

Consiglio di Stato, sezione quinta, sentenza n. 1141 del 19 febbraio 2019

Gara d'appalto – Manifesta irregolarità contributiva nel corso della gara – Esclusione - Legittimità

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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello numero di registro generale 2520 del 2018, proposto da:
..... s.p.a., s.p.a., in persona dei legali rappresentanti *pro tempore*, in proprio
e nella qualità, rispettivamente, di mandataria e mandante di costituenda ATI,
rappresentati e difesi dagli avvocati, con domicilio eletto presso lo studio del
primo in Roma, via

contro

....., in persona dei legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentati e difesi
dall'avvocato, con domicilio eletto presso lo studio Placidi in Roma, ...;
....., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli
avvocati, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. in Roma, via
.....;

Cassa Edile Provincia di Napoli, non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza breve del T.A.R. CAMPANIA - NAPOLI: SEZIONE I n.
01002/2018, resa tra le parti.

Visto il ricorso in appello;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di s.p.a.;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica dell'8 novembre 2018 il Cons. Anna Bottiglieri e uditi per le parti gli avvocati;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

FATTO

Il bandiva il 22 ottobre 2014 una gara ai sensi dell'art. 53 comma 2 lett. b) e 55 comma 5 del d.lgs. 12 aprile 2018, n. 163, per l'affidamento, con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, della progettazione esecutiva e dell'esecuzione dei lavori di *“riqualificazione urbanistica e ambientale asse costiero: tratta corso San Giovanni. Rifunzionalizzazione sistema fognario San Giovanni compreso nel Grande Progetto Riqualificazione urbana area portuale Napoli Est”*.

Alla gara partecipavano l'ATI tras.p.a. e s.p.a. (di seguito ATI), che veniva esclusa per non aver evidenziato nella propria offerta gli oneri per la sicurezza aziendale, e l'ATI tra - cui succedeva, per affitto di ramo di azienda, il Consorzio Integra Società Cooperativa - e Credendino Costruzioni s.p.a. (di seguito ATI), che risultava aggiudicataria provvisoria. L'ATI impugnava ambedue i provvedimenti. La prima sezione del Tribunale amministrativo regionale per la Campania respingeva il relativo ricorso con sentenza n. 5568/2015, che veniva riformata dalla decisione n. 4414 del 2016 di questa Sezione del Consiglio di Stato, che, in accoglimento dell'appello proposto da ATI, annullava gli atti gravati.

L'ATI veniva indi riammessa alla gara e, previa regolarizzazione dell'offerta, con indicazione, in sede di soccorso istruttorio, degli oneri di sicurezza aziendali, si aggiudicava la procedura.

Nelle more, l'ATI, divenuta seconda classificata nella nuova graduatoria, aveva rappresentato alla stazione appaltante di aver ricevuto una segnalazione anonima secondo cui la, in forza di due DURC negativi della Cassa edile di Napoli, aveva perso il requisito della regolarità contributiva nel corso dello svolgimento della procedura. Sulla questione la stazione appaltante, previo esperimento di una istruttoria, nell'ambito della quale era intervenuto anche un parere dell'Avvocatura municipale, si era determinata nel senso della sussistenza del requisito della regolarità contributiva in capo all'impresa.

L'ATI impugnava allora per tale motivo l'aggiudicazione in favore di ATI innanzi al Tribunale amministrativo regionale per la Campania. L'adito Tribunale, con sentenza n. 1002 del 2018 della sezione prima, nella resistenza del e dell'ATI, respingeva il ricorso incidentale proposto da quest'ultima e accoglieva il ricorso principale di ATI

In particolare, il primo giudice:

- riteneva infondati i quattro motivi del ricorso incidentale escludente di ATI, accertando, in relazione alla partecipazione alla gara di ATI: che non vi era incertezza sul contenuto dell'offerta, risultando in fatto che anche la mandante aveva effettuato il sopralluogo prescritto dalla disciplina di gara, con irrilevanza della mancata produzione della relativa dichiarazione, non prevista dalla *lex specialis* come causa di esclusione; che l'offerta tecnica e tutti i relativi elaborati, non consistendo nella redazione di un progetto esecutivo, adempimento successivo alla procedura di gara, erano stati correttamente sottoscritti, non essendo rinvenibile né a livello normativo né nella legge di gara l'obbligo, evidenziato dalla ricorrente incidentale, di sottoscrizione di questi ultimi atti da parte di tutti i componenti dell'indicato *team* di progettisti; che, per gli stessi motivi di cui sopra, in sede di partecipazione, non era necessaria la presentazione della relazione geologica; che anche il direttore tecnico del Consorzio aveva reso le dichiarazioni

previste dall'art. 38, comma 1, d.lgs. n. 163 del 2006 prescritte, a pena di esclusione, dal disciplinare di gara;

- riteneva tempestivo il ricorso principale di ATI, e respingeva, di contro, l'eccezione di tardività formulata da ATI, escludendo, ai sensi della norma transitoria di cui all'art. 216, comma 1, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, nuovo *Codice dei contratti pubblici*, che nella procedura di gara, retta dal *Codice* previgente, potesse trovare applicazione la normativa sopravvenuta in tema di onere di immediata impugnazione degli atti di ammissione alle gare pubbliche;

