

N. 00010/2016REG.PROV.COLL.

N. 00020/2015 REG.RIC.A.P.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Adunanza Plenaria)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 20 di A.P. del 2015, proposto da:

S.S.S. Coop.Soc. Onlus, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avv. Andrea Manzi, con domicilio eletto presso Andrea Manzi in Roma, Via Federico Confalonieri, 5;

contro

S.C.S.O.S. d. l. a r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avv. Girolamo Rubino, Fabrizio Paoletti, con domicilio eletto presso Fabrizio Paoletti in Roma, viale M. Pilsudski Nr.118;

nei confronti di

Provincia di Verona, in persona del Presidente p.t., rappresentata e difesa dagli avv. Giancarlo Biancardi, Stefano Gattamelata, Isabella Sorio, con domicilio eletto presso Stefano Gattamelata in Roma, Via di Monte Fiore 22;

Inps - Istituto Nazionale della Previdenza Sociale, in persona del Presidente p.t., rappresentato e difeso per legge dagli avv. Antonino Sgroi, Lelio Maritato, Carla D'Aloisio, Emanuele De Rose, Giuseppe Matano, Ester Sciplino, domiciliata in Roma, Via della Frezza, 17;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. VENETO - VENEZIA: SEZIONE I n. 00218/2015, resa tra le parti, concernente affidamento servizio di integrazione socio-didattica a favore di allievi con disabilità sensoriali, anni scolastici 2014-2015 e 2015-2016.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della S.C.S.O.S.d. l. a r.l., della Provincia di Verona, che ha proposto appello incidentale e dell' Inps - Istituto Nazionale della Previdenza Sociale;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 23 marzo 2016 il Cons. Nicola Russo e uditi per le parti gli avvocati Reggio D'Acì in dichiarata delega di Manzi, Lucia Alfieri per delega di Rubino, e Gattamelata.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La Provincia di Verona indiceva, in data 9 aprile 2014, una gara per l'affidamento del servizio di integrazione didattica a favore degli allievi con disabilità sensoriali per gli anni scolastici 2014/2015 e 2015/2016, da aggiudicarsi con l'offerta economicamente più vantaggiosa. A questa procedura partecipavano la S.S.S. Coop.Soc. Onlus ed il R.T.I. composto dalla S.C.S.O.S.d.l. a r.l., in qualità di mandataria, e dalla Società Cooperativa Sociale E.O.

All'esito dell'esame delle offerte e della attribuzione dei relativi punteggi, in data 26 maggio 2014, veniva disposta l'aggiudicazione provvisoria in favore del R.T.I.. Successivamente, la stazione appaltante provvedeva al controllo del possesso dei requisiti di moralità di cui all'art. 38 d.lgs. n. 163 del 2006: nello specifico, la stazione appaltante acquisiva il d.u.r.c. I.N.P.S. - I.N.A.I.L. di Palermo - prot. n. 30364143 del 16 luglio 2014 - da cui risultavano alcune irregolarità contributive ascrivibili alla S.C.S.O.S.d.l. a r.l..

Tale ultima circostanza giustificava la comminazione dell'esclusione dalla procedura per il R.T.I.: con la determinazione n. 2903 del 17 luglio 2014, oltre all'estromissione dalla gara, veniva disposta l'escussione della cauzione prestata dal R.T.I., nonché la segnalazione alla competente Autorità di settore. Con il medesimo provvedimento veniva, altresì, aggiudicato provvisoriamente il servizio, oggetto della procedura di gara, alla S.S.S. Coop.Soc. Onlus,

seconda in graduatoria.

Con successiva determinazione n. 3009 del 28 luglio 2014 il servizio veniva aggiudicato definitivamente alla S.S.S. Coop.Soc. Onlus, alla quale era imposta una immediata esecuzione delle prestazioni scaturenti dal contratto, stante l'imminenza dell'inizio dell'anno scolastico.

Con ricorso r.g. n. 1241 del 2014, la S.C.S.O.S.d.l. a r.l. adiva il Tribunale amministrativo regionale per il Veneto, per un verso, lamentando l'illegittimità dei provvedimenti con i quali era stata disposta l'esclusione dalla procedura del R.T.I. ed il contestuale affidamento del servizio alla S.S.S. Coop.Soc. Onlus e, per altro verso, domandando la declaratoria di inefficacia del contratto nel frattempo stipulato ed il subentro nel medesimo. I motivi di censura afferivano, in primo luogo, alla sussistenza di un credito nei confronti di una pubblica Amministrazione di ammontare superiore all'esposizione debitoria nei confronti dell'ente previdenziale: l'applicazione dell'art. 13-bis d.l. n. 52 del 2012 (convertito in l. n. 94 del 2012) avrebbe consentito al R.T.I. di operare una compensazione idonea a regolarizzare la propria posizione contributiva nei confronti dell'ente previdenziale. In secondo luogo, il d.u.r.c. avrebbe dovuto considerarsi illegittimo in virtù della mancata applicazione dell'art. 7 comma 3 del decreto del Ministero del Lavoro del 24 ottobre 2007 e dell'art. 31 comma 8 del d.l. n. 69 del 2013 (convertito in l. n. 98 del 2013): le disposizioni citate avrebbero imposto, prima di considerare definitivamente accertata l'irregolarità contributiva, un previo invito alla sanatoria del debito gravante sulla S.C.S.O.S.d.l.a r.l..

Il Tribunale territoriale, con la sentenza n. 218 del 23 febbraio 2015, dopo aver respinto l'eccezione di difetto di giurisdizione sollevata dall'I.N.P.S. ed affermato, dunque, la sussistenza della giurisdizione amministrativa nella fattispecie de qua, accoglieva nel merito il ricorso e, per l'effetto, annullava gli atti impugnati, dichiarando l'inefficacia del contratto medio tempore stipulato, e disponeva il relativo subentro a favore della ricorrente: a sostegno della decisione citata, il Tar richiamava l'omessa applicazione dell'art. 31 comma 8 d.l. n. 69 del 2013 (convertito in l. n. 98 del 2013), che non avrebbe consentito di considerare definitivamente accertata la irregolarità contributiva ed, in ultima analisi, invocando il principio di massima partecipazione alle procedure di evidenza pubblica.

