

## Requisito di regolarità contributiva e D.U.R.C.

di Elena Cogo

Data di pubblicazione: 19-12-2016

1. Per l'accertamento del requisito oggetto di dichiarazioni sostitutive degli offerenti deve aversi riguardo al D.U.R.C. richiesto dalla stazione appaltante in sede di controlli con riferimento alla data esatta della domanda di partecipazione, con conseguente insufficienza ai fini della prova di eventuali D.U.R.C. in possesso degli offerenti e ancora in corso di validità

Anche dopo l'entrata in vigore dell'art. 31, comma 8, del decreto legge 21 giugno 2013, n. 69 (*Disposizioni urgenti per il rilancio dell'economia*), convertito con modificazioni dalla legge 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 e assistenziali fin dalla presentazione dell'offerta e conservare tale stato per tutta la durata della procedura di aggiudicazione e del rapporto con la stazione appaltante, restando dunque irrilevante un eventuale adempimento tardivo dell'obbligazione contributiva.

L'istituto dell'invito alla regolarizzazione (il c.d. preavviso di D.U.R.C. negativo), già previsto dall'art. 7, comma 3 del decreto ministeriale 24 ottobre 2007 e ora recepito a livello legislativo dall'art. 31, comma 8 del decreto legge 21 giugno 2013, n. 69, può operare soltanto nei rapporti tra impresa ed Ente previdenziale ovvero con riguardo al D.U.R.C. 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 (1).

2. La c.d. liberalizzazione delle quote non ha fatto venire meno la necessaria corrispondenza tra quota di qualificazione e quota di esecuzione (2).

Né il bando della gara di che trattasi si esprime in contrasto che l'esposto principio, ricavandosi da esso che ciascuna impresa del raggruppamento può possedere in proprio un requisito di capacità economica per il fatturato pregresso inferiore a quello totale richiesto, fermo restando che quest'ultimo deve essere raggiunto dal raggruppamento nel suo insieme e che la percentuale di tale inferiore capacità economica non può essere superata poi dalla quota di esecuzione delle prestazioni oggetto dell'appalto per la quali l'impresa si è impegnata.

(1) Conforme *ex multis* Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 29 febbraio 2016, n. 5; Consiglio di Stato, sez. V, 26 maggio 2015, n. 2638; indirettamente anche Ad. Plen., 20 agosto 2013, n. 20; sez. IV, 16 febbraio 2012, n. 810; Ad. Plen. 4 maggio 2012, n. 8; sez. V, 16 settembre 2011, n. 5194; sez. V, 12 ottobre 2011, n. 5531; sez. VI, 6 aprile 2010, n. 1934; sez. VI, 5 luglio 2010, n. 4243; sez. V, 10 agosto 2010, n. 5556; sez. IV, 15 settembre 2010, n. 6907; sez. V, 1 ottobre 2010, n. 7263; sez. IV, 12 marzo 2009, n. 1458; sez. VI, 11 agosto 2009, n. 4928. In senso contrario Consiglio di Stato, sez. V, 14 ottobre 2014, n. 5064; sez. VI 16 febbraio 2015 n. 78.

(2) *Conforme* Consiglio di Stato, sez. V, 22 agosto 2016, n. 3666; sez. V, 25 febbraio 2016, n. 786; Ad. Plen. 28 agosto 2014, n. 27.

## Guida alla lettura

Il Consiglio di Stato nella pronuncia in commento si confronta con un duplice tema: quello del **possesso e della verifica del requisito generale di partecipazione alle procedure di evidenza pubblica costituito dalla “regolarità contributiva” dell’impresa attestata dal Documento Unico di Regolarità Contributiva (c.d. D.U.R.C.)** e quello della **necessaria correlazione nell’ambito dei raggruppamenti temporanei di imprese (r.t.i.) tra la qualificazione e l’esecuzione dell’appalto**, più precisamente tra la quota di qualificazione e la quota di esecuzione.

