

APPALTI: Procedura di gara - Raggruppamento - Modifica soggettiva - Al di fuori delle esigenze organizzative - Possibile prosecuzione – Esclusione - Intesa competitiva commessa in una diversa procedura di gara - Errore nell’esercizio dell’attività professionale.

Tar Lazio - Roma, Sez. II, 17 dicembre 2021, n. 13120

- in *Guida al Diritto*, 2, 2022, pag. 100 e ss., con commento di Davide Ponte, *Con la modifica dei raggruppamenti stop alla prosecuzione della gara*;

- in *Il Foro amministrativo*, 12, 2021, pag. 2326.

1. “[...] la modifica soggettiva invocata dalla ricorrente non è avvenuta per far fronte ad “esigenze organizzative del raggruppamento”, previste dal comma 19 dell’art. 48 cit., sicchè il mutamento nella composizione del raggruppamento, ove ammesso, finirebbe per eludere la sanzione dell’esclusione dalla procedura di gara per difetto dei requisiti in capo al concorrente (cfr. Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 27.5.2021, nn. 9 e 10).

Ed allora, nel caso di specie non può trovare applicazione la previsione dell’art. 48, comma 19-ter, cit., che sancisce la possibilità di proseguire la gara laddove il concorrente assuma l’impegno di eseguire l’appalto mediante altri componenti del raggruppamento al ricorrere degli altri presupposti ivi indicati e ciò con riferimento, per le ragioni predette, sia alla disciplina del comma 18 che a quella del comma 19 [...]”.

2. “[...] l’intesa anticompetitiva commessa in una diversa procedura di gara [è] da ricomprendersi tra le ipotesi di “errore nell’esercizio dell’attività professionale”, potendo a tal fine l’amministrazione aggiudicatrice “valutare in modo globale l’affidabilità di un’impresa concorrente”, considerando “ogni comportamento scorretto che incida sulla credibilità professionale dell’operatore economico”, attesa la funzione svolta da tale esclusione, non già “sanzionatoria” bensì “a presidio dell’elemento fiduciario destinato a connotare, fin dal momento genetico, il rapporto contrattuale discendente dall’affidamento di un appalto pubblico” [...]”.

[...] per “errore grave nell’esercizio dell’attività professionale, che consente l’adozione da parte della stazione appaltante di un atto di esclusione dalla procedura di gara ai sensi dell’art. 38, comma 1, lett. f), d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 si intenda anche l’intesa anticoncorrenziale conclusa dall’operatore economico al fine di alterare a suo favore il libero dispiegarsi della concorrenzialità nell’ambito di una precedente procedura di gara” [...]”.

FATTO e DIRITTO

Consip in data 24.2.2020 ha indetto una gara per l'aggiudicazione di un Accordo Quadro suddiviso in 9 Lotti avente ad oggetto servizi applicativi in ottica cloud e servizi di PMO per le amministrazioni, ai sensi dell'art. 54 comma 4, lett. b), del d.lgs. n. 50/2016, che affidamento, a valle dell'aggiudicazione, di contratti esecutivi in via diretta oppure attraverso un nuovo confronto competitivo. Il criterio di aggiudicazione prescelto era quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo (ai sensi dell'art. 95, comma 2, del Codice) in applicazione dei parametri stabiliti all'art. 17 del Capitolato d'Oneri, con un massimo di 70 punti riservati all'offerta tecnica e un massimo di 30 a quella economica.

Il Lotto 2, oggetto della presente impugnativa, rientra tra i cd. "Lotti applicativi" e prevede un importo a base d'asta è di € 176.000.000,00.

Ai sensi dell'art. 22 del Capitolato d'Oneri, le prime quattro migliori offerte avrebbero ottenuto l'aggiudicazione dell'accordo.

In data 5.10.2020 il raggruppamento temporaneo di imprese (RTI) composto da Municipia S.p.A. (mandataria - quota di partecipazione 35,75%), NTT Data Italia S.p.A. (mandante - quota di partecipazione 30%), Engiweb Security S.r.l. (mandante - quota di partecipazione 20%), Aizoon Consulting S.r.l. (mandante - quota di partecipazione 8,25%), Over IT S.p.A. (mandante - quota di partecipazione 4,6%) e Neatec S.p.A. (mandante - quota di partecipazione 1,40%), ha presentato offerta per alcuni lotti, tra cui il Lotto 2, corredando l'offerta con la polizza fideiussoria provvisoria. Concluso l'esame delle offerte (tecniche ed economiche), Consip ha stilato la graduatoria dei concorrenti e il RTI Municipia si posizionava al quarto posto della graduatoria e quindi in posizione utile per l'aggiudicazione.

Con nota prot. 9026 del 1.3.21, Consip proclamava l'aggiudicazione non efficace della gara nei confronti dei primi quattro concorrenti e procedeva alla comprova dei requisiti di partecipazione. In data 13.4.2021 chiedeva al RTI Municipia chiarimenti in merito alla posizione contributiva della mandante Neatec S.p.A. in quanto era emersa, alla data del 3 febbraio 2021, un'irregolarità nel versamento di contributi e accessori (INPS) per l'importo di Euro 324.520,27.

A seguito del contraddittorio procedimentale, Consip in data 20.5.2021 comunicava l'avvio del procedimento per l'annullamento in autotutela dell'aggiudicazione ritenendo che la Neatec S.p.A. avesse violato il principio di necessaria continuità del possesso dei requisiti generali e speciali di partecipazione alla gara in merito al pagamento di contributi previdenziali (DURC) in quanto "il possesso di tale requisito risulta aver avuto soluzione di continuità fino all'avvenuta regolarizzazione della posizione della società nei confronti dell'INPS con effetto dall'8 marzo 2021 (quindi dal 2 febbraio al 8 marzo), come risulta dal DURC online emesso il 17 marzo successivo".

Il RTI Municipia S.p.A. trasmetteva due note con le proprie deduzioni sul punto volte a dimostrare l'“assoluta buona fede” della mandante in quanto la “regolarizzazione è intervenuta ben prima del ricevimento della lettera della Consip S.p.A. (con la quale si dava conto delle informazioni ricevute dall'INPS e si chiedevano chiarimenti)”, che il ritardo nel pagamento dei contributi previdenziali era stato “determinato esclusivamente dall'eccezionalità dell'evento pandemico (costituente innegabilmente un fatto notorio) che ha momentaneamente impedito alla Neatec S.p.A. di farvi fronte nel previsto termine”, che il RTI nella composizione risultante dalla “eventuale estromissione di Neatec S.p.A.” garantisce comunque il “possesso di tutti i requisiti e delle capacità necessarie” per eseguire l'appalto e si impegna all'“adempimento degli obblighi assunti con l'offerta, nel rispetto di quanto previsto dai citati commi 18 e 19 ter dell'art. 48 del D.Lgs. 50/2016 e s.m.i.”.

Con il provvedimento del 13.7.2021, Consip ha confermato l'irregolarità contributiva e per l'effetto ha disposto l'annullamento in autotutela dell'aggiudicazione e l'esclusione del concorrente dalla procedura; con il successivo provvedimento del 21.7.2021 ha poi escusso la cauzione provvisoria e con l'ulteriore nota del 22.7.2021 ha effettuato la segnalazione all'Autorità Nazionale Anticorruzione, ai sensi degli artt. 80, comma 12, e 213, comma 10, del d.lgs. 50/2016.

La mandante Neatec S.p.A. ha impugnato il provvedimento del 13.7.2021 e del 21.7.2021, nonché la nota del 22.7.2021, formulando tre motivi.

Con il primo motivo, contesta l'interpretazione data da Consip all'art. 48, commi 18 e 19-ter, d.lgs. n. 50/2016, secondo cui non sarebbe ammessa, in caso di perdita in corso di gara dei requisiti generali di partecipazione, la sostituzione della mandante, previo mantenimento in gara del RTI. In via subordinata, chiede, qualora l'art. 48, commi 18 e 19-ter, cit., fosse interpretato nei termini fatti propri da Consip, di sollevare innanzi alla Corte costituzionale e alla Corte di giustizia la valutazione della compatibilità, costituzionale ed europea, della disposizione.

Con il secondo motivo, evidenzia che il provvedimento del 13.7.2021, “espressamente qualificato dalla Consip quale atto di auto annullamento” e quindi discrezionale, avrebbe dovuto “obbligatoriamente essere motivato in relazione alla necessaria ponderazione tra l'interesse pubblico al ripristino della legalità e l'affidamento creato nel privato”, mentre nella specie tale motivazione sarebbe del tutto mancante.

Con il terzo motivo, deduce la violazione degli artt. 80, comma 12 e 213, comma 10, del d.lgs. n. 50/2016, nella parte in cui si dispone di procedere alla segnalazione ANAC, laddove la segnalazione avrebbe dovuto essere effettuata in caso di presentazione di falsa dichiarazione o falsa documentazione.

Nelle more del giudizio, la Consip adottava il provvedimento del 4.10.2021 con il quale approvava la nuova graduatoria, a seguito dello scorrimento a causa dell'esclusione della ricorrente dalla gara, e disponeva l'aggiudicazione dell'appalto in favore del RTI Leonardo S.p.A..

Con motivi aggiunti, la ricorrente ha impugnato, per illegittimità derivata, il provvedimento di aggiudicazione della gara.

Con ordinanza n. 4696/2021, la Sezione ha accolto l'istanza cautelare della ricorrente sospendendo l'efficacia del solo provvedimento di escussione della cauzione, non ritenendo di ravvisare i presupposti per modificare "l'orientamento circa l'interpretazione delle ipotesi di recesso dal raggruppamento, in fase di gara, ammesse, ai sensi dell'art. 48, commi 9, 18,19 e 19 ter, del codice dei contratti pubblici, espresso nelle sentenze n. 7692/2021 e n. 7805/2021 e confermato anche dalla recentissima pronuncia del Consiglio di Stato n. 5852 dell'11.8.2021".

Consip e il RTI Leonardo si sono costituiti in giudizio in resistenza replicando alle censure sollevate.

In vista dell'udienza del 15 dicembre 2021 le parti si sono scambiate articolate memorie; dopo la discussione di rito, la causa è stata trattenuta in decisione.

La ricorrente, con memoria del 3.12.2021, ha chiesto di "rinviare l'udienza di merito tenuto conto dell'imminente pronunciamento del Consiglio di Stato in Adunanza Plenaria sulla dirimente questione interpretativa rimessa con l'ordinanza n. 6956/2021" del 18 ottobre 2021 del Consiglio di Stato, Sez. V, che ha rimesso al giudice della nomofilachia la seguente questione: "se sia possibile interpretare l'art. 48, commi 17, 18 e 19 – ter d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 nel senso che la modifica soggettiva del raggruppamento temporaneo di imprese in caso di perdita dei requisiti di partecipazione ex art. 80 da parte del mandatario o di una delle mandanti è consentita non solo in fase di esecuzione, ma anche in fase di gara".

La richiesta di rinvio dell'udienza non può essere accolta sulla base delle seguenti considerazioni.

Va evidenziato che non sussiste nel sistema del processo amministrativo una disposizione che attribuisce al ricorrente il diritto processuale al rinvio della discussione del ricorso in quanto la parte interessata ha solo la facoltà di illustrare al giudice le ragioni che potrebbero giustificare il differimento dell'udienza o la cancellazione della causa dal ruolo. In entrambe le ipotesi, la giurisprudenza ha affermato che "la decisione finale in ordine ai concreti tempi della discussione spetta comunque al giudice, il quale deve verificare l'effettiva opportunità di rinviare l'udienza, giacché solo in presenza di situazioni particolarissime, direttamente incidenti sul diritto di difesa delle parti, il rinvio dell'udienza è per lui doveroso ..." (cfr. Consiglio di Stato, Sez. III, 24.5.2021, n. 3990).

Va aggiunto a tali condivisibili considerazioni che ai sensi del comma 1-bis dell'art. 73 c.p.a., introdotto dall'art. 17, comma 7, lett. a), n. 2, del d.l. n. 80/2021, conv. con mod. dalla legge n. 113/2021, "Non è possibile disporre, d'ufficio o su istanza di parte, la cancellazione della causa dal ruolo. Il rinvio della trattazione della causa è disposto solo per casi eccezionali, che sono riportati nel verbale di udienza, ovvero, se il rinvio è disposto fuori udienza, nel decreto presidenziale che dispone il rinvio".

La disposizione si inquadra nel più ampio contesto di riforma del processo amministrativo (contenuto nel testo legislativo indicato) volto a contrastare la "formazione di nuovo arretrato" nella giustizia amministrativa che incide, a sua volta, sul grado di efficienza e di affidabilità dell'intero sistema economico nazionale, chiamato peraltro a fronteggiare le nuove sfide del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (P.N.R.R.). Con la disposizione in esame il legislatore ha, in via generale, ritenuto prevalente l'interesse pubblico alla celerità della decisione, in coerenza con il principio della ragionevole durata del processo, rispetto a quello, particolare ed eccezionale, di protrazione della trattazione della causa.

Sulla base di queste considerazioni, e approfondendo quelle espresse nell'ordinanza n. 4696/2021, la Sezione ritiene che la pendenza della questione innanzi all'Adunanza Plenaria rimessa dal Consiglio di Stato, Sez. V, ord. n. 6959/2021 cot., sulla corretta interpretazione dell'art. 48, commi 17, 18 e 19-ter d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, non possa giustificare il rinvio dell'udienza di trattazione in attesa della decisione del giudice della nomofilachia sul contrasto giurisprudenziale, fermo restando che non si nutrono motivatamente dubbi in ordine alla corretta interpretazione da dare alle disposizioni applicabili nella fattispecie.

Il primo motivo di ricorso non è fondato.

Ai sensi dell'art. 64, comma 2, c.p.a., non è contestato tra le parti che la mandante Neatec S.p.A. fosse in posizione regolare con i contributi INPS al momento della partecipazione alla gara; né è contestato che la mandante avesse perso la regolarità contributiva in seguito, sia pur per un breve periodo in quanto aveva sanato la propria posizione in corso di gara (dopo la "scadenza del termine per la presentazione delle domande").

Rimane altresì pacifico tra le parti che l'irregolarità della posizione contributiva della mandante si riverbera, in via generale, sulla corretta partecipazione dell'intero raggruppamento ritenuto privo dei requisiti generali di partecipazione.

Materia controversa invece è la necessità che, al ricorrere dell'irregolarità contributiva di una mandante del raggruppamento, l'amministrazione aggiudicatrice, prima di escludere l'intero raggruppamento per mancanza dei requisiti soggettivi di partecipazione, avrebbe dovuto consentire

al concorrente di estromettere la mandante nei cui confronti si era verificato il debito contribuito (poi adempiuto), mantenendo in gara il concorrente nella diversa, ridotta, configurazione.

La fattispecie concreta va quindi inquadrata all'interno di quella astratta rappresentata dagli artt. 80, comma 4 e 48, commi 18, 19, 19-ter, d.lgs. n. 50/2016, *ratione temporis* vigente.

È utile riportare il testo delle disposizioni.

