

N. 02464/2025REG.PROV.COLL.

N. 09138/2024 REG.RIC.



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 Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 9138 del 2024, proposto dalla società - OMISSIS-, in persona del legale rappresentante pro tempore, in relazione alla procedura CIG -OMISSIS-, rappresentata e difesa dagli avvocati Roberto Cursano, Francesca Romana Baratta, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Regione Abruzzo, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria ex lege in Roma, via dei Portoghesi, 12;

ASL 2 Lanciano-Vasto-Chieti, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Ernesto Salles, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

-OMISSIS-, -OMISSIS-, -OMISSIS-, -OMISSIS-, non costituiti in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per l'Abruzzo, sezione staccata di Pescara (Sezione Prima), n. 00353/2024, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Regione Abruzzo e della ASL 2 Lanciano-Vasto-Chieti;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120 cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 6 marzo 2025 il Cons. Giovanni Pescatore e viste le conclusioni delle parti come in atti;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. È controverso l'esito della gara indetta dalla ASL 2 Lanciano-Vasto-Chieti, ai sensi degli artt. 54, comma 4 lett. b), e 95 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, per la fornitura -OMISSIS-.

2. La procedura, volta alla stipula di un accordo quadro e suddivisa in cinque lotti, ha seguito il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa e ha visto aggiudicataria, insieme ad altri, l'odierna parte appellante -OMISSIS- (di seguito -OMISSIS-), classificatasi prima.

3. A seguito dei controlli post-aggiudicazione, -OMISSIS- si è tuttavia vista eccepire dall'Amministrazione la sussistenza di un'irregolarità sui contributi INAIL dell'importo di euro -OMISSIS-. Da questa contestazione ha tratto origine un

procedimento in autotutela, avviato con comunicazione in data -OMISSIS- e conclusosi - una volta confermata, all'esito del contraddittorio procedimentale, la sussistenza della violazione contributiva - con il provvedimento di annullamento dell'aggiudicazione in data -OMISSIS-, motivato mediante richiamo alla perdita da parte dell'aggiudicataria *"del requisito ex art. 80 comma 4 del d.lgs. 50/2016"*.

4. Vistasi privata della commessa, -OMISSIS- ha agito innanzi al TAR per l'Abruzzo lamentando, a mezzo di un ricorso integrato da due serie di motivi aggiunti, l'illegittimità della misura di autotutela sotto svariati profili, riconducibili alla tesi portante secondo la quale - venendo in rilievo una omissione contributiva esigua e non definitivamente accertata - giammai la stazione appaltante avrebbe potuto farne discendere un effetto di espulsione automatica dalla gara, potendo al più configurarsi l'ipotesi di una causa escludente facoltativa, attivabile attraverso una adeguata istruttoria e una compiuta motivazione circa la sussistenza dei presupposti di gravità della violazione contestata e della proporzione dell'effetto espulsivo rispetto sia alla minima entità del mancato versamento, sia all'incidenza che lo stesso assume sull'affidabilità dell'operatore (tenuto conto della sua capacità economica e del valore dell'appalto).

5. Con la sentenza qui impugnata n. 353 del 2024, il TAR Abruzzo ha dichiarato improcedibili il ricorso introduttivo e i primi motivi aggiunti, mentre ha respinto come in parte infondati ed in parte inammissibili i secondi motivi aggiunti, affermando, in linea con il pronunciamento n. 7/2024 dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, che:

i) *"la violazione è grave ove superi le soglie richiamate dall'articolo 80 comma 4 .. così privando la stazione appaltante di discrezionalità in ordine alla determinazione della gravità"*;

ii) *“solo per le violazioni “non definitivamente accertate” non opera in caso di gravità la esclusione automatica”* mentre *“.. una violazione può dirsi definitivamente accertata solo quando, alla scadenza del termine per la presentazione delle domande di partecipazione alla gara, siano trascorsi i tempi per contestare l'infrazione o siano stati respinti i mezzi di gravame contro la stessa”*;

iii) *“nel caso di specie .. la Asl ha correttamente ritenuto definitivamente accertata la violazione perché la ricorrente ha provveduto al pagamento, ed in effetti il pagamento spontaneo depone contro la volontà di contestazione da parte della ricorrente, che peraltro sul punto non ha allegato alcuna riserva di contestazione nei termini”*;

iv) d'altra parte, *“la regolarizzazione o l'impegno alla regolarizzazione ha effetto solo se anteriore al termine per la presentazione delle offerte, circostanza non ricorrente nel caso di specie”*.