La Sezione Quinta risolve entrambe le questioni offrendo soluzioni che espressamente si pongono in armonia con i precedenti giurisprudenziali, la prima con gli insegnamenti dell’Adunanza Plenaria n. 5/2016, la seconda con quelli espressi dalla medesima nella sentenza n. 3666/2016. La manifesta fondatezza delle censure sollevate nel giudizio di appello ha consentito infatti di adottare una sentenza in forma semplificata ai sensi dell’art. 74 c.p.a.. Il che spiega una motivazione che si limita a un sintetico riferimento ai precedenti conformi.

Prima di affrontare il *thema decidendum* giova esaminare alcuni elementi di fatto che hanno portato alla pronuncia in esame.

Come noto, il D.U.R.C. ha una validità temporale che per gli appalti pubblici è trimestrale. Può dunque accadere che l’impresa, essendo in possesso di un D.U.R.C. attestante la regolarità contributiva, al momento della presentazione della domanda di partecipazione alla gara di appalto renda in buona fede la relativa dichiarazione sulla sussistenza del requisito ex art. 38 del Codice degli appalti, ma successivamente l’INPS contesti e comunichi irregolarità preesistenti alla dichiarazione e accertate dopo il rilascio del D.U.R.C. in possesso dell’impresa al momento della partecipazione alla gara. Il che è accaduto nel caso oggetto della pronuncia in esame: un’impresa concorrente, vinta la gara, si è vista impugnare l’aggiudicazione dalla seconda classificata, la quale sosteneva che essa avrebbe dovuto essere esclusa, atteso che in sede di verifica delle dichiarazioni rese dall’aggiudicataria effettuata dalla stazione appaltante in vista dell’aggiudicazione definitiva era emerso che la vincitrice avesse ricevuto dall’INPS nelle more della gara un “preavviso di accertamento negativo” della propria posizione contributiva in relazione a irregolarità anteriori alla domanda di partecipazione alla gara. In seguito al preavviso l’impresa aveva provveduto alla regolarizzazione.

Illustrata brevemente la vicenda all'origine della sentenza in analisi, si può comprendere più agevolmente come il primo tema affrontato dal Consiglio di Stato riguardi in specie il dubbio ermeneutico se **sussista per gli Istituti previdenziali l'obbligo di invitare l'interessato alla regolarizzazione del D.U.R.C.** - c.d. preavviso di D.U.R.C. negativo - previsto dall'art. 7, comma 3 del d.m. 24 ottobre 2007 e ribadito dall'art. 31, comma 8 del d.l. n. 69 del 2013 **anche nel caso in cui la richiesta provenga dalla stazione appaltante in sede di verifica della dichiarazione resa dall'impresa ai sensi dell'art. 38, comma 1 del d.lgs. n. 163 del 2006.** La Sezione Quinta si confronta in sostanza con il quesito se la mancanza dell'invito alla regolarizzazione impedisca di considerare la situazione di irregolarità contributiva come "definitivamente accertata".

Come noto, sulla questione si era formato un contrasto giurisprudenziale che è stato recentemente composto dall'Adunanza Plenaria con la pronuncia 25 febbraio 2016, n. 5.

Un primo orientamento che la Sezione rimettente in quella sede considerò prevalente ritiene che per l'accertamento del requisito oggetto di dichiarazioni sostitutive degli offerenti debba aversi riguardo al D.U.R.C. richiesto dalla stazione appaltante in sede di controlli, con riferimento alla data esatta della domanda di partecipazione, con conseguente insufficienza ai fini della prova di eventuali D.U.R.C. in possesso degli offerenti e ancora in corso di validità. **L'invito alla regolarizzazione – c.d. preavviso di D.U.R.C. negativo - non si applica in caso di D.U.R.C. richiesto dalla stazione appaltante,** atteso che l'obbligo dell'INPS di attivare la procedura di regolarizzazione prevista dall'art. 7, comma 3 del d.m. 24 ottobre 2007 si scontra con i principi vigenti in tema di procedure di evidenza pubblica che non ammettono regolarizzazioni postume. Detto diversamente, **l'eventuale regolarizzazione postuma non sarebbe comunque idonea a elidere il dato dell'irregolarità alla data di presentazione dell'offerta.**