La S.S.S. Coop.Soc. Onlus impugnava, con atto di appello assistito da tre articolati motivi, la sentenza del Tribunale amministrativo regionale. In via preliminare, l'appellante sollevava il motivo, già fatto valere in promo grado in via di eccezione e disatteso dal T.A.R., relativo al difetto di giurisdizione del giudice amministrativo con riferimento alla legittimità e definitività del d.u.r.c.: stante la natura certificativa o di attestazione, avente carattere meramente dichiarativo dei dati in possesso dell'ente previdenziale, il d.u.r.c. rientrerebbe nell'alveo delle dichiarazioni

di scienza assistite da pubblica fede ai sensi dell'art. 2700 c.c. e facenti fede fino a querela di falso. Da ciò dovrebbe desumersi la giurisdizione ordinaria per ogni ipotesi di controversia concernente le inesattezze e gli errori contenuti nel d.u.r.c..

Con il secondo, articolato, motivo di gravame, la società appellante sostiene la erroneità del richiamo all'art. 31 comma 8 del d.l. n.69 del 2013 effettuato dal giudice di primo grado: la norma, nel caso di specie, non avrebbe potuto invocarsi per una pluralità di motivi. Sotto un primo profilo, l'introduzione della citata disposizione non potrebbe condurre ad una modificazione dell'art. 38 del d.lgs. n. 163 del 2006, stante la necessità, a tal fine, di una espressa previsione legislativa, come previsto dall'art. 255 del medesimo d.lgs. n. 163 del 2006. In secondo luogo, l'applicazione dell'art. 31 comma 8 d.l. n. 69 del 2013, ipotizzato dal giudice di prime cure, avrebbe consentito una inammissibile regolarizzazione postuma della posizione contributiva della S.C.S.O.S.d.l.a r.l.: in effetti, il campo di applicazione della disposizione citata dovrebbe limitarsi all'ipotesi in cui l'ente previdenziale debba adottare un d.u.r.c. attestante l'attuale situazione contributiva di un operatore, non potendosi, al contrario, ipotizzare un invito a regolarizzare una situazione contributiva pregressa. Sotto un ulteriore profilo, l'appellante ritiene erroneo il richiamo al principio di massima partecipazione alle procedure di affidamento di contratti pubblici: se fosse avallata tale interpretazione, si consentirebbe la partecipazione alle gare anche ad operatori che, pur non essendo in regola con il versamento dei contributi previdenziali, attestino falsamente la regolarità della propria posizione nei confronti dell'ente previdenziale. Questa possibilità, lungi dal conformarsi allo spirito del principio di massima partecipazione alle gare, lederebbe le regole della par condicio fra i concorrenti, partecipanti ad una procedura di evidenza pubblica. Infine, l'applicazione del citato art. 1 comma 8, lederebbe, sotto un ulteriore profilo, la parità di trattamento nei confronti degli operatori economici stabiliti in Stati diversi dall'Italia: questi ultimi, ai fini della partecipazione alle procedure di affidamento dei contratti, sono obbligati a produrre la documentazione attestante la regolarità della propria posizione contributiva alla data di scadenza per la presentazione delle offerte, in virtù del combinato disposto degli artt. 38 comma 2 e 47 comma 2 d.lgs. n. 163 del 2006.

Con il terzo motivo di appello, la S.S.S. Coop.Soc. Onlus riteneva erronea la sentenza del Tar per violazione dell'art. 122 c.p.a.: all'uopo, parte appellante censurava la insufficiente motivazione riguardo alla scelta di ordinare il subentro nel contratto in favore del R.T.I.; inoltre, lamentava l'assenza di una espressa domanda di parte in tal senso, visto che la S.C.S.O.S.d.l.a r.l. aveva proposto il ricorso introduttivo del giudizio in proprio e non in qualità di mandataria del R.T.I.; sotto un ulteriore profilo, veniva evidenziato che lo stato di esecuzione delle prestazioni derivanti dal contratto, nonché le peculiari caratteristiche strutturali delle medesime, non avrebbero giustificato un subentro, se non con un consistente pregiudizio per gli utenti del servizio.

Si costituiva in giudizio la Provincia di Verona, proponendo appello incidentale avverso la

sentenza di primo grado, con il quale sosteneva l'erroneità nell'applicazione dell'art. 31 comma 8 d.l. n. 69 del 2013: al riguardo venivano proposti motivi di impugnazione in parte coincidenti con quelli già sollevati dall'appellante principale. In particolare, secondo l'appellante incidentale, l'inapplicabilità alla fattispecie de qua, del citato art. 31 comma 8, deriverebbe da argomentazioni, anzitutto, di carattere letterale: in effetti, la disposizione invocata non farebbe espresso riferimento ai contratti pubblici, a differenza dei commi da 2 a 7 del medesimo articolo che, invece, richiamano espressamente le procedure finalizzate all'affidamento di commesse pubbliche; inoltre, le norme sull'evidenza pubblica, individuando la loro fonte nell'ordinamento eurounitario, hanno un ambito di applicazione molto più ampio dell'art. 31 comma 8, il quale, invece, si rivolgerebbe soltanto all'I.N.P.S., all'I.N.A.I.L. ed alle Casse Edili. Da ciò potrebbe ricavarsi, altresì, una diversità di rationes delle norme che compongono il d.l. n. 69 del 2013: se, nel complesso, le disposizioni ivi contenute sono finalizzate alla promozione dello sviluppo economico del mercato interno all'ordinamento, il comma 8 dell'art. 31 introduce un regime di favore per chi violi gli obblighi contributivi. Da un punto di vista logico, inoltre, l'applicazione dell'art. 31 comma 8, nei termini indicati dal giudice di primo grado, condurrebbe ad un insanabile contrasto con il regime sanzionatorio posto a garanzia della veridicità delle dichiarazioni espresse in sede di presentazione delle offerte: l'inapplicabilità dell'art. 31 comma 8, in altri termini, deriverebbe dalla necessità di verificare il possesso dei requisiti di ammissione alla procedura, alla data di scadenza dei termini di presentazione delle offerte.

