

DURC irregolare ed esclusione dalla gara: compatibilità con i principi comunitari.

di Margherita Galletti

Data di pubblicazione: 25-9-2017

La Corte di Giustizia ha precisato che la direttiva 2004/18/CE sulle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi non osta a che una normativa nazionale obblighi l'amministrazione aggiudicatrice a considerare quale motivo di esclusione una violazione in materia di versamento di contributi previdenziali ed assistenziali risultante da un certificato richiesto d'ufficio dall'amministrazione aggiudicatrice e rilasciato dagli istituti previdenziali, anche nell'ipotesi in cui tale violazione sussistesse alla data della partecipazione alla gara d'appalto, ma non sussistesse più alla data dell'aggiudicazione o della verifica d'ufficio da parte dell'amministrazione aggiudicatrice.

(Corte giustizia UE, sez. IX, 10 novembre 2016, n. 199)

Guida alla lettura

La sentenza in esame ha come oggetto l'affidamento di una gara per la fornitura di un centro multiservizi di cui risulta aggiudicatario il raggruppamento temporaneo composto da due società mandanti e da una società mandataria.

Il raggruppamento temporaneo di imprese è un modello organizzativo che consente a più operatori economici, che singolarmente non avrebbero tutti i requisiti per poter partecipare alle procedure ad evidenza pubblica, di sommare la proprie capacità e presentare un'unica offerta per l'affidamento di uno specifico appalto, anche rinviando la loro costituzione ad un momento successivo.

A seguito delle verifiche espletate dalla stazione appaltante, una delle società mandanti non risulta essere in regola con la capacità contributiva. L'Autorità di Vigilanza procede dunque all'esclusione dalla gara del raggruppamento temporaneo ed alla revoca dell'aggiudicazione.

Le società del raggruppamento temporaneo propongono ricorso introduttivo del giudizio di primo grado chiedendo l'annullamento dell'esclusione dalla gara, la revoca dell'aggiudicazione, la declaratoria di inefficacia del contratto *medio tempore* stipulato ed i risarcimento dei danni patiti per effetto del provvedimento impugnato.

Il TAR Lazio respinge tale ricorso. Avverso tale decisione le società della costituita RTI propongono appello che risulterà infondato a seguito delle valutazioni espresse da questo Collegio.

Le appellanti nei motivi di gravame lamentano il fatto che l'irregolarità contributiva della società mandante non solo non fosse stata definitivamente accertata per mancata ricezione degli avvisi bonari ma che l'INPS non aveva provveduto ad attivare la procedura di regolarizzazione ex art. 7, comma 3, del D.M. 24 ottobre 2007 (ora prevista dall'art. 31, comma 8, del D.L. n. 69 del 2013), secondo cui, prima dell'emissione del DURC, l'Istituto è tenuto ad invitare l'interessato a regolarizzare la propria posizione entro un termine non superiore a quindici giorni.

Il punto di partenza di analisi della vicenda in esame è costituito dall'art. 38, comma 1, lettera i), del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, che stabilisce che sono esclusi dalle procedure di gara per i contratti pubblici coloro i quali *«hanno commesso violazioni gravi, definitivamente accertate, alle norme in materia di contributi previdenziali e assistenziali, secondo la legislazione italiana o dello Stato in cui sono stabiliti»*.

Il DURC, Documento unico di regolarità contributiva, è il certificato che attesta la regolarità o meno delle imprese con il pagamento dei contributi previdenziali e assistenziali obbligatori e dei premi assicurativi. In particolare, il DURC attesta la regolarità degli adempimenti nei confronti dell'Inps, dell'Inail e della Cassa Edile.

In primo luogo i giudici di Palazzo Spada rilevano, in adesione alla giurisprudenza di questo Consiglio (Cons. Stato, Adunanza plenaria, n. 8 del 2012) che la "violazione grave" sopra citata dell'infrazione previdenziale è riservata agli enti previdenziali, di conseguenza le stazioni appaltanti non hanno né la competenza né il potere di valutare in maniera autonoma, caso per caso, la gravità della violazione previdenziale ma devono attenersi esclusivamente al DURC rilasciato dai competenti enti previdenziali.