Un secondo orientamento, più recente ma ancora minoritario, afferma invece che l'obbligo degli Istituti previdenziali di invitare l'interessato alla regolarizzazione sussiste anche ove la richiesta sia fatta in sede di verifica dalla stazione appaltante. Tale conclusione è avallata dalla "novità" rappresentata dall'art. 31, comma 8 del d.l. n. 69 del 2013 che ad avviso della tesi *de qua* avrebbe implicitamente ma sostanzialmente modificato l'art. 38 del d.lgs. n. 163 del 2006, con la conseguenza che l'irregolarità contributiva potrebbe ritenersi accertata definitivamente soltanto alla scadenza del termine di quindici giorni assegnato dall'ente previdenziale ai fini della regolarizzazione.

**L'Adunanza Plenaria** risolveva la questione interpretativa sottoposta dall'ordinanza di rimessione dando continuità anche dopo l'entrata in vigore dell'art. 31, comma 8 del d.l. n. 69 del 2013 al proprio precedente orientamento secondo cui **l'assenza del requisito della regolarità contributiva e previdenziale alla data di presentazione dell'offerta costituisce causa di esclusione,** dovendo l'impresa essere in regola con l'assolvimento degli obblighi previdenziali e assistenziali fin dalla presentazione dell'offerta e conservare tale stato per tutta la durata della procedura di aggiudicazione del rapporto con la stazione appaltante, restando dunque **irrilevante un eventuale adempimento tardivo dell'obbligazione contributiva. Non sono infatti consentite regolarizzazioni postume della posizione previdenziale.**

Tale principio, già chiaramente espresso dall'Adunanza Plenaria nella sentenza 4 maggio 2012, n. 8, non risulta superato dalla norma più volta richiamata dall'ordinanza di rimessione introdotta con l'art. 31, comma 8, del d.l. n. 69 del 2013. La disposizione in esame testualmente prevede sotto la rubrica "*Semplificazioni in materia di DURC*" che "*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*".

Contrariamente a quanto sostenuto nell'ordinanza di rimessione, tale norma **non può interpretarsi nel senso di subordinare il carattere definitivo della violazione previdenziale** che ai sensi dell'art. 38 d.lgs. n. 163 del 2006 rappresenta un elemento ostativo alla partecipazione alle gare d'appalto **alla condizione che l'impresa che versi in stato di irregolarità contributiva al momento della presentazione dell'offerta sia previamente invitata a regolarizzare la propria posizione previdenziale** e che nonostante tale invito perseveri nell'inadempimento dei propri obblighi contributivi.

L'Adunanza Plenaria ritiene al contrario che l'art. 31, comma 8 del d.l. n. 69 del 2013 non abbia in alcun modo modificato la disciplina dettata dall'art. 38 del d.lgs. n. 163 del 2006 e che dunque **la regola del previo invito alla regolarizzazione non trovi applicazione nel caso di D.U.R.C. richiesto dalla stazione appaltante** ai fini della verifica della veridicità delle dichiarazioni rese dall'impresa per la partecipazione alla gara.

**L'istituto dell'invito alla regolarizzazione può quindi operare solo nei rapporti tra impresa ed Ente previdenziale ovvero con riferimento al D.U.R.C. chiesto dall'impresa e non anche al D.U.R.C. richiesto dalla stazione appaltante.**

Nella pronuncia in commento il Consiglio di Stato reputa di non doversi discostare dall'insegnamento dell'Adunanza Plenaria testè rammentato. Con la conseguenza che l'irregolarità contributiva, emersa alla data di scadenza della presentazione della domanda di partecipazione alla gara pubblica in forza del D.U.R.C. acquisito dalla stazione appaltante, avrebbe dovuto determinare l'esclusione dell'impresa, a nulla rilevando l'assenza d'invito alla regolarizzazione da parte dell'INPS.

La seconda questione affrontata dal Consiglio di Stato è quella della **necessaria correlazione nell'ambito dei raggruppamenti temporanei di imprese tra la qualificazione e l'esecuzione dell'appalto.**

Al riguardo giova rammentare come la Sezione Quinta del Consiglio abbia già avuto modo di affrontare il tema con la pronuncia 22 agosto 2016, n. 3666. E in tale occasione ha chiarito come l'art. 12, comma 8 del d.l. 28 marzo 2014 n. 47 abrogando l'art. 37, comma 13 del

d.lgs. n. 163 del 2006 laddove stabiliva che *“Nel caso di lavori, i concorrenti riuniti in raggruppamento temporaneo devono eseguire le prestazioni nella percentuale corrispondente alla quota di partecipazione al raggruppamento”* abbia soltanto eliminato l’obbligo della corrispondenza tra quote di partecipazione al raggruppamento e quote di esecuzione dei lavori, ma **non abbia inciso sulla condizione ulteriore del possesso della quota di qualificazione necessaria per eseguire la quota dell’appalto dichiarata nell’offerta.**

La Sezione Quinta con tale affermazione mostrava di allinearsi con la soluzione prescelta dalla più recente giurisprudenza ad avviso della quale **“resta fermo che ciascuna impresa va qualificata per la parte delle prestazioni che si impegna ad eseguire, nel rispetto delle speciali prescrizioni e modalità contenute nella normativa di gara”**. Soluzione avallata dall’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con la pronuncia 28 agosto 2014, n. 27, la quale ha chiarito che **anche dopo la riforma di liberalizzazione delle quote esecutive** – con riferimento agli appalti di servizi e forniture, ma il principio è applicabile anche agli appalti di lavori in seguito alla nuova disciplina introdotta nel 2014 – nell’ordinamento positivo **non sia venuta meno la necessaria corrispondenza tra quota di qualificazione e quota di esecuzione.**

Invero, nell’ambito di associazioni temporanee di impresa i requisiti di qualificazione non devono essere confusi con la quota di partecipazione al raggruppamento nè soprattutto con la quota di esecuzione della prestazione posta in gara e da affidare. Infatti, i requisiti di qualificazione attengono alle caratteristiche soggettive del concorrente che aspira all’aggiudicazione del lavoro, della fornitura o del servizio in gara e concernono un aspetto essenziale ai fini della valutazione della capacità dell’aspirante a realizzare quanto poi eventualmente aggiudicato; la quota di partecipazione rappresenta null’altro che l’espressione della percentuale di “presenza” all’interno del raggruppamento e ha riflessi in riferimento alla responsabilità del componente del raggruppamento temporaneo di imprese; la quota di esecuzione è semplicemente la parte di lavoro, di servizio o di fornitura che sarà effettivamente realizzato in ipotesi di affidamento.

La legge ha dunque superato di recente il principio della corrispondenza tra quote di partecipazione al raggruppamento e quote di esecuzione dei lavori che era vigente nel solo campo degli appalti per lavori. Altrettanto non può dirsi per la corrispondenza tra la capacità imprenditoriale individuata tramite i requisiti di qualificazione e le quote di esecuzione dei servizi da affidare. Una dissociazione tra i due aspetti infatti renderebbe inutile la fissazione da parte di leggi, regolamenti e bandi di gara dei requisiti di qualificazione stessi. In tal senso muovono le previsioni inequivocabili dell’art. 92, comma 2, del d.P.R. n. 207 del 2010, secondo cui *“Le quote di partecipazione al raggruppamento o consorzio, indicate in sede di offerta, possono essere liberamente stabilite entro i limiti consentiti dai requisiti di qualificazione posseduti dall’associato o dal consorziato”* e *“I lavori sono eseguiti dai concorrenti riuniti secondo le quote indicate in sede di offerta, fatta salva la facoltà di modifica delle stesse, previa autorizzazione della stazione appaltante che ne verifica la compatibilità con i requisiti di qualificazione posseduti dalle imprese interessate”* nonché la norma generale di cui all’art. 37, comma 3 del d.lgs. n. 163 del 2006 a norma del quale *“Nel caso di lavori, i raggruppamenti temporanei consorzi ordinari di concorrenti sono ammessi se gli imprenditori partecipanti al raggruppamento ovvero gli imprenditori consorziati abbiano i requisiti indicati nel*

regolamento” ed ancor più l’art. 40, comma 1, per il quale “I soggetti esecutori a qualsiasi titolo di lavori pubblici devono essere qualificati (...)”.