L'appellante incidentale censurava la sentenza del Tar anche perché, avallando la scelta del giudice di prime cure, si concretizzerebbe una coincidenza fra la definitività dell'accertamento sulla gravità delle violazioni contributive ed il termine della procedura di regolarizzazione espressa nell'art. 31 comma 8 d.l. n. 69 del 2013; invece, secondo la Provincia di Verona, il d.u.r.c. in quanto insindacabile dalle stazioni appaltanti, potrebbe essere contestato dall'interessato soltanto con i mezzi e le forme previste dall'ordinamento e correlate alla sua natura di dichiarazione di scienza, avente carattere meramente dichiarativo dei dati in possesso dell'ente e facente prova fino a querela di falso.

Infine, secondo l'appellante incidentale, l'art. 31 comma 8 non potrebbe condurre ad una modifica dell'art. 38 d.lgs. n. 163 del 2006, stante la presenza della clausola di modifica espressa di cui all'art. 255 d.lgs. n. 163 del 2006.

Si costituiva in giudizio l'appellata, S.C.S.O.S.d.l.a r.l., che, con memoria eccepiva l'infondatezza dell'appello principale, chiedendone il rigetto.

Si costituiva, altresì, in giudizio l'I.N.P.S. sostenendo le ragioni poste a fondamento della domanda cautelare proposta dall'appellante principale.

La Quinta Sezione di questo Consiglio di Stato, con ordinanza n. 1379 dell'1 aprile 2015, in accoglimento della domanda cautelare proposta dall'appellante principale, sospendeva l'esecutività della sentenza di primo grado, ritenendo prevalente, fra gli opposti interessi, quello alla continuità del servizio svolto.

Dopo l'udienza di merito, con ordinanza n. 4799 del 21 ottobre 2015, la Quinta Sezione ha ritenuto opportuno sollevare due questioni, consequenziali fra di loro, rimettendole all'esame di questa Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, a causa dei contrasti interpretativi insorti e della notevole rilevanza pratica che rivestono.

Con il primo dei due quesiti la Sezione remittente chiede "se rientri nella giurisdizione del giudice amministrativo, adito per la definizione di una controversia avente ad oggetto l'aggiudicazione di un appalto pubblico, ovvero al giudice ordinario, accertare la regolarità del documento unico di regolarità contributiva, quale atto interno della fase procedimentale di verifica dei requisiti di ammissione dichiarati dal partecipante ad una gara".

Sul punto, si registra un contrasto giurisprudenziale fra chi afferma la sussistenza della giurisdizione amministrativa e chi, invece, propende, per la giurisdizione ordinaria.

A favore della tesi secondo cui l'accertamento della regolarità del d.u.r.c., in sede di verifica dei requisiti di ammissione dichiarati dal partecipante ad una gara, rientri nell'ambito della giurisdizione amministrativa, si è espressa parte della giurisprudenza di questo Consiglio di Stato (sentenze, Sez. V, 16 febbraio 2015 n. 781, id. 14 ottobre 2014 n. 5064; id. 11 maggio 2009 n. 2874; Sez. VI, 4 maggio 2015 n. 2219). Secondo questo filone giurisprudenziale, la verifica sulla regolarità del d.u.r.c. non verrebbe in rilievo autonomamente, ma si inserirebbe nella fase procedimentale amministrativa di aggiudicazione di un appalto: stante la sussistenza della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo nelle controversie relative a procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi, forniture, ai sensi dell'art. 133 c.p.a., dovrebbe, dunque, affermarsi la giurisdizione amministrativa rispetto alla verifica della regolarità del d.u.r.c.. Tale verifica verrebbe effettuata ai sensi dell'art. 8 c.p.a.: in altri termini, l'accertamento del giudice amministrativo verrebbe svolto in via incidentale, senza assumere l'efficacia di giudicato nel rapporto previdenziale sotteso al rilascio del d.u.r.c. (cfr. Corte di Cassazione, Sez. Un. ordinanza n. 3169 del 9 febbraio 2011). La Corte di Cassazione, con l'ordinanza n. 25818 dell'11 dicembre 2007, ha affermato che non vi sarebbe alcun travalicamento dei limiti della giurisdizione ordinaria, in quanto l'oggetto dell'indagine del giudice amministrativo si incentrerebbe sulla mera regolarità della certificazione prodotta, attestante la regolarità

contributiva dell'impresa partecipante alla gara di appalto, che, in ultima analisi, si sostanzia in un requisito necessario ai fini della ammissione alla gara.

Di diverso avviso, invece, è altra parte della giurisprudenza di questo Consiglio di Stato (sentenza Sez. IV 12 marzo 2015 n. 1321, che richiama la sentenza dell'Adunanza plenaria n. 8 del 4 maggio 2012), la quale afferma la sussistenza della giurisdizione ordinaria in virtù, anzitutto, della natura del d.u.r.c. quale atto rientrante fra le dichiarazioni di scienza, assistite da pubblica fede ai sensi dell'art. 2700 c.c. e facenti prova fino a querela di falso. Inoltre, la giurisdizione ordinaria si ricaverebbe dal principio di diritto, espresso dalla citata sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 8 del 4 maggio 2012, secondo cui "la verifica della regolarità contributiva delle imprese partecipanti a procedure di gara per l'aggiudicazione di appalti con la pubblica amministrazione è demandata agli istituti di previdenza, le cui certificazioni (d.u.r.c.) si impongono alle stazioni appaltanti, che non possono sindacarne il contenuto". Da questo principio, dunque, dovrebbe discendere che gli eventuali errori contenuti nel d.u.r.c. incidono su situazioni giuridiche di diritto soggettivo e, data l'attinenza al rapporto contributivo, possono essere corretti dal solo giudice ordinario con gli appositi strumenti messi a disposizione dall'ordinamento (querela di falso o giudizio in materia di previdenza ed assistenza obbligatoria). In più, l'accertamento incidenter tantum ipotizzato da chi propende per la giurisdizione amministrativa, non si concilierebbe con l'accertamento fidefacente dei fatti e dei diritti sottesi al d.u.r.c.: in effetti, nell'accertamento circa la regolarità di detta certificazione, verrebbe in rilievo un rapporto obbligatorio, non un rapporto pubblicistico (cfr. Consiglio di Stato, sentenze, Sez. V, 26 marzo 2014, n. 1468; id. 3 febbraio 2011, n. 789; Sez. IV 12 marzo 2009, n. 1458).

