REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 8523 del 2015, proposto dalla s.n.c. Officina Meccanica Fratelli Turchetti, quale capogruppo del R.T.I. con Autogroup S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Giuseppe Altieri, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Sardegna, n. 17;

contro

Il Ministero dell'Interno, in persona del Ministro *pro tempore*, rappresentato e difeso per legge dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliato in Roma, via dei Portoghesi, n. 12;
l'Agenzia del Demanio;
la s.r.l. Giò Autoservice, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Simone Nocentini e Vittorio Chierroni, con domicilio eletto presso lo Studio Legale Lessona in Roma, corso Vittorio Emanuele II, n.18;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. per il Lazio – Roma, Sez. I ter, n. 11114/2015, resa tra le parti, concernente la revoca dell'affidamento del servizio di recupero, custodia e acquisto dei veicoli oggetto dei provvedimenti di sequestro amministrativo, fermo o confisca;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero dell'Interno e della s.r.l .Giò Autoservice;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 31 marzo 2016 il Cons. Carlo Deodato e uditi per le parti l'avvocato Giuseppe Altieri, l'avvocato Vittorio Chierroni e l'avvocato dello Stato Lorenzo D'Ascia;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con la sentenza impugnata, il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio dichiarava in parte inammissibile per difetto di giurisdizione (nella parte con cui si contestava la correttezza del DURC negativo) e in parte infondato il ricorso n. 4637 del 2015, proposto dalla s.n.c. Officina Meccanica Fratelli Turchetti (d'ora innanzi Officina), in proprio e nella qualità di capogruppo del R.T.I. con Autogroup s.r.l., contro i provvedimenti con cui la stazione appaltante (e, cioè, il Ministero dell'Interno e l'Agenzia del demanio), dopo aver verificato un'irregolarità contributiva a carico della mandante Autogroup s.r.l., aveva revocato l'aggiudicazione provvisoria ad essa ricorrente dell'appalto avente ad oggetto il servizio di recupero, custodia e acquisto di veicoli sequestrati, nell'ambito provinciale di Arezzo, ha escluso la stessa dalla gara ed ha incamerato la cauzione provvisoria.

2. Avverso la predetta decisione proponeva appello l'Officina, contestando la correttezza della statuizione gravata e domandandone la riforma, con conseguente accoglimento del ricorso proposto in primo grado.

Resistevano in giudizio il Ministero dell'Interno, l'Agenzia del demanio e la s.r.l. Giò Auto Service, divenuta aggiudicataria dopo l'esclusione della ricorrente, che contestavano la fondatezza dell'appello, chiedendone la reiezione, con conseguente conferma della sentenza impugnata.

Con ordinanza n. 4995 del 5 novembre 2015, veniva sospesa l'esecutività della sentenza appellata.

L'appello veniva successivamente trattenuto in decisione alla pubblica udienza del 31 marzo 2016.

DIRITTO

1.- E' controversa la legittimità dei provvedimenti con i quali la stazione appaltante - della gara indetta per l'affidamento del servizio di recupero, custodia e acquisto di veicoli sequestrati nell'ambito provinciale di Arezzo - ha revocato l'aggiudicazione provvisoria dell'appalto al R.T.I. rappresentato dall'Officina, escludendolo dalla procedura, ed ha incamerato la cauzione provvisoria, in esito alla verifica dell'irregolarità contributiva della mandante Autogroup s.r.l., per come risultante dal DURC in data 24 settembre 2014.

Il TAR per il Lazio, dopo aver disatteso l'eccezione pregiudiziale, formulata dalla società controinteressata, di inammissibilità del ricorso per mancata notifica all'INAIL, ha dichiarato il difetto della propria giurisdizione, in favore di quella ordinaria, in ordine alle censure rivolte contro il DURC, e ha respinto nel merito il ricorso, sulla base del duplice, assorbente rilievo dell'inapplicabilità dell'art.31, comma 8, d.l. 21 giugno 2013, n.69, convertito dalla legge 9 agosto 2013, n. 98, che impone l'invito alla regolarizzazione (prima del rilascio del DURC), ai rapporti tra la stazione appaltante e le imprese concorrenti (in una procedura di aggiudicazione di appalti pubblici) e della legittimità dell'impugnata esclusione, siccome coerente con l'art. 38 d.lgs. n.163 del 2006.