- riteneva fondata la censura di ATI in ordine alla perdita da parte dell'aggiudicataria, nel more dello svolgimento del procedimento, del requisito generale di regolarità contributiva. Al riguardo, il primo giudice richiamava consolidati principi giurisprudenziali (sulla necessità del possesso del requisito dalla data di scadenza del termine per la presentazione della richiesta di partecipazione alla procedura di affidamento sino all'esecuzione dello stesso, senza soluzione di continuità; sulla necessità di dimostrazione il possesso del requisito solo a mezzo delle attestazioni del documento unico di regolarità contributiva - DURC rilasciato dagli istituti di previdenza, esclusa qualsiasi possibilità di interpretarne il contenuto da parte delle stazioni appaltanti; sulla impossibilità di una regolarizzazione contributiva postuma di sanare la illegittimità della partecipazione di un concorrente a una procedura a evidenza pubblica). In applicazione di tali principi, riteneva che quanto attestato da uno dei due DURC della Cassa Edile di Napoli prodotti dalla ATI potesse ritenersi superato (in quanto abrogato o comunque rivalutato in fatto) dalla nota n. 264 del 5 giugno 2017 della medesima Cassa, contenente una ricostruzione storicizzata della situazione dell'impresa, mentre la stessa conclusione non poteva essere raggiunta in relazione all'altro DURC negativo, n. 35451398 del 16 luglio 2015. Rilevava, pertanto, l'irregolarità della posizione contributiva della alla data del 13 maggio 2015, attestante l'omesso tempestivo versamento

contributivo relativamente alla posizione di un operaio, assunto il 6 ottobre 2014 con scadenza contratto al 28 febbraio 2015, ritenendo influente sia la circostanza che l'impresa aveva successivamente sanato la predetta irregolarità, sia tutti gli elementi sui quali la stazione appaltante aveva fondato la propria contraria determinazione, e, tra essi, in particolare, la ridetta nota n. 264/2017 della Cassa Edile di Napoli, che riteneva non contrastante con quanto già risultante dal DURC n. 35451398 del 16 luglio 2015. Concludeva quindi per l'illegittimità del provvedimento di aggiudicazione alla gara all'ATI, che, per l'effetto, annullava.

Con l'odierno ricorso l'ATI ha proposto appello avverso la predetta sentenza, deducendo, I) *errores in iudicando* in relazione alla violazione e falsa applicazione degli artt. 38, 46 ,comma 1-*bis* e 74 d.lgs. n. 163 del 2006, violazione e falsa applicazione degli artt. 35 e 106 d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207, violazione della disciplina di gara, violazione dei principi generali in materia di pubbliche gare, violazione dell'art. 3 della l. n. 241 del 1990, eccesso di potere per erroneità e falsità dei presupposti, illogicità, ingiustizia manifesta, difetto di istruttoria e di motivazione: sarebbero erranee tutte le argomentazioni con cui il primo giudice ha respinto il primo motivo del ricorso incidentale proposto da ATI avverso l'ammissione alla gara di ATI

II) *errores in iudicando* in relazione alla ulteriore violazione e falsa applicazione degli artt. 3, 46, comma 1-*bis* e 74 d.lgs. n. 163 del 2006, violazione e falsa applicazione degli artt. 15, comma 12, 35 e 106 d.P.R. n. 207 del 2010, violazione della disciplina di gara, violazione dei principi generali in materia di pubbliche gare, violazione dell'art. 3 della l. n. 241 del 1990, eccesso di potere per erroneità e falsità dei presupposti, illogicità, ingiustizia manifesta, difetto di istruttoria e di motivazione: sarebbero erranee tutte le argomentazioni con cui il primo giudice ha respinto il

secondo motivo del ricorso incidentale proposto da ATI avverso l'ammissione alla gara di ATI;

III) *errores in iudicando* in relazione alla ulteriore violazione e falsa applicazione degli artt. 3, 46 comma 1-*bis* e 74 del d.lgs. n. 163/2006, violazione e falsa applicazione degli artt. 15 comma 12, 35 e 106 del d.P.R. n. 207 del 2010, violazione della disciplina di gara, violazione dei principi generali in materia di pubbliche gare, violazione dell'art. 3 della l. 241/90, eccesso di potere per erroneità e falsità dei presupposti, illogicità, ingiustizia manifesta, difetto di istruttoria e di motivazione: sarebbero erranee tutte le argomentazioni con cui il primo giudice ha respinto il terzo motivo del ricorso incidentale proposto da ATI avverso l'ammissione alla gara di ATI;

IV) *errores in iudicando* in relazione alla ulteriore violazione e falsa applicazione degli artt. 38, 46 comma 1-*bis* del d.lgs. n. 163/2006, violazione dei principi generali in materia di pubbliche gare anche di derivazione comunitaria, violazione dell'art. 3 della l. n. 241 del 90, eccesso di potere per erroneità e falsità dei presupposti, illogicità, contraddittorietà, ingiustizia manifesta, difetto di istruttoria e di motivazione: sarebbero erranee e contraddittorie tutte le argomentazioni con cui il primo giudice ha ritenuto parzialmente fondato il primo motivo del ricorso proposto da ATI relativo alla perdita da parte di ATI del requisito della regolarità contributiva in corso di gara, sia perché tale irregolarità sarebbe insussistente, come acclarato da quanto risultante dalla citata nota n. 264/2017 della Cassa Edile Napoli, assimilabile a un DURC, tant'è che la stessa sentenza appellata l'ha parzialmente considerata a favore di, sia in quanto l'irregolarità, al più, riguarderebbe un momento (il 13 maggio 2015) in cui la società non rivestiva la qualifica di concorrente, essendo stata esclusa dalla gara fino al 29 novembre 2016, per effetto del provvedimento adottato dalla stazione appaltante l'8 maggio 2015, poi annullato dalla citata sentenza di questo Consiglio di Stato n. 4414 del 2016.