Peraltro, **nel caso dell’assenza di un requisito di qualificazione non può intervenire il soccorso istruttorio**, atteso che esso consiste nell’integrazione tardiva della documentazione che doveva essere acquisita con la domanda di partecipazione e concretizzerebbe la sanatoria di un vizio di documentazione mancante *ab origine*. Tale operazione risulterebbe contraria al principio di *par condicio* dei concorrenti e di tassatività dei termini per la presentazione delle offerte nonché alla stessa disciplina di gara e alle norme in materia di possesso del requisito di qualificazione, quindi realizzerebbe una modifica sostanziale degli elementi dell’offerta stessa avvenuta oltre la scadenza del termine per la partecipazione alla gara.

La soluzione accolta dalla pronuncia qui commentata sembrerebbe allinearsi con quanto già affermato dalla Sezione Quinta nella sentenza n. 3666/2016 confermando l’insegnamento *ivi* espresso.

Nel caso di specie, peraltro, il bando di gara non si pone in contrasto con il principio esposto, ricavandosi da esso che ciascuna impresa del raggruppamento possa possedere in proprio un requisito di capacità economica per il fatturato pregresso inferiore a quello totale richiesto, fermo restando che quest’ultimo debba essere raggiunto dal raggruppamento nel suo insieme e che la percentuale di tale inferiore capacità economica non possa essere superata poi dalla quota di esecuzione delle prestazioni oggetto dell’appalto per la quali l’impresa si è impegnata.

## **Il Consiglio di Stato**

### **in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)**

ha pronunciato la presente

### **SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 2874 del 2016, proposto da:

Albiati Srl, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Stefano Grassi , Fiorella Meschini , Andrea Grazzini , con domicilio eletto presso Stefano Grassi in Roma, via Barberini, 12;

*contro*

Comune di Empoli, in persona del sindaco in carica, rappresentato e difeso dall'avvocato Fausto Falorni, con domicilio eletto presso Studio Grez in Roma, corso Vittorio Emanuele II, 18

*nei confronti di*

- Società Cooperativa Agricola Lago di Vico, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Massimo Boni, domiciliato ex art. 25 cpa presso la Segreteria del Cons. di Stato in Roma, p.za Capo di Ferro 13;

- Azienda Agricola Buccelletti Srl, e Mc Multicons Società Consortile a.r.l. , in persona dei rispettivi legali rappresentanti non costituite in giudizio;

*per la riforma della sentenza del T.A.R. TOSCANA FIRENZE, SEZIONE I, n. 248/2016, resa tra le parti, concernente aggiudicazione definitiva appalto per manutenzione aree a verde e attrezzature ludiche.*

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Empoli e di Società Cooperativa Agricola Lago di Vico;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 27 ottobre 2016 il Cons. Sandro Aureli e uditi per le parti gli avvocati Andrea Grazzini, Fausto Falorni, Iaria in dichiarata sostituzione dell'avv. Massimo Boni;

### FATTO e DIRITTO

Il Comune di Empoli, in data 5 dicembre 2014, ha bandito la "gara con procedura aperta svolta con modalità interamente telematica per l'appalto del servizio di manutenzione delle aree a verde e delle attrezzature ludiche in esse presenti per il periodo 01/05/2015 -30/04/2016".

Il criterio di aggiudicazione era quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, con previsione di assegnazione di un massimo di 55 punti per l'offerta tecnico-organizzativa ed un massimo di 45 punti per l'offerta economica.