Il Collegio sottolinea come per costante indirizzo giurisprudenziale la regolarità contributiva deve sussistere al momento della presentazione delle offerte e permanere per tutta la durata dell'aggiudicazione.

Le società appellanti indicano il fatto che la società fosse provvista di DURC ottenuto a seguito della proposizione di istanza all'ente previdenziale, che attestava con data precedente rispetto a quella di presentazione della domanda, la sussistenza della regolarità contributiva. In particolare eccepiscono la rilevanza del DURC considerata la sua validità trimestrale.

I giudici di questo Collegio rilevano al contrario *come l'art. 7, comma 2, del d.m. 24 ottobre 2007 riferisce il termine di efficacia trimestrale del documento unico di regolarità contributiva 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, decreto-legge n. 69 del 2013; *il termine di efficacia del DURC nel settore degli appalti pubblici è mensile e tale termine non può essere strumentalmente utilizzato per giustificare la partecipazione alla gara di imprese che al momento della presentazione della domanda non siano in regola con gli obblighi contributivi. L'impresa dunque deve 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.*

Per quanto attiene alla censura sollevata dalle appellanti circa il mancato invito alla regolarizzazione il Collegio aderisce all'orientamento maggioritario (Cons. Stato, Ad. Plen. 4 maggio 2012, n. 8;; Cons. Stato, Cons. Stato, IV, 12 marzo 2009 n. 1458; Cons. stato VI, 11 agosto 2009, n. 4928; 6 aprile 2010, n. 1934; 5 luglio 2010, n. 4243; sez. V, 16 settembre 2011, n.5194) e ribadisce che tale istituto, *c.d. preavviso di DURC negativo*, già previsto dall'art. 7, comma 3, del d.m. 24 ottobre 2007, possa operare solo nei rapporti tra impresa e l'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, lettera i), del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, ai fini della partecipazione alla gara d'appalto.

Il Collegio prosegue analizzando le censure di legittimità costituzionale e comunitaria della normativa italiana in tema di esclusione dalla gara per accertate violazioni contributive sollevate dalle appellanti.

Tali censure risultano infondate: la stessa Corte di Giustizia, intervenuta sulla prospettata incompatibilità tra la causa di esclusione prevista l'art. 38, comma 1, lettera i) e l'art. 45, paragrafo 2, della direttiva n. 18/2014 e con la sentenza 10 luglio 2014, C-358/12, *ha statuito che gli articoli 49 TFUE e 56 TFUE, nonché il principio di proporzionalità, vanno interpretati nel senso che non ostano a una normativa nazionale che, riguardo agli appalti pubblici di lavori il cui valore sia inferiore alla soglia definita all'articolo 7, lettera c), della direttiva 2004/18, obblighi l'amministrazione aggiudicatrice ad escludere dalla procedura di aggiudicazione di un tale appalto un offerente responsabile di un'infrazione in materia di versamento di prestazioni previdenziali, se lo scostamento tra le somme dovute e quelle versate è di un importo superiore, al contempo, a € 100 e al 5% delle somme dovute.*

La CGUE ha precisato che la direttiva 2004/18/CE sulle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi (applicabile ai fatti di cui al procedimento principale) non osta a che una normativa nazionale obblighi l'amministrazione aggiudicatrice a considerare quale motivo di esclusione una violazione in materia di versamento di contributi previdenziali ed assistenziali risultante da un certificato richiesto d'ufficio dall'amministrazione aggiudicatrice e rilasciato dagli istituti previdenziali, anche nell'ipotesi in cui tale violazione sussistesse alla data della partecipazione alla gara d'appalto, ma non sussistesse più alla data dell'aggiudicazione o della verifica d'ufficio da parte dell'amministrazione aggiudicatrice. I prospettati contrasti della disciplina italiana con la normativa europea risultano dunque infondati.

Il Collegio conclude analizzando e respingendo la doglianza mossa dalle appellanti circa l'inammissibilità della escussione provvisoria della cauzione, in quanto legittima solo in caso di esclusione per carenza di requisiti speciali di cui all'articolo 48 del codice e non per carenza dei requisiti generali di cui all'articolo 38 del codice. Anche questo motivo risulta essere infondato. *La possibilità di incamerare la cauzione provvisoria può trovare fondamento anche nell'art. 75, comma 6, del Codice di contratti pubblici, che riguarda tutte le ipotesi di mancata sottoscrizione del contratto per fatto dell'affidatario, intendendosi per «fatto dell'affidatario» qualunque ostacolo alla stipulazione a lui riconducibile, e tra cui anche, come nel caso di specie, il difetto di un requisito di ordine generale* (Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria 29

febbraio 2016, n. 5; Adunanza Plenaria, 4 maggio 2012, n. 8).

L'incameramento della cauzione provvisoria costituisce una conseguenza automatica del provvedimento di esclusione, conte tale non suscettibile di alcuna valutazione discrezionale con riguardo ai singoli casi concreti. Tale misura, quindi, risulta insensibile ad eventuali valutazioni volte ad evidenziare la non imputabilità a colpa della violazione che ha comportato l'esclusione (cfr., tra le tante, Cons. Stato, 26 maggio 2015, n. 2638; Cons. Stato, sez. V, 10 settembre 2012, n. 4778). In particolare, nel caso di specie, la ragione dell'esclusione (dovuta alla dichiarazione non veritiera sulla esistenza di una situazione di regolarità contributiva al momento della presentazione della domanda) non risulta incolpevole o scusabile, atteso che rientra nell'ordinaria diligenza dell'impresa che partecipa ad una gara di appalto verificare la sussistenza della propria posizione contributiva con riferimento alla data di presentazione della domanda.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 7695 del 2013, proposto dalla s.p.a. Engineering.IT, in proprio e quale capogruppo-mandataria del costituendo raggruppamento temporaneo di imprese con la s.p.a. KPMG Advisory (mandante) e la s.p.a. Alveo (mandante), in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentati e difesi dagli avvocati Riccardo Barberis, Gennaro Terracciano, Stefano Vinti e Vincenzo Barrasso, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Stefano Vinti in Roma, via Emilia, n. 88;

contro

L'ANAC – Autorità Nazionale Anticorruzione (suceduta alla Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, presso i cui uffici è domiciliato in Roma, via dei Portoghesi, n. 12;

l'Inps - Istituto Nazionale della Previdenza Sociale, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso per legge dagli avvocati Antonino Sgroi, Lelio Maritato, Carla D'Aloisio ed Emanuele De Rose, domiciliato in Roma, via Cesare Beccaria, n. 29;

nei confronti di

La s.r.l. Integra Document Management, la s.r.l. Hp Enterprise Services Italia e la Visiant Contact, in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentati e difesi dagli avvocati Marco Napoli ed Angelo Clarizia, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Angelo Clarizia in Roma, via Principessa Clotilde, n. 2;

per la riforma:

del dispositivo di sentenza n. 8986/2013 e della sentenza del T.A.R. per il Lazio, Sede di Roma, Sez. III, n. 9216/2013;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'ANAC, dell'Istituto Nazionale della Previdenza Sociale, della s.r.l. Integra Document Management e della s.r.l. Hp Enterprise Services Italia, in proprio e quale capogruppo del raggruppamento temporaneo di imprese con la s.r.l. Visiant Contact;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 11 maggio 2017 il Cons. Dario Simeoli e uditi per le parti l'avvocato Riccardo Barberis, l'avvocato Stefania Terracciano, su delega dell'avvocato Gennaro Terracciano, l'avvocato Corinna Fedeli, su delega dell'avv. Stefano Vinti, l'avvocato Carla d'Aloisio, l'avvocato Maria Ida Leonardo, su delega dell'avv. Angelo Clarizia, e l'avvocato dello Stato Maria Carmela Pluchino;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1.? Con determina a contrarre n. 74439 del 26 luglio 2012, l'Autorità di Vigilanza (cui è succeduta l'ANAC) ha indetto una gara per la fornitura di un «centro multiservizi integrato per l'erogazione di servizi di continuità operativa e disaster recovery, gestione documentale e conservazione sostitutiva a norma, supporto agli utenti, gestione, rendicontazione e fornitura di un sistema conoscitivo», da aggiudicare mediante il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Al termine della gara, è risultato aggiudicatario dell'appalto il raggruppamento composto dalle società Engineering.IT Spa (mandataria) - KMPG Advisor S.p.a. (mandante) - Alveo S.p.a. (mandante).

1.1.? Successivamente, nel corso delle verifiche disposte dalla stazione appaltante, è emerso che la mandante Alveo S.p.a. non era in regola con il versamento dei contributi alla data dell'11 ottobre 2012, prevista dal bando quale termine finale per la presentazione dell'offerta. Conseguentemente, l'Autorità ha escluso il raggruppamento dalla procedura di gara, revocandogli l'aggiudicazione.

1.2.? Con il ricorso introduttivo del giudizio di primo grado, le società Engineering.IT S.p.a., KPMG Advisor S.p.a. e Alveo S.p.a., hanno chiesto l'annullamento: della nota del 6 febbraio 2013, recante la deliberata esclusione dalla gara e la revoca dell'aggiudicazione; del DURC richiesto in data 28 dicembre 2012 dalla Stazione appaltante con riferimento alla società Alveo S.p.a. (nonché, ove lesive, delle note dell'INPS del 3.01.2013, dell'8.01.2013 e del 24.01.2013).

Le società hanno chiesto, altresì, la declaratoria dell'inefficacia del contratto stipulato *medio tempore* e il risarcimento di tutti i danni subiti per effetto dei provvedimenti impugnati.

A fondamento della impugnativa, le società ricorrenti deducevano che:

- l'irregolarità contributiva riscontrata dall'INPS non poteva dirsi «definitivamente accertata», anche perché Alveo S.p.a. non aveva avuto notizia dei quattro avvisi bonari (in data 27 aprile, 27 giugno, 28 agosto e 30 settembre 2012, per un totale di euro 12.932,00) inviati dall'INPS di Udine alla s.r.l. De Morgan (trasformata poi, il 25 maggio 2012, nella s.p.a. Alveo);

- la s.p.a. Alveo, una volta avuta notizia dell'esistenza dei predetti quattro avvisi bonari aveva provveduto, con immediatezza (in data 27 dicembre 2012 e 3 gennaio 2013), ad effettuare i pagamenti dovuti all'INPS;

- l'INPS, a fronte delle richieste di pagamento contenute negli avvisi bonari, non aveva emesso alcun avviso di addebito nei confronti della s.p.a. Alveo, che si sarebbe potuto contestare con la proposizione degli appositi rimedi amministrativi e giurisdizionali;

- l'INPS, poi, non ha nemmeno attivato la procedura di cui all'art. 7, comma 3, del citato D.M. 24 ottobre 2007 (ora prevista dall'art. 31, comma 8, del D.L. n. 69 del 2013), secondo cui, prima dell'emissione del DURC, l'Istituto è tenuto ad invitare l'interessato a regolarizzare la propria posizione entro un termine non superiore a quindici giorni;

- la definizione di «gravità» della violazione in materia di contributi previdenziali contenuta nell'art. 38, comma 2, del d.lgs. n. 163 del 2006, violerebbe il principio comunitario di proporzionalità, nella misura in cui è svincolato dall'oggetto dell'appalto e dalle dimensioni stesse dell'impresa.

1.3.? Con ricorso incidentale, le società controinteressate (in quanto dichiarate aggiudicatrici a seguito dell'esclusione del raggruppamento ricorrente) hanno impugnato il provvedimento della stazione appaltante n. 14407 del 6 febbraio 2013, nella parte in cui «non ha disposto l'esclusione e la conseguente revoca dell'aggiudicazione del RTI ricorrente per avere la Alveo S.p.A. reso una dichiarazione mendace (segnatamente la dichiarazione dell'11 ottobre

2012, nella parte relativa all'inesistente possesso dei requisiti di correttezza contributiva)».