Ai sensi dell'art. 80, comma 4, cit., un operatore economico “è escluso dalla partecipazione a una procedura d'appalto se ha commesso violazioni gravi, definitivamente accertate, rispetto agli obblighi relativi al pagamento ... dei contributi previdenziali”; costituiscono “violazioni definitivamente accertate” quelle contenute in sentenze o atti amministrativi non più soggetti ad impugnazione; costituiscono “gravi violazioni in materia contributiva e previdenziale” quelle ostative al rilascio del documento unico di regolarità contributiva (DURC) di cui all'art. 8 del decreto del Ministero del lavoro e delle politiche sociali del 30.1.2015 oppure delle certificazioni rilasciate dagli enti previdenziali di riferimento non aderenti al sistema dello sportello unico previdenziale. Inoltre, un operatore “può essere escluso” se la stazione appaltante è a conoscenza e può adeguatamente dimostrare che lo stesso non ha ottemperato agli obblighi relativi al pagamento dei contributi previdenziali “non definitivamente accertati” qualora tale mancato pagamento costituisca una grave violazione nei sensi qui precisati. Viceversa, un operatore non può essere escluso se ha ottemperato ai suoi obblighi “pagando o impegnandosi in modo vincolante a pagare” i contributi previdenziali dovuti oppure quando il debito previdenziale sia comunque “integralmente estinto, purché l'estinzione, il pagamento o l'impegno si siano perfezionati anteriormente alla scadenza del termine per la presentazione delle domande”.

L'art. 48, cit., prevede: al comma 18 “Salvo quanto previsto dall'articolo 110, comma 6, in caso di liquidazione giudiziale, liquidazione coatta amministrativa, amministrazione straordinaria, concordato preventivo o di liquidazione di uno dei mandanti ovvero, qualora si tratti di imprenditore individuale, in caso di morte, interdizione, inabilitazione o liquidazione giudiziale del medesimo ovvero in caso di perdita, in corso di esecuzione, dei requisiti di cui all'articolo 80, ovvero nei casi previsti dalla normativa antimafia, il mandatario, ove non indichi altro operatore economico subentrante che sia in possesso dei prescritti requisiti di idoneità, è tenuto alla esecuzione, direttamente o a mezzo degli altri mandanti, purché questi abbiano i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori o servizi o forniture ancora da eseguire”; al comma 19 “È ammesso il recesso di una o più imprese raggruppate, anche qualora il raggruppamento si riduca ad un unico soggetto, esclusivamente per esigenze organizzative del raggruppamento e sempre che le imprese rimanenti abbiano i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori o servizi o forniture ancora

da eseguire. In ogni caso la modifica soggettiva di cui al primo periodo non è ammessa se finalizzata ad eludere la mancanza di un requisito di partecipazione alla gara; al comma 19-ter “Le previsioni di cui ai commi 17, 18 e 19 trovano applicazione anche laddove le modifiche soggettive ivi contemplate si verificano in fase di gara”.

Va evidenziato che l'attuale testo dell'art. 48 cit., nella parte qui di interesse, è quello risultante dalle modifiche apportate dal legislatore con l'art. 32, comma 1, del d. lgs. n. 56/2017, ai sensi del quale:

i.) con la lett. e) è stato modificato il comma 17 inserendo, dopo le parole "fallimento del medesimo ovvero", le seguenti parole "in caso di perdita, in corso di esecuzione, dei requisiti di cui all'articolo 80, ovvero";

ii.) con la lett. h) è stato modificato il comma 18 inserendo, dopo le parole "fallimento del medesimo ovvero", le parole "in caso di perdita, in corso di esecuzione, dei requisiti di cui all'articolo 80, ovvero";

iii.) è stato aggiunto, dopo il comma 19, il comma 19-ter secondo cui “Le previsioni di cui ai commi 17, 18 e 19 trovano applicazione anche laddove le modifiche soggettive ivi contemplate si verificano in fase di gara”.

Fermo quanto sopra, il Collegio intende conformarsi, oltre che per effetto degli artt. 120, comma 10 e art. 74, anche ai sensi dell'art. 88, comma 1, lett. d), c.p.a., al precedente della Sezione di cui alle sentenze del 1.7.2021, nn. 7805 e 7806, che ha esaminato la normativa applicabile ad una fattispecie in parte è sovrapponibile alla presente.

