

MINISTERO DELLA DIFESA

SEGRETARIATO GENERALE DELLA DIFESA E DIREZIONE NAZIONALE DEGLI ARMAMENTI
- II REPARTO COORDINAMENTO AMMINISTRATIVO -
- 2° Ufficio -

Indirizzo Postale: Via XX Settembre, 123/a – 00187 Roma

Posta elettronica: sgd@sgd.difesa.it

Posta elettronica certificata: sgd@postacert.difesa.it

PdC: Funz. Amm. Augusta Lollini

Tel.3/4766; posta elettronica: r2u2s3@sgd.difesa.it

All:1

OGGETTO: Regolarizzazione postuma del DURC (sentenza del Consiglio di Stato in adunanza plenaria del 29 febbraio 2016 n.6).

A ELENCO INDIRIZZI IN ALLEGATO

Si sottopone all'attenzione la sentenza in oggetto, pronunciata dal Consiglio di Stato in adunanza plenaria, sulla questione afferente la regolarizzazione postuma del DURC da parte di un'impresa partecipante ad una procedura di gara per l'affidamento di appalto pubblico.

La questione interpretativa nasce dall'intervenuta normativa in materia (art.31 comma 8 del D.L.21 giugno 2013 n.69), in cui si prevede, ai fini della verifica per il rilascio del DURC, che gli enti preposti invitino l'interessato (in caso di mancanza dei requisiti per il rilascio stesso) a regolarizzare la posizione previdenziale ed assistenziale, entro un termine non superiore ai 15 giorni (c.d. preavviso di DURC negativo).

Nell'interpretazione della predetta disposizione si è formato un contrasto giurisprudenziale; in particolare, è sorto il dubbio se la norma avesse innovato il sistema, nel senso di estendere l'obbligo di invitare l'interessato alla regolarizzazione anche nel caso in cui la richiesta di DURC provenga dalla stazione appaltante, in sede di verifica della dichiarazione resa dall'impresa ai sensi dell'art.38 comma 1 lett.i) del D.Lgs.163/2006.

Secondo un orientamento minoritario, il D.L.69/2013 avrebbe implicitamente ma sostanzialmente modificato l'art.38 del D.Lgs.163/2006, con la conseguenza che l'irregolarità contributiva potrebbe considerarsi definitivamente accertata solo alla scadenza del termine stabilito dal preavviso di DURC negativo. La stessa ordinanza di rimessione all'adunanza plenaria condivide la tesi minoritaria, fondandosi peraltro sul DM 30 gennaio 2015 ed, in particolare, sulla circolare interpretativa del Ministero del lavoro n.19/2015, che avrebbero posto l'obbligo generale di invito alla regolarizzazione (e, quindi, anche per l'art.38).

Il Consiglio di Stato, nel ripercorrere l'evoluzione normativa e giurisprudenziale della questione, dando continuità all'indirizzo interpretativo prevalente, ha ritenuto tuttavia che, anche dopo l'entrata in vigore dell'art.31 c.8 D.L.69/2013, non sono consentite regolