

**Contratti della P.A.** - In genere - Appalti pubblici - Gara - Documento unico di regolarità contributiva (DURC) - Natura giuridica.

**Contratti della P.A.** - In genere - Appalti pubblici - Gara - DURC - Preavviso di DURC negativo - Funzione.

**Contratti della P.A.** - In genere - Appalti pubblici - Gara - DURC - Partecipazione - Posizione previdenziale - Regolarizzazione postuma - Inammissibilità.

**Consiglio di Stato - 28.12.2016 n. 5501 - Pres. Poli - Est. Taormina - S.I. S.r.l. +7 (Avv. Ricciardi) - S.C. S.p.a. (Avv. Clarizia) - S.P. S.p.a. (Avv.ti Mannocchi, Mirabile) - INPS (Avv.ti Sgroi, D'Aloisio, Maritato, De Rose, Matano, Sciplino).**

*Nelle gare pubbliche il documento unico di regolarità contributiva (DURC) ha natura di dichiarazione di scienza e si colloca fra gli atti di certificazione o di attestazione facenti prova fino a querela di falso; esso viene in rilievo non in via principale, ma in qualità di presupposto di legittimità di un provvedimento amministrativo adottato dalla stazione appaltante.*

*L'istituto dell'invito alla regolarizzazione (il c.d. preavviso di DURC negativo), già previsto dall'art. 7, comma 3, D.M. 24 ottobre 2007 e ora recepito a livello legislativo dall'art. 31 comma 8, D.L. n. 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 lett. i) ai fini della partecipazione alla gara d'appalto.*

*Anche dopo l'entrata in vigore dell'art. 31 comma 8, D.L. 21 giugno 2013, n. 69, convertito con modificazioni dalla L. 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.*

FATTO - 1. Con la sentenza oggetto del presente giudizio - TAR per il Lazio - sede di Roma - Sezione III, n. 4085 del 12 marzo 2015, è stato respinto il ricorso proposto dalla società I. volto ad ottenere:

a) l'annullamento del provvedimento n. 1796 del 23 gennaio 2015 di esclusione dalla gara a procedura aperta per la stipula di un accordo quadro suddiviso in tre lotti con più operatori economici per l'affidamento dei servizi applicativi per le pubbliche amministrazioni - ID1432 -;

b) il risarcimento dei danni arrecati dalla esclusione.

2. La società odierna appellante - componente di un costituendo R.t.i di cui facevano parte tra le altre, le società P. S.p.a. ed E. S.p.a. - aveva prospettato plurime macrocensure di violazione di legge ed eccesso di potere avverso il provvedimento di esclusione, discendente dal riscontrato stato di irregolarità della medesima società I. S.r.l. e della società P. S.p.a. in relazione al requisito di cui all'art. 38 co. 1, lett. i) del D.Lgs. n. 163/20016.

3. La società C. S.p.a. e la società contro interessata A.T.I.I.C. S.p.a., si erano costituite chiedendo la reiezione del ricorso in quanto infondato.

4. Il TAR ha partitamente esaminato le censure proposte dalla società odierna appellante e le ha respinte (concentrando il proprio esame su una soltanto delle società facenti parte del costituendo R.t.i "sospettate" di versare in una situazione di irregolarità e di avere reso una dichiarazione non veritiera, in quanto la eventuale riscontrata rispondenza al vero di tale condizione era comunque idonea e sufficiente a sorreggere la legittimità dell'atto impugnato), deducendo che:

a) il contestato provvedimento di esclusione era fondato sulla circostanza che la società I. S.r.l. alla data del 3 marzo 2014, non fosse in regola con il pagamento dei contributi previdenziali, in violazione dell'art. 38, comma 1, lett. i) del D.Lgs. n. 163 del 2006 (ciò in quanto, alla data del 16 febbraio 2014, non aveva proceduto al pagamento dei contributi per i dipendenti maturati con riferimento al mese di gennaio 2014);