Nel precedente richiamato la Sezione ha precisato che il comma 19-ter dell'art. 48 cit. va inteso nel senso di limitare l'applicazione delle fattispecie tassative di cui ai commi 17, 18, 19, unicamente alle “modifiche soggettive” ivi previste (ossia “liquidazione giudiziale, liquidazione coatta amministrativa, amministrazione straordinaria, concordato preventivo o di liquidazione di uno dei mandanti ovvero, qualora si tratti di imprenditore individuale, in caso di morte, interdizione, inabilitazione o liquidazione giudiziale del medesimo”) e sempre che queste (modifiche) si realizzino “in corso di esecuzione” del contratto e non “in fase di gara”.

Più in particolare, il comma 19-ter, nel richiamare il precedente comma 18 limita, sotto il profilo letterale, la disciplina contemplata nel predetto comma (18) unicamente alle “modifiche soggettive” ivi indicate che danno luogo a vicende che incidono sulla vita dell'impresa in quanto tale e che sono imputabili a cause che prescindono dalla partecipazione ad una singola gara. Il medesimo comma (19-ter) esclude in via espressa dal suo ambito di applicazione la diversa ipotesi - pur sempre

contemplata nel comma 18 - della “perdita” dei requisiti generali di partecipazione di cui all’art. 80 del d.lgs. n. 50/2016.

Si è precisato che, poiché la disciplina contenuta nell’art. 48, commi 17, 18, 19, 19-ter, del d.lgs. n. 50/2016, ha natura di “eccezione” rispetto al principio generale della tendenziale immodificabilità soggettiva, non è consentita un’interpretazione analogica che possa portare l’interpretare ad applicarla, sia in senso ampliativo che restrittivo, “oltre i casi e i tempi” in essa considerati (art. 14 delle preleggi).

Va inoltre sottolineato, sotto il profilo sistematico, che il legislatore con la riforma del 2017, nell’introdurre l’innovativa modifica contenuta nei commi 17 e 18 (che consentono la prosecuzione del rapporto contrattuale laddove “in corso di esecuzione” vengono meno i “requisiti di cui all’articolo 80”), ha poi contestualmente ed espressamente circoscritto l’applicazione delle “previsioni di cui ai commi 17, 18 e 19” alle “modifiche soggettive ivi contemplate” (escludendo il riferimento al venir meno dei requisiti di cui all’art. 80) che si verificano “in corso di esecuzione” (escludendo la fase di gara).

Nella fattispecie di causa, la modifica soggettiva del raggruppamento che la ricorrente invoca (c.d. modifica per sottrazione) si è realizzata durante la fase della procedura di gara per la ragione dell’essersi invertea in questa fase, nei confronti di una della mandante del raggruppamento, una causa di esclusione attinente ad un requisito generale di partecipazione, i cui effetti si estendono nei confronti dell’intero raggruppamento (cfr. il precedente n. 4529/2020).

La causa di esclusione che viene in rilievo non consiste, allora, in una delle “modifiche soggettive” previste nel comma 18 incidenti sulla vita dell’impresa che possono abilitare la continuazione della partecipazione in gara del concorrente, bensì consiste nella “perdita” di uno dei requisiti generali di partecipazione che devono possedere tutti i concorrenti ai sensi dell’art. 80, comma 4, del d.lgs. n. 50/2016, ivi compresi tutti i componenti del raggruppamento.

Sotto un ulteriore autonomo profilo va osservato che l’art. 48, comma 19, secondo periodo, cit., ai sensi del quale “In ogni caso la modifica soggettiva di cui al primo periodo non è ammessa se finalizzata ad eludere la mancanza di un requisito di partecipazione alla gara”, costituisce, come emerge anche dall’inciso “in ogni caso”, “previsione che esprime un principio generale idoneo ad illuminare, sotto il profilo dell’interpretazione logica-sistematica, l’innovativa disciplina introdotta dal legislatore” con la riforma del 2017 (cfr. i precedenti nn. 4487/2021 e 4505/2021 cit.).