1.4.? Con un primo ricorso per motivi aggiunti, le ricorrenti hanno impugnato anche il provvedimento dell'8 maggio 2013 con cui l'Autorità ha disposto l'incameramento della cauzione provvisoria emessa dalla società s.p.a. COFACE, deducendo vizi di illegittimità derivata, nonché la violazione e falsa applicazione degli artt. 38, 48 e 75 del d.lgs. n. 163/2006, le quali disposizioni non ammetterebbero l'escussione della garanzia provvisoria nel caso di carenza dei requisiti di ordine generale, ma solo di quelli aventi ad oggetto la capacità economico-finanziaria e tecnico-professionale.

1.5.? Con un secondo ricorso per motivi aggiunti, le ricorrenti hanno chiesto l'annullamento anche del provvedimento con cui la stazione appaltante ha disposto l'aggiudicazione della gara al raggruppamento composto dalle controinteressate, nonché la nota del 19 luglio 2013 con cui l'Autorità ha diffidato la s.p.a. COFACE Assicurazioni al pagamento della garanzia fideiussoria n. 1987238, riproponendo in buona sostanza le censure già contenute negli atti precedenti.

2.? Con il dispositivo di sentenza n. 8986/2013 e la sentenza n. 9216/2013, il TAR del Lazio ha respinto il ricorso introduttivo del giudizio e i motivi aggiunti ed ha dichiarato improcedibile il ricorso incidentale proposto dalle società controinteressate.

3.? Avverso tale sentenza, la s.p.a. Engineering.IT, la s.p.a. KPMG Advisor e la s.p.a. Alveo hanno proposto appello, ribadendo le censure già prospettate in primo grado, nonché sollevando dubbi di legittimità costituzionale e comunitaria della normativa italiana in tema di esclusione dalla gara per accertate violazioni contributive.

4.? Si sono costituite in giudizio l'Autorità Nazionale Anticorruzione (suceduta alla Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture), l'Istituto Nazionale della Previdenza Sociale, nonché la s.r.l. Integra Document Management, la s.r.l. Hp Enterprise Services Italia e la s.r.l. Visiant Contact, chiedendo il rigetto integrale dell'appello.

5.? L'istanza di sospensione cautelare dell'esecutività della sentenza è stata respinta dalla Sezione, con l'ordinanza n. 4962 del 2013.

6.? All'esito dell'udienza del giorno 11 maggio 2017, la causa è stata discussa ed è stata trattenuta per la decisione.

DIRITTO

1.? L'appello è infondato e va, quindi, respinto.

2.? Ai sensi dell'art. 38, comma 1, lettera i), del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, sono esclusi dalle procedure di gara per i contratti pubblici coloro i quali *«hanno commesso violazioni gravi, definitivamente accertate, alle norme in materia di contributi previdenziali e assistenziali, secondo la legislazione italiana o dello Stato in cui sono stabiliti»*.

Secondo il costante orientamento della giurisprudenza:

- la regolarità contributiva deve sussistere dalla presentazione dell'offerta e deve permanere per tutta la durata della procedura di aggiudicazione e del rapporto con la stazione appaltante, restando irrilevante un eventuale adempimento tardivo dell'obbligazione contributiva (Cons. Stato, Adunanza plenaria, 4 maggio 2012, n. 8; Cons. Stato, V, 29 aprile 2016 n. 1650; Cons. Stato, III, 9 marzo 2016, n. 955); la regolarizzazione postuma, infatti, violerebbe il principio della *par condicio* tra i concorrenti (Cons. Stato, Sez. III, n. 287 del 2015; Sez. V, n. 681 del 2015);

- tale principio non è stato inciso dall'art. 31, comma 8, del decreto-legge 21 giugno 2013, n. 69, in quanto anche dopo l'entrata in vigore di tale disposizione non sono consentite regolarizzazioni postume della posizione previdenziale, dovendo l'impresa essere in regola con l'assolvimento degli obblighi previdenziali ed assistenziali fin dalla presentazione dell'offerta e conservare tale stato per tutta la durata della procedura di aggiudicazione e del rapporto con la stazione appaltante, restando dunque irrilevante un eventuale adempimento tardivo dell'obbligazione contributiva (Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, 29 febbraio 2016, n. 5 e n. 6; da ultimo, Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, n. 10 del 2016);