La prima seduta di gara si è tenuta il 26 marzo 2015 ed ivi si constatava, fra l'altro, che erano pervenuti cinque plichi.

Seguivano le sedute del 1° aprile 2015, del 13 aprile 2015 e del 6 maggio 2015.

In quest'ultima data si tenevano due sedute ( verbali n. 4 e n. 5).

Nella seconda di esse, venivano assegnati i punteggi alle offerte tecniche, risultanti dall'allegato A: tutte e cinque le imprese concorrenti ottenevano 55 punti.

Nella seduta dell'11 maggio 2015, venivano esaminate le offerte economiche con assegnazione del relativo punteggio: l'offerta giudicata più conveniente era quella della Lago di Vico Società Cooperativa Agricola, con un punteggio complessivo pari a 100 punti (di questi 45 riguardavano l'offerta), che la collocava al primo posto in graduatoria.

Al secondo posto, risultava il R.T.I. Buccelletti-Multicons, al terzo posto la S.r.l. Albiati.

Nella seduta dell'11 maggio 2015, non si procedeva, peraltro, all'aggiudicazione provvisoria, dovendosi verificare la congruità dell'offerta delle prime due classificate, ai sensi dell'art. 86 del D.Lgs n. 163/2006, avendo esse conseguito "un punteggio superiore ai quattro quinti del massimo punteggio attribuibile sia per l'offerta tecnica che per l'offerta economica".

La verifica della congruità delle offerte si svolgeva, a seguito della presentazione delle giustificazioni da parte delle imprese interessate, nella seduta di gara del 28 maggio 2015.

Nella successiva seduta del 3 giugno 2015 veniva disposta l'aggiudicazione provvisoria in favore della Lago di Vico Società Cooperativa Agricola.

Il procedimento di gara si è concluso con la determinazione dirigenziale n. 644 del 24 luglio 2015. Quest'ultima approvava tutti i verbali di gara e disponeva l'aggiudicazione definitiva del servizio per la manutenzione delle aree a verde e delle attrezzature ludiche "per il periodo di un anno dal 01/08/2015 al 31/07/2016", in favore della Società Cooperativa Agricola Lago di Vico.

Nei riguardi della determinazione dirigenziale n. 644 del 24 luglio 2015 e della comunicazione prot. n. 43717 del 28 luglio 2015, proponeva ricorso la S.r.l. Albiati classificata al terzo posto della graduatoria preceduta anche dal R.T.I. Buccelletti-Multicons.

Il ricorso conteneva dieci motivi;

- i primi cinque, volti a contestare l'aggiudicazione disposta in favore della Società Cooperativa Agricola Lago di Vico (prima classificata) ed a sostenere che la medesima avrebbe dovuto essere esclusa;

- i successivi cinque volti a contestare l'ammissione alla gara del R.T.I. Buccelletti-Multicons (seconda classificata).

L'istanza cautelare veniva accolta dall'adito T.A.R. Toscana con l'ordinanza della Sez. I, n. 670/2015, in data 7 ottobre 2015 " ai soli fini della trattazione dell'udienza di merito"



Con la sentenza della Sez. I, n. 248, in data 11 febbraio 2016, lo stesso primo giudice ha:

a) esaminato e respinto i primi cinque motivi del ricorso, volti a contestare l'aggiudicazione disposta in favore della Società Cooperativa Agricola Lago di Vico;

b) dichiarato l'insussistenza di alcun interesse all'esame degli ulteriori cinque motivi di ricorso, volti a contestare la posizione del R.T.I. Buccelletti Multicons, in quanto "l'infondatezza dei motivi dedotti nei confronti dell'aggiudicataria Società cooperativa agricola Lago di Vico elide l'interesse all'esame di tali doglianze il cui eventuale accoglimento non potrebbe arrecarle alcun vantaggio".

Nei riguardi della sentenza del T.A.R. Toscana, propone appello la società Albinati , terza classificata, contestando la sentenza di primo grado per aver respinto il terzo, quarto, e quinto dei motivi contenuti nel ricorso introduttivo del giudizio di primo grado (non contestando quindi il rigetto del primo e secondo motivo del medesimo ricorso).