Alla luce del quadro ermeneutico qui delineato, va rilevato che la modifica soggettiva invocata dalla ricorrente non è avvenuta per far fronte ad “esigenze organizzative del raggruppamento”, previste dal comma 19 dell’art. 48 cit., sicchè il mutamento nella composizione del raggruppamento, ove

ammesso, finirebbe per eludere la sanzione dell'esclusione dalla procedura di gara per difetto dei requisiti in capo al concorrente (cfr. Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 27.5.2021, nn. 9 e 10). Ed allora, nel caso di specie non può trovare applicazione la previsione dell'art. 48, comma 19-ter, cit., che sancisce la possibilità di proseguire la gara laddove il concorrente assuma l'impegno di eseguire l'appalto mediante altri componenti del raggruppamento al ricorrere degli altri presupposti ivi indicati e ciò con riferimento, per le ragioni predette, sia alla disciplina del comma 18 che a quella del comma 19.

In replica alle osservazioni della ricorrente, può certo ritenersi valida ragione giustificativa dell'inadempimento contributivo la provvisoria mancanza di liquidità determinata dall'evento pandemico e/o dai mancati incassi di crediti liquidi ed esigibili nei confronti del Ministero dello Sviluppo Economico in relazione a progetti di ricerca già definitivamente ammessi al finanziamento oppure dalla mancata attivazione, in tempo utile, dei finanziamenti bancari contemplati dal d.l. 5.6.2020 n. 40 per il periodo emergenziale.

Gli artt. 2114-2116 c.c. stabiliscono l'obbligatorietà della contribuzione previdenziale dei lavoratori a carico del datore di lavoro. "La contribuzione previdenziale in relazione ai rapporti di lavoro (art. 2114 c.c.) costituisce un obbligo di legge inderogabile e indisponibile per le parti (art. 2113 c.c.). Peraltro, la violazione o l'elusione dell'obbligo contributivo è sanzionata dall'ordinamento con la nullità di "qualunque patto tra il lavoratore ed il datore di lavoro" (art. 2115, comma 3, c.c.)" (cfr. il precedente della Sezione n. 13853/2020).

Un'impresa diligente è quindi tenuta a mettere da parte e mantenere nel tempo (condotta esigibile) la provvista contributiva indispensabile per fare fronte, alla scadenza, agli adempimenti previdenziali nei confronti dell'INPS. Nel caso di specie ciò non è avvenuto in quanto la provvista contributiva è stata evidentemente veicolata ad altre finalità.

Inoltre, gli eventi dedotti dalla ricorrente non possono ritenersi, sotto il profilo causale, causa dell'inadempimento contributivo in quanto, fermo quanto sopra, l'inadempimento contributivo è stato, in seguito, sanato al di là, a quanto consta, dal venir meno degli ostacoli indicati quale causa, a suo tempo, del mancato adempimento.

In secondo motivo di ricorso non è fondato.

La Sezione, in un precedente qui richiamato, ha chiarito come il provvedimento di aggiudicazione della gara non efficace è l'atto conclusivo del procedimento ad evidenza pubblica e coincide con l'approvazione dell'aggiudicazione, sicchè in relazione a tale provvedimento trova applicazione la disciplina generale dell'autotutela dei provvedimenti amministrativi. All'approvazione dell'aggiudicazione fa seguito la fase integrativa dell'efficacia del provvedimento (approvato) che

si conclude, a sua volta, con la verifica e la comprova dei requisiti di partecipazione ai sensi dell'art. 32, comma 7, d.lgs. n. 50/2016, la quale ha valenza di condizione sospensiva ex lege dell'efficacia del provvedimento di aggiudicazione (approvato). Si è inoltre precisato come “la verifica dei requisiti di partecipazione nei confronti dell'aggiudicatario, prima della stipula del contratto, non esaurisce il potere di verifica che fa capo all'amministrazione e che, va ribadito, potrà essere esercitato in ogni momento nel corso della procedura di gara e finanche durante il rapporto negoziale” (cfr. il precedente n. 4190/2020).