b) non erano emersi dubbi né sulla debenza (*an*) né sull'entità (*quantum*) del debito previdenziale al momento in cui era stata resa l'autodichiarazione di contenuto negativo;

c) il concetto di "definitività" nell'ambito delle gare pubbliche doveva coincidere con il momento della (scadenza del termine di) presentazione dell'offerta;

d) non era contestato il contenuto del debito contributivo specifico ed autoliquidato né che, alla data di scadenza del termine di presentazione dell'offerta (3 marzo 2014), l'istanza di rateizzazione della ricorrente fosse stata proposta all'INPS né che essa tantomeno fosse stata accolta (l'istanza di rateizzazione, era stata accolta dall'istituto previdenziale in data 12 settembre 2014);

e) non era condivisibile la tesi incentrata sull'obbligo dell'Istituto previdenziale di attivare la procedura di regolarizzazione prevista dall'art. 7 comma 3 D.M. 24 ottobre 2007;

f) la disciplina di cui all'art. 38, comma 1, lett. i), del D.Lgs. n. 163 del 2006 era applicabile anche alle ipotesi dell'accordo quadro in quanto così prevedeva l'art. 59, comma 2, del citato D.Lgs. n. 163 del 2006;

g) l'obbligo di incamerare la cauzione provvisoria, discendeva direttamente dall'art. 75, comma 6, del D.Lgs. n. 163/2006 (secondo cui la cauzione copre "la mancata sottoscrizione del contratto per fatto dell'affidatario" ovvero qualunque ostacolo alla stipulazione a lui riconducibile) e valeva non solo per il caso del rifiuto di stipulare o per il difetto di requisiti speciali ma anche per l'assenza di quelli generali.

5. La società originaria ricorrente rimasta soccombente ha impugnato la suindicata decisione, che ha criticato sotto numerosi angoli prospettici, chiedendone la riforma e riproponendo integralmente le censure disattese in primo grado anche sotto il profilo della eventuale incompatibilità comunitaria delle disposizioni nazionali che prevedevano l'esclusione della ditta non in regola con il pagamento dei contributi previdenziali deducendo in particolare che:

a) con ordinanza n. 1236/2015 del 11 marzo 2015 questa Sezione aveva sollevato questione di legittimità comunitaria delle disposizioni rilevanti nella odierna causa;

b) non sussisteva alcuna situazione di irregolarità contributiva della società I. S.r.l. alla data del 3 marzo 2014 in quanto mancava un "definitivo accertamento": la sentenza impugnata aveva tenuto in non cale quanto disposto dall'art. 31 comma 8 del decreto legge 21 giugno 2013 n. 69 convertito in legge, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, L. 9 agosto 2013, n. 98 e quanto in passato già previsto dagli artt. 5 e 7 del D.M. lavoro e previdenza sociale 24 ottobre 2007;

c) a monte, la dichiarazione da questa resa non era mendace, e quindi non avrebbe potuto determinare l'esclusione, in quanto non v'era stato alcun definito accertamento sulla situazione debitoria in cui essa versava (tale dichiarazione era stata resa sulla base di un DURC rilasciatole il 5 febbraio 2014, valido, efficace, e positivo);

d) il 12 settembre 2014 la predetta società I. S.r.l. aveva comunque regolarizzato la propria posizione in quanto in detta data l'INPS le aveva inviato il piano di ammortamento, che essa stava onorando: e l'INPS, interpellata dalla stazione appaltante, avrebbe dovuto assegnare alla società I. S.r.l. il termine di 15 giorni per regolarizzare la propria posizione;

e) la sentenza avrebbe dovuto dare rilievo alla nuova direttiva appalti n. 14/2014, già applicabile sebbene non fosse ancora scaduto il termine di recepimento all'epoca dei fatti;

f) in ogni caso, l'esclusione non avrebbe potuto essere disposta, in quanto trattavasi di un accordo quadro ricadente sotto l'usbergo dell'art. 59 del citato D.Lgs. n. 163 del 2006;

g) non sussistevano i presupposti per escutere la cauzione, e risultava violata la prescrizione dell'art. 75, del D.Lgs. n. 163/2006 in quanto:

I) non si era al cospetto di alcuna dichiarazione mendace;

II) non si verteva nel campo dell'assenza di requisiti di capacità economica e finanziaria e tecnica ed organizzativa, ma di eventuale assenza di requisito soggettivo, e ciò non consentiva l'escussione della cauzione;

III) il R.t.i E. non poteva essere qualificato "affidatario";

IV) il bando non prevedeva tale facoltà;

h) in ogni caso la cauzione escussa era di importo sproporzionato, ed il Giudice avrebbe potuto e dovuto ricondurla ad equità;

i) ciò era tanto più vero in quanto il novellato art. 38 comma 2 bis del citato D.Lgs. n. 163 del 2006 prevedeva che ogni violazione accertata comportasse la sanzione massima di Euro 50.000.

5.1. Nella seconda parte dell'appello ha riproposto i motivi del ricorso di primo grado concernenti la contestata irregolarità dell'altra società facente parte del costituendo R.t.i (società P. S.p.a.) rimasti assorbiti nella impugnata sentenza.

6. In data 25.3.2015 la società C. S.p.a. si è costituita depositando una articolata memoria e chiedendo la reiezione dell'appello perché infondato.

7. In data 13.4.2015 l'istituto INPS si è costituito depositando atto di stile e chiedendo di respingere l'appello.

8. In data 13.4.2015 la società P. S.p.a. si è costituita depositando atto di stile e chiedendo di respingere l'appello.

9. In data 15.4.2015 la società P. S.p.a. ha depositato una articolata memoria chiedendo l'accoglimento dell'appello.

10. In data 21.4.2015 società controinteressata A.T.I.I.C. S.p.a., si è costituita depositando una articolata memoria e chiedendo la reiezione dell'appello perché infondato.

11. Alla camera di consiglio del 21.4.2015 fissata per la delibazione della domanda di sospensione della provvisoria esecutività dell'impugnata sentenza la Sezione, con la ordinanza n. 1696/2015 ha accolto in parte il *petitum* cautelare, limitatamente all'incameramento delle cauzione sulla scorta della considerazione per cui «ritenuto, pur alla luce della sommaria delibazione propria della fase cautelare, che le questioni meritino adeguato approfondimento nella sede di merito; che, nelle more, la misura cautelare più confacente ad un equo contemperamento degli interessi è quella della sospensione dell'incameramento della cauzione, così come del resto richiesto, sia pur in via gradata, dallo stesso appellante» ed ha fissato per la discussione del merito la pubblica udienza del 27 ottobre 2015.

12. In data 9.10.2015 la società C. S.p.a. ha depositato una ulteriore memoria puntualizzando e ribadendo le proprie difese.

13. In data 10.10.2015 la società odierna appellante I. S.r.l. ha depositato una ulteriore memoria puntualizzando e ribadendo le proprie difese.

14. In data 12.10.2015 l'istituto INPS ha depositato una ulteriore memoria puntualizzando e ribadendo le proprie difese.

15. In data 16.10.2015 la società C. S.p.a. ha depositato una memoria di replica puntualizzando e ribadendo le proprie difese.

16. In data 16.10.2015 la società odierna appellante I. S.r.l. ha depositato una memoria di replica puntualizzando e ribadendo le proprie difese.