Rispetto agli altri cinque motivi , sui quali è stata dal primo giudice dichiarata la carenza d'interesse, parte appellante, con il quarto motivo dedotto , ripropone unicamente la stessa questione già contenuta nel sesto motivo del ricorso introduttivo del giudizio di primo grado.

In dettaglio; i motivi di appello primo, secondo e terzo, sono diretti a contestare la posizione della Società Cooperativa Agricola Lago di Vico; mentre il quarto motivo è diretto a contestare la posizione del R.T.I. Buccelletti-Multicons.

Venendo al contenuto delle censure proposte da parte appellante va sinteticamente riferito quanto segue;

Primo motivo; Violazione e falsa applicazione dell'art. 38 comma 1 lett. i) d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163, nonché, dell'art. 6 comma 3, del d.p.r. 5 ottobre 2010, n. 207. Erronea valutazione del presupposto e della motivazione; la prima in graduatoria (Cooperativa Lago di Vico) versava in situazione di irregolarità contributiva al momento della scadenza del termine per la presentazione della domanda (23 marzo 2015).

Il Durc negativo acquisito dalla stessa stazione appaltante non poteva essere disatteso a nulla rilevando l'omesso invito alla regolarizzazione da parte dell'INPS (c.d. preavviso di Durc negativo)

- Secondo motivo; Violazione e falsa applicazione degli artt. 86, 87 e 88 del d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163, nonché, dell'art. 4 della legge 11 giugno 1960, n. 885. Illogicità ed erroneità della motivazione nella parte in cui ritiene congrue e 'documentate' le giustificazioni rese dall'aggiudicataria in sede di verifica dell'anomalia dell'offerta.

In ordine alle giustificazioni relative al costo del personale ed ai risparmi che ne sarebbero derivati la prima classificata ha prodotto una documentazione del tutto inidonea a comprovare sia l'accordo con oggetto il distacco di operai da un'impresa macedone sia l'entità del personale che sarebbe stato impegnato per l'esecuzione dei lavori d'appalto.

La sua offerta era quindi palesemente viziata da anomalia.

Terzo motivo; Violazione e falsa applicazione degli artt. 86, 87 e 88 d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163. Erronea valutazione dei presupposti, contraddittorietà, difetto assoluto di motivazione.

Violando il punto C) 2 del bando di gara l'aggiudicataria non ha indicato un'autonoma voce di spesa per i "costi generali" e ciò, al contrario di quanto asserito dal primo giudice, era motivo di esclusione dalla gara.

Quarto motivo; illegittima ammissione del RTI Buccelletti-Multicons (secondo graduato) alla gara

Violazione e falsa applicazione dell'art. 37 del d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163. Eccesso di potere per difetto d'istruttoria, perplessità manifesta e sviamento per carenza dei requisiti di qualificazione; motivi non esaminati in primo grado.

La seconda classificata doveva essere esclusa dalla gara poichè la mandante Multicons era in possesso di un requisito di capacità economica del fatturato pregresso per una misura percentuale

pari al 9%; non poteva quindi eseguire, come dichiarato , una quota percentuale delle prestazioni oggetto dell'appalto pari al 30%.

Il Comune di Empoli si è costituito per chiedere il rigetto del ricorso e con successivo atto difensivo depositato il 7 luglio 2016 ha controdedotto analiticamente alle censure di parte appellante chiedendone il rigetto.

L'intimata cooperativa Agricola Lago di Vico con memoria di costituzione ha concluso per il rigetto del gravame proposto dall'Albiati srl.

Quest'ultima e il Comune di Empoli hanno depositato memorie in pendenza del giudizio ed in particolare in vista dell'udienza di merito.

All'udienza del 27 ottobre 2016 il ricorso è stato trattenuto in decisione ed al termine della camera di consiglio è stato pubblicato il dispositivo che segue come da richiesta consentita dalla disciplina del rito appalti.

L'appello è fondato e deve essere accolto.