Va inoltre al riguardo ricordato come l'art. 80, comma 6, d.lgs. n. 50/2016, sancisce il principio secondo cui “Le stazioni appaltanti escludono un operatore economico in qualunque momento della procedura, qualora risulti che l'operatore economico si trova, a causa di atti compiuti o omessi prima o nel corso della procedura, in una delle situazioni di cui ai commi 1, 2, 4 e 5”.

L'esclusione dalla procedura di gara costituisce quindi atto dovuto laddove si accerti, in capo al concorrente, la violazione delle previsioni dei commi 1, 2, 4 e 5, dell'art. 80 cit., ritenendo il legislatore, mediante una valutazione generale compiuta a monte, prevalente l'interesse pubblico all'esclusione del concorrente privo dei requisiti di partecipazione rispetto all'interesse particolare di quest'ultimo al proprio mantenimento in gara.

Al di là della qualificazione giuridica del provvedimento gravato, invero irrilevante ai fini del giudizio di legittimità dell'atto (cfr. Consiglio di Stato, Sez. VI, 26.1.2021, n. 7913), il provvedimento impugnato non è viziato ai sensi dell'art. 21-nonies della legge n. 241/1990.

Consip ha infatti accertato, nel corso della fase a ciò destinata, che la ricorrente non aveva un requisito generale di partecipazione alla gara e, di conseguenza, ha escluso il concorrente ai sensi dell'art. 80, comma 4, cit..

La decisione si fonda su presupposti corretti, sicchè la conseguenza espulsiva derivante da quell'accertamento risulta avere natura doverosa, oltre ad essere proporzionata. Né in relazione ai presupposti su cui è maturata l'esclusione può fondarsi la tutela del legittimo affidamento poiché la causa dell'esclusione è imputabile al concorrente che, peraltro, non poteva nutrire alcun affidamento a conseguire la stabilità degli effetti dell'aggiudicazione in quanto consapevole di trovarsi ex lege nella fase di verifica dei requisiti.

Il terzo motivo è inammissibile per carenza di interesse ad agire.

La Sezione ha affermato come “La segnalazione all'Anac costituisce un atto prodromico al procedimento amministrativo di iscrizione della notizia relativa all'esclusione dalla gara nel Casellario informatico dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, istituito presso l'Osservatorio. Tutte le stazioni appaltanti sono tenute alla segnalazione delle notizie di competenza

al ricorrere dei presupposti e nei termini previsti dalla legge. Rispetto al procedimento ad evidenza pubblica dove emerge l'esclusione dalla gara, la segnalazione all'Anac si pone quale atto dovuto di natura endo-procedimentale. Rispetto al procedimento amministrativo di iscrizione di competenza dell'Anac, la segnalazione della stazione appaltante costituisce atto eso-procedimentale e pre-istruttorio. In considerazione della sua natura non provvedimentale, la segnalazione non è lesiva ...” (cfr. il precedente n. 4529/2020).

In conclusione, il ricorso introduttivo non è fondato e va pertanto respinto. Di conseguenza, vanno dichiarati improcedibili, per sopravvenuta carenza di interesse, i motivi aggiunti. La domanda risarcitoria va respinta in quanto, attesa l'infondatezza del gravame, non sussiste l'antigiuridicità della condotta dell'amministrazione aggiudicatrice.

La parziale novità delle questioni giuridiche affrontate giustifica la compensazione delle spese di giudizio tra tutte le parti in causa.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul gravame, come in epigrafe proposto e integrato con motivi aggiunti, così dispone:

- respinge il ricorso introduttivo;
- dichiara inammissibile la domanda di annullamento della segnalazione ANAC;
- dichiara improcedibili i motivi aggiunti.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 15 dicembre 2021 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Riccio, Presidente

Eleonora Monica, Primo Referendario

Luca Iera, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

Luca Iera

IL PRESIDENTE

Francesco Riccio

IL SEGRETARIO