *pro-tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Lorenzo Marco Agnoli, Andreina Degli Esposti, Gennaro Rocco Notarnicola, Riccardo Villata, Fabiola Fedele, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso l'avvocato Riccardo Villata in Roma, via G. Caccini n. 1;

Cogeir Costruzioni e Gestioni S.r.l., Tra.De.Co. S.r.l., Curatela Fallimentare della Tra.De.Co. S.r.l. non costituiti in giudizio;

Istituto Nazionale di Previdenza Sociale, in persona del Presidente *pro-tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Emanuele De Rose, Lelio Maritato, Antonino Sgroi, Carla D'Aloisio, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso l'avvocato Antonino Sgroi in Roma, via Cesare Beccaria 29;

nei confronti

Comune di Melendugno, Igeco Costruzioni S.p.A. non costituiti in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, Sezione staccata di Lecce (Sezione Seconda) n. 1740/2019, resa tra le parti, concernente aggiudicazione di gara per l'affidamento dei servizi di spazzamento, raccolta e trasporto dei rifiuti solidi urbani, compresi quelli assimilati agli urbani, nel territorio dei Comuni dell'ARO 2/LE;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Istituto Nazionale di Previdenza Sociale;

Visti gli atti di costituzione in giudizio ed gli appelli incidentali proposti dall'Ambito di Raccolta Ottimale Aro n. 2 della Provincia di Lecce-Comune di Melendugno (Ente Capofila);

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 4 giugno 2020 il Cons. Raffaele Proserpi, nessuno comparso per le parti;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con determina dell'ARO LE/02 (ente capofila: Comune di Melendugno) del 13 ottobre 2016 veniva indetta gara pubblica aperta, con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per l'affidamento del servizio di spazzamento, raccolta e trasporto dei rifiuti solidi urbani e assimilabili nei Comuni di Melendugno, Calimera, Caprarica di Lecce, Castri di Lecce, Cavallino, Lizzanello, San Cesario di Lecce, San Donato di Lecce, San Pietro in Lama, Vernole, per una durata di 9 anni, oltre sei mesi di eventuale proroga.

Con determinazione dirigenziale n. 2 del 6 giugno 2018 veniva disposta l'aggiudicazione in favore del R.T.I. tra le ditte Ecotecnica S.r.l. (mandataria), Axa S.r.l. e Igeco Costruzioni S.p.a., classificatosi al primo posto della graduatoria redatta all'esito dell'istruttoria. Seconda classificata era la società Tradeco S.r.l., mentre in terza posizione si collocava il R.T.I. tra Ciclat Trasporti Ambiente Soc. Coop. (mandataria) e Cogeir Costruzioni e Gestioni S.r.l.

L'aggiudicazione veniva impugnata dinanzi alla Sezione staccata di Lecce del Tribunale amministrativo della Puglia, sia da Tradeco S.r.l., sia dal Raggruppamento Ciclat. Entrambi i ricorsi venivano decisi con sentenza del TAR Lecce n. 1363 del 27 settembre 2018, che rigettava le impugnative. Avverso la sentenza di primo grado veniva interposto appello dinanzi al Consiglio di Stato.

Il 4 ottobre 2018, la Prefettura di Roma emetteva interdittiva antimafia nei confronti della società Igeco Costruzioni S.p.a., facente parte del Raggruppamento aggiudicatario. Le altre due società, Axa S.r.l. ed Ecotecnica S.r.l., con nota prot. 2366 del 5 ottobre 2018 manifestavano alla Stazione appaltante la volontà di procedere alla costituzione di un nuovo Raggruppamento, con esclusione della Igeco S.p.a.

Il R.U.P. prendeva atto della suddetta volontà con propria nota prot. 8474 del 9 ottobre 2018 ed il nuovo raggruppamento era costituito con atto pubblico dell'11 ottobre 2018.

In conseguenza di tali circostanze, il RUP, in vista della stipula del contratto, poneva in essere la verifica dei requisiti soggettivi ex art. 32 comma 7 d. lgs. 50 del 2016 nei confronti delle società componenti il nuovo raggruppamento chiedendo, in particolare, all'Inps: "di verificare il possesso del Durc da parte della stessa impresa dalla data del 13 aprile 2017 – scadenza del termine di ricezione delle offerte – sino alla costituzione del nuovo r.t.i., al fine di accertare l'insussistenza di violazioni gravi alle norme in materia di contributi previdenziali e assistenziali". L'Inps, con riferimento a Ecotecnica s.r.l., rispondeva con propria nota del 15 novembre 2018, nei seguenti termini: "Appare opportuno evidenziare che le verifiche di autocertificazione dovrebbero essere effettuate al momento della presentazione delle stesse. Ciò premesso, nel segnalare che i Durc relativi all'azienda Ecotecnica s.r.l. [...] risultano emessi dalla sede Inps di Brindisi, si porta a conoscenza che il D.M. 30 gennaio 2015 ha introdotto notevoli novità in merito al rilascio del Durc così come chiarito anche con circolare 19/2015 del Ministero del Lavoro (e con circ. Inps 126/2015 al punto 6): <<le Amministrazioni aggiudicatrici procedono, a decorrere dal 1° luglio 2015, alla verifica delle dichiarazioni sostitutive con la stessa modalità di cui all'art. 6 del d.m. restando preclusa, pertanto, dalla medesima data la possibilità per le Amministrazioni in fase di richiesta di specificare la data

nella quale ciascuna dichiarazione è stata resa. Ciò stante l'obbligo generale di invito alla regolarizzazione, previsto dall'art. 4 del d.m., anche ai fini di qualificare come "definitivamente accertate" le violazioni gravi alle norme in materia di contributi previdenziali ai sensi dell'art. 38, comma 1) lettera i), del d. lgs. n. 163/2006>>. Pertanto l'istituto non rilascia più certificazioni cartacee e/o attestazioni, tuttavia eccezionalmente si comunica che dalle risultanze degli archivi informatici dell'Istituto non si rileva la presenza di Durc irregolari nell'arco temporale indicato, circostanza comunque non rilevante ai fini richiesti in relazione all'obbligo generale di invito alla regolarizzazione sopra richiamato ed anche alla luce del coinvolgimento di più Enti previdenziali nel rilascio delle certificazioni di regolarità".

In virtù della suddetta comunicazione il RUP, ritenendo accertata l'assenza di "violazioni gravi, definitivamente accertate, rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse o dei contributi previdenziali" ai sensi dell'art. 80 comma 4 d. lgs. 50 del 2016, con propria nota del 13 dicembre 2018 comunicava che: "In relazione alla gara in oggetto e con riferimento alle rispettive posizioni non sono emerse condizioni ostative alla sottoscrizione del contratto di appalto per quanto attiene al possesso dei requisiti soggettivi di cui all'art. 80 del d. lgs. n. 50 del 2016. In merito alla richiesta inoltrata all'Inps, al fine di verificare il possesso del Durc dalla data del 13.4.2017 (scadenza del termine di ricezione delle offerte) e sino alla data dell'interrogazione, per accertare l'insussistenza di violazioni gravi in materia di contributi previdenziali ed assistenziali, l'Istituto – pur avendo premesso che in seguito all'entrata in vigore del d.m. del 30.1.2015 e del sistema del Durc *on line* non è più possibile accertare la veridicità delle dichiarazioni sostitutive presentate dalle imprese con riferimento alla data in cui la dichiarazione è stata resa – in via eccezionale ha comunicato all'Amministrazione scrivente che dalle risultanze degli archivi informatici dell'Istituto "non si rileva la presenza di Durc irregolari nell'arco temporale indicato", richiamando, comunque, l'istituto dell'invito alla regolarizzazione previsto dall'art. 4 del d.m. predetto, in virtù del quale, allorquando emerga dall'interrogazione *on line* una irregolarità, l'Istituto è tenuto ad avviare il procedimento di regolarizzazione invitando l'impresa al pagamento entro il termine di gg. 15".

In data 29 gennaio 2019 veniva stipulato il contratto tra l'ARO e il Raggruppamento Ecotecnica.

La nota del RUP del 13 dicembre 2018 veniva impugnata dalle imprese del Raggruppamento Ciclat, per i seguenti motivi: 1) Violazione dell'art. 80 comma 4 del d. lgs. n. 50 del 2016 e s.m.i.. Violazione degli artt. 29 e 32, commi 5 e 7 dello stesso d. lgs. Eccesso di potere per difetto di istruttoria ed erronea presupposizione; 2) Violazione dell'art. 80 commi 4 e 5, lett. c) e f-bis) del d. lgs. 50/2016 e s.m.i. Violazione degli artt 29 e 32, commi 5 e 7 dello stesso d. lgs. Violazione dell'art. 75, d.P.R. n. 445 del 2000. Eccesso di potere per difetto di istruttoria ed erronea presupposizione; 3) Violazione dell'art. 80 comma 5 lettera c) ed f-bis) e dell'art. 32 commi 5 e 7 del d. lgs. 50 del 2016 e s.m.i. Violazione dell'art. 75 d.P.R. n. 445 del 2000. Violazione dell'art. 29, stesso d. lgs. Violazione delle linee guida n. 6 dell'ANAC. Eccesso di potere per difetto di istruttoria ed erronea presupposizione; 4) Violazione degli artt. 80 e 32 commi 5 e 7, e 48 del d. lgs. n. 50 del 2016 e s.m.i. Violazione dell'art. 29, stesso d. lgs. Eccesso di potere per difetto di istruttoria ed erronea presupposizione; 5) Violazione dell'art. 80 comma 5 lett. b) e dell'art. 32 del d. lgs. n. 50 del 2016 e s.m.i.. Violazione degli artt. 3.1.

lett. c) e 18.2.12. e 18.2.13 del disciplinare di gara. Eccesso di potere per difetto di istruttoria ed erronea presupposizione. Venivano inoltre riprodotti i motivi già dedotti nel ricorso a suo tempo proposto avverso l'aggiudicazione, ritenendo che in virtù di essi il provvedimento da ultimo gravato risultasse viziato anche in via derivata per l'illegittimità dell'originaria aggiudicazione.