La Sezione rimettente ritiene, inoltre, di dover sottoporre all'esame di questa Adunanza Plenaria un ulteriore quesito, qualora venga affermata la sussistenza della giurisdizione del giudice amministrativo nella materia de qua. In particolare, con il secondo quesito sottoposto ai sensi dell'art. 99 comma 1 c.p.a., la Sezione rimettente chiede "se la norma di cui all'art. 31, comma 8, del d.l. 21 giugno 2013, n. 69, convertito con modificazioni, nella l. 9 agosto 2013, n. 98, sia limitata al rapporto tra impresa ed Ente preposto al rilascio del d.u.r.c. senza che lo svolgimento di tale fase riguardi la stazione appaltante (dovendo essa applicare comunque l'art. 38 del d. lgs. n. 163 del 2006, che richiede il possesso dei requisiti al momento della partecipazione alla gara), ovvero se la disposizione abbia sostanzialmente modificato, per abrogazione tacita derivante da incompatibilità, detto art. 38 e si possa ormai ritenere che la definitività della irregolarità sussista solo al momento di scadenza del termine di quindici giorni da assegnare da parte dell'Ente previdenziale per la regolarizzazione della posizione contributiva".

Anche in merito alla presente questione vengono in rilievo due orientamenti giurisprudenziali opposti.

Secondo un primo filone giurisprudenziale, avallato dal Tar Veneto nella fattispecie di cui è causa, l'art. 31 comma 8 d.l. n. 69 del 2013 farebbe emergere la volontà del legislatore di favorire la massima partecipazione alle procedure di affidamento dei contratti pubblici: per tale ragione la stazione appaltante non dovrebbe limitarsi a prendere atto della irregolarità emersa dal d.u.r.c., ma dovrebbe procedere a valutarne autonomamente il carattere definitivo (cfr. Consiglio di Stato, sentenza, Sez. V, 14 ottobre 2014 n. 5064). A tali conclusioni si dovrebbe giungere in virtù di un'implicita modifica all'art. 38 d.lgs. n. 163 del 2006, determinata proprio dall'entrata in vigore dell'art. 31 comma 8 d.l. n. 69 del 2013: in altri termini, l'assenza del requisito di regolarità contributiva assumerebbe carattere definitivo soltanto al termine dei quindici giorni previsti dalla procedura di regolarizzazione della posizione contributiva (cfr. Consiglio di Stato, sentenza, Sez. V, 16 febbraio 2015, n. 781). Questo indirizzo interpretativo condurrebbe, quindi, a ritenere possibile la presentazione di una domanda di partecipazione ad una gara, in pendenza del termine assegnato dall'ente previdenziale per la regolarizzazione della posizione contributiva, qualora sia stata al contempo estinta la situazione di irregolarità: in tal caso, infatti, la situazione di irregolarità non potrebbe ritenersi "definitivamente accertata" (v. Consiglio di Stato, Sez. III, 1 aprile 2015, n. 1733).

Un secondo e contrapposto indirizzo giurisprudenziale afferma, invece, che non potrebbe essere rimessa alla stazione appaltante la valutazione circa la gravità né la definitività dell'irregolarità contributiva ascrivibile all'impresa concorrente: l'art. 31 comma 8 d.l. n. 69 del 2013, pur prevedendo un meccanismo di "flessibilizzazione" delle situazioni di irregolarità contributiva, non avrebbe modificato le modalità di verifica, da parte delle stazioni appaltanti, dei requisiti partecipativi (cfr. Consiglio di Stato, sentenza, Sez. VI, 4 maggio 2015, n. 2219). Di conseguenza, la definitività della situazione di irregolarità contributiva dovrebbe coincidere sempre con il termine previsto per la presentazione delle offerte per partecipare alla procedura, concretizzandosi, in caso contrario, una lesione del principio della par condicio fra concorrenti e dell'interesse pubblico alla scelta di un contraente affidabile.

In vista dell'udienza di discussione le parti hanno prodotto memorie illustrative e riepilogative delle rispettive tesi, domande, eccezioni e conclusioni.

All'udienza pubblica del 23 marzo 2016, uditi i patrocinatori delle parti, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

L'esame dei quesiti sottoposti al vaglio di questa Adunanza Plenaria deve necessariamente prendere le mosse dalla pregiudiziale questione di giurisdizione sollevata dalla Sezione rimettente. Occorre, al riguardo, delimitare l'estensione della giurisdizione del giudice amministrativo in relazione agli accertamenti inerenti al documento unico di regolarità contributiva.

Le problematiche sorgono in virtù dell'apparente inconciliabilità fra la natura del d.u.r.c. ed il criterio di riparto della giurisdizione fra giudice amministrativo ed ordinario, che si basa sul criterio della causa petendi ed, in definitiva, sulla situazione giuridica fatta valere. Le criticità si paleserebbero nel corso dei giudizi aventi ad oggetto procedure di affidamento di contratti pubblici ed, in particolare, con riguardo all'accertamento della regolarità del d.u.r.c..

Come è noto, ai sensi dell'art. 38 d.lgs. n. 163 del 2006, "Sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, né possono essere affidatari di subappalti, e non possono stipulare i relativi contratti i soggetti: [...] i) che hanno commesso violazioni gravi, definitivamente accertate, alle norme in materia di contributi previdenziali e assistenziali, secondo la legislazione italiana o dello Stato in cui sono stabiliti".

Nel caso in cui sorgano delle controversie inerenti ad un riscontro negativo in tema di regolarità contributiva, come risultante dal d.u.r.c., si pone la problematica del riparto di giurisdizione in quanto, per un verso, la certificazione prodotta dall'ente previdenziale assume il carattere di dichiarazioni di scienza, assistita da pubblica fede ai sensi dell'art. 2700 c.c. e facente prova fino a querela di falso; per altro verso, tale accertamento si inserisce nell'ambito di una procedura di evidenza pubblica, rispetto alla quale sussiste, ai sensi dell'art. 133 c.p.a., la giurisdizione esclusiva del Giudice Amministrativo.