5.1. Il giudice di primo grado ha inoltre escluso la sussistenza di dubbi di costituzionalità e compatibilità comunitaria dell'articolo 80 comma 4 cit. nella parte riferita alla disciplina delle irregolarità contributive, osservando che la norma regolamentare alla quale esso fa richiamo (ovvero il DM 30 gennaio 2015) non era stata né censurata né impugnata dalla ricorrente e che comunque non sarebbe stato possibile disapplicarla, trattandosi di materia non rientrante nella giurisdizione del giudice amministrativo ma attratta alla cognizione del giudice del lavoro.

5.2. Infine il TAR ha ritenuto inammissibile *“la questione sulla illegittimità della comunicazione all'Anac”* atteso che nell'atto contestato l'Amministrazione dichiara espressamente *“di astenersi in attesa della prossima pronuncia nel merito fissata al 11 ottobre 2024 dal compiere la segnalazione ad ANAC e l'incameramento della cauzione”*, dal che risulta con tutta evidenza che *“ci si trova allo stato di fronte a poteri non ancora esercitati”*.

6. In questa sede di appello, la ricorrente con un primo motivo lamenta *“l'illegittimità derivata dei provvedimenti impugnati per contrasto dell'art. 80, comma 4 del d.lgs. 80/2016 con*

i principi di proporzionalità e ragionevolezza di cui all'art. 3 Cost.”, oltre alla “*contraddittorietà, illogicità, irragionevolezza*” della sentenza impugnata.

6.1. Richiamando argomenti svolti da questa Sezione con l’ordinanza n. 7518 del 2024 (veicolante la questione di costituzionalità della causa escludente conseguente a violazione fiscale ai sensi dell’art. 80 comma 4) e perorando la rimessione di una seconda questione incidentale di analogo tenore, la ricorrente svolge la tesi secondo cui sarebbe “*incostituzionale una disciplina normativa che preveda un'automatica esclusione per il superamento di una minima soglia di valore (come nel caso in questione per -OMISSIS-) senza correlarla al valore dell'appalto*” (p. 8 atto di appello).

6.2. Con un secondo motivo, conseguente al primo, -OMISSIS- contesta come erroneo il capo decisorio concernente la mancata specifica impugnazione del DM 30 gennaio 2015 e l’affermata impossibilità della sua disapplicazione d’ufficio, motivata dal TAR con l’asserita attrazione della materia ad altro plesso giurisdizionale: la decisione sarebbe errata in quanto il potere di c.d. disapplicazione dei regolamenti ha portata generale, afferendo al potere del giudice di risolvere le antinomie tra fonti normative di diverso rango, e quindi al principio *iura novit curia* che pertiene ai poteri decisorii e non all’ambito della giurisdizione.

7. Nel giudizio di appello si sono costituite la Regione Abruzzo e la ASL 2 Lanciano-Vasto-Chieti, replicando agli assunti avversari e chiedendone la reiezione. La ASL ha anche eccepito l’improcedibilità dell’appello per inesistenza della notifica a mezzo pec (in quanto priva di relata) e l’inammissibilità dei motivi dedotti, poiché inediti rispetto alle censure formulate innanzi al TAR.

8. Respinta l’istanza cautelare (ordinanza n. 4830 del 2024), la causa è passata in decisione all’udienza del 20 marzo 2025.

9. L’eccezione preliminare di improcedibilità dell’appello è infondata.

Se è vero, infatti, che ai fini della validità della notifica via pec il notificante deve redigere una relazione di notifica redatta, come prescrive l'art. della legge 21 gennaio 1994 n. 53/1994, su documento informatico separato, sottoscritto con firma digitale ed allegato al messaggio di posta elettronica certificata, e che la mancanza nella relata dell'attestazione di conformità della copia informatica al cartaceo da cui è tratta è sanzionata dall'art. 11 della medesima legge con la nullità della notificazione, deve nondimeno rilevarsi che anche in tema di notificazioni via pec vige il principio del raggiungimento dello scopo ai sensi dell'art. 156, comma 3, c.p.c. (cfr. Cass. civ., sez. III, n. 17022 del 2018 e n. 8815 del 2020) e che, pertanto, l'eccezione di carattere formale può essere valorizzata soltanto laddove abbia avuto ripercussioni sul diritto di difesa. Nel caso di specie pacificamente detta evenienza non ricorre, poiché l'ente appellato si è costituito tempestivamente e ha svolto compiute difese.