L'appellante Officina critica la correttezza di tale giudizio, sulla base delle argomentazioni di seguito più diffusamente esaminate, ma riassumibili nella tesi dell'inosservanza della disposizione legislativa (sopra richiamata) che imponeva la previa regolarizzazione contributiva, da intendersi come applicabile, secondo la sua palese finalità, anche alle stazioni appaltanti (e non solo agli enti previdenziali preposti al rilascio del DURC).

2.- Deve preliminarmente circoscriversi l'ambito del *thema decidendum* alle sole questioni ritualmente devolute all'esame del giudice d'appello, precisando, in particolare, che risulta passato in giudicato il capo di decisione sulla inammissibilità di una parte del ricorso per difetto di giurisdizione, in quanto, ancorchè autonomamente lesivo, non è stato appellato dalla parte oneratavi (l'Officina), non essendo rintracciabile, nell'atto d'appello, alcuna specifica censura rivolta contro la relativa statuizione.

3.- Così definito l'ambito del presente giudizio, occorre rilevare che l'appello è infondato, alla stregua delle considerazioni di seguito esposte, e va respinto.

3.1- Con una prima prospettazione difensiva, si deduce la violazione dell'art. 7 della legge n. 241 del 1990, ribadendo una censura asseritamente non esaminata dal T.A.R., poiché la stazione appaltante non ha comunicato l'avviso di avvio del procedimento, prima di disporre la revoca dell'aggiudicazione provvisoria e l'esclusione dalla gara della ricorrente.

La tesi è destituita di fondamento.

Premesso, infatti, che, in via generale, l'esclusione da una gara, disposta in esito al riscontro negativo circa il possesso di un requisito di partecipazione, non postula la previa comunicazione di avvio del procedimento, attenendo ad un segmento necessario di un procedimento della cui pendenza l'interessato è già necessariamente a conoscenza (cfr. *ex multis* Cons. St., sez. VI, 21 dicembre 2010, n. 9324), la violazione delle garanzie partecipative sostanzialmente dedotta dalla ricorrente coincide, nella fattispecie, con la disamina della questione principale (come di seguito risolta in senso contrario alla tesi dell'appellante), vale a dire con l'asserita inosservanza, da parte della stazione appaltante, dell'art. 31, comma 8, d.l. n. 69 del 2013 che, là dove impone l'invito alla regolarizzazione, prima della formalizzazione di un DURC negativo, finisce per assicurare proprio quel contraddittorio procedimentale della cui mancata attivazione si duole l'appellante.

3.2- Con una seconda argomentazione, si insiste, infatti, proprio nel sostenere la doverosità, in applicazione della disposizione normativa citata, dell'invito alla regolarizzazione contributiva e, quindi, l'illegittimità dell'esclusione dalla gara della ricorrente, siccome disposta in difetto di quella sollecitazione e nonostante lo spontaneo (e asseritamente tempestivo) pagamento dei contributi del cui mancato versamento era stato dato atto nel DURC in data 24 settembre 2014.

Il problema si risolve nell'esegesi dell'art. 31, comma 8, d.l. cit. e, in particolare, nella sua interpretazione quanto ai rapporti tra la stazione appaltante e i concorrenti in una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico e, quindi, come impositivo dell'obbligo della prima di assegnare alle candidate inadempienti un termine per la regolarizzazione contributiva.

La questione ermeneutica appena riassunta è stata recentemente risolta dall'Adunanza Plenaria che, con la sentenza n. 6 del 29 febbraio 2016, ha affermato il seguente principio di diritto: «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 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.

L'istituto dell'invito alla regolarizzazione (il c.d. preavviso di DURC 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 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, lettera i) ai fini della partecipazione alla gara d'appalto».