17. Alla pubblica udienza del 27.10.2015 fissata per la definizione della causa la Sezione ha emesso la ordinanza collegiale n. 4958/2015 mercè la quale ha sospeso il giudizio alla stregua delle considerazioni per cui «a) che con ordinanza 29/9/2015 n. 4540, questa Sezione ha rimesso all'Adunanza Plenaria la definizione di questione, concernente l'interpretazione dell'art. 38, comma 1, lett. i), del D.Lgs. 12/4/2006 n. 163, che costituisce punto centrale del presente giudizio (si veda in senso analogo anche Cons. Stato, Sez. V, ord. 21/10/2015 n. 4799); b) che, ai fini del decidere, il Collegio reputa necessario attendere la pronuncia dell'Adunanza Plenaria sulla menzionata questione; c) che, in attesa della detta pronuncia, il presente giudizio va sospeso».

18. In data 28.11.2016 la società odierna appellante I. S.r.l. ha depositato il provvedimento con il quale l'A.n.a.c. aveva archiviato la segnalazione nei confronti della detta società per difetto dell'elemento psicologico della falsa dichiarazione.

19. In data 2.12.2016 la società C. S.p.a. ha depositato una ulteriore memoria puntualizzando e ribadendo le proprie difese.

20. In data 3.12.2016 la società odierna appellante I. S.r.l. ha depositato una ulteriore memoria puntualizzando le proprie difese.

21. In data 9.12.2016 la società odierna appellante I. S.r.l. ha depositato una memoria di replica puntualizzando le proprie difese.

22. In data 9.12.2016 la società C. S.p.a. ha depositato una memoria di replica puntualizzando le proprie difese.

23. Alla odierna pubblica udienza del 20 dicembre 2016 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO - 1. L'appello va in parte respinto in quanto infondato, e nella restante parte deve essere dichiarato improcedibile; la sentenza merita pertanto integrale conferma nei sensi di cui alla motivazione che segue.

1.1. Premesso che il Collegio non aderisce alla richiesta di rinvio avanzata dalla società odierna appellante in seno alla memoria depositata il 3 dicembre 2016 - in quanto la odierna causa è indipendente dalle altre pendenti indicate nell'istanza medesima - seguendo la tassonomia propria delle questioni (secondo le coordinate ermeneutiche dettate dall'Adunanza plenaria n. 5 del 2015), in ordine logico è prioritario anzitutto rilevare che con la recente sentenza (pronunciata nella causa C 199/2015) del 10 novembre 2016, la Corte Europea di Giustizia ha affermato che è compatibile con la disciplina comunitaria (art. 45 della direttiva 2004/18/CE) la norma che esclude dalla gara (ma anche dalla successiva aggiudicazione) l'impresa che risulta in possesso del DURC regolare al momento dell'aggiudicazione ma non al momento della presentazione dell'offerta.

1.2. La richiamata sentenza è stata resa proprio pronunciandosi sul rinvio pregiudiziale di cui alla ordinanza n. 1236/2015 di questa Quarta Sezione del Consiglio di Stato sul cui contenuto la società odierna appellante ha a lungo insistito nell'atto di appello, e da ciò consegue che:

a) risultano infondati i dubbi di compatibilità comunitaria delle disposizioni applicate nell'odierno giudizio;