10. La seconda eccezione sollevata dalla ASL è invece fondata, ai sensi degli artt. 101 comma 1 e 104 c.p.a., stante l'evidente torsione contenutistica che la censura avverso l'atto di annullamento dell'aggiudicazione ha subito nel passaggio dal primo al secondo grado.

10.1. La doglianza delibata dal TAR muoveva dal presupposto del carattere facoltativo della fattispecie escludente - ovvero della natura discrezionale del potere esercitato dalla stazione appaltante - e lamentava la carenza di adeguata valutazione e motivazione da parte di quest'ultima sui profili concernenti la gravità della violazione contributiva contestata e la proporzionalità della misura espulsiva adottata.

10.2. Il TAR ha tuttavia qualificato come "*automatica*" la causa escludente, ritenendola per un verso rigidamente "*vincolata*" alle risultanze insindacabili del Durc (che attestano la gravità dell'omissione contributiva eccedente la soglia massima di

tolleranza) e, per altro verso, “*definitivamente accertata*”, poiché sanata dall’impresa con pagamento spontaneo non condizionato ad alcuna riserva di contestazione.

10.3. Avverso questa qualificazione della fattispecie nessun motivo di appello è stato dedotto, dal che consegue che:

- i)* la statuizione di automaticità dell’effetto escludente è coperta da giudicato, nelle sue premesse logiche e nei suoi addentellati argomentativi;
- ii)* la questione che viene posta in sede di appello si delinea come del tutto innovativa, poiché parte dal presupposto (inedito) della natura vincolata della esclusione e, sulla base di questa premessa - radicalmente confliggente con quella opposta argomentata in primo grado - pone la questione (coincidente con il motivo di appello) del carattere incostituzionale, *in parte qua*, dell’art. 80 comma 4.

10.4. E’ vero, peraltro, che le censure sviluppate nei due gradi di giudizio si riconducono, in sostanza, al fattore comune dell’asserita “*sproporzione della sanzione espulsiva*” adottata nei confronti di -OMISSIS-: tuttavia l’argomento, mentre in primo grado presupponeva il carattere discrezionale del potere valutativo e rimandava al suo asserito “*non corretto esercizio*”, in secondo grado viene del tutto riformulato nella sola ottica della pretesa incongruenza costituzionale del dispositivo normativo recante la sanzione espulsiva automatica.

10.5. In conclusione, essendo rimasta incontestata la statuizione reiettiva di primo grado, la censura originaria è di fatto stata abbandonata; mentre l’appello, lungi dal devolvere l’originaria censura alla cognizione del giudice di secondo grado, non fa che enucleare un nuovo motivo, fondato su presupposti (la natura automatica della causa escludente) e contenuti (l’illegittimità costituzionale dell’art. 80 comma 4) inediti rispetto a quelli prospettati innanzi al TAR.

11. Il Collegio ritiene, inoltre, che la censura di contrasto con la legge costituzionale sia, oltre che inedita e quindi inammissibile (poiché veicolata, come esposto, da un motivo nuovo) anche manifestamente infondata.

12. Come correttamente evidenziato dalla ASL, -OMISSIS-pretende di assimilare e sottoporre ad un analogo scrutinio di costituzionalità – sulla traccia segnata dall’ordinanza di questa Sezione n. 7518 del 2024 – due fattispecie in realtà differenti, sebbene entrambe contemplate dal comma 4 dell’art. 80 del d.lgs. n. 50 del 2016, delle quali:

i) la prima consiste in una violazione di natura contributiva, grave in quanto “ostativa al rilascio del documento unico di regolarità contributiva (DURC), di cui all’articolo 8 del decreto del Ministero del lavoro e delle politiche sociali 30 gennaio 2015, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 125 del 1° giugno 2015”; la seconda, oggetto della controversia portata da questa Sezione all’attenzione della Corte Costituzionale con l’ordinanza n. 7518 del 2024, attiene invece all’ipotesi delle “.. gravi violazioni .. che comportano un omesso pagamento di imposte e tasse superiore all’importo di cui all’articolo 48-bis, commi 1 e 2-bis, del d.P.R. 29 settembre 1973, n. 602”;

ii) a differenza della irregolarità di carattere tributario la cui soglia di gravità è fissata dall’art. 48-bis, commi 1 e 2-bis, D.p.r. 602/1973, il criterio di gravità della irregolarità contributiva è individuato dall’art. 3 del DM 30 gennaio 2015, mediante un meccanismo che demanda all’Autorità previdenziale il potere di assumere le relative certificazioni Durc;