- la nozione di «violazione grave» non è rimessa alla valutazione caso per caso della stazione appaltante, ma si desume dalla disciplina previdenziale, e in particolare dalla disciplina del documento unico di regolarità contributiva; ne consegue che la verifica della regolarità contributiva delle imprese partecipanti a procedure di gara per l'aggiudicazione di appalti con la pubblica amministrazione è demandata agli istituti di previdenza, le cui certificazioni (DURC) si impongono alle stazioni appaltanti, che non possono sindacarne il contenuto (Cons. Stato, Adunanza plenaria, n. 8 del 2012);

- 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 alla proposizione di una 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 efficacia del DURC precedentemente rilasciato, atteso che l'art. 7, comma 2, del d.m. 24 ottobre 2007 riferisce tale termine di efficacia 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, decreto-legge 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 efficacia del DURC non può, quindi, essere strumentalmente utilizzato per giustificare la partecipazione alla gara di imprese che al momento della presentazione della domanda non siano comunque più in regola con gli obblighi contributivi (Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 29 febbraio 2016, n. 5).

3.? Nel caso in esame, alla luce della documentazione versata in atti, si evince l'esistenza di un inadempimento contributivo previdenziale.

La stazione appaltante, in data 28 dicembre 2012, ha richiesto all'INPS e all'INAIL la verifica

dell'autodichiarazione resa in data 11 ottobre 2012 dalla s.p.a. Alveo in ordine al possesso del requisito della regolarità contributiva.

Il DURC emesso in data 10 gennaio 2013, a seguito della richiesta, con riguardo alla posizione INPS, attesta che la s.p.a. Alveo «non risulta regolare con il versamento dei contributi al 11/10/2012», per debiti relativi ai mesi di febbraio, aprile, giugno e luglio 2012, per un importo pari a € 16.379,15.

Sulla base dei principi giurisprudenziali sopra richiamati, la stazione appaltante non poteva che attenersi a quanto affermato dall'ente previdenziale, giacché il DURC negativo emesso dall'INPS in data 10 gennaio 2013 attestava una irregolarità contributiva grave e definitivamente accertata, idonea ad integrare la causa di esclusione di cui all'art. 38, comma 1, lettera ì), del d.lgs. n. 163 del 2006, senza che alcuna rilevanza potesse avere la successiva regolarizzazione della posizione contributiva da parte della s.p.a. Alveo.

4.? La società mandante Alveo ? pur contestando la sussistenza e l'entità del debito previdenziale di cui ai quattro avvisi bonari del 27 aprile, 27 giugno, 28 agosto e 30 settembre 2012 ? lamenta:

- di non aver mai avuto notizia dei quattro avvisi bonari inviati alla s.r.l. De Morgan;
- che, in ogni caso, l'irregolarità contributiva non poteva dirsi definitivamente accertata in quanto l'INPS non aveva attivato la procedura di regolarizzazione di cui al citato art. 7, comma 3, del D.M. 24 ottobre 2007, né aveva ancora emesso alcun avviso di addebito.

Le censure sono infondate.

4.1.? Come già ha osservato la Sezione in sede cautelare, la s.p.a. Alveo risulta dalla trasformazione in società per azioni e mutamento di denominazione, in data 25 maggio 2012, della s.r.l. De Morgan (ovvero la società a cui sono stati indirizzati i quattro avvisi bonari sopra citati), avente sede in Udine alla via Selvuzzis, n. 45/A, con contestuale trasferimento della sede sociale da Udine a Roma.

La s.p.a. Alveo, peraltro, aveva continuato a esercitare fino al 31 luglio 2012 l'attività di «sviluppo software per impianti industriali e automazione» in Udine al medesimo indirizzo sopra citato, come emerge dall'atto di cessione del ramo di azienda in data 3 agosto 2012.