La Società appellante si è collocata al terzo posto nella graduatoria della gara per cui è causa, con punti 89,59, a fronte dei 100 punti ottenuti dalla prima classificata (Lago di Vico) e dei 92,41 punti ottenuti dalla seconda classificata (R.T.I. Buccelletti-Multicons).

E' allora evidente che l'esito di accoglimento del gravame è condizionato dall'accertamento dell'illegittimità della posizione in graduatoria occupata dalle concorrenti che precedono la Società appellante.

In tale ambito la Sezione dichiara anticipatamente che i precedenti giurisprudenziali conformi alle tesi di parte appellante, determinano il palese fondamento della prima e della quarta delle censure proposte con il gravame e consentono di adottare una decisione con le forme previste dall'art. 74 cod.proc.amm.

Il primo motivo d'appello è invero palesemente fondato, con la conseguenza che la prima classificata avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara per l'irregolarità contributiva emersa a suo carico in forza del Durc acquisito dalla Stazione appaltante, *ivi* viene dichiarato dall'INPS che alla data del 23 marzo 2015, data di scadenza della presentazione della domanda, la Lago di Vico " non risultava regolare" per debiti derivanti da insoluti e altro per un importo complessivo di euro 27.759,38".

Debito quindi grave e definitivamente accertato agli effetti della regolare partecipazione alla gara, a nulla rilevando l'assenza dell'invito a regolarizzarlo, atteso l'insegnamento dell'Adunanza Plenaria di questo Consiglio (v. sent. n. 5/2016) che la Sezione, non ritenendo in questo giudizio di discostarsene è tenuto ad applicare (art. 99 cod. proc. amm.).

In accoglimento del primo motivo d'appello la prima classificata (Lago di Vico) della gara per cui è lite doveva essere esclusa.

Fondato è anche il quarto motivo d'appello con il quale la deducente contesta la mancata esclusione delle gara raggruppamento temporaneo composto da Azienda Agricola Buccelletti srl e da MC Multicons s.c.r.l..

La partecipazione di quest'ultima società, mandante del detto raggruppamento temporaneo, è invero viziata da palese deficit di qualificazione possedendo un requisito di capacità economica del fatturato pregresso solo nella misura del 9%, avendo dichiarato tuttavia di eseguire l'appalto nella percentuale del 30%.

In questo modo viene meno la correlazione, necessaria anche nell'ambito del R.T.I., tra la qualificazione e l'esecuzione dell'appalto, poiché, come già chiarito da questa Sezione (sent. 3666 del 22 agosto 2016), la c.d. liberalizzazione delle quote non ha fatto venire meno la necessaria corrispondenza tra quota di qualificazione e quota di esecuzione.

Né il bando della gara di che trattasi si esprime in contrasto che l'esposto principio, ricavandosi da esso che ciascuna impresa del raggruppamento può possedere in proprio un requisito di capacità economica per il fatturato pregresso inferiore a quello totale richiesto, fermo restando che quest'ultimo deve essere raggiunto dal raggruppamento nel suo insieme, e fermo restando altresì che la percentuale di tale inferiore capacità economica non può essere superata poi dalla quota di esecuzione delle prestazioni oggetto dell'appalto per la quali l'impresa si è impegnata.

Anche il quarto motivo dell'appello è fondato con la conseguenza che anche la RTI Azienda Agricola Buccelletti srl - e MC Multiconso s.c.r.l. doveva essere esclusa dalla gara.

L'appello in conclusione va accolto in relazione ai fondati motivi sopra esaminati.

Le spese del giudizio seguono la soccombenza e si liquidano come da motivo che segue.

P.Q.M

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie.

Condanna la parti resistenti in solido tra loro al pagamento delle spese di lite che si

liquidano in complessivi euro 5.000,00 (cinquemila)

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 27 ottobre 2016 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Sandro Aureli, Consigliere, Estensore

Paolo Giovanni Nicolò Lotti, Consigliere

Alessandro Maggio, Consigliere

Oreste Mario Caputo, Consigliere