b) non sussiste alcuna ulteriore ragione di dubbio comunitario quanto alle medesime disposizioni dovendosi incidentalmente evidenziare che la Corte di Giustizia aveva già avuto modo di occuparsi della compatibilità comunitaria della disciplina legislativa nazionale che preclude la partecipazione alle gare di appalto alle imprese che versino in una situazione grave e definitivamente accertata di irregolarità contributiva (nonché delle relative nozioni di "gravità" e "definitivo accertamento"); infatti, già nella sentenza 10 luglio 2014, C-358/12, Consorzio Stabile L. Lavori Pubblici, la Corte di giustizia, occupandosi anche della presunta incompatibilità tra la causa di esclusione prevista l'art. 38, comma 1, lettera i) e l'art. 45, paragrafo 2, della direttiva n. 18/2014, aveva stabilito (si vedano i paragrafi 32 e seguenti della motivazione da intendersi integralmente richiamati), che gli articoli 49 TFUE e 56 TFUE nonché il principio di proporzionalità vanno interpretati nel senso che non ostano a una normativa nazionale che, riguardo agli appalti pubblici di lavori il cui valore sia inferiore alla soglia definita all'articolo 7, lettera c), della direttiva 2004/18, obblighi l'amministrazione aggiudicatrice a escludere dalla procedura di aggiudicazione di un tale appalto un offerente responsabile di un'infrazione in materia di versamento di prestazioni previdenziali se lo scostamento tra le somme dovute e quelle versate è di un importo superiore, al contempo, a EUR 100 e al 5% delle somme dovute; in epoca ancor più risalente, la medesima Corte (sentenza 9 febbraio 1996, in cause riunite C-226/04 e C-228/04), aveva avuto modo di precisare che "la sussistenza del requisito della regolarità fiscale e contributiva (che, pure, può essere regolarizzato in base a disposizioni nazionali di concordato, condono o sanatoria) deve comunque essere riguardata con riferimento insuperabile al momento ultimo per la

presentazione delle offerte, a nulla rilevando una regolarizzazione successiva la quale, pertanto, non potrà in alcun modo incidere sul dato dell'irregolarità ai fini della singola gara”.

2. Venendo alle censure di merito, si osserva che le recenti decisioni dell'Adunanza Plenaria di questo Consiglio di Stato del 25 maggio 2016, n. 10, e nn. 5 e 6 del 29 febbraio 2016 hanno definitivamente chiarito la esattezza della tesi (comunque maggioritaria in giurisprudenza, tra le tante si veda Consiglio di Stato, Sez. VI, 4 maggio 2015, n. 2219) secondo la quale:

a) il documento unico di regolarità contributiva (DURC) ha natura di dichiarazione di scienza e si colloca fra gli atti di certificazione o di attestazione facenti prova fino a querela di falso; esso viene in rilievo non in via principale, ma in qualità di presupposto di legittimità di un provvedimento amministrativo adottato dalla stazione appaltante;

b) anche dopo l'entrata in vigore dell'art. 31, comma 8, del D.Lgs. 21 giugno 2013, n. 69, convertito con modificazioni dalla l. 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, D.M. 24 ottobre 2007 e ora recepito a livello legislativo dall'art. 31, comma 8, D.Lgs. n. 69 del 2013, 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.

2.1. Nella incontestata sussistenza di una condizione debitoria, quindi, la esclusione si appalesava nel caso di specie quale atto dovuto, per le ragioni esaustivamente chiarite nella decisione suindicata, che deve intendersi integralmente richiamata e trascritta nel presente elaborato.

2.2. Le medesime sentenze dell'Adunanza Plenaria di questo Consiglio di Stato prima richiamate (si vedano in particolare i considerando 27 e 28 della decisione n. 5 del 29 febbraio 2016) hanno poi esaustivamente chiarito che “l'irregolarità contributiva sussistente al momento della domanda non solo non può essere sanata da una regolarizzazione postuma, ma non può nemmeno essere giustificata dal fatto che l'impresa sia in possesso di un precedente DURC (ottenuto in seguito ad istanza all'ente previdenziale) che attesti (con riferimento ad una data precedente rispetto a quella di presentazione della domanda) la sussistenza della regolarità contributiva.



Non giova in senso contrario invocare il termine trimestrale di validità del DURC precedentemente rilasciato, atteso che l'art. 7, comma 2, del D.M. 24 ottobre 2007 riferisce tale termine di validità al solo settore degli appalti privati, ai fini dei quanto previsto a carico del committente o del responsabile dei lavori dall'art. 3, comma 8, decreto legislativo 14 agosto 1996, n. 496 (che prevede fra l'altro la sospensione del titolo abilitativo edilizio nel caso in cui non venga trasmesso all'Amministrazione concedente un DURC in corso di validità dell'impresa esecutrice dei lavori).