Si costituivano in giudizio l'Inps, l'ARO LE/02 ed Ecotecnica S.r.l., resistendo al ricorso ed in particolare l'Aro ed Ecotecnica sollevavano una serie di eccezioni pregiudiziali.

Gli altri soggetti evocati, pur ritualmente intimati, non si costituivano in giudizio.

La Ciclat proponeva ricorso per motivi aggiunti depositato il 25 febbraio 2019, in seno al quale si deducevano ulteriori censure, che traevano origine dall'avvenuta disamina della nota 19 dicembre 2018 dell'Inps, depositata dall'Istituto in sede di costituzione in giudizio e che riportava a carico di Ecotecnica ed AXA 6 segnalazioni ciascuna di irregolarità contributiva, poi conclusesi con il pagamento entro 15 giorni dall'invito a regolarizzare la posizione (preavviso di Durc negativo) e, quindi, non avevano impedito il rilascio del Durc come statuito dal Decreto del Ministero del Lavoro n. 84785 del 30.1.2015.

Le ulteriori censure proposte dalla Ciclat col nuovo ricorso erano le seguenti: 1) Violazione degli artt. 29 e 32, commi 5 e 7 e 80 comma 4 del d. lgs. 50 del 2016 e s.m.i. Eccesso di potere per difetto di istruttoria ed erronea presupposizione. Illegittimità diretta e derivata; 2) Violazione degli artt. 29 e 32, commi 5 e 7 e 80 del d. lgs. n. 50 del 2016 e s.m.i. Eccesso di potere per difetto di istruttoria ed erronea presupposizione; 3) mancanza, dopo l'estromissione di Igeco, di un provvedimento espresso di aggiudicazione in favore del raggruppamento Ecotecnica e Axa.

La Ecotecnica deduceva l'inammissibilità e/o irricevibilità del ricorso per motivi aggiunti, in quanto i preavvisi di Durc negativo rivolti alle imprese del r.t.i. aggiudicatario avevano date comprese tra luglio e novembre 2018, dunque era da allora, secondo la prospettazione della società, che iniziava a decorrere il termine per proporre il ricorso.

Con Determinazione Dirigenziale n. 6 del 29 aprile 2019 il RUP disponeva l'esclusione dalla gara nei confronti del Raggruppamento Ciclat e di Tradeco S.r.l., per quest'ultima visto il decreto n. 108 del 13 novembre 2018, di revoca dell'autorizzazione all'esercizio provvisorio dell'impresa per la ditta fallita. Nei confronti di Ciclat, invece, il provvedimento espulsivo derivava da una penale di importo pari a circa €. 800.000,00 applicata alla società dal Comune di La Maddalena nel 2016. In particolare, precisava il RUP che: "il legale rappresentante di Ciclat ha omesso di dichiarare di avere subito nell'anno 2016 penali per un ammontare di circa €. 800.000,00 comminate dal Comune di Maddalena per gravi inadempienze contrattuali nell'esecuzione di un contratto analogo a quello in controversia, il che costituiva una dichiarazione mendace sanzionata di per sé con l'esclusione dell'operatore economico dalla procedura di gara ai sensi dell'art. 80, 5° comma, lettera f-bis del Codice degli Appalti, oltre all'ipotesi di grave illecito professionale espulsivo ai sensi dell'art. 80, comma 5, lettera c) d. lgs. 50 del 2016.

Avverso tale ultima determinazione, la Ciclat proponeva motivi aggiunti, contestando la propria esclusione per i seguenti vizi: 1) Falsa applicazione dell'art. 80, 5° comma, lett. c, d. lgs. 50 del 2016: totale irrilevanza delle penali; 2) Violazione dell'art. 80 5° comma d. lgs. 50 del 2016 e del principio di affidamento con riferimento al carattere non definitivo delle penali; 3) Violazione e falsa applicazione dell'art. 80 comma 5 d. lgs. 50 del 2016: rilevanza delle sole notizie iscritte nel casellario ANAC; 4) Eccesso di potere sotto il profilo della carenza di istruttoria: non imputabilità delle penali a fatto esclusivo di Ciclat; 5) Falsa applicazione dell'art. 80, 5°, lett. c) d. lgs. 50 del 2016: situazione di conflittualità con il Comune della Maddalena; 6) Falsa applicazione dell'art. 80, 5° c., lett. c, d. lgs. 50 del 2016: irrilevanza, (a maggior ragione) delle restanti penali; 7) "Incompetenza – Violazione degli artt. 77 d. lgs. 50 del 2016 e 21 *nonies* L. 241 del 1990; 8) Violazione dell'art. 10 l. 241 del 1990; 9) Eccesso di potere sotto il profilo della contraddittorietà – Sviamento di potere – Violazione degli artt. 32, 7° c., 81 1° c., 86 5° co, d. lgs. 50 del 2016.

Avverso la suddetta determinazione di esclusione la Ecotecnica proponeva a sua volta ricorso incidentale, chiedendo l'annullamento della determinazione n. 6 nella parte in cui l'ARO non aveva disposto l'esclusione di Ciclat anche per i seguenti ulteriori motivi: 1) Violazione dei principi di buon andamento e imparzialità della P.A., degli artt. 80, commi 4, 5 (lett. a) e 6, e 30, comma 3, d. lgs. 50 del 2016. Eccesso di potere sotto vari profili; 2) Violazione dell'art. 80, comma 4 d. lgs. 50 del 2016. Eccesso di potere sotto vari profili; 3) Violazione dell'art. 80, comma 5 lett. c) ed f-*bis*) d. lgs. 50 del 2016, eccesso di potere sotto vari profili. Violazione della Delibera Anac n. 1293 del 16.11.2016, della *lex specialis* e delle determinazioni n. 5 del 13.1.2017 e n. 7 dell'8.2.2017 del Responsabile del Servizio dell'ARO LE/2, del par. 20 e ss. del disciplinare per mancata produzione di documenti richiesti dalla stazione appaltante; 4) Violazione degli artt. 7, 9 e 10 L. 241 del 1990, degli artt. 80, comma 5, lett. c) ed f-*bis*) ed 89 d. lgs. 50 del 2016, della *lex specialis* per mancanza dei requisiti di capacità tecnica Eccesso di potere sotto vari profili.

L'ARO LE/02 non si difendeva in alcun modo sul ricorso incidentale. La Ciclat ne chiedeva invece la reiezione e, in sede preliminare, rilevava l'irricevibilità per tardività dello stesso, ritenendo che si fosse abbondantemente superato il termine perentorio indicato dall'art. 42 c.p.a.

Nel frattempo il Comune di Melendugno, quale ente Capofila dell'ARO LE/02, con nota del 14 giugno 2019 e dunque all'esclusione intervenuta in data 29 aprile 2019, aveva richiesto ad Anac e al Comune di La Maddalena informazioni sulle inadempienze contrattuali che avevano condotto all'applicazione delle penali nei confronti di Ciclat, fondamento dell'esclusione disposta e dinanzi a risposte parziali il Comune chiedeva ad ANAC di attivare i poteri ispettivi di vigilanza e controllo ed istruttori nei confronti del Comune de La Maddalena, richiamando l'importanza fondamentale di dette informazioni per la stazione appaltante ARO LE/02, quanto alla posizione di Ciclat.

Il 13 settembre 2019 la p.a. depositava nota di risposta del Comune di La Maddalena che precisava che le penali applicate a Ciclat ammontavano a €. 896.790,00 a fronte di un importo complessivo dell'appalto di €. 18.560.669,82, che lo scioglimento del contratto di appalto era intervenuto non in virtù di risoluzione per inadempimento da parte della stazione appaltante,

bensì per recesso unilaterale della Ciclat ex art. 1373 comma 2 c.c. e che la misura sostitutiva di cui all'art. 30 comma 6 d. lgs. 50 cit. era stata applicata in ragione dell'omesso versamento degli stipendi ai lavoratori da parte della società datrice di lavoro degli stessi, che non era Ciclat, ma l'impresa esecutrice Cogei.

Per ragioni di ordine logico, ritiene il Collegio di dover prendere in esame, in primis, il ricorso per motivi aggiunti depositato il 22 maggio 2019, proposto da Ciclat avverso la propria esclusione.

Con sentenza 11 novembre 2019 n. 1740 il Tribunale amministrativo esaminava le azioni ora rassegnate e dava precedenza al dedotto vizio di incompetenza sollevato da Ciclat in merito all'adozione dell'esclusione da parte del RUP in luogo della commissione in violazione dell'art. 77 d. lgs. 50 del 2016.

La censura non era ritenuta fondata, in assenza di una disposizione attributiva della competenza esclusiva alla commissione, il provvedimento ben poteva essere adottato dal RUP, sulla base della competenza generale e residuale prevista dall'art. 31 d. lgs. 50 del 2016.

Altresì infondata era la censura relativa alla dedotta violazione dell'art. 10 bis L. 241 del 1990, poiché era documentalmente provata l'avvenuta considerazione delle deduzioni della Ciclat da parte della stazione appaltante, deduzioni disattese senza che ne discendesse dalla norma l'obbligo di una specifica confutazione.

Quanto alla questione delle penali irrogate dal Comune di La Maddalena, la cui omessa indicazione in DGUE era stata ritenuta dalla stazione appaltante motivo di esclusione ex art. 80 comma 5 lettere c) e f-bis) d. lgs. 50 del 2016, a seguito di una lunga disamina, la pronuncia di prime cure affermava che né la *lex specialis* della gara, né le disposizioni normative applicabili alla fattispecie prevedevano l'esclusione per la mancata indicazione di penali irrogate da una diversa stazione appaltante.

Dunque, l'estromissione della Ciclat non poteva essere disposta sulla base della mera omissione della menzione delle suddette sanzioni contrattuali in sede di DGUE.