Ad avviso di una parte della giurisprudenza, le contestazioni in merito agli errori contenuti nel d.u.r.c. non potrebbero essere esaminate dal giudice amministrativo, sia perché incidono su situazioni di diritto soggettivo, sia perché disvelano un sottostante rapporto obbligatorio, di tipo non pubblicistico.

Il Collegio ritiene, tuttavia, di dover risolvere la questione nel senso di devolvere alla cognizione del giudice amministrativo, adito per la definizione di una controversia avente ad oggetto

l'aggiudicazione di un appalto pubblico, l'accertamento circa la regolarità del d.u.r.c., quale atto interno della fase procedimentale di verifica dei requisiti di ammissione dichiarati dal partecipante ad una gara.

Nelle controversie in materia di contratti pubblici, in effetti, il d.u.r.c. viene in rilievo non in via principale, ma in qualità di presupposto di legittimità di un provvedimento amministrativo adottato dalla stazione appaltante.

Al riguardo, il Collegio evidenzia che non è revocabile in dubbio la natura di dichiarazione di scienza attribuibile al d.u.r.c., che si colloca fra gli atti di certificazione o di attestazione facenti prova fino a querela di falso. Questo elemento non risulta, tuttavia, ostativo all'esame, da parte del giudice amministrativo, della regolarità delle risultanze della documentazione prodotta dall'ente previdenziale in un giudizio avente ad oggetto l'affidamento di un contratto pubblico di lavori, servizi o forniture.

A ben vedere, l'operatore privato può impugnare le determinazioni cui è giunta la stazione appaltante, all'esito dell'accertamento sulla regolarità contributiva, sollevando profili di eccesso di potere per erroneità dei presupposti, qualora contesti le determinazioni derivanti dall'esito dell'attività valutativa. Questa conclusione, affermata da una recente giurisprudenza di questo Consiglio di Stato (sentenza, Sez. V, 16 febbraio 2015, n. 781), è giustificata dalla possibilità, per il giudice amministrativo, di compiere un accertamento puramente incidentale, ai sensi dell'art. 8 c.p.a., sulla regolarità del rapporto previdenziale: ciò implica che le statuizioni, adottate sul punto, hanno efficacia esclusivamente in relazione alla controversia concernente gli atti di gara e non esplicano i loro effetti nei rapporti fra l'ente previdenziale e l'operatore coinvolto.

L'ambito della cognizione del Giudice Amministrativo, in effetti, concerne l'attività provvedimentale successiva e consequenziale alla produzione del d.u.r.c. da parte dell'ente previdenziale: l'operatore privato, nel giudizio instaurato dinanzi all'autorità giudiziaria amministrativa, non censura direttamente l'erroneità del contenuto del d.u.r.c., ma le statuizioni successive della stazione appaltante, derivanti dalla supposta erroneità del d.u.r.c..

Per tale ragione ed in un'ottica di effettività della tutela, risulta doverosa la concentrazione della verifica circa la regolarità della documentazione contributiva, ancorché effettuata in via incidentale, in capo ad un'unica autorità giudiziaria: il diritto di difesa verrebbe, in effetti, leso se si costringesse il privato a contestare, dinanzi al giudice ordinario, la regolarità del d.u.r.c. e,

successivamente, dopo aver ottenuto l'accertamento dell'errore compiuto dall'ente previdenziale, la illegittimità delle determinazioni della stazione appaltante dinanzi al giudice amministrativo. Un iter processuale di tal genere risulterebbe eccessivamente gravoso per il privato ed incompatibile con la celerità che il legislatore ha imposto per il rito degli appalti nel c.p.a.: l'attesa di una decisione sulla regolarità della posizione previdenziale, non permetterebbe di impugnare entro i termini di cui agli artt. 120 e ss. c.p.a., i provvedimenti adottati dalla stazione appaltante in relazione alla procedura di evidenza pubblica di riferimento.

Ciò non impedisce all'operatore privato di impugnare autonomamente il d.u.r.c. con gli ordinari strumenti predisposti dall'ordinamento: in tal caso, tuttavia, ci si troverebbe al di fuori della cognizione del Giudice Amministrativo, per il dirimente motivo che una tale controversia concernerebbe il rapporto obbligatorio che lega l'operatore privato all'ente previdenziale e non le decisioni della stazione appaltante.

Come è risaputo, con riferimento all'affidamento di lavori, servizi o forniture, il giudice amministrativo è titolare di giurisdizione esclusiva (art. 244, primo comma, d.lgs. 163/2006, già art. 6, primo comma, della l. 2005/2000) e può pertanto compiere, a prescindere dalla consistenza della corrispondente posizione soggettiva, ogni accertamento che gli sia domandato dalla parte per verificare il rispetto dei principi comunitari in materia di concorrenza (tra i quali la regolarità contributiva delle imprese partecipanti).

Sostenere, in tale contesto, che pur dovendo stabilire della legittimità degli appalti pubblici (e quindi della conformità di questi anche alle regole di derivazione comunitaria), il giudice amministrativo, ancorché domandato dalla parte, non possa spingersi ad accertare la sussistenza o meno di un requisito di partecipazione sol perché questo è attestato dal provvedimento di un'amministrazione (come avviene per il d.u.r.c.), significherebbe limitare irragionevolmente l'ambito della tutela accordata dall'ordinamento anche in violazione dei principi comunitari di efficacia e rapidità dei mezzi di ricorso.

Allorché sia a ciò chiamato dalla parte nell'ambito di una procedura pubblica volta all'affidamento di lavori, servizi o forniture, il giudice amministrativo (come del resto potrebbe fare alla stregua dell'art. 8 del c.p.a. - già art. 8 della l. n. 1034/1971 - se nella materia considerata non gli fosse riconosciuta giurisdizione esclusiva) ben può incidentalmente valutare la sussistenza dei requisiti di partecipazione siano essi o meno attestati da atti della p.a.