L'irregolarità riguarderebbe poi il pagamento tardivo di un importo (circa € 1.900,00), che, rapportato ai pagamenti contributivi mensilmente e tempestivamente effettuati dall'impresa (circa € 30.000,00), sarebbe irrisorio.

L'appellante ha indi concluso per l'accoglimento dell'appello, e, per l'effetto, per l'accoglimento del ricorso incidentale da essa proposto in primo grado, per la declaratoria di improcedibilità dell'avverso ricorso principale, per l'annullamento e la riforma della sentenza appellata.

Si è costituito in giudizio il, che ha dato atto di tutti i passaggi del procedimento posto in essere per verificare il possesso in capo alla del requisito per cui è causa, concludendo per la non ravvisabilità di alcuna colpa in capo all'Amministrazione, che si sarebbe attenuta a quanto risultante dalla ridetta nota della Cassa Edile di Napoli n.264/2017.

Si è costituita in giudizio anche ATI, riproponendo i motivi assorbiti dalla sentenza appellata e tutti i rilievi svolti avverso il ricorso incidentale proposto da ATI in primo grado, non integralmente recepiti dalla sentenza appellata, e concludendo per la reiezione dell'appello.

Le parti private hanno affidato a memorie e repliche lo sviluppo delle proprie argomentazioni difensive.

In tale ambito, l'ATI ha eccepito l'improcedibilità dell'appello per sopravvenuta carenza di interesse, essendo intervenuta nelle more del giudizio, con atto n. 24/2018, l'aggiudicazione della gara in favore di ATI, asseritamente rimasta inoppugnata.

A sua volta, l'ATI ha fatto constare, con deposito del 7 novembre 2018, di aver gravato la predetta aggiudicazione con ricorso incardinato innanzi al Tribunale amministrativo regionale per la Campania con il n.r.g. 4322/2018.

La causa è stata trattenuta per la decisione alla pubblica udienza dell'8 novembre 2018.

DIRITTO

1. In via pregiudiziale, va respinta l'eccezione di improcedibilità dell'appello per carenza di interesse spiegata da ATI sul presupposto della mancata impugnazione da parte di ATI del provvedimento di aggiudicazione definitiva della gara per cui è causa in favore della stessa ATI, adottato dalla stazione appaltante nelle more del giudizio.

ATI ha infatti dimostrato di aver proposto l'impugnativa in parola, che risulta pendente presso il Tribunale amministrativo regionale per la Campania con il n.r.g. 4322/2018.

2. Nel merito, l'appello è infondato.

3. Con il primo motivo di appello ATI torna a sostenere, come già nel primo motivo del ricorso incidentale proposto in primo grado, che ATI avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara in quanto la mandante s.p.a. non aveva eseguito il sopralluogo del sito oggetto dell'appalto, effettuato dalla mandataria esclusivamente in nome e per conto proprio. Entrambe le imprese non avrebbero poi reso la relativa dichiarazione, la mandataria limitandosi a rinviare all'allegato attestato di sopralluogo, la mandante rinviando alla documentazione presentata dalla mandante.

3.1. Tutti i profili di cui si compone la censura non meritano accoglimento.

3.2. Il d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207, recante *Regolamento di esecuzione ed attuazione del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163*, previgente *Codice dei contratti pubblici*, entrambi applicabili alla fattispecie *ratione temporis*, stabilisce all'art. 106, comma 2, che l'offerta da presentare per l'affidamento degli appalti e delle concessioni di lavori pubblici è accompagnata dalla dichiarazione con la quale i concorrenti attestano, tra altro, di essersi recati sul luogo di esecuzione dei lavori.

La disposizione si è tradotta, nel disciplinare della gara in esame, in due prescrizioni, la prima contenuta nel punto XI, secondo cui “*Ai fini della partecipazione alla gara il*

concorrente è tenuto a eseguire obbligatoriamente, a pena di esclusione, un sopralluogo sulle aree interessate dai lavori. Il sopralluogo deve essere effettuato dal direttore tecnico o da un legale rappresentante del concorrente, come risultanti dal certificato CCLA o dall'attestazione SOA, oppure da un soggetto appositamente delegato, purché dipendente del concorrente...", la seconda contenuta nel punto A. 17), concernente la *"Dichiarazione di avvenuto sopralluogo obbligatorio con le modalità di cui al paragrafo XI del presente Disciplinare"*.

Alla luce di tali prescrizioni, deve convenirsi con la sentenza appellata quando afferma che *"la lex specialis prevedeva come causa di esclusione ... esclusivamente il mancato compimento del sopralluogo..."* e non la mancata produzione della relativa attestazione. Ciò posto, correttamente il primo giudice ha escluso che la causa di esclusione invocata dall'odierna appellante potesse ritenersi integrata, avendo sia ATI che il depositato agli atti di giudizio l'attestato di sopralluogo effettuato dal legale rappresentante della il 27 ottobre 2014, firmato dall'impresa e dal funzionario incaricato e rilasciato in pari data dal

La sentenza ha altresì rilevato come era indubbio che la stazione appaltante fosse da tempo in possesso di tale attestato, atteso che lo stesso era stato citato in una nota dirigenziale datata 9 dicembre 2015.

Nell'escludere, pertanto, la fondatezza in fatto del primo profilo della censura in esame, ovvero che la mandante s.p.a. non avesse a suo tempo eseguito il sopralluogo del sito oggetto dell'appalto, ipotesi inesistente *per tabulas*, può solo aggiungersi che con la appena citata nota dirigenziale la competente struttura della stazione appaltante, nel riscontrare la nota del 23 novembre 2015 con cui la aveva diffidato l'Amministrazione dal disporre l'aggiudicazione in favore di ATI, anche stante la mancata effettuazione del sopralluogo da parte della, aveva rappresentando proprio la presenza agli atti d'ufficio del predetto attestato di sopralluogo del 27 ottobre 2014.

A fronte di tale stato di fatto, emergente da elementi obiettivi e concludenti, risultanti da atti formati anche dall'Amministrazione e dalla medesima detenuti, resta senza rilievo la circostanza che in sede di accesso agli atti l'appellante non abbia rinvenuto l'attestazione di sopralluogo di cui trattasi: circostanza che ai fini del presente vaglio giudiziale di legittimità, in difetto di contestazioni della veridicità del documento sollevate nella diversa sede competente, non spiega effetti; ne segue l'infondatezza della pretesa a che tale attestato sia considerato estraneo alla procedura di gara, cui invece evidentemente pertiene.

Tanto chiarito, deve osservarsi che l'appellante non può essere seguita neanche quando afferma che, in ogni caso, ATI avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara in quanto sia la mandataria che la mandante, nei termini sopra esposti, non avevano reso la formale dichiarazione attestante l'avvenuta effettuazione del sopralluogo prevista dalla *lex specialis*.

Come visto, infatti, e come bene rilevato dalla sentenza appellata, la legge di gara non prevedeva l'esclusione per eventuali irregolarità nelle dichiarazioni in parola.

Resta, pertanto, senza effetti quanto segnalato dall'appellante in ordine alla circostanza che la nella domanda di partecipazione abbia fatto riferimento, anziché all'avvenuta effettuazione del sopralluogo in proprio, alla "documentazione" presentata dalla mandante, che, a sua volta, aveva effettuato il sopralluogo solo in nome e per conto proprio.

In particolare, tale riferimento non si traduce, come assume l'appellante, in una falsa dichiarazione, in quanto nessun elemento di tale rimando permette di attribuire alla mandante la volontà di rappresentare alla stazione appaltante, contrariamente alla realtà, che la mandataria avesse effettuato il sopralluogo anche in suo nome, con ulteriore valenza confessoria del mancato adempimento autonomo: la stessa appellante, infatti, sottolinea la genericità di tale riferimento. Ne consegue che esso si profila inidoneo sia a rivelare una siffatta volontà che a sortire gli effetti che

l'appellante vi riconnette, che avrebbero presupposto una dichiarazione di contenuto positivo e più ampio, qui non ravvisabile.

Deve pertanto concludersi che alla mandante è imputabile la sola omessa dichiarazione dell'avvenuta effettuazione del sopralluogo (pure risultante effettuato), che non trovava, come detto, sanzioni nella legge di gara.

3.3. Il primo motivo di appello va, pertanto, respinto.

4. Con il secondo motivo l'appellante afferma che la sentenza appellata è erronea non avendo convenuto con quanto denunziato dall'esponente nel secondo motivo del ricorso incidentale, in ordine alla doverosità dell'esclusione dalla gara di ATI, in quanto la sua offerta tecnica e i relativi elaborati non erano stati firmati dai progettisti incaricati della esecuzione e progettazione e dagli indicati componenti professionisti del *team* di progettazione, nonché dal progettista responsabile dell'integrazione tra le varie prestazioni specialistiche e di quelli responsabili delle prestazioni specialistiche, ivi compreso il geologo.

Si assume al riguardo la violazione di quanto disposto dalla normativa vigente in materia e segnatamente dell'art. 74 d.lgs. n. 163 del 2006, dell'art. 15, comma 12, d.P.R. n. 207 del 2010, dei punti XV e XVII del disciplinare di gara.

4.1. Va premesso che è pacifico che, come rileva la sentenza appellata, la documentazione tecnica di offerta di ATI è stata sottoscritta *“dall'ingegnere Nicola Salzano de Luna e dall'ingegnere Arrigo La Tessa, rispettivamente, quest'ultimo, legale rappresentante della Italiana Sistemi s.r.l., mandante del RTP di progettisti indicato dalla ricorrente principale, il primo, legale rappresentante della capogruppo s.r.l., nonché deputato all'integrazione delle varie discipline specialistiche”*, mentre *“il team di progettisti era composto anche da altri professionisti, esperti nei settori indicati dal disciplinare di gara”*.

Tanto rilevato, la sentenza ha escluso che l'art. 15, comma 2 e l'art. 26 d.P.R. n. 207 del 2010, potessero assumere rilevanza decisiva ai fini della disamina della questione posta dall'ATI, in quanto riferiti ai tre livelli in cui può articolarsi la

progettazione, compresa quella svolta direttamente dalle amministrazioni committenti. Invece nell'appalto integrato di cui trattasi la progettazione esecutiva, quale prestazione contrattuale, avrebbe seguito, e non preceduto, la conclusione del procedimento di gara. Sicché la sentenza ha ritenuto che la disciplina di riferimento della gara, sia di livello normativo che quanto alla *lex specialis*, non comportasse l'obbligo invocato da ATI di sottoscrizione dell'offerta tecnica da parte di tutti i componenti del team di progettisti, richiedendo la sottoscrizione del solo concorrente.

La conclusione va condivisa.

L'offerta tecnica di cui trattasi non è, invero, un progetto esecutivo, essendo costituita, come chiarito dal punto XVII dello stesso disciplinare, *Contenuto della busta B - offerta tecnica*, da: una relazione descrittiva su organizzazione e metodologia proposta per la progettazione esecutiva; una relazione sull'organizzazione e sulle metodologie costruttive specifiche proposte per l'esecuzione delle opere in appalto e sull'allestimento del cantiere; la documentazione esplicativa delle eventuali soluzioni migliorative e integrazioni tecniche al progetto definitivo posto a base di gara eventualmente proposta dal concorrente.

Ciò posto, premesso che la il punto XV del disciplinare, che solo richiama la doverosità della sottoscrizione della domanda di partecipazione alla gara, delle dichiarazioni rese dai concorrenti, dell'offerta in ogni sua componente e di ogni altro documento o elaborato presentato, non contiene prescrizioni di interesse specifico della questione, non può essere intesa nei sensi voluti dall'appellante la previsione del successivo punto XVII del disciplinare, che stabilisce che "*Ferma restando, ai sensi dell'art. 15, comma 2, del D.P.R. 207/2010 [la norma che definisce i tre progressivi livelli di definizione della progettazione, preliminare, definitivo ed esecutivo] la sottoscrizione di tutti gli elaborati tecnici da parte del progettista o dei progettisti responsabili degli stessi nonché del progettista responsabile dell'integrazione fra le varie prestazioni specialistiche,*

l'Offerta tecnica dovrà essere sottoscritta in ciascuna pagina, a pena di esclusione, dal legale rappresentante del concorrente o da suo procuratore munito di valida procura da allegarsi in originale o copia autentica, nonché dal progettista qualificato associato/ indicato”.

Essa fa infatti emergere che ciò che la *lex specialis* ha inteso sanzionare a pena di esclusione non è la mancata sottoscrizione della offerta tecnica da parte di ogni componente del *team* di progettisti e del progettista responsabile dell'integrazione tra le varie prestazioni specialistiche, bensì la mancata sottoscrizione dell'offerta tecnica da parte del concorrente e del progettista qualificato/associato indicato: ma questa ipotesi, come emerge da quanto sopra rilevato, non ricorre nella fattispecie.

Alla stessa conclusione si perverrebbe anche volendo considerare, come fa l'appellante, che la predetta disposizione della legge di gara possa essere frutto di un errore materiale, dovendo ritenersi richiamato dal punto XVII del disciplinare di gara non il comma 2 dell'art. 15 del d.P.R. n. 207 del 2010 bensì il comma 12 dello stesso articolo (*“Tutti gli elaborati devono essere sottoscritti dal progettista o dai progettisti responsabili degli stessi nonché dal progettista responsabile dell'integrazione fra le varie prestazioni specialistiche”*), di cui riproduce il contenuto.

Invero, in primo luogo, l'errore materiale in cui, in tesi, sarebbe incorsa la previsione militerebbe in senso contrario a quello auspicato dall'appellante, inficiando l'intrinseca dinamica della previsione espulsiva, rientrante nel novero di quelle prescrizioni che non tollerano ambiguità.

Inoltre, la sentenza appare essersi attenuta a una lettura sostanzialistica della *lex specialis*, che prescinde dall'accertamento della sussistenza o meno dell'errore materiale in parola.

La sentenza appellata ha infatti rilevato come il punto XVII del disciplinare di gara avesse attenuato gli obblighi formali di partecipazione in coerenza con l'oggetto della procedura: e che non pretendeva, a pena di estromissione, un adempimento consono alla redazione della progettazione esecutiva, che non era oggetto di gara,

essendone previsto il compimento futuro da parte del solo aggiudicatario, e come il punto XVI del disciplinare richiedesse la dichiarazione della composizione del *team* di progettisti ai soli fini conoscitivi delle specifiche professionalità eventualmente incaricate dell'esecuzione della prestazione di progetto.

In altre parole, la sentenza ha ritenuto che l'indicazione dei professionisti componenti il *team* di progettazione non fosse finalizzata alla individuazione dei soggetti tenuti alla sottoscrizione dell'offerta.

Tale ricostruzione è condivisibile in quanto: non contrasta con la prescrizione della sottoscrizione dell'offerta di cui all'art. 74 del d.lgs. n. 163 del 2006, volta a garantire la sua effettiva riferibilità al proponente, la serietà del formalizzato impegno e l'assunzione della relativa responsabilità (di recente, Cons. Stato, V, 5 marzo 2018, n.1344): questi aspetti, nella specie, non risultano compromessi dalle modalità con cui l'aggiudicataria ha presentato la propria offerta tecnica, una volta chiarito che non atteneva alla redazione di un progetto esecutivo; non contrasta con la correlata previsione dell'art. 46, comma 1, d.lgs. n. 163 del 2006, che prevede l'esclusione per il difetto di sottoscrizione dell'offerta, ipotesi che, per quanto appena rilevato, è qui inesistente; risponde alla lettera del punto XVI del disciplinare di gara, che richiedeva l'indicazione dei nominativi dei componenti del team di progettazione “*che redigerà la progettazione esecutiva*”, con previsione evidentemente rivolta al futuro; accerta l'inesistenza nella legge di gara di una previsione di esclusione nel caso indicato dall'appellante; non contrasta con il punto XVII del disciplinare, che, nel prevedere la possibilità per i concorrenti di presentare soluzioni migliorative e integrazioni tecniche (di cui l'ATI si è avvalsa), non richiede che queste assumano una veste progettuale, di talché i relativi elaborati tecnici non sono assimilabili a quelli, facenti parte della progettazione, per i quali l'art. 15, comma 12 del d.P.R. n. 207 del 2010 richiede la sottoscrizione dei progettisti.

4.2. La conclusione raggiunta assorbe ogni questione, pure dibattuta tra le parti, sul se l'ATI abbia ritualmente impugnato in primo grado la disposizione di cui al punto XVII della *lex specialis*, per contrasto con l'art. 46, comma 1-*bis*, del d.lgs. n. 163 del 2006.

4.3. Anche il secondo motivo di appello va pertanto respinto.

5. Con il terzo motivo di appello l'ATI, muovendo dal presupposto di cui al secondo motivo, ovvero dell'avvenuta presentazione in gara di documentazione concretizzante un "progetto", sostiene che la sentenza è erronea non avendo rilevato che l'aggiudicataria avrebbe dovuto essere esclusa non avendo presentato la relazione geologica prescritta dal d.P.R. n. 207 del 2010 e non avendo indicato un geologo nel *team* di progettisti.

Sul tema è sufficiente, ritiene il Collegio nel respingere il motivo, richiamare le considerazioni dianzi svolte al riguardo dell'erroneità del presupposto.

6. Per tutto quanto precede, la sentenza appellata va confermata laddove ha respinto il ricorso incidentale escludente proposto dall'ATI

7. E' necessario ora passare all'esame dei rilievi svolti dall'appellante nel quarto motivo dell'odierno ricorso avverso il capo della sentenza che, in accoglimento parziale del primo motivo del ricorso principale proposto dall'ATI, ha annullato l'aggiudicazione della gara all'appellante ATI, accertando che questa andava esclusa avendo perduto, nel corso della gara, il requisito della regolarità contributiva.

7.1. Come rilevato in fatto, la questione posta dal motivo - che la stazione appaltante ha a suo tempo affrontato in relazione a due DURC negativi rilasciati dalla Cassa Edile di Napoli - attiene qui a uno solo di quei DURC (quanto all'apprezzamento della stazione appaltante dell'altro DURC, la sentenza non ha rinvenuto illegittimità), vale a dire al DURC n. 35451398 del 16 luglio 2015. Questo DURC attestava l'irregolarità della posizione contributiva della al 13 maggio 2015, quando

non si era ancora conclusa la gara per cui è causa (bandita il 22 ottobre 2014, con termine per presentazione delle offerte al 9 dicembre 2014, definita prima con l'aggiudicazione a ATI, annullata dalla sentenza n. 4414 del 2016 di questa V Sezione del Consiglio di Stato, poi con l'aggiudicazione all'ATI oggetto del presente appello, e ancora *sub iudice*).

Tale DURC ha in particolare attestato in capo alla l'omesso tempestivo versamento contributivo relativamente alla posizione di un operaio, assunto il 6 ottobre 2014 con scadenza contratto al 28 febbraio 2015.

La sentenza appellata ha ritenuto che il contenuto valutativo di detto DURC non potesse ritenersi superato, come per l'altro DURC, dalla nota n. 264 del 5 giugno 2017 della medesima Cassa, contenente una ricostruzione storicizzata della situazione dell'impresa.

L'appellante, con il motivo in esame, avanza la pretesa che la predetta nota n. 264 del 5 giugno 2017 comporti il superamento anche del DURC n. 35451398/2015.

La pretesa è infondata.

7.2. Il Collegio rileva che non può essere attribuita rilevanza ai dati materiali delle circostanze - pure segnalate dall'appellante - che la fonte originaria della segnalazione dell'irregolarità contributiva sia stata indicata come anonima; e che questo DURC fosse stato rilasciato su richiesta (asseritamente errata) formulata in un diverso procedimento di gara. Tali elementi, infatti, meramente fattuali, non prevalgono sulla necessità di valutare l'eventuale sussistenza della causa oggettiva che, accertatane la ricorrenza, imporrebbe l'esclusione della concorrente per perdita del requisito generale, ai sensi dell'art. 38, comma 1, lett. i) e comma 2 del d.lgs. n. 16 del 2006.

7.3. Ciò posto, la giurisprudenza, anche di recente richiamata dalla sentenza della IV Sezione di questo Consiglio di Stato 24 ottobre 2018, n. 6059, afferma che:

- la mancanza di un DURC regolare comporta una presunzione legale, *iuris et de iure*, di gravità delle violazioni previdenziali, essendo la verifica della regolarità

contributiva delle imprese partecipanti demandata agli istituti di previdenza, le cui certificazioni si impongono alle stazioni appaltanti (Cons. Stato, Ad. plen., 8 maggio 2012 n. 8; Cons. Stato, V, 18 luglio 2017, n. 3551);

- per l'effetto, la mera presenza di un DURC negativo, al momento della partecipazione alla gara, obbliga l'amministrazione appaltante a escludere dalla procedura l'impresa interessata, senza che essa possa sindacarne il contenuto ed effettuare apprezzamenti in ordine alla gravità degli inadempimenti e alla definitività dell'accertamento previdenziale (Cons. Stato, V, 5 febbraio 2018 n. 716; 17 maggio 2013, n. 2682; V, 26 giugno 2012, n. 3738, VI, 15 settembre 2017 n. 4349);

- la sussistenza del requisito della regolarità contributiva (il cui difetto non può, pertanto, che comportare l'automatica esclusione del concorrente: Cons. Stato, Ad. plen., 29 febbraio 2016, n. 6) va verificata con riferimento al momento ultimo previsto per la presentazione delle offerte (Cons. Stato, V, 26 settembre 2017 n. 4506; VI, 15 settembre 2017, n. 4349; 1° settembre 2017, n. 4158), non avendo rilevanza la regolarizzazione postuma della posizione (Cons. Stato, V, 12 giugno 2017, n. 2803), che, al più, varrebbe a evitare il contenzioso tra l'impresa e l'ente previdenziale, ma non a ripristinare retroattivamente le condizioni soggettive per partecipare alla procedura già esperita.

La citata sentenza Cons. Stato, Ad. plen., n. 6/2016 ha confermato l'indirizzo per cui non sono consentite regolarizzazioni postume della posizione previdenziale, perché l'impresa dev'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 irrilevante un eventuale adempimento tardivo dell'obbligazione contributiva: principio già espresso da Cons. Stato, Ad. plen., 4 maggio 2012, n. 8, non superato dall'art. 31, comma 8, d.l. 21 giugno 2013, n. 69, *Disposizioni urgenti per*

il rilancio dell'economia, convertito dalla l. 9 agosto 2013, n. 98, relativa al c.d. “preavviso di DURC negativo”.

Infine, “*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, Adunanza Plenaria 20 luglio 2015 n. 8).

7.4. Tanto chiarito in generale, si deve osservare che la sentenza appellata, nel respingere le difese svolte dall'ATI sul punto, ha fatto buon governo dei predetti principi giurisprudenziali, in quanto, innanzitutto, non rileva che l'irregolarità attestata dal DURC n. 35451398 del 16 luglio 2015 era stata sanata con adempimenti intervenuti tra il 15 maggio e il 21 maggio 2015 (richiesta di sanatoria spontanea del 15 maggio; denuncia integrativa del 19 maggio; pagamento del relativo importo del 21 maggio 2015), essendo esclusa una postuma regolarizzazione contributiva a effetto sanante della partecipazione di un concorrente a una procedura a evidenza pubblica.

Non rileva neanche la nota della Cassa Edile n. 264 del 5 giugno 2017, posta dalla stazione appaltante a fondamento dell'impugnata aggiudicazione: tale nota, dato conto degli appena cennati adempimenti sananti, e effettuata una ricostruzione storicizzata della situazione della impresa alle date del 5 dicembre 2014 (data della dichiarazione dell'impresa di non trovarsi nella condizione di irregolarità di cui al precitato art. 38), 9 dicembre 2014 (data di presentazione delle offerte), 16 marzo e 13 maggio 2015 (date dei due DURC di cui sopra), ha affermato che tale ricostruzione “*implica valutazione di regolarità*” soggiungendo poi che “*Detta situazione contabile ovviamente prescinde dagli esiti di eventuali DURC*”.

Bene, al riguardo, la sentenza ha rilevato sia che si trattava di una attestazione di regolarità “implicita”, ovvero giustificata *tout court* dagli avvenuti adempimenti agli obblighi previdenziali e contributivi, senza tenere conto anche della loro tempestività, ovvero di un elemento decisivo ai fini della regolarità, sia che la stessa attestazione, facendo salvo, o meglio, prescindendo, “*dagli esiti di eventuali DURC*”, confermava trattarsi di un’affermazione di regolarità solo ipotetica.

Si tratta di conclusioni condivisibili alla luce degli atti in esame, come dimostra anche che le stesse difese del affermano che tale nota “*presenta margini di ambiguità e si presta, dunque, a diverse chiavi di lettura, potendo essere oggetto di diverse interpretazioni, una delle quali è quella operata dal TAR*”.

Non persuadono perciò le affermazioni dell’appellante che l’attestazione di irregolarità contributiva non aveva ragione di esistere (in quanto il DURC, comunque emesso a fini diversi da quelli attestativi dell’irregolarità contributiva, perché richiesto da diversa amministrazione al fine del pagamento di fatture, avrebbe dovuto essere annullato dal medesimo Istituto emittente, peraltro a tanto materialmente impossibilitato a causa di un impedimento tecnico informatico, dovuto alla disattivazione della “piattaforma DURC” per effetto della sopravvenuta normativa), in quanto contrastanti con gli elementi obiettivi emergenti dalla nota, relativi alla regolarizzazione a sanatoria della posizione contributiva.