L'applicazione del principio di diritto, dal quale non si ravvisano ragioni per discostarsi, alla fattispecie controversa comporta la reiezione della censura di violazione dell'art.31, comma 8, d.l. cit., che, secondo l'esegesi preferita dall'Adunanza Plenaria, non implicava alcun obbligo, in capo alla stazione appaltante, di invitare alla regolarizzazione contributiva la concorrente risultata inadempiente (con la conseguente inconfigurabilità del vizio dedotto con il motivo in esame) e la conferma della legittimità del provvedimento di esclusione del R.T.I. ricorrente, siccome emanato in conformità al combinato disposto degli artt. 38 e 48 del d.lgs. n.163 del 2006.

Né vale obiettare che il principio di diritto enunciato dall'Adunanza Plenaria (con la citata sentenza n. 6 del 2016) non si applica alla presente fattispecie, siccome riferito alle sole ipotesi in cui il requisito della regolarità contributiva difetta al momento della presentazione della domanda, e non al caso, quale quello in esame, in cui il medesimo requisito sia venuto meno in una fase successiva.

Per disattendere tale assunto, va richiamato il principio relativo alla continuità del possesso dei requisiti, per come recentemente ribadito dall'Adunanza Plenaria (con la sentenza n. 8 in data 20 luglio 2015) nei seguenti termini: "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".

Ne consegue che, ai fini dello scrutinio della legittimità dell'esclusione controversa, resta ininfluente il momento in cui il R.T.I. ricorrente ha perduto il requisito relativo alla regolarità contributiva, risultando sufficiente, per giustificare la misura espulsiva, che lo stesso, quand'anche posseduto al momento della presentazione della domanda, sia venuto meno (ancorchè temporaneamente) durante lo svolgimento della procedura (come nella fattispecie in esame).

3.3- Con l'ultimo motivo di appello, si critica la statuizione reiettiva della censura con cui si era contestata la legittimità dell'atto di incameramento della cauzione provvisoria, in quanto disposta in difetto dei presupposti che la autorizzano e, in particolare, la riscontrata mancanza dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa previsti dall'art.48 d.lgs. n.163 del 2006.

Anche tale doglianza è infondata e va disattesa.

E' stato, al riguardo chiarito che «La possibilità di incamerare la cauzione provvisoria discende dall'art. 75, comma 6, d.lgs. n. 163 del 2006 e 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, dunque non solo il rifiuto di stipulare o il difetto di requisiti speciali, ma anche il difetto di requisiti generali di cui all'art. 38 citato» (Adunanza Plenaria n. 8 in data 4 maggio 2012).

In coerenza con la menzionata esegesi dell'art. 75, comma 6, d.lgs. n. 163 del 2006, che assegna alla disposizione la più ampia latitudine applicativa consentita dalla lettera della disposizione, occorre, quindi, ritenere la perdita di un requisito di ordine generale, che implica, a sua volta, l'esclusione dell'impresa concorrente inadempiente e, quindi, l'impossibilità di stipulare con essa il contratto d'appalto, come un presupposto che impone l'incameramento della cauzione provvisoria, quale situazione, ascrivibile alla responsabilità del concorrente che si è rivelato sprovvisto di un requisito di partecipazione, che impedisce l'aggiudicazione definitiva del contratto.

4.- Alle considerazioni che precedono conseguono la reiezione dell'appello e la conferma della decisione impugnata.

5.- Le spese del secondo grado seguono la soccombenza e si liquidano come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello n. 8523 del 2015, come in epigrafe proposto, lo respinge e, per l'effetto, conferma la sentenza impugnata.

Condanna la società appellante a rifondere alle parti appellate le spese del presente grado di giudizio, che liquida in complessivi Euro 2.000,00 (oltre accessori di legge), in favore di ciascuna.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 31 marzo 2016 con l'intervento dei magistrati:

Luigi Maruotti, Presidente

Carlo Deodato, Consigliere, Estensore

Lydia Ada Orsola Spiezia, Consigliere

Massimiliano Noccelli, Consigliere

Pierfrancesco Ungari, Consigliere

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 13/04/2016

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)