Conforme risulta, d'altronde, l'orientamento della Corte regolatrice, la quale, proprio riferendosi

alla certificazione INPS e ad una procedura concorsuale soggetta alla disciplina comunitaria, ha già avuto modo di stabilire che appartiene alla cognizione del giudice amministrativo “verificare la regolarità di una certificazione costituente specifico requisito per la partecipazione alla gara (Cass. civ., Sez. Un., 11 dicembre 2007, ord. 25818).

Come, dunque, chiarito anche dalla Sezione rimettente, sul punto, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, con la ordinanza n. 25818 dell’11 dicembre 2007 (confermata dalla successiva ordinanza n. 3169 del 9 febbraio 2011), hanno avuto modo di chiarire che la giurisdizione, in controversie relative a procedure di affidamento di lavori, servizi o forniture, appartiene al giudice amministrativo quando venga in rilievo la certificazione attestante la regolarità contributiva, sulla cui base l’Amministrazione abbia successivamente adottato un provvedimento. Al riguardo, la Suprema Corte ha chiarito che la certificazione sulla regolarità contributiva dell’impresa partecipante ad una gara d’appalto costituisce uno dei requisiti posti dalla normativa in materia di appalti pubblici ai fini dell’ammissione alla gara. Dunque, la giurisdizione appartiene al giudice amministrativo perché è costui competente a sindacare la decisione della stazione appaltante inerente alla sussistenza o meno di un requisito utile a partecipare ad una procedura di affidamento di un contratto.

Ciò che consente di affermare la giurisdizione amministrativa è, in definitiva, la diversità del tipo di sindacato compiuto dal giudice amministrativo rispetto a quello effettuato dal giudice ordinario sulla documentazione attestante la regolarità contributiva.

In effetti, il combinato disposto degli artt. 442 comma 1 e 444 comma 3 c.p.c. devolve alla giurisdizione ordinaria le controversie in materia di assistenza e previdenza obbligatorie: ciò implica che il giudice ordinario sarà chiamato ad accertare la sussistenza di un diritto del prestatore di lavoro. Diversamente, l’art. 133 c.p.a., attribuisce alla giurisdizione amministrativa le controversie aventi ad oggetto le procedure relative all’affidamento di lavori, servizi e forniture: in quest’ambito, dunque, il giudice deve verificare la regolarità dei requisiti che, ad esempio, un’impresa esclusa dalla relativa procedura ha prodotto in sede di offerta, al fine di dichiarare illegittima detta esclusione.

In altri termini, la certificazione relativa alla regolarità contributiva dinanzi al giudice amministrativo viene in rilievo alla stregua di requisito di partecipazione alla gara e, pertanto, il regime relativo alla valutazione circa la sua regolarità non può essere differente da quello previsto per gli altri requisiti. Ad ulteriore conferma di questo assunto, il Collegio ritiene di poter utilmente richiamare l’esempio delle certificazioni antimafia che la Sezione rimettente ha descritto nell’ordinanza di rimessione. Anche in questa ipotesi, infatti, si è in presenza di un provvedimento che, a seconda dei casi, può costituire l’oggetto principale di una controversia

oppure venire in rilievo come requisito propedeutico alla partecipazione ad una procedura di gara, nel qual caso ne viene esaminato il contenuto da parte del giudice amministrativo.

Alla luce delle pregresse considerazioni, il quesito sottoposto a questa Adunanza Plenaria può essere risolto enunciando il seguente principio di diritto:

“Rientra nella giurisdizione del giudice amministrativo, adito per la definizione di una controversia avente ad oggetto l'affidamento di pubblici lavori, servizi e forniture, l'accertamento inerente alla regolarità del documento unico di regolarità contributiva, quale atto interno della fase procedimentale di verifica dei requisiti di ammissione dichiarati dal partecipante ad una gara. Tale accertamento viene effettuato, nei limiti del giudizio relativo all'affidamento del contratto pubblico, in via incidentale, cioè con accertamento privo di efficacia di giudicato nel rapporto previdenziale”.

Risolta la prima questione relativa alla giurisdizione nei termini anzidetti, viene in rilievo, in modo consequenziale, il secondo quesito proposto dalla Sezione rimettente. Esso concerne la corretta interpretazione del requisito della definitività dell'accertamento delle violazioni in materia di contributi previdenziali ed assistenziali, previsto dall'art. 38 comma 1 d.lgs. n. 163 del 2006, come causa di esclusione dalle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti pubblici di lavori, servizi e forniture.

In seguito all'entrata in vigore dell'art. 31 comma 8 d.l. n. 69 del 2013 (che riproduce sostanzialmente, la procedura già prevista dall'art. 7 D.M. 24 ottobre 2007) è stata introdotta una procedura di flessibilizzazione (c.d. “preavviso di d.u.r.c. negativo”) che consente all'impresa richiedente il rilascio della certificazione contributiva, di sanare la propria posizione, prima della definitiva certificazione negativa: in virtù di tale procedura, l'ente previdenziale, qualora riscontri delle irregolarità, deve invitare l'operatore richiedente a sanare la propria posizione entro il termine di quindici giorni. Soltanto qualora l'operatore non effettui la regolarizzazione della propria posizione, entro il termine anzidetto, l'ente previdenziale potrà adottare un d.u.r.c. negativo.

L'introduzione, o meglio la “legificazione” del preavviso di d.u.r.c. negativo, ha posto il problema di individuare esattamente il momento a partire dal quale la violazione della legislazione in materia di contributi previdenziali ed assistenziali, possa ritenersi definitiva, ai fini dell'applicazione dell'art. 38 d.lgs. n. 163 del 2006.

Sul punto, come evidenziato nell'ordinanza di rimessione, è sorto un contrasto giurisprudenziale.