Pertanto, vi era piena e oggettiva identità e continuità di rapporti giuridici (art. 2498 cod. civ.) tra la s.r.l. De Morgan e la s.p.a. Alveo (cfr. *ex plurimis*; Cass., 13 agosto 2004, n. 15737; Cass., SS.UU., 31 ottobre 2007, n. 23019; Cass., lav., 10 febbraio 2009, n. 3269; Cass., II, 27 ottobre 2010, n. 21961; Cass., III, 20 giugno 2011, n. 13467), anche in ordine ai rapporti contributivi previdenziali, non rilevando sulla consistenza giuridica degli stessi rapporti ? alla quale solo il DURC può e deve avere riguardo ? le diverse numerazioni di codice di matricola, e considerato anche che la cessione del ramo di azienda è avvenuta solo il successivo 3 agosto 2012.

Ebbene, la s.r.l. De Morgan, presentate le denunce mensili per i versamenti contributivi previdenziali per il proprio personale per i mesi di febbraio, aprile, giugno e luglio 2012, non aveva provveduto ai pagamenti entro il giorno 16 del mese successivo, con conseguente invio degli avvisi bonari da parte dell'INPS ad essa (l'ultimo in data 11 luglio 2012, vale a dire prima della cessione del ramo di azienda) alla sede di Udine alla via Selvuzzis, n. 45/A.

4.2.? Sotto altro profilo ? alla luce della giurisprudenza sopra richiamata ? l'istituto dell'invito alla regolarizzazione, già previsto dall'art. 7, comma 3, del d.m. 24 ottobre 2007, può operare solo nei rapporti tra impresa e l'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, lettera i), del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, ai fini della partecipazione alla gara d'appalto.

5.? Quanto alla asserita formazione ? ai sensi della circolare INPS n. 59/2011, punto 3.9 ? del silenzio assenso sulla richiesta spedita in via telematica all'INPS di verifica della propria regolarità assistenziale e previdenziale, va ribadito quanto correttamente statuito dal giudice di prime cure: dall'esame del documento telematico depositato in atti, emerge che, alla data 20 settembre 2012, la richiesta era stata soltanto acquisita al protocollo dell'ente, e che, alla data dell'11 ottobre 2012 (prevista per la presentazione in sede di gara dell'offerta da parte dell'ATI ricorrente), il termine di 30 gg. non era ancora spirato.

6.? I prospettati contrasti della disciplina italiana con la normativa europea risultano infondati.

La giurisprudenza ha già avuto modo di occuparsi della compatibilità comunitaria della disciplina legislativa nazionale che preclude la partecipazione alle gare di appalto alle imprese che versino in una situazione grave e definitivamente accertata di irregolarità contributiva.

6.1.? Nella sentenza 10 luglio 2014, C-358/12, la Corte di giustizia ? occupandosi anche della prospettata incompatibilità tra la causa di esclusione prevista l'art. 38, comma 1, lettera i) e l'art. 45, paragrafo 2, della direttiva n. 18/2014 ? ha statuito che gli articoli 49 TFUE e 56 TFUE, nonché il principio di proporzionalità, vanno interpretati nel senso che non ostano a una normativa nazionale che, riguardo agli appalti pubblici di lavori il cui valore sia inferiore alla soglia definita all'articolo 7, lettera c), della direttiva 2004/18, obblighi l'amministrazione aggiudicatrice a escludere dalla procedura di aggiudicazione di un tale appalto un offerente responsabile di un'infrazione in materia di versamento di prestazioni previdenziali, se lo scostamento tra le somme dovute e quelle versate è di un importo superiore, al contempo, a € 100 e al 5% delle somme dovute.

6.2.? Recentemente, la stessa Corte di Giustizia ha precisato che la direttiva 2004/18/CE sulle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi (applicabile ai fatti di cui al procedimento principale) non osta a che una normativa nazionale obblighi l'amministrazione aggiudicatrice a considerare quale motivo di esclusione una violazione in materia di versamento di contributi previdenziali ed assistenziali risultante da un certificato richiesto d'ufficio dall'amministrazione aggiudicatrice e rilasciato dagli istituti previdenziali, anche nell'ipotesi in cui tale violazione sussistesse alla data della partecipazione alla gara d'appalto, ma non sussistesse più alla data dell'aggiudicazione o della verifica d'ufficio da parte

dell'amministrazione aggiudicatrice.