7.5. Nemmeno le conclusioni della sentenza appellata appaiono inficiate dalla contraddittorietà denunciata dall’appellante, in relazione alla valenza favorevole all’impresa che pure la sentenza ha ascritto alla stessa nota n. 264/2017 rispetto all’altro DURC n. 35432799 del 30 marzo 2015, riferito alla mancata denuncia di un cantiere alla data del 5 marzo 2015.

Tale diversità di valutazione risulta ampiamente giustificata dalla circostanza che, in relazione a siffatto altro DURC, la sentenza riconosceva alla nota un contenuto a effetto “abrogativo”, o quanto meno “soprassessorio”, dal momento che essa aveva

rivalutato la situazione di fatto che aveva fatto ivi dubitare della regolarità contributiva della società (in pratica, si trattava di un cantiere che al 5 marzo 2015 non era ancora stato aperto).

7.6. Anche le residue difese dell'appellante non risultano persuasive.

Quanto alla circostanza che il principio della violazione della continuità del possesso dei requisiti non potrebbe dirsi violato, in quanto l'irregolarità di cui sopra è stata accertata in relazione a una data (13 maggio 2015) in cui la società non rivestiva la qualifica di concorrente, essendo stata esclusa dalla gara fino al 29 novembre 2016, per effetto del provvedimento adottato dalla stazione appaltante l'8 maggio 2015, poi annullato dalla citata sentenza di questo Consiglio di Stato n. 4414 del 2016, rileva che l'ATI ha contestato l'esclusione, azionando in giudizio l'interesse all'ottenimento del bene della vita costituito dalla riammissione in gara, interesse che non poteva che radicarsi anche mediante la conservazione del possesso dei prescritti requisiti.

Sotto altro profilo, deve ritenersi - per non trasmodare il diritto di difesa in giudizio in un travolgimento dei principi sulla partecipazione alle gare pubbliche - che in pendenza del giudizio avverso l'esclusione da una gara pubblica, sia l'arresto, per l'impresa esclusa, della procedura, che il venir meno del suo rapporto con l'amministrazione entrano in una qualche quiescenza, per cui in caso di esito favorevole dell'azione, la riapertura del procedimento e la reviviscenza del rapporto devono considerarsi avvenuti senza soluzioni di continuità, specie quanto al rispetto degli obblighi gravanti sull'impresa compatibili con quello stato, nel cui novero può farsi rientrare la regolarità contributiva, che è obbligo preesistente alla gara e del quale la normativa di settore impone solo di accertare l'effettivo e tempestivo adempimento.

Del resto, ogni dubbio è fugato dalla circostanza che è vero che il DURC di cui trattasi ha attestato in capo alla l'omesso tempestivo versamento contributivo

al 13 maggio 2015, quando l'impresa era stata già esclusa dalla gara per effetto di un atto dell'8 maggio 2015, poi giudizialmente annullato. Tuttavia l'irregolarità è relativa alla posizione di un operaio, assunto il 6 ottobre 2014 con scadenza del contratto al 28 febbraio 2015, e si era già verificata sia al 5 dicembre 2014 (di dichiarazione dell'impresa di non trovarsi nella condizione di irregolarità di cui al precitato art. 38), che al 9 dicembre 2014 (data della presentazione delle offerte).

Quanto all'affermazione che l'irregolarità riguarderebbe il tardivo pagamento di un importo irrisorio rapportato ai pagamenti contributivi mensilmente e tempestivamente effettuati dall'impresa, vale rammentare la richiamata giurisprudenza per cui, al cospetto di un DURC negativo, l'amministrazione appaltante deve escludere l'impresa dalla procedura, senza poter effettuare apprezzamenti in ordine alla gravità degli inadempimenti.

Infine, è irrilevante che un DURC rilasciato il 10 giugno 2015 attestasse la regolarità dell'impresa alla data del 19 maggio 2015, atteso - oltre a quanto sin qui rilevato - che il DURC n. 35451398 del 16 luglio 2015 di cui trattasi attestava l'irregolarità della posizione contributiva della a una diversa data (13 maggio 2015), e che, come ammette la stessa appellante (pag. 33 dell'appello), tale DURC 10 giugno 2015 faceva seguito al pagamento (spontaneo) da parte dell'impresa dell'importo dovuto alla Cassa Edile.

8. La sentenza appellata merita, pertanto, conferma anche laddove ha accolto, nei sensi dianzi precisati, il ricorso proposto in primo grado dall'ATI

9. Alle rassegnate conclusioni consegue, assorbita ogni altra difesa pure svolta dall'ATI, la reiezione dell'appello.

Le spese di lite, liquidate come in dispositivo, seguono la soccombenza.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello di cui in epigrafe, lo respinge.

Condanna la parte appellante alla refusione in favore delle parti resistenti delle spese di lite, che liquida in misura pari a € 3.000,00 (euro tremila/00), oltre oneri di legge, per ciascuna di esse.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio

L'ESTENSORE
Anna Bottiglieri

IL PRESIDENTE
Giuseppe Severini

IL SEGRETARIO