Il Collegio ritiene che il quesito possa essere risolto rinviando al principio di diritto espresso da questa Adunanza Plenaria nelle sentenze nn. 5 e 6 del 29 febbraio 2016. In quella sede, l'Adunanza Plenaria di questo Consiglio di Stato si è espressa nel senso di ritenere che "Anche dopo l'entrata in vigore dell'art. 31, comma 8, del decreto legge 21 giugno 2013 n. 69, (Disposizioni urgenti per il rilancio dell'economia), convertito con modificazioni dalla legge 9 agosto 2013, n. 98, non sono consentite regolarizzazioni postume della posizione previdenziale, dovendo l'impresa essere in regola con l'assolvimento degli obblighi previdenziali ed assistenziali fin dalla presentazione dell'offerta e conservare tale stato per tutta la durata della procedura di aggiudicazione e del rapporto con la stazione appaltante, restando dunque irrilevante, un eventuale adempimento tardivo dell'obbligazione contributiva. L'istituto dell'invito alla regolarizzazione (il c.d. preavviso di DURC negativo), già previsto dall'art. 7, comma 3, del decreto ministeriale 24 ottobre 2007 e ora recepito a livello legislativo dall'art. 31, comma 8, del decreto legge 21 giugno 2013 n. 69, può operare solo nei rapporti tra impresa ed Ente previdenziale, ossia con riferimento al DURC chiesto dall'impresa e non anche al DURC richiesto dalla stazione appaltante per la verifica della veridicità dell'autodichiarazione resa ai sensi dell'art. 38, comma 1, lettera i) ai fini della partecipazione alla gara d'appalto".

In tal modo è stato chiarito che l'art. 31 d.l. n. 69 del 2013 non ha modificato la disciplina dettata dall'art. 38 d.lgs. n. 163 del 2006: la regola del preavviso di d.u.r.c. negativo, dunque, non trova applicazione nel caso di certificazione richiesta dalla stazione appaltante, ai fini della verifica delle dichiarazioni rese dell'impresa partecipante. Il meccanismo, di cui al citato art. 31 comma 8, si applica solo nei rapporti fra ente previdenziale ed operatore economico richiedente, senza venire in rilievo nel caso in cui sia la stazione appaltante a richiedere il d.u.r.c. ai fini della verifica circa la regolarità dell'autodichiarazione.

Questa Adunanza Plenaria ha giustificato le predette conclusioni con una serie di argomentazioni, di carattere letterale, storico e sistematico, che, seppur brevemente, il Collegio ritiene opportuno richiamare.

In primo luogo, l'inapplicabilità alle procedure di evidenza pubblica del meccanismo di cui al comma 8 è desumibile dalla lettura complessiva dell'articolo 31 d.l. n. 69 del 2013. In effetti, i commi dal 2 al 7 di tale norma contengono un preliminare ed espresso riferimento ai contratti di pubblici lavori, servizi o forniture o, comunque, un rinvio al d.lgs. n. 163 del 2006.

Diversamente, il comma 8 non contiene un riferimento di tal genere, né sarebbe possibile desumerlo, in maniera implicita, dal testo della disposizione.

Inoltre, la modifica al testo dell'art. 38 d.lgs. n. 163 del 2006 non può essere sostenuta argomentando in merito ad una presunta incompatibilità fra le due disposizioni: in questo senso osta l'art. 255 d.lgs. n. 163 del 2006 a tenore del quale “[o]gni intervento normativo incidente sul codice, o sulle materie dallo stesso disciplinate, va attuato mediante esplicita modifica, integrazione, deroga o sospensione delle specifiche disposizioni in esso contenute”. Il d.l. n. 69 del 2013 contiene, all'art. 31 comma 2, le disposizioni del d.lgs. n. 163 del 2006 che sono state modificate, in conformità alla clausola di abrogazione esplicita di cui all'art. 255: tuttavia, in tale elenco non rientra l'art. 38 d.lgs. n. 163 del 2006.

Ad ulteriore conferma della conclusione cui è giunta, questa Adunanza Plenaria ha evidenziato l'assenza, nei commi da 3 a 7 dell'art. 31, di qualsivoglia riferimento ad una possibile regolarizzazione postuma dell'inadempienza contributiva imputabile all'operatore che abbia partecipato alla gara o che stia eseguendo il contratto: nelle norme richiamate è la stazione appaltante a richiedere all'ente previdenziale il rilascio del d.u.r.c., ai fini della verifica della veridicità della autodichiarazione presentata dall'operatore privato. Diversamente, il comma 8, nel disciplinare la procedura di preavviso di d.u.r.c. negativo, si riferisce alle sole ipotesi in cui sia l'operatore privato a richiedere all'ente previdenziale il rilascio della certificazione.

Sotto il profilo sistematico, questa Adunanza Plenaria afferma il parziale parallelismo strutturale che sussiste fra il meccanismo di cui all'art. 31 comma 8 ed il preavviso di rigetto disciplinato dall'art. 10-bis l. n. 214 del 1990. Al riguardo viene premesso, per un verso, che il preavviso di rigetto - previsto in via generale per i procedimenti iniziati ad istanza di parte - non opera, per espressa scelta legislativa, in relazione ai procedimenti in materia previdenziale. Per altro verso, il meccanismo di cui all'art. 31 comma 8 prevede un procedimento in cui rileva la materia previdenziale ed al contempo strutturato come procedimento ad istanza di parte. Pertanto, l'art. 31 comma 8, costituendo una “deroga alla deroga”, non può applicarsi al di fuori delle ipotesi espressamente descritte dal legislatore e, cioè, quelle in cui l'operatore privato richieda all'ente previdenziale il rilascio del d.u.r.c.. Quando, invece, è la stazione appaltante a richiedere la certificazione all'ente previdenziale, ci si pone al di fuori dell'ambito applicativo della fattispecie ex art. 31 comma 8 d.l. n. 69 del 2013.

Sempre sotto il profilo sistematico, si afferma anche che “l'esclusione del c.d. preavviso di DURC negativo nell'ambito del procedimento d'ufficio per la verifica della veridicità delle dichiarazioni sostitutive rese in sede ai fini della partecipazione alla gara, si pone in linea con alcuni principi fondamentali che governano appunto le procedure di gara” e cioè quello di parità

di trattamento e di autoresponsabilità, nonché il principio di continuità nel possesso dei requisiti di partecipazione alla gara.