Ciò vale anche nell'ipotesi in cui la regolarità della posizione dell'operatore al momento di partecipazione alla gara sia stata determinata da un certificato rilasciato dagli istituti previdenziali e richiesto d'ufficio dall'amministrazione aggiudicatrice, in un contesto in cui gli istituti previdenziali non sono obbligati a preavvisare l'operatore economico interessato della situazione di irregolarità prima di rilasciare il certificato (Corte giustizia UE, sez. IX, 10 novembre 2016, n. 199).

6.3.? Con riferimento alla censura delle appellanti secondo cui non poteva ritenersi sussistente nei riguardi della s.p.a. Alveo alcuna situazione di irregolarità contributiva definitivamente accertata (in quanto l'INPS aveva emesso nei suoi confronti «meri avvisi bonari», non seguiti da alcun avviso di addebito), va rilevato come per la giurisprudenza comunitaria non è rilevante la circostanza che l'operatore economico non sia stato preavvisato dell'irregolarità, purché questi abbia avuto la possibilità di verificare in ogni momento la regolarità della sua situazione presso l'istituto competente (Corte giustizia UE, sez. IX, 10 novembre 2016, n. 199).

7.? La questione di legittimità costituzionale delle disposizioni di cui all'art.38, comma 1, lettera l), e comma 2, del d.lgs. n. 163 del 2006, in relazione agli articoli 3 e 97 della Costituzione, va dichiarata manifestamente infondata, in quanto prospettata in modo generico dalle appellanti, le quali non hanno articolato alcuna specifica argomentazione di merito a sostegno della richiesta declaratoria di illegittimità costituzionale della legge.

8.? Gli appellanti lamentano altresì che l'escussione della cauzione provvisoria non sarebbe ammissibile in caso di esclusione disposta per carenza dei requisiti generali di cui all'articolo 38 del codice, come nel caso di specie, ma sarebbe legittima solo in caso di esclusione per carenza di requisiti speciali di cui all'articolo 48 del codice.

Il motivo è infondato.

8.1.? La possibilità di incamerare la cauzione provvisoria può trovare fondamento anche nell'art. 75, comma 6, del Codice di contratti pubblici, che riguarda tutte le ipotesi di mancata sottoscrizione del contratto per fatto dell'affidatario, intendendosi per «fatto dell'affidatario» qualunque ostacolo alla stipulazione a lui riconducibile, e tra cui anche, come nel caso di specie, il difetto di un requisito di ordine generale (Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria 29 febbraio 2016, n. 5; Adunanza Plenaria, 4 maggio 2012, n. 8).

L'incameramento della cauzione provvisoria, inoltre, costituisce una conseguenza automatica del provvedimento di esclusione, conte tale non suscettibile di alcuna valutazione discrezionale con riguardo ai singoli casi concreti. Tale misura, quindi, risulta insensibile ad eventuali valutazioni volte ad evidenziare la non imputabilità a colpa della violazione che ha comportato l'esclusione (cfr., tra le tante, Cons. Stato, 26 maggio 2015, n. 2638; Cons. Stato, sez. V, 10 settembre 2012, n. 4778).

Peraltro, nel caso di specie, la ragione dell'esclusione (dovuta alla dichiarazione non veritiera

sulla esistenza di una situazione di regolarità contributiva al momento della presentazione della domanda) non risulta incolpevole o scusabile, atteso che rientra nell'ordinaria diligenza dell'impresa che partecipa ad una gara di appalto verificare la sussistenza della propria posizione contributiva con riferimento alla data di presentazione della domanda.

9?. Per le ragioni che precedono, l'appello va respinto.

Le spese del secondo grado del giudizio possono essere nondimeno integralmente compensate tra le parti, in ragione della complessità della vicenda.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sull'appello n. 7695 del 2013, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate del secondo grado del giudizio.

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