Il termine di validità del DURC non può, quindi, essere strumentalmente utilizzato per legittimare la partecipazione alla gara di imprese che al momento della presentazione della domanda non siano comunque più in regola con gli obblighi contributivi.

Né può invocarsi la lesione dell'affidamento riposto sulle risultanze del precedente DURC, atteso che, come si è precedentemente rilevato, in base al già richiamato principio di autoresponsabilità (in forza del quale ciascuno risponde degli errori commessi) non si può pretendere di superare l'inadempimento storicamente verificatosi in nome dell'apparenza ingenerata dal precedente rilascio di un documento unico di regolarità contributiva che va a "fotografare" una situazione di regolarità non più attuale al momento della partecipazione alla gara.".

2.3. Tali perentorie indicazioni, pienamente condivise dal Collegio, consentono di affermare la infondatezza di tutte le doglianze tese a postulare:

a) la insussistenza di alcuna "dichiarazione mendace";

b) la necessità di una valutazione discrezionale della Stazione appaltante che tenesse conto della concreta situazione di fatto;

3. Tali considerazioni, riverberano poi i loro effetti anche sui motivi di appello più specificamente attingenti l'incameramento della cauzione provvisoria in quanto:

a) la dichiarazione resa dalla società facente parte del costituendo R.t.i I. S.r.l. era, per quanto prima chiarito, mendace;

b) in ogni caso, la medesima decisione dell'Adunanza Plenaria di questo Consiglio di Stato n. 5 del 29 febbraio 2016 ha del pari chiarito che è corretta la tesi secondo cui l'escussione della cauzione provvisoria ai sensi dell'art. 48 del decreto legislativo n. 163 del 2006 rappresenta una misura di indole patrimoniale, priva di carattere sanzionatorio amministrativo, che costituisce l'automatica conseguenza della violazione di doveri o regole contrattuali espressamente accertate. Essa, quindi, sarebbe applicabile a prescindere dalla scusabilità dell'errore, sicché il detto incameramento della cauzione provvisoria previsto dall'art. 48 del Codice dei contratti pubblici, costituisce una conseguenza automatica del provvedimento di esclusione, come tale non suscettibile di alcuna valutazione discrezionale con riguardo ai singoli casi concreti. Tale misura, quindi, risulta



insensibile ad eventuali valutazioni volte ad evidenziare la non imputabilità a colpa della violazione che ha dato causa all'esclusione (cfr., tra le tante, Cons. Stato, Sez. V, n. 2916 del 2015 nonché Corte Cost., ord. n. 211 del 13 luglio 2011); e peraltro è stato ivi rammentato che in passato l'Adunanza Plenaria (nella sentenza 4 maggio 2012, n. 8) aveva riconosciuto che la possibilità di incamerare la cauzione provvisoria può trovare fondamento anche nell'art. 75, comma 6, del Codice di contratti pubblici, che riguarda tutte le ipotesi di mancata sottoscrizione del contratto per fatto dell'affidatario, intendendosi per "fatto dell'affidatario" qualunque ostacolo alla stipulazione a lui riconducibile, tra cui anche, come nel caso di specie, il difetto di un requisito d'ordine generale; secondo tali arresti, infine, trattandosi di norma imperativa essa etero integra il bando di gara.

3.1. Nessuna delle considerazioni contenute nell'appello è in grado di scalfire tale approdo, dal quale il Collegio non intende discostarsi, ed in particolare si evidenzia che:

a) si è già chiarito che la richiesta di eventuale rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea appare inaccoglibile, sia perché le considerazioni contenute nelle decisioni dell'Adunanza Plenaria cui si è fatto riferimento sono idonee ad inferirne la infondatezza e sia perché - come già condivisibilmente colto dal TAR al momento dell'adozione degli atti impugnati (e della sentenza di primo grado) non era ancora scaduto il termine di recepimento della Direttiva UE n. 24/2014/UE ed, in particolare, dell'art. 57 tanto che non poteva affermarsi che la stessa fosse divenuta *self-executing*;