Sotto altro profilo veniva rilevato che dalle circostanze che emergevano dagli atti di causa, occorreva prendere atto che le inadempienze della Ciclat sanzionate con le penali non erano state ritenute dal Comune sardo idonee a compromettere in via definitiva il rapporto fiduciario e contrattuale con la ditta, senza prescindere dal fatto che il contratto a suo tempo sussistente tra Ciclat e Comune di La Maddalena era stato risolto in virtù di recesso unilaterale della società e l'esclusione disposta non era corredata da adeguata motivazione e che le giustificazioni poi intervenute concretizzavano un'inammissibile motivazione postuma

Quanto sopra permetteva l'assorbimento, per ragioni di ordine logico, delle ulteriori censure svolte ai motivi aggiunti nn. 2, 3, 4, 5 e 6.

Quanto al nono motivo, la richiesta di produzione dei bilanci alla Ciclat da parte del RUP, la

sentenza impugnata lo riteneva irrilevante in quanto non intaccava in alcun modo, la legittimità dei provvedimenti gravati.

Per cui il ricorso per motivi aggiunti proposto da Ciclat il 22 maggio 2019 doveva essere accolto, con conseguente annullamento dell'esclusione di tale concorrente.

Il Tribunale amministrativo procedeva poi all'esame del ricorso incidentale proposto dal Raggruppamento Ecotecnica, che chiedeva a sua volta l'annullamento dell'atto di esclusione della Ciclat, nella parte in cui non venivano contemplati ulteriori motivi di estromissione dalla gara.

Era in primo luogo infondata l'eccezione di irricevibilità del gravame, secondo la Ciclat proponibile entro trenta giorni dal perfezionamento della notifica del ricorso principale.

A parere del giudice di primo grado il termine di trenta giorni previsto dall'art. 41 c.p.a. per la proposizione del ricorso principale, nel momento in cui l'interesse all'impugnazione dell'atto scaturisce da un ricorso per motivi aggiunti, decorre dal perfezionamento della notificazione di questi ultimi.

Nel caso di specie, l'interesse della Ecotecnica all'ampliamento delle ragioni di esclusione della Ciclat derivava dai motivi aggiunti con i quali tale ultima società gravava l'esclusione. Il termine per la proposizione dell'impugnativa incidentale decorreva dunque dalla notifica di tale ultimo atto: i motivi aggiunti di Ciclat erano stati notificati a Ecotecnica il 17 maggio 2019 e il ricorso incidentale di questa era stato notificato il 17 giugno 2019, era dunque nei termini in considerazione che il giorno antecedente cadeva di domenica.

Ecotecnica aveva inoltre interesse a ricorrere, in quanto l'eventuale accoglimento del ricorso incidentale, incrementando le ragioni di estromissione della Ciclat dalla gara, ne avrebbe potrebbe determinare l'esclusione in caso di annullamento dell'espulsione già disposta dall'ARO e già impugnata con i motivi aggiunti di maggio.

Con il primo motivo, Ecotecnica affermava che Ciclat avrebbe dovuto essere esclusa ai sensi dell'art. 80 comma 1 lettera a) d. lgs. 50 del 2016 per aver posto in essere violazioni degli obblighi in materia di lavoro, omettendo di pagare gli stipendi ai dipendenti impiegati nell'appalto con il Comune di La Maddalena.

La censura doveva ritenersi infondata, visto che dai documenti del Comune sardo depositati il 22 luglio 2019 si desumeva che l'inadempimento in questione doveva addebitarsi alla diversa società Cogei S.r.l.

Il secondo motivo evocava la sussistenza di debiti tributari e previdenziali, presenti nel bilancio di Ciclat.

La censura era infondata, perché sfornita di prova.

Con il terzo motivo si sosteneva la mancata valutazione da parte della stazione appaltante di

ulteriori penali irrogate a Ciclat, per importi contenuti e inferiori all'1% del valore dell'appalto, da ulteriori stazioni appaltanti.

Anche tale doglianza era infondata.

L'ARO aveva comunque preso in considerazione le altre penali e le aveva ritenute motivo di esclusione insieme a quella più consistente del Comune di La Maddalena; ma il venire a mancare di questa impediva che queste sorreggessero autonomamente l'esclusione di Ciclat, difettando una motivazione incentrata su di esse.

Con l'ultimo motivo incidentale Ecotecnica deduceva l'assenza dei requisiti di partecipazione in capo a Ciclat, in relazione all'esecuzione per almeno 24 mesi in maniera continuativa negli ultimi tre anni [...] di servizi di spazzamento stradale e di raccolta dei rifiuti solidi urbani, in favore di una o più committenze [...] la cui popolazione complessiva fosse pari ad almeno 80.000 abitanti residenti alla data del 31 dicembre 2016, corrispondente approssimativamente alla popolazione dell'ARO 2/LE ai sensi dell'art. 13.1 lettera c) del disciplinare di gara, perché tali servizi espletati avevano già formato oggetto di avvalimento, in favore della società aggiudicataria Ecologica Busso Sebastiano S.r.l., nell'appalto per il servizio di igiene urbana del Comune di Ragusa.

Anche tale censura veniva ritenuta infondata. L'aver svolto il servizio nell'estensione temporale e nella consistenza di popolazione richieste dal bando denotava in ogni caso un'esperienza professionale atta a qualificare l'impresa in sé. Era un'esperienza aziendale che qualificava la ditta in ogni procedura e non poteva essere considerata alla stregua delle dotazioni di mezzi o di strutture poste a disposizione di una diversa ditta ausiliata e dunque non più spendibili.

Per cui il ricorso incidentale era da respingere.

La sentenza procedeva poi all'esame del ricorso principale proposto da Ciclat e pregiudizialmente al vaglio delle eccezioni preliminari sollevate dalla difesa dell'ARO e da quella della Ecotecnica.

Non era fondata l'eccezione di "pregiudizialità", secondo cui il Tar non avrebbe potuto decidere la causa, visto l'appello pendente dinanzi a questa Sezione: i ricorsi in esame avevano per oggetto un provvedimento differente rispetto a quello gravato dinanzi al Consiglio di Stato, il processo azionato dinanzi al TAR riguardava l'esito della verifica dei requisiti, mentre al Consiglio di Stato pendeva ricorso sull'aggiudicazione, e non sussisteva una presupposizione o pregiudizialità logica e giuridica tra i due giudizi.

Quanto all'eccezione sull'avvenuta stipula del contratto tra la stazione appaltante ed Ecotecnica, essa è priva di fondamento, poiché tale passaggio non determina la sopravvenuta carenza di interesse al ricorso in capo al r.t.i. Ciclat: l'eventuale accoglimento del ricorso, annullando l'esito positivo della verifica dei requisiti, renderebbe infatti inefficace l'aggiudicazione, con conseguenze a cascata anche sul contratto.

Era infondata anche l'eccezione sul carattere non provvedimentale dell'atto impugnato. La comunicazione RUP del 13 dicembre 2018 era espressione dell'esercizio del potere amministrativo di verifica dei requisiti in capo all'aggiudicataria, direttamente attribuito dall'art. 32 comma 7 alla stazione appaltante, indubbiamente una pubblica amministrazione. Vi erano i requisiti che la rendevano sindacabile dinanzi al Giudice Amministrativo ai sensi dell'art. 7 comma 1 c.p.a. e comunque con detta comunicazione, il RUP dava atto dell'intervenuta verifica dei requisiti del nuovo r.t.i. ex art. 32 comma 7 d. lgs. 50 del 2016 e riteneva perfezionata l'efficacia dell'aggiudicazione e la possibilità di procedere alla stipula del contratto. Essa aveva dunque autonoma efficacia lesiva ed assorbiva anche la censura secondo cui doveva ritenersi superata anche la censura dedotta da Ecotecnica, secondo la quale non sarebbero ammissibili impugnazioni avverso atti successivi all'aggiudicazione.

Non si poteva poi ritenere violato il principio del *ne bis in idem*, in relazione alla circostanza che due dei motivi di ricorso erano stati proposti anche dinanzi al Consiglio di Stato, come motivi aggiunti ex art. 104 comma 3 c.p.a., poiché i motivi in questione riguardavano atti diversi: l'aggiudicazione dinanzi al Consiglio di Stato, l'esito della verifica dei requisiti dinanzi al TAR.

Erano superate le eccezioni di carenza di interesse rivolte nei confronti di Ciclat, per le quali quest'ultima occupava, nella graduatoria finale, una posizione subordinata rispetto a quella della società Tradeco s.r.l.: la Tradeco all'epoca della proposizione del ricorso era già fallita – 10 ottobre 2018 – e l'autorizzazione all'esercizio provvisorio dell'impresa veniva inizialmente concessa solo per la prosecuzione di contratti già in essere e tassativamente elencati nel provvedimento.

Nel merito, con il primo motivo veniva censurata l'omessa esclusione nei confronti di Ecotecnica la quale era stata destinataria di un invito alla regolarizzazione contributiva ex art. 4 comma 1 D.M. 30 gennaio 2015 in data 1° dicembre 2017 per irregolarità di consistente importo relative ad agosto 2017, e dunque occorse in un periodo rilevante ai fini della gara, in quanto successive al 13 aprile 2017, scadenza del termine per la presentazione dell'offerta.

La circostanza veniva in rilievo all'esito della verifica dei requisiti, posta in essere dal RUP dopo la costituzione del nuovo r.t.i. da parte di Ecotecnica e Axa, e riguardava una irregolarità, successivamente sanata, insorta posteriormente alla presentazione dell'offerta.

L'art. 80 comma 4 d. lgs. 50 del 2016 ed il principio di continuità del possesso dei requisiti di partecipazione.