Risulta evidente, in effetti, che, consentire la partecipazione ad una gara ad operatori che non possiedono, in materia di contributi previdenziali, i requisiti necessari a prendere parte alla procedura comparativa, ma ne autodichiarano il possesso, comporta due conseguenze evidenti: da un lato, l'operatore potrebbe integrare un requisito indispensabile alla partecipazione solo dopo aver preso parte alla gara ed in seguito al suo esito favorevole, a differenza degli altri concorrenti; dall'altro lato, l'autodichiarazione resa in sede di presentazione dell'offerta sarebbe viziata da una intrinseca falsità, di per sé idonea a giustificare l'esclusione dalla procedura. Inoltre, consentire una regolarizzazione postuma dei requisiti di partecipazione alla gara urterebbe con la impossibilità, affermata anche dalla sentenza di questa Adunanza Plenaria n. 8 del 20 luglio 2014, di perdere i requisiti neanche temporaneamente nel corso della procedura.

Infine, da un punto di vista storico - normativo, questa Adunanza Plenaria ha richiamato il D.M. 24 ottobre 2007, il cui art. 7 comma 3 prevedeva un procedimento strutturalmente simile a quello previsto dall'art. 31 comma 8: “[n]ell'interpretazione di questa norma non si è mai dubitato che la regola del previo invito alla regolarizzazione non trovasse applicazione nel caso di richiesta della certificazione preordinata alle verifiche effettuate dalla stazione appaltante ai fini della partecipazione alle gare d'appalto”.

Alla luce delle precedenti considerazioni, il secondo quesito sottoposto dalla Sezione rimettente deve essere risolto, in conformità al principio di diritto espresso nelle sentenze di questa Adunanza Plenaria nn. 5 e 6 del 29 febbraio 2016, nel senso di ritenere l'ambito di applicazione dell'art. 31 d.l. n. 69 del 2013 limitato ai rapporti fra ente previdenziale ed operatore privato richiedente il rilascio del d.u.r.c.. Di conseguenza, va escluso che detta disposizione abbia determinato una implicita modifica all'art. 38 d.lgs. n. 163 del 2006.

L'applicazione dei suesposti principi alla fattispecie oggetto del presente contenzioso determina: - che si debba respingere il primo motivo dell'appello principale con il quale era stato riproposta, in sede di impugnazione, l'eccezione di difetto di giurisdizione del Giudice Amministrativo in relazione all'accertamento sulla regolarità del d.u.r.c., già disattesa dal giudice di prime cure;

- che si debba, invece, accogliere il secondo motivo dell'appello principale, con il quale la S.S.S.

Giurisdizione sulla regolarità dei DURC

Scritto da Valentina Magnano

Sabato 28 Maggio 2016 10:30 - Ultimo aggiornamento Lunedì 30 Maggio 2016 07:40

Coop.Soc. Onlus sostiene l'erroneità della sentenza del Tar Veneto per aver ritenuto illegittima l'esclusione comminata ai danni dell'appellata, argomentando tale illegittimità, sull'asserita mancata applicazione dell'art. 31 comma 8 d.l. n. 69 del 2013.

Il motivo è fondato e va accolto.

A causa dell'impossibilità di applicare il preavviso di d.u.r.c. negativo al caso concreto, il Collegio ritiene, in definitiva, legittimo l'operato dell'Amministrazione la quale ha validamente escluso dalla procedura la società appellata, in conseguenza delle irregolarità riscontrate all'esito del controllo in merito alla regolarità contributiva.

La fondatezza del secondo motivo dell'appello principale, relativo alla impossibilità di applicazione dell'art. 31 comma 8 d.l. n. 69 del 2013 nei rapporti fra stazione appaltante e ente preposto al rilascio del d.u.r.c., consente di ritenere assorbita l'ulteriore censura, sollevata dalla società appellante, relativa alla errata applicazione dell'art. 122 c.p.a..

L'accoglimento dell'appello principale determina, altresì, l'assorbimento dell'appello incidentale proposto dalla Provincia di Verona.

Alla luce delle considerazioni sopra esposte, l'accoglimento del secondo motivo dell'appello principale comporta che, in riforma della sentenza di primo grado, vada respinto il ricorso introduttivo del giudizio.

La novità e la complessità delle questioni affrontate, nonché i contrasti giurisprudenziali esistenti sulle vicende affrontate, nonché il parziale accoglimento, consentono al Collegio di disporre la compensazione integrale fra le parti delle spese del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Adunanza Plenaria) definitivamente pronunciando

Giurisdizione sulla regolarità dei DURC

Scritto da Valentina Magnano

Sabato 28 Maggio 2016 10:30 - Ultimo aggiornamento Lunedì 30 Maggio 2016 07:40

sugli appelli, principale ed incidentale, come in epigrafe proposti, così provvede:

- respinge il primo motivo dell'appello principale e, per l'effetto, dichiara la giurisdizione del giudice amministrativo sulla presente controversia;

- accoglie il secondo motivo dell'appello principale e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, respinge il ricorso di primo grado;

- dichiara assorbito l'appello incidentale;

- compensa le spese del doppio grado.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 23 marzo 2016 con l'intervento dei magistrati:

Alessandro Pajno, Presidente

Filippo Patroni Griffi, Presidente

Sergio Santoro, Presidente

Giuseppe Severini, Presidente

Giurisdizione sulla regolarità dei DURC

Scritto da Valentina Magnano

Sabato 28 Maggio 2016 10:30 - Ultimo aggiornamento Lunedì 30 Maggio 2016 07:40

Luigi Maruotti, Presidente

Carlo Deodato, Consigliere

Nicola Russo, Consigliere, Estensore

Salvatore Cacace, Consigliere

Sandro Aureli, Consigliere

Roberto Giovagnoli, Consigliere

Manfredo Atzeni, Consigliere

Raffaele Greco, Consigliere

Giulio Castriota Scanderbeg, Consigliere

Giurisdizione sulla regolarità dei DURC

Scritto da Valentina Magnano

Sabato 28 Maggio 2016 10:30 - Ultimo aggiornamento Lunedì 30 Maggio 2016 07:40

IL PRESIDENTE

L'ESTENSORE

IL SEGRETARIO

Giurisdizione sulla regolarità dei DURC

Scritto da Valentina Magnano

Sabato 28 Maggio 2016 10:30 - Ultimo aggiornamento Lunedì 30 Maggio 2016 07:40

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 25/05/2016

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

Il Dirigente della Sezione