b) la tesi secondo la quale la disposizione di cui all'art. 38 del D.Lgs. n. 163 del 2006 non potesse applicarsi alla fattispecie per cui è causa, trattandosi di un accordo-quadro è (come già condivisibilmente colto dal TAR) del tutto priva di fondamento, sol che si consideri che l'art. 59, comma 2, del citato D.Lgs. n. 163 del 2006 prevede che "Ai fini della conclusione di un accordo quadro, le stazioni appaltanti seguono le regole di procedura previste dalla presente parte in tutte le fasi fino all'aggiudicazione degli appalti basati su tale accordo quadro. Le parti dell'accordo quadro sono scelte applicando i criteri di aggiudicazione definiti ai sensi degli articoli 81 e seguenti";

c) le sopravvenute disposizioni di cui all'art. art. 38 comma 2 bis del citato D.Lgs. n. 163 del 2006 non concernono l'escussione della cauzione, e comunque sarebbero inapplicabili *ratione temporis* alla fattispecie (il bando venne pubblicato il 18 dicembre 2013, e l'art. 39 comma 3 del decreto legge 24 giugno 2014, n. 90 stabiliva che le disposizioni di cui ai commi 1 e 2 si applicano alle procedure di affidamento indette successivamente alla data di entrata in vigore del presente decreto"), per cui, non solo per come si è già chiarito non ricorreva alcun potere discrezionale della stazione appaltante, ma neppure è condivisibile il richiamo ad una supposta sproporzione dell'importo della cauzione escussa;

d) è evidente infine che nessuna influenza può annettersi sui fatti di causa al provvedimento versato in atti dalla società odierna appellante con il quale l'A.n.a.c. ha archiviato la segnalazione nei confronti della detta società, in quanto l'archiviazione ha avuto luogo per difetto dell'elemento psicologico della falsa dichiarazione, ma ciò non incide sulla oggettiva sussistenza del vizio contenuto espulsivo nella domanda presentata dalla parte odierna appellante medesima.

4. L'appello va conclusivamente respinto (anche quanto alla richiesta di risarcimento dei danni ed alla doglianza in punto di escussione della cauzione) e la sentenza di primo grado deve essere integralmente confermata, mentre sono all'evidenza improcedibili le ulteriori censure concernenti la posizione dell'altra società facente parte del costituendo R.t.i (società P. S.p.a.) ripropositive dei motivi del ricorso di primo grado concernenti la specifica posizione di detta società rimasti assorbiti nella impugnata sentenza (anche ove gli stessi fossero riconosciuti fondati, infatti, ugualmente la esclusione dell'appellante dovrebbe essere riconosciuta come doverosa legittima).

4.1. Le questioni appena vagliate esauriscono la vicenda sottoposta alla Sezione, essendo stati toccati tutti gli aspetti rilevanti a norma dell'art. 112 c.p.c., in aderenza al principio sostanziale di corrispondenza tra il chiesto e pronunciato (come chiarito dalla giurisprudenza costante, tra le tante, per le affermazioni più risalenti, Cassazione civile, sez. II, 22 marzo 1995 n. 3260 e, per quelle più recenti, Cassazione civile, sez. V, 16 maggio 2012 n. 7663).

4.2. Gli argomenti di doglianza non espressamente esaminati sono stati dal Collegio ritenuti non rilevanti ai fini della decisione e comunque inidonei a supportare una conclusione di tipo diverso.

5. Le spese del presente grado di giudizio vanno all'evidenza compensate tra tutte le parti, in considerazione della circostanza che le questioni di diritto prospettate hanno visto confrontarsi difformi orientamenti giurisprudenziali, soltanto di recente ricomposti mercé le decisioni dell'Adunanza Plenaria di questo Consiglio di Stato menzionate nella presente motivazione.

*(Omissis)*

---