L'art. 80 comma 4 cit. individua quale causa di esclusione dalla gara l'irregolarità contributiva grave e definitiva: quest'ultima caratteristica impediva il rilascio del Durc ed entrambe le ditte del raggruppamento aggiudicatario, Axa ed Ecotecnica, presentavano Durc regolari per tutto il periodo rilevante ai fini della partecipazione alla gara; alla luce della nuova normativa in materia di Durc, art. 31 d.l. 69 del 2013 convertito nella l. 98 del 2013 e art. 4 d.m. 31.1.2015 di attuazione del primo, si rilevava che ove l'Ente previdenziale accertasse la sussistenza di cause ostative all'emissione di Durc, prima di emettere un Durc negativo, doveva trasmettere all'impresa interessata un invito alla regolarizzazione oppure un preavviso di Durc negativo da

emettere in via definitiva in difetto di successivo pagamento entro 15 giorni.

Ora l'Adunanza Plenaria n. 5/2016 ha affermato che le disposizioni in materia di preavviso di regolarizzazione sopra menzionate, si applicano solo al rapporto tra impresa ed Ente, non riguardando invece il Durc richiesto dalla stazione appaltante in sede di verifica del possesso dei requisiti di ammissione alla gara: 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, è in linea con alcuni principi fondamentali che governano appunto le procedure di gara. La regolarizzazione postuma consentirebbe ad una impresa di partecipare alla gara senza preoccuparsi dell'esistenza a proprio carico di una irregolarità contributiva, potendo essa confidare sulla possibilità di sanare il proprio inadempimento in caso di aggiudicazione andando così a sanare, non una mera irregolarità formale, ma la mancanza di un requisito sostanziale, mancanza aggravata dall'aver reso una dichiarazione oggettivamente falsa in ordine al possesso del requisito, in spregio al principio della parità di trattamento, dell'autoresponsabilità e della continuità nel possesso dei requisiti.

In linea con quanto ritenuto, la sentenza del Tar rilevava che la stazione appaltante, venuta a conoscenza della sussistenza delle irregolarità in capo a Ecotecnica, avrebbe dunque dovuto escludere la società e il relativo r.t.i.

Il motivo era dunque fondato con l'accoglimento del ricorso e l'annullamento dell'atto di esito positivo della verifica dei requisiti annullato, nella parte in cui dava atto del possesso della regolarità contributiva in capo all'aggiudicataria e non disponeva l'esclusione del raggruppamento Ecotecnica.

Secondo la ricorrente Ciclat, da quanto sopra sarebbe conseguita anche l'illegittimità dell'aggiudicazione. Ciò in quanto, con la nota del 24 ottobre 2018, la Ecotecnica dichiarava in modo inveritiero di essere sempre stata regolare ai sensi dell'art. 3 d.m. 30.1.2015, ricadendo quindi nelle previsioni di cui all'art. 80 comma 5 lettera c) ed f-bis) d. lgs. 50 del 2016.

Tale censura non rientrava nel giudizio, in quanto dedotta, quale motivo aggiunto ex art. 104 c.p.a., dinanzi al Consiglio di Stato, come ulteriore censura all'atto di aggiudicazione ivi gravato.

Con il secondo motivo si deduceva la rilevanza della dichiarazione resa dall'Ecotecnica in data 24 dicembre 2018, secondo la quale la ditta non sarebbe mai incorsa in irregolarità contributive, ai sensi dell'art. 80 comma 5 lettera c) d. lgs. 50 del 2016, come autonoma ipotesi di esclusione.

La doglianza non veniva ritenuta fondata poiché la dichiarazione censurata dalla ricorrente era stata resa non già nel DGUE o nella fase di verifica dei requisiti, bensì in risposta alla comunicazione dell'istanza ostensiva della Ciclat, dunque nell'ambito del procedimento per l'accesso, distinto da quello di selezione del contraente ed al di fuori del campo di applicazione dell'art. 80 d. lgs. 50 cit.

Il terzo motivo di ricorso riguardava la condanna del legale rappresentante Axa, per reati tributari di cui al d. lgs. 74 del 2000, intervenuta, seppur solo in primo grado e in termini non definitivi, anteriormente alla presentazione della domanda. Secondo la ricorrente, l'omessa dichiarazione di tale condanna avrebbe dovuto condurre, ai sensi dell'art. 80 comma 5 lettera c) d. lgs. 50 del 2016 e delle Linee Guida Anac n. 6, all'esclusione dell'Axa.

La censura non veniva ritenuta fondata. La normativa applicabile *ratione temporis* alla gara, che era stata bandita prima del correttivo al Codice degli Appalti recato dal d. lgs. 56 del 2017 e della conseguente revisione delle Linee guida ANAC n. 6 di cui alla delibera 1008 dell'11 ottobre 2017, non prevedeva la necessaria dichiarazione, per i reati tributari, delle condanne non definitive.

Con il quarto motivo di ricorso, le imprese del r.t.i. Ciclat deducevano che la disposta estromissione di Igeco non avrebbe potuto evitare l'esclusione dell'intero r.t.i. in conseguenza dell'intervenuta interdittiva antimafia in capo alla società de qua, in virtù dell'art. 48 comma 19 del d. lgs. 50 del 2016 (applicabile nella versione ante correttivo).

L'art. 48 comma 19 cit. disciplina il recesso di una delle componenti del raggruppamento, in quel caso non verificatosi. Le imprese residue Axa ed Ecotecnica costituivano un nuovo raggruppamento, estromettendo la società colpita dall'interdittiva, pertanto la norma invocata da parte ricorrente non è applicabile: il caso rientrava nell' ipotesi prevista dall'art. 48 comma 18 d. lgs. 50 cit., per cui il mandatario che non indichi altro operatore economico subentrante in possesso dei prescritti requisiti di idoneità, è tenuto all'esecuzione, direttamente o a mezzo degli altri mandanti dotati dei requisiti di qualificazione.

Con il quinto motivo di ricorso, si censurava l'omessa esclusione della Tradeco S.r.l., nei confronti della quale non era stato rilevato il fallimento dichiarato dal Tribunale di Bari.

La censura era superata dai fatti, nel senso che con la determinazione n. 480 del 29 aprile 2019 il RUP aveva disposto la definitiva esclusione di Tradeco proprio in relazione allo stato di fallimento.

Il ricorso principale doveva dunque essere accolto, con conseguente annullamento dell'atto impugnato.

La sentenza proseguiva con l'esame dei motivi aggiunti, depositati da Ciclat il 25 febbraio 2019, con i quali si impugnava per nuove ragioni la stessa nota RUP del 13 dicembre 2018.

Anche con riferimento a tale atto, il giudice di prime cure procedeva all'esame delle eccezioni preliminari di inammissibilità e irricevibilità sollevate da Ecotecnica.

La censura laddove lamentava l'impugnazione di un atto asseritamente non provvedimentale era infondata per le ragioni esposte dapprima.

Ancora, i motivi aggiunti erano ricevibili, poiché in quanto basati su inviti a regolarizzare inviati dall'INPS già nel 2017 comunque atti riservati, la Ciclat ne aveva acquisito consapevolezza

solo in seguito alla costituzione dell'INPS.

Né era fondata l'eccezione di inammissibilità per genericità dei motivi spiegati nel ricorso ex art. 43 c.p.a., dato che le censure dedotte dalla ricorrente erano dettagliate e specificamente articolate.

Infondata era anche, nuovamente, l'eccezione di inammissibilità per violazione del ne bis in idem, con riferimento al giudizio pendente dinanzi al Consiglio di Stato per le ragioni prima indicate, essenzialmente l'impugnazione di atti differenti.

Nel merito il primo motivo aggiunto, sulla scorta dei plurimi preavvisi di Durc negativo risultanti in capo ad Axa e a Ecotecnica dalla comunicazione prodotta in giudizio dall'INPS, era fondato per le medesime valutazioni già esposte, ivi compresi i rilievi sull'insanabilità delle irregolarità sopravvenute.

Con il secondo dei motivi aggiunti, la Ciclat rilevava l'illegittimità dell'omesso controllo sul possesso dei requisiti nei confronti di Igeco.

La censura non aveva fondamento, perché il RUP aveva operato i controlli prima della stipula del contratto, ma non era tenuto a rinnovarli successivamente, soprattutto nel caso di società estromessa dalla gara.

Per quanto esposto i motivi aggiunti proposti da Ciclat dovevano essere accolti, con conseguente annullamento del provvedimento impugnato, nella parte in cui non escludeva il r.t.i. Ecotecnica dalla gara.

La domanda di declaratoria di inefficacia del contratto, proposta coi motivi aggiunti del 14 febbraio 2019, non poteva essere accolta, in quanto il giudice amministrativo può dichiarare l'inefficacia del contratto solo ove disponga l'annullamento dell'aggiudicazione, non impugnata in quella sede.

Per tutte le considerazioni sopra esposte, il Tar accoglieva i secondi motivi aggiunti proposti da Ciclat nei termini indicati, con conseguente annullamento del provvedimento di esclusione disposto nei confronti della società ricorrente, rigettava il ricorso incidentale di Ecotecnica, accoglieva il ricorso principale nei termini indicati, nonché la domanda di annullamento svolta con i primi motivi aggiunti avanzati da Ciclat s.r.l., nei termini indicati, con conseguente annullamento dell'esito del controllo dei requisiti da parte del RUP, nella parte in cui non escludeva il RTI Ecotecnica – Axa dalla gara ed infine rigettava, la domanda di declaratoria dell'inefficacia del contratto.

Con appello in Consiglio di Stato il r.t.i. Ecotecnica impugnava la sentenza e deduceva le censure che di seguito si riportano in sintesi:

1. Sulla legittimità dell'esclusione dalla gara del RTI Ciclat. Erroneità della sentenza nella parte in cui ha accolto i secondi motivi aggiunti di Ciclat nei termini indicati ai capi 14.3 – 14.6 – Ultrapetizione – Violazione, falsa ed errata interpretazione ed applicazione dell'art. 80 del d.

lgs. 50 del 2016 – Improcedibilità del ricorso di primo grado e dei primi motivi aggiunti proposti da Ciclat.

2. Sulla fondatezza del ricorso incidentale proposto da Ecotecnica. Erroneità della sentenza nella parte in cui ha respinto il ricorso incidentale.