iii) ciò posto, a marcare una prima differenza tra le due fattispecie rileva il fatto che l’art. 3, comma 2, DM. 30 gennaio 2015 contempla svariate ipotesi (di rateizzazione, sospensione dei pagamenti, compensazioni con crediti, ecc...) in cui “la regolarità sussiste comunque”, pur in presenza del superamento della soglia fissa indicata nel

comma 3. Dunque la previsione in materia previdenziale rende sicuramente meno impattante e tutt'altro che ineluttabile e manifesta l'asserita disarmonia con il principio di proporzionalità ipotizzata per quella tributaria;

iv) un'ulteriore connotazione differenziale (e premiale) di quest'ultima rispetto alla prima è ravvisabile nell'art. 4, comma, 1 e 2 del DM 30 gennaio 2015, a norma del quale è previsto un termine (di 15 gg) che, ancorché non faccia immediatamente venir meno la regolarità, tuttavia, comportando l'inibizione delle verifiche durante la sua pendenza, concede all'impresa partecipante una possibilità di regolarizzazione che *“in sostanza produce l'effetto - che premia la sollecitudine - di azzerare gli effetti della precedente situazione di irregolarità”* (Cons. Stato, sez. VI, n. 8251 del 2024);

v) sono quindi evidenti le peculiarità procedurali che rendono meno rigida la disciplina delle violazioni contributive e meno stringente il meccanismo che traduce (al superamento della soglia di tolleranza) l'omesso pagamento in un effetto di espulsione automatica dalla gara, poiché tra l'uno e l'altro si aprono diverse possibilità delle quali il datore di lavoro può avvalersi per sanare (tramite rateizzazione, sospensione dei pagamenti, compensazioni con crediti, regolarizzazione nel termine dei 15 gg) la violazione contestatagli prima che questa sortisca l'emissione di un Durc negativo;

vi) ma, soprattutto, ciò che più convince della inconsistenza della censura di incostituzionalità è il fatto che mentre nella materia fiscale e nelle ricadute conseguenti che se ne traggono ai fini dell'ammissione nelle gare pubbliche, le istanze che entrano in conflitto sono solo due, quella privata dell'impresa inadempiente e quella pubblica (dell'erario e dell'Amministrazione aggiudicatrice), nel diverso caso dell'omissione contributiva sullo sfondo degli interessi implicati si aggiunge la posizione del lavoratore, quale parte indirettamente tutelata dai

meccanismi sanzionatori e premiali che hanno l'effetto riflesso di incentivare il datore alla puntuale osservanza degli obblighi contributivi;

vii) non solo, poi, la posizione del lavoratore attinge a beni di rilievo costituzionale (art. 36 Cost.), ma la sua vulnerabilità è tale da rendere oggettivamente appropriata l'esistenza di strumenti incentivanti l'adempimento spontaneo dell'obbligo contributivo. La stessa entità della violazione contributiva, anche laddove irrisoria rispetto alla capacità economica dell'impresa concorrente o al valore della gara, va quindi più compiutamente considerata nella prospettiva dell'incidenza che essa assume nella sfera di interesse della parte debole;

viii) l'insieme e la complessità delle istanze innervate nella disciplina della regolarità contributiva rende in definitiva giustificate e proporzionate anche le ricadute che ne conseguono sul piano della disciplina delle gare pubbliche, poiché strettamente funzionali alla salvaguardia di interessi riflessi di primaria rilevanza.

13. Detto dell'inammissibilità e comunque della infondatezza dei motivi di appello, resta da aggiungere che nessun motivo di appello è stato avanzato sulla tematica concernente la legittimità della comunicazione all'Anac della violazione contributiva, sicché anche su questo capo decisorio deve ritenersi formato il giudicato.

14. Si ravvisano giusti motivi per compensare le spese del presente grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo dichiara inammissibile.

Spese di lite compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 6 marzo 2025 con l'intervento dei magistrati:

Michele Corradino, Presidente

Stefania Santoleri, Consigliere

Giovanni Pescatore, Consigliere, Estensore

Giovanni Tulumello, Consigliere

Antonio Massimo Marra, Consigliere

L'ESTENSORE
Giovanni Pescatore

IL PRESIDENTE
Michele Corradino

IL SEGRETARIO