3. Sulla fondatezza delle eccezioni preliminari. Erroneità della sentenza nella parte in cui ha respinto l'eccezione di irricevibilità e inammissibilità del ricorso introduttivo di primo grado.

4. Sulla fondatezza delle eccezioni preliminari. Erroneità della sentenza nella parte in cui ha respinto l'eccezione di improcedibilità/inammissibilità del ricorso per avvenuta sottoscrizione del contratto – Contraddittorietà.

5. Sulla fondatezza delle eccezioni preliminari. Erroneità della sentenza nella parte in cui ha respinto l'eccezione di inammissibilità per violazione del ne bis in idem del ricorso introduttivo e dei motivi aggiunti del 25.02.2019.

6. Sulla fondatezza delle eccezioni preliminari. Erroneità della sentenza nella parte in cui ha respinto l'eccezione di irricevibilità e inammissibilità dei motivi aggiunti del 25.02.2019.

7. Sulla fondatezza delle eccezioni preliminari. Erroneità della sentenza nella parte in cui ha respinto l'eccezione di irricevibilità per tardività dei motivi aggiunti del 25.02.2019.

8. Sulla fondatezza delle eccezioni preliminari. Erroneità della sentenza nella parte in cui ha respinto l'eccezione di genericità dei motivi aggiunti del 25.02.2019.

9. Sull'infondatezza nel merito del gravame di primo grado. Erroneità della sentenza nella parte in cui ha accolto il primo motivo del ricorso introduttivo ed il primo dei motivi aggiunti del 25.02.2019.

Il 7 dicembre 2019 interveniva appello incidentale autonomo dell'ARO 2, con il quale si deduceva con i primi due motivi l'erroneità della sentenza laddove non aveva ritenuto scorretto il comportamento di Ciclat che era rimasta reticente sulle sue gravi inadempienze nel corso del suo rapporto con il Comune di La Maddalena, in secondo luogo si censurava la contraddittorietà e l'erroneità della pronuncia, laddove aveva ritenuto ammissibile il ricorso di Ciclat pur rivolto avverso la nota del RUP del 13 dicembre 2018 successiva all'aggiudicazione e condizione di efficacia di questa, atto il cui annullamento doveva considerarsi irrilevante per Ciclat, in terzo luogo che le irregolarità contributive emerse successivamente a seguito dei nuovi procedimenti Inps non inficiavano quanto operato dall'ARO che si era comportata secondo le norme di gara ed aveva ricevuto esclusivamente Durc regolari.

Con appello incidentale proposto il 17 dicembre 2018 il r.t.i. Ciclat rappresentava innanzitutto che la normativa di settore, nel prevedere la verifica dei requisiti di partecipazione in capo all'aggiudicatario, all'art. 32, comma 7, d.lgs. n. 50 del 2016, delinea un segmento procedimentale autonomo e successivo rispetto alla pronuncia dell'aggiudicazione, finalizzato alla dichiarazione di efficacia di quest'ultima e alla stipula del contratto e che vizi propri di tale

fase comportano un'inevitabile lesione del perfezionamento degli effetti dell'aggiudicazione, dal momento che, "ove la verifica dei requisiti in capo all'aggiudicataria dovesse dare esito negativo, l'impresa dovrebbe essere esclusa, e tornerebbero dunque in gioco le pretese delle altre imprese; si svuoterebbe di rilevanza sostanziale la predetta fase di verifica dei requisiti dell'aggiudicataria, sottraendola del tutto al controllo giurisdizionale, con l'aberrante conseguenza di consentire il perfezionamento dell'efficacia di aggiudicazioni in favore di concorrenti privi di fondamentali requisiti di partecipazione o – addirittura – autori di dichiarazioni rivelatesi mendaci con riferimento al possesso degli stessi, naturalmente sempre che sia stata tempestivamente impugnata l'aggiudicazione", il tutto con il conforto della giurisprudenza corrente. In terzo luogo si contestava la censura sull'asserita violazione del principio del *ne bis in idem*, ovvero sia delle censure uguali a quelle appuntate contro l'aggiudicazione, ma Ciclat rilevava la correttezza della sentenza laddove aveva rammentato che si trattava di impugnative di atti differenti. Ancora si eccepeva avverso i motivi di irricevibilità dei motivi aggiunti in data 14 febbraio 2019, che essi riguardavano i requisiti di un nuovo r.t.i., senza più Igeco, né il r.t.i. Ecotecnica aveva in qualche modo dimostrato i termini temporali di conoscenza degli inviti a regolarizzare rivolti alla controparte. Quindi l'appellante incidentale argomentava per confutare le censure dell'appello incidentale tese a criticare il rigetto dell'eccezione sulla genericità dei motivi.

A proposito dell'accoglimento del primo motivi di ricorso e del primo motivo aggiunto inerenti le richiamate irregolarità contributive, il r.t.i. Ciclat insisteva sul fatto che non assumeva alcun rilievo la regolarizzazione postuma da parte dell'impresa della posizione previdenziale, operando l'istituto dell'invito alla regolarizzazione – c.d. preavviso di d.u.r.c. negativo – invocato da parte appellante solo nei rapporti tra impresa ed ente previdenziale, ossia con riferimento al Durc richiesto dall'impresa, e non a quello richiesto dalla Stazione appaltante per la verifica della veridicità dell'autodichiarazione resa ai sensi dell'art. 38, comma 1, lett. i) del Codice dei contratti per la partecipazione alla procedura selettiva: così come richiamato da pacifica giurisprudenza.

Il r.t.i. Ciclat si diffondeva in ulteriori tesi in ordine al rigetto in primo grado di alcune proprie censure, insisteva sull'accoglimento dei motivi assorbiti, sull'irricevibilità del ricorso incidentale del r.t.i. Ecotecnica allorché questa lo avrebbe dovuto proporre dopo la notifica del ricorso principale e d insisteva sulla declaratoria di inefficacia del contratto stipulato tra ARO 2 e r.t.i. Ecotecnica.

Alla camera di consiglio del 4 giugno 2020 la causa è passata in decisione, non essendo intervenute oralmente le parti.

DIRITTO

Si deve rilevare preliminarmente, anche allo scopo di ottenere un livello minimo di chiarezza per la controversia, caratteristica necessaria per il processo amministrativo – art. 3 c.p.a. – ed in cui le parti non hanno affatto contribuito, che deve ritenersi al di fuori del contenzioso in esame la seconda classificata Tradeco: ciò, in primo luogo, perché la medesima non ha impugnato la sentenza del TAR Lecce n. 1363 del 27 settembre 2018 che aveva visto soccombenti la stessa Tradeco e il r.t.i. Ciclat nei confronti della primitiva aggiudicazione

disposta a favore del r.t.i. ditte Ecotecnica S.r.l. (mandataria), Axa S.r.l. e Igeco Costruzioni S.p.a. ed in secondo luogo in conseguenza del decreto del tribunale di Bari n. 108 del 13 novembre 2018 che ha respinto la domanda di concordato preventivo con continuità aziendale di tale impresa e la ha dichiarata definitivamente fallita.

Quindi va considerata ormai consolidata la collocazione di secondo graduato per il r.t.i. Ciclat ed il suo interesse a censurare unicamente la situazione del r.t.i. Ecotecnica.

Si ritiene corretto esaminare dapprima i motivi terzo, quarto, quinto, sesto e settimo dell'appello Ecotecnica, tutti accomunati dalla censura della sentenza del Tar di Lecce per la parte in cui detta pronuncia ha respinto una serie di eccezioni pregiudiziali volte avverso il ricorso del r.t.i. Ciclat oppure i motivi aggiunti ad esso seguiti.

Con il terzo motivo di appello si censura la sentenza gravata, nella parte in cui ha respinto l'eccezione di irricevibilità e inammissibilità del ricorso introduttivo di primo grado, per aver ritenuto impugnabile un atto privo di effetti provvedimenti e lesivi, quale la comunicazione degli esiti della verifica del possesso dei requisiti di partecipazione alla gara, e perciò idoneo a riaprire i termini per l'impugnazione, peraltro per asseriti vizi riguardanti atti ("avviso di regolarizzazione" della contribuzione previdenziale) antecedenti al provvedimento di aggiudicazione già impugnato con altro ricorso, rigettato e su cui pende l'appello nrg 234/2019.

Il motivo è infondato.

Va da un lato condiviso l'assunto della sentenza di primo grado, secondo cui la natura di "provvedimento" dell'atto gravato non costituisce un presupposto necessario per adire la tutela giurisdizionale amministrativa, poiché discende dall'art. 7 del c.p.a. la devoluzione alla giurisdizione della G.A. delle controversie riguardanti provvedimenti, atti, accordi o comportamenti riconducibili anche mediamente all'esercizio del potere amministrativo – da intendersi di tipo autoritativo o unilaterale – posti in essere da pubbliche amministrazioni: la comunicazione del RUP del 13 dicembre 2018, indipendentemente dalla relativa natura, è espressione dell'esercizio del potere amministrativo di verifica dei requisiti in capo all'aggiudicatario, direttamente attribuito dall'art. 32 comma 7 alla stazione appaltante. Ma in ogni caso va anche sottolineato che la verifica dei requisiti in capo ad un r.t.i. modificatosi nella sua composizione, quindi nella sostanza un nuovo r.t.i. costituisce un rinnovato esercizio di un potere amministrativo che doveva in ogni caso essere nuovamente riesercitato in vista della diversa composizione dell'aggiudicatario, alla stregua della usuale verifica da compiersi sempre prima dell'aggiudicazione. Al pari di quest'ultima quindi, non si può negare alla rinnovazione della verifica, che va a costituire la verifica unica del procedimento di gara, quella autonoma efficacia lesiva nei confronti di una concorrente non aggiudicatario utilmente collocata in graduatoria ed il cui eventuale annullamento, può permettere a quest'ultima di accedere al bene della vita per il quale si è chiesta la tutela giurisdizionale.

Con il quarto motivo di appello si censura la sentenza gravata, nella parte in cui ha respinto l'eccezione di improcedibilità/inammissibilità del ricorso per avvenuta sottoscrizione del contratto, per aver erroneamente ritenuto sussistere l'interesse di Ciclat ad impugnare l'atto

di comunicazione degli esiti della verifica del possesso dei requisiti, nonostante il contratto non possa essere dichiarato inefficace dal Giudice.

Anche in questo caso quanto affermato dalla sentenza impugnato appare del tutto incontrovertibile sulla scorta del dato normativo: l'art. 32 comma 7 del d. lgs. 50 del 2016 stabilisce che l'aggiudicazione diviene efficace dopo la verifica del possesso dei prescritti requisiti e l'eventuale riscontro dell'illegittimità di tale verifica si ripercuote inevitabilmente sull'aggiudicazione con la possibilità della dichiarazione di inefficacia del contratto dinanzi a gravi violazioni di legge secondo il dettato dell'art. 121 c.p.a.

Con il quinto motivo di appello si censura la sentenza gravata nella parte in cui ha respinto l'eccezione di inammissibilità per violazione del *ne bis in idem* poiché i motivi accolti sono stati riprodotti da Ciclat, quali motivi aggiunti ex art. 104, comma 3 c.p.a., nell'appello pendente nrg. 234/2019 avente ad oggetto l'aggiudicazione della gara di cui si tratta.

Anche detto motivo è infondato.

L'appello n. 234/2019 è volto avverso la sentenza che respingeva i ricorsi concernenti la primitiva aggiudicazione disposta in favore del r.t.i. Ecotecnica S.r.l., Axa S.r.l. e Igeco Costruzioni, aggiudicazione del tutto superata dall'interdittiva che ha raggiunto Igeco e che ha determinato il nuovo r.t.i. con le due componenti superstiti con una nuova verifica dei requisiti ed una nuova aggiudicazione: dunque non vi è assolutamente luogo alla violazione del principio del *ne bis in idem*.

Con il sesto motivo di appello si censura la sentenza gravata, nella parte in cui ha respinto l'eccezione di irricevibilità e inammissibilità dei primi motivi aggiunti, per le stesse ragioni di cui al terzo motivo.

Non si possono che ribadire, per evidenziare l'infondatezza del motivo, le ragioni di cui al terzo motivo inerenti il carattere autonomamente provvedimento ed autoritativo idoneo a concretizzare lesioni del provvedimento del Rup sulla rinnovata verificata dei requisiti.

Con il settimo motivo di appello si censura la sentenza gravata nella parte in cui ha respinto l'eccezione di irricevibilità per tardività dei primi motivi aggiunti, in quanto proposti oltre il termine di trenta giorni dalla data di comprovata conoscenza degli atti ("avvisi di regolarizzazione" della contribuzione previdenziale) su cui sono basate le infondate censure.

Appaiono del tutto convincenti sul punto le difese di Ciclat laddove assumono che i documenti inerenti i debiti contributivi vengono notificati via *pec* esclusivamente alla parte interessata, destinataria degli stessi, ai sensi dell'art. 4, comma 1 del d.m. 30.1.2015. Il ricorso introduttivo ha rappresentato quanto era venuto a conoscenza dell'interessata, ma il nucleo fondamentale dell'intera questione è emersa allorché è avvenuta la costituzione in giudizio dell'INPS ed è stato concesso dal Rup a Ciclat l'accesso agli atti e si è conosciuta la nota dell'INPS del 19 dicembre 2018 depositata il 29 gennaio 2019, documenti rispetto ai quali i motivi aggiunti del 14 febbraio 2019 appaiono tempestivi in relazione all'elemento della piena conoscenza, elemento non dimostrato da Ecotecnica per i periodi antecedenti.

Destituito di fondamento era l'ottavo motivo di appello di censura della sentenza impugnata, nella parte in cui essa aveva respinto l'eccezione di genericità dei motivi aggiunti notificati il 14 febbraio 2019, in quanto generici sulla pretesa irregolarità contributiva.

E' infatti sufficiente una lettura anche rapida dei motivi aggiunti per comprendere le ragioni ivi sostenute, quanto addebitato è pienamente dettagliato e solo una violazione della sintesi dovuta dagli atti di parte potrebbe insinuare una censura di genericità.

Si può ora procedere all'esame del primo motivo di appello concernente la sentenza di primo grado, nella parte in cui la medesima ha accolto l'impugnativa di Ciclat avverso il provvedimento di esclusione dalla gara, per aver ritenuto irrilevanti ai fini escludenti le penali contrattuali e per aver valutato carente la motivazione che supporta l'atto, stante l'art. 80 del d. lgs. 50 del 2016.

Tale motivo è infondato alla stregua delle osservazioni che seguono, sostanzialmente identiche ai precedenti di questa stessa Sezione n. 2749 del 30 aprile 2019 e n. 1346 del 21 gennaio 2018, relativi a controversie attinenti sempre gare per lo smaltimento dei rifiuti.

L'evocato art. 80 stabilisce al comma 5, lett. c), che le stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico, qualora *“la stazione appaltante dimostri con mezzi adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità” ed alla lett. c-ter) qualora “l'operatore economico abbia dimostrato significative o persistenti carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione per inadempimento ovvero la condanna al risarcimento del danno o altre sanzioni comparabili; su tali circostanze la stazione appaltante motiva anche con riferimento al tempo trascorso dalla violazione e alla gravità della stessa”*.

Tali previsioni sono in realtà sostanzialmente sovrapponibili a quelle dell'art. 38, comma 1, lett. f), del d. lgs. 163 del 2006, il quale prevedeva la non ammissione alle procedure di affidamento delle concessione e degli appalti di lavori, forniture e servizi ovvero inibiva l'affidamento di subappalti o ancora la stipulazione dei relativi contratti per coloro che *“secondo motivata valutazione della stazione appaltante, hanno commesso grave negligenza o malafede nell'esecuzione delle prestazioni affidate dalla stazione appaltante che bandisce la gara; o che hanno commesso un errore grave nell'esercizio della loro attività professionale, accertato con qualsiasi mezzo da parte della stazione appaltante”*.

La giurisprudenza, formatasi su tale ultima disposizione e che può trovare tuttora seguito anche con riguardo alle lett. c) e c-ter) dell'art. 80 del vigente codice dei contratti pubblici, ha sottolineato in primo luogo che il concorrente è tenuto ad una dichiarazione veritiera e completa, la quale sola può permettere di esprimere un giudizio sull'affidabilità professionale di una partecipante, giudizio che non può che essere di ampia portata discrezionale e quindi sindacabile dal giudice amministrativo nei soli limiti della evidente illogicità o irrazionalità o del determinante errore fattuale; è stato aggiunto che l'omissione di tale dichiarazione non consente infatti all'amministrazione di poter svolgere correttamente e completamente la valutazione di affidabilità professionale dell'impresa e fa assumere alla domanda di

partecipazione resa in sede di gara la natura di dichiarazione non già incompleta, ma non veritiera e pertanto non sanabile con il soccorso istruttorio di cui all'art. 46 d. lgs. n. 163 del 2006 (*ex multis*, Cons. Stato, sez. V, 27 settembre 2017, n. 4527).

E' stato anche precisato che la stazione appaltante può ritenere la sussistenza dei gravi errori professionali anche in assenza di un accertamento giurisdizionale di tali errori e di una dichiarazione della P.A. che abbia pronunciato la risoluzione per inadempimento di quel rapporto, purché le pregresse violazioni contestate siano numerose e puntuali, come, per esempio, l'abbandono del servizio, la mancata effettuazione della raccolta indifferenziata e dell'organico, l'incasso di somme per servizi non resi, il mancato versamento degli oneri di discarica.

Nel caso il disciplinare di gara, all'art. 3, lett. f), stabiliva l'esclusione di un operatore economico dalla partecipazione alla procedura di gara, ove dimostrato con mezzi adeguati dalla stazione appaltante, che l'operatore economico si fosse reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità. Tra questi rientravano: le significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne avevano causato la risoluzione anticipata, non contestata in giudizio, ovvero confermata all'esito di un giudizio, ovvero avevano dato luogo ad una condanna al risarcimento del danno o ad altre sanzioni; il tentativo di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate ai fini di proprio vantaggio; il fornire, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione ovvero l'omettere le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione;

Ecotecnica lamentava che la stazione appaltante non avrebbe esaminato le condotte che hanno determinato la sanzione contrattuale al fine di verificare in concreto se esse o la relativa mancata menzione in sede di Dgue fossero idonee a far ritenere inaffidabile l'impresa, poiché l'ARO avrebbe escluso la Ciclat " prima ancora di venire a conoscenza degli illeciti contrattuali sanzionati dal Comune di la Maddalena (e indicati nella nota depositata il 22 luglio 2019, conosciuta dall'amministrazione resistente in epoca successiva all'adozione del provvedimento escludente)", mancando nella specie del tutto la ponderazione di affidabilità dell'impresa da parte della stazione appaltante con conseguente illegittimità del provvedimento per carenza di motivazione ("in modo radicale") e violazione dell'art. 3 L. 241/1990.

Senonché va ricordato che questa Sezione con le sentenze nn. 2794 del 2019 e 1346 del 2018 ha rilevato che la mancata dichiarazione della irrogazione di penali contrattuali non integra di per sé la violazione dei doveri professionali e non costituisce prova di grave negligenza, così definita dal legislatore dapprima con l'art. 38, comma 1, lett. f), del d. lgs. n. 163 del 2006, e rinnovato dall'art. 80 comma 5 lett. c) e c-ter), poiché l'applicazione di penali contrattuali non può ritenersi sintomo inconfutabile di errore grave nell'esercizio dell'attività professionale o comunque "grave negligenza"; ciò tanto più quando, come nel caso di specie, il provvedimento di esclusione menzioni l'applicazione delle penali senza specificarne l'ammontare minimo ed indicando quale presupposto asserite "manchevolezze" (commesse nel servizio di gestione dei rifiuti nel comune di La Maddalena) senza alcun effettiva

motivazione al riguardo anche con riferimento alla loro eventuale gravità.

Sulla scorta di questi precedenti, va del tutto condiviso quanto affermato nella pronuncia impugnata, ovvero che le presunte inadempienze erano emerse dopo l'esclusione del r.t.i. Ciclat, con il deposito della nota del Comune di La Maddalena, di risposta alle richieste istruttorie proposte dall'ARO prima dell'adozione del provvedimento di esclusione. Con tale atto, il Comune sardo aveva precisato, per quanto qui rileva, che: a) le penali applicate a Ciclat ammontavano a €. 896.790,00 a fronte di un importo complessivo dell'appalto di €. 18.560.669,82; b) lo scioglimento del contratto di appalto era intervenuto non in virtù di risoluzione per inadempimento da parte della stazione appaltante, bensì per recesso unilaterale della Ciclat ex art. 1373 comma 2 c.c.; c) venivano allegare le comunicazioni poste a base delle penali applicate, afferenti, prevalentemente, alla mancata disponibilità di mezzi e all'inadeguata erogazione del servizio.

Comunque, per quanto di maggiore rilevanza per il caso in trattazione, la cui omessa indicazione nel Dgue da parte di Ciclat relativamente a tali questioni non poteva essere ritenuta comunque dalla stazione appaltante motivo di esclusione ex art. 80 comma 5 lettere c) e f-bis) d. lgs. 50 del 2016.

Ora, si ripete sulla scorta della giurisprudenza della Sezione prima richiamata, è del tutto corretto che la sanzione irrogata dal Comune della Maddalena inferiore al 5% del valore dell'appalto non poteva determinare quel grave inadempimento oppure quel grave errore professionale utile ad escludere un concorrente ed il fatto assumeva maggior significato alla luce della risoluzione contrattuale deliberata da Ciclat e non dal Comune, quindi dal creditore della prestazione sulla base di un grave inadempimento.

Dunque non sussisteva un originario onere di denuncia da parte del concorrente, così come la vicenda non poteva comunque influire sulla partecipazione del r.t.i. Ciclat alla gara, causa lo scarso rilievo delle contestazioni nel rapporto con il Comune della Maddalena, anche dinanzi alle suggestive ricostruzioni del r.t.i. Ecotecnica oggettivamente quanto assunto non offriva elementi per considerare che l'inadempimento o il ritardo nell'adempimento, cui esse si ricollegano, quale errore grave nell'esercizio dell'attività professionale.

Quanto sin qui esposto ha necessariamente maggior rilievo in relazione agli argomenti sollevati da Ecotecnica circa il mancato esame da parte di ARO delle ulteriori penali inferiori al 1% del valore dell'appalto, irrogate da altri Comuni sardi nei confronti di Ciclat.

Con il secondo motivo di appello si censura la sentenza gravata nella parte in cui ha respinto il ricorso incidentale proposto da Ecotecnica, in relazione alla mancata esclusione dell'operatore Ciclat ai sensi dell'art. 80, comma 1, lett. a) d.lgs. n. 50 del 2016, per essere incorso nella violazione degli obblighi in materia di lavoro e della contrattazione collettiva, a causa del mancato pagamento delle retribuzioni dei dipendenti impiegati nell'appalto con il Comune di La Maddalena.

Il giudice di prime cure aveva ritenuto la doglianza infondata, in quanto il mancato assolvimento delle obbligazioni pecuniarie nei confronti dei dipendenti era da ascrivere alla

diversa società Cogei S.r.l., ma tale assunto era erroneo, perché la Cogei s.r.l. è una consorziata di Ciclat ed in quanto tale l'attività compiuta doveva essere imputata organicamente al Consorzio, quale unico ed autonomo centro di imputazione e di riferimento di interessi, nonché quale unica controparte del rapporto di appalto.

Il motivo è infondato nei termini che seguono.

A prescindere dal fatto che la censura non documenta se Ciclat sia o meno un consorzio di società cooperative di produzione e lavoro costituito ai sensi della l. 25 giugno 1909 n. 422, si deve considerare che i consorzi sono soggetti giuridici a se stanti distinti, dal punto di vista organizzativo e giuridico, dalle cooperative consorziate che ne fanno parte.

Essi partecipano alla procedura di gara utilizzando requisiti loro propri, e, nell'ambito di questi, fanno valere i mezzi nella disponibilità delle cooperative che costituiscono articolazioni organiche del soggetto collettivo, e cioè suoi *interna corporis*, in quanto il rapporto organico che lega le cooperative consorziate, ivi compresa quella incaricata dell'esecuzione dei lavori, è tale che l'attività compiuta dalle consorziate è imputata effettivamente unicamente al consorzio; quindi concorrente è solo il consorzio, mentre non assumono tale veste le sue consorziate, nemmeno quella designata per l'esecuzione della commessa. La conseguenza è che quest'ultima all'occorrenza può sempre essere estromessa o sostituita senza che ciò si rifletta sul rapporto esterno tra consorzio concorrente e stazione appaltante.

La perdita dei requisiti da parte della consorziata esecutrice comporta semplicemente l'onere di estrometterla o sostituirla con altra consorziata, ma non incide sul possesso dei requisiti di partecipazione del consorzio concorrente (Cons. Stato, V, 23 novembre 2018 n. 6632): da ciò consegue che non possono derivare esclusioni per Ciclat da debiti retributivi o anche previdenziali, come anche assunto dall'appellante, inadempiti dalla Cogei s.r.l.

Con il nono ed ultimo motivo di appello viene censurata la sentenza impugnata nella parte in cui essa ha accolto il primo motivo del ricorso introduttivo ed il primo dei motivi aggiunti del 14 febbraio 2019, ritenendo nella specie sussistere un'irregolarità contributiva del r.t.i. Ciclat per l'asserita esistenza dei già richiamato "avvisi di regolarizzazione", nonostante l'accertamento della sussistenza, senza soluzione di continuità, di Durc positivi per tutto l'arco di rilevanza della procedura di gara.

Il motivo va affrontato unitamente alle considerazioni difensive svolte nell'appello incidentale di Ciclat sul fatto che non assumeva alcun rilievo la regolarizzazione postuma da parte dell'impresa della posizione previdenziale, operando l'istituto dell'invito alla regolarizzazione – c.d. preavviso di d.u.r.c. negativo – invocato da parte appellante solo nei rapporti tra impresa ed ente previdenziale, ossia con riferimento al Durc richiesto dall'impresa, e non a quello richiesto dalla Stazione appaltante per la verifica della veridicità dell'autodichiarazione resa ai sensi dell'art. 38, comma 1, lett. i) del Codice dei contratti per la partecipazione alla procedura ed altrettanto sorte incombe alle censure sullo stesso tema contenute nell'appello incidentale autonomo dell'ARO LE/2.

La residua parte dell'impugnativa ora citata va ritenuta del tutto infondata, avendo

rappresentato gli stessi temi dell'appello Ecotecnica relativi alle vicende del rapporto tra r.t.i. Ciclat e Comune della Maddalena e la pretesa non impugnabilità della rinnovata verifica del Rup con le stesse argomentazioni di cui si è dato prima conto, giungendo al loro rigetto.

Va ora esaminata la questione dell'irregolarità contributiva temporanea di Ecotecnica che ha condotto all'illegittimità dichiarata dal Tribunale amministrativo della verifica dei requisiti nel nuovo r.t.i. Ecotecnica – Axa, questione in cui il Collegio ritiene di confermare quanto deciso dalla sentenza impugnata.

In breve la controversia investe l'omessa esclusione di Ecotecnica quale destinataria di un invito alla regolarizzazione contributiva ex art. 4 comma 1 D.M. 30 gennaio 2015 in data 1° dicembre 2017 per irregolarità di consistente importo relative ad agosto 2017, e dunque occorse in un periodo rilevante ai fini della gara, in quanto successive al 13 aprile 2017, scadenza del termine per la presentazione dell'offerta.

La circostanza veniva in rilievo all'esito della verifica dei requisiti, posta in essere dal RUP dopo la costituzione del nuovo r.t.i. da parte di Ecotecnica e Axa, e riguardava un'irregolarità, successivamente sanata, insorta posteriormente alla presentazione dell'offerta.

Il Tribunale amministrativo, rilevata la consistenza dei fatti, aveva annullato la verifica dei requisiti per le irregolarità contributive sulla scorta della pacifica giurisprudenza amministrativa che richiede la presenza permanente della regolarità dal momento della presentazione dell'offerta per tutta la durata del rapporto, mentre Ecotecnica richiama comunque il rilascio di Durc regolari, così come sosteneva anche ARO LE/2 nel proprio appello incidentale.

Conformemente a quanto affermato dal Tribunale amministrativo, la fattispecie è disciplinata dall'art. 80 comma 4 d. lgs. 50 del 2016, e dal principio di continuità del possesso dei requisiti di partecipazione. L'art. 80 citato stabilisce che è causa di esclusione dalla gara, l'irregolarità contributiva che abbia i due caratteri della gravità e del definitivo accertamento. Le violazioni, in virtù della medesima norma, sono da considerarsi definitivamente accertate se sono tali da impedire il rilascio del Durc.

Il problema, nel caso di specie, risiedeva nel fatto che entrambe le ditte del raggruppamento aggiudicatario, Axa ed Ecotecnica, presentavano Durc regolari per tutto il periodo rilevante ai fini della partecipazione alla gara; ma su tale passaggio si è innestata la modificazione normativa di cui la sentenza impugnata ha dato conto, ovvero sia quanto disposto dall'art. 31 d.l. 69 del 2013 convertito nella l. 98 del 2013 e dall'art. 4 d.m. 30 gennaio 2015 di attuazione del primo.

Recita infatti il comma 8 dell'art. 31 citato:

“Ai fini della verifica per il rilascio del documento unico di regolarità contributiva (DURC), in caso di mancanza dei requisiti per il rilascio di tale documento gli Enti preposti al rilascio, prima dell'emissione del DURC o dell'annullamento del documento già rilasciato, invitano l'interessato, mediante posta elettronica certificata o con lo stesso mezzo per il tramite del consulente del lavoro ovvero degli altri soggetti di cui all'articolo 1 della legge 11 gennaio

1979, n. 12, a regolarizzare la propria posizione entro un termine non superiore a quindici giorni, indicando analiticamente le cause della irregolarità.”

Mentre l'art. 4 del d.m. 30 gennaio 2015 in attuazione di quanto sopra stabilisce: “1. Qualora non sia possibile attestare la regolarità contributiva in tempo reale e fatte salve le ipotesi di esclusione di cui all'art. 9, l'INPS, l'INAIL e le Casse edili trasmettono tramite PEC, all'interessato o al soggetto da esso delegato ai sensi dell'art. 1 della legge 11 gennaio 1979, n. 12, l'invito a regolarizzare con indicazione analitica delle cause di irregolarità rilevate da ciascuno degli Enti tenuti al controllo.

2. L'interessato, avvalendosi delle procedure in uso presso ciascun Ente, può regolarizzare la propria posizione entro un termine non superiore a 15 giorni dalla notifica dell'invito di cui al comma 1. L'invito a regolarizzare impedisce ulteriori verifiche e ha effetto per tutte le interrogazioni intervenute durante il predetto termine di 15 giorni e comunque per un periodo non superiore a 30 giorni dall'interrogazione che lo ha originato.

3. La regolarizzazione entro il termine di 15 giorni genera il Documento in formato «pdf» di cui all'art. 7.

4. Decorso inutilmente il termine di 15 giorni di cui al comma 2 la risultanza negativa della verifica è comunicata ai soggetti che hanno effettuato l'interrogazione con indicazione degli importi a debito e delle cause di irregolarità.”

Quindi l'emissione di un Durc “negativo” deve essere preceduta da un invito alla regolarizzazione, o preavviso di DURC negativo, all'impresa interessata, la quale verrà raggiunta da Durc negativo nel caso di mancato pagamento entro quindici giorni.

La concretezza di tale situazione è dimostrata dai plurimi “inviti alla regolarizzazione” trattati nella controversia ed inoltre dall'atto di costituzione in giudizio dell'Istituto Nazionale della Previdenza Sociale del 16 dicembre 2019, di sostanziale conferma e dunque quanto evocato nel nono motivo di appello sollevato da Ecotecnica non ha fondamento giuridico, sia nel contrastare detta realtà, sia nell'evocare l'unicità del Durc quale fondamento della regolarità contributiva, ruolo del Durc divenuto appunto parziale tramite le novità legislative di cui si ritenuto dare espresso conto.

A questo punto non si può che seguire la strada ormai tracciata dalla costante giurisprudenza – seguita dalla pronuncia impugnata – comunque scandito dall'Adunanza plenaria – sentenza 29 febbraio 2016 n. 5 – secondo cui il conflitto tra Durc positivi e gli inviti a regolarizzare diretti alle imprese con irregolarità va risolto nel senso che anche dopo l'entrata in vigore dell'art. 31, comma 8, d.l. 21 giugno 2013, n. 69, convertito con modificazioni dalla l. 9 agosto 2013, n. 98, 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, essendo dunque irrilevante un eventuale adempimento tardivo dell'obbligazione contributiva; l'istituto dell'invito alla regolarizzazione (il c.d. preavviso di Durc negativo), già previsto dall'art. 7, comma 3, d.m. 24

ottobre 2007 e ora recepito a livello legislativo dall'art. 31, comma 8, d.l. n. 69 del 2013 può operare solo nei rapporti tra impresa ed Ente previdenziale, ossia con riferimento al Durc chiesto dall'impresa e non anche al Durc richiesto dalla stazione appaltante per la verifica della veridicità dell'autodichiarazione resa ai sensi dell'art. 38, comma 1, lett. i), ai fini della partecipazione alla gara d'appalto.

L'irregolarità contributiva sussistente al momento della domanda non può essere giustificata dal fatto che l'impresa sia in possesso di un precedente Durc, ottenuto in seguito ad istanza all'ente previdenziale, che attesti, con riferimento ad una data precedente rispetto a quella di presentazione della domanda, la sussistenza della regolarità contributiva; in senso contrario non giova invocare il termine trimestrale di validità del Durc precedentemente rilasciato, atteso che l'art. 7, comma 2, d.m. 24 ottobre 2007 riferisce tale termine di validità al solo settore degli appalti privati, ai fini di quanto previsto a carico del committente o del responsabile dei lavori dall'art. 31, comma 8, d.l. n. 69 del 2013 (che prevede fra l'altro la sospensione del titolo abilitativo edilizio nel caso in cui non venga trasmesso all'Amministrazione concedente un Durc in corso di validità dell'impresa esecutrice dei lavori); il termine di validità del Durc non può, quindi, essere strumentalmente utilizzato per legittimare la partecipazione alla gara di imprese che al momento della presentazione della domanda non siano comunque più in regola con gli obblighi contributivi.

E' evidente che tale interpretazione sul c.d. preavviso di DURC negativo si porrebbe in linea con alcuni principi fondamentali che governano 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. L'applicazione della regolarizzazione postuma finirebbe per consentire ad una impresa di partecipare alla gara senza preoccuparsi dell'esistenza a proprio carico di una irregolarità contributiva, potendo essa confidare sulla possibilità di sanare il proprio inadempimento in caso di aggiudicazione e, dunque, a seconda della convenienza. Si arriverebbe, in tal modo, a consentire all'offerente – che pur a conoscenza di una irregolarità contributiva abbia reso una dichiarazione volta ad attestare falsamente il contrario – di beneficiare di una facoltà di regolarizzazione postuma della sua posizione, andando così a sanare, non una mera irregolarità formale, ma la mancanza di un requisito sostanziale, mancanza aggravata dall'aver reso una dichiarazione oggettivamente falsa in ordine al possesso del requisito. Dunque il principio di continuità nel possesso dei requisiti (cfr. Cons. Stato, Ad. Plen. 20 luglio 2015, n. 8), che non possono essere persi dal concorrente neanche temporaneamente nel corso della procedura si pone in insuperabile contrasto con l'ammissibilità della regolarizzazione postuma in linea con la pacifica giurisprudenza in materia di già sussistente al momento della richiamata sentenza dell'Adunanza plenaria n. 5/2016, ossia che nelle gare di appalto per l'aggiudicazione di contratti pubblici, i requisiti generali e speciali devono essere posseduti dai candidati non solo alla data di scadenza del termine per la presentazione della richiesta di partecipazione alla procedura di affidamento, ma anche per tutta la durata della procedura stessa fino all'aggiudicazione definitiva ed alla stipula del contratto, nonché per tutto il periodo dell'esecuzione dello stesso, senza soluzione di continuità (Cons. Stato, Ad. plen. 20 luglio 2015 n. 8).

Perciò la conclusione del Tribunale amministrativo è del tutto esente da mende e la stazione appaltante, verificati concretamente i requisiti di Ecotecnica, avrebbe dunque dovuto

procedere alla esclusione sua e del r.t.i. da questa capeggiato. Per cui le censure sollevate dall'aggiudicataria e dall'ARO sono infondate e va confermato l'accoglimento in primo grado con il conseguente annullamento della verifica dei requisiti attinenti la regolarità contributiva.

Per completezza va aggiunto che dall'"invito alla regolarizzazione" inviato dall'Inps alla Ecotecnica il 1° dicembre 2017 – dunque a gara bandita da oltre nove mesi – risultavano due debiti contributivi insoluti a carico di tale impresa e che ammontavano rispettivamente ad €. 356.724,00 ed €. 173.789,00, quindi l'irregolarità era oggettivamente grave.

Va invece riformata la sentenza impugnata, nei sensi indicati dal r.t.i. Ciclat, laddove assume che la domanda di declaratoria di inefficacia del contratto non poteva essere accolta, poiché ai sensi degli artt. 121 e ss. c.p.a., il giudice amministrativo può dichiarare l'inefficacia del contratto solo ove disponga l'annullamento dell'aggiudicazione.

Secondo Ciclat l'esito negativo della verifica del possesso dei requisiti effettuata successivamente all'aggiudicazione si riverbera su quest'ultima, privandola di efficacia, dato che una volta divenuta inefficace l'aggiudicazione, sia pure all'esito della verifica successiva di permanenza dei requisiti, il contratto perde il suo indispensabile fondamento logico-giuridico, ciò che ne imporrebbe la declaratoria di inefficacia ai sensi dell'art. 122 c.p.a.

Il motivo è fondato.

Questa Sezione ha già affrontato la questione proposta negli stessi termini ed ha ritenuto che la domanda di dichiarazione di inefficacia del contratto con decorrenza *ex tunc*, sin dalla stipulazione deve essere accolta proprio ai sensi dell'art. 122 c.p.a. ove non ricorrano presupposti in senso contrario, come ad esempio il rispetto di esigenze imperative connesse ad un interesse generale, esigenze che nel caso non sono state evocate (Cons. Stato, V, 9 gennaio 2019 n. 195).

Non essendovi ulteriori domande consequenziali come il subentro nel contratto, l'esame della controversia si deve ritenere esaurito e devono dunque rigettarsi gli appelli di Ecotecnica e di ARO LE/2, mentre deve essere accolto l'appello incidentale di Ciclat con l'assorbimento delle ulteriori domande.

Spese come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sugli appelli, come in epigrafe proposti, respinge gli appello proposti da Ecotecnica S.r.l. e da ARO LE/2

Ed accoglie l'appello incidentale proposto da Ciclat Trasporti Ambiente Soc. Coop, e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, accoglie il ricorso introduttivo di Ciclat Trasporti Ambiente Soc. Coop.

Condanna Ecotecnica S.r.l. al pagamento delle spese di giudizio nei confronti di Ciclat liquidandole in complessivi €. 5.000,00 (cinquemila/00) oltre agli accessori di legge, mentre le compensa nei riguardi delle altre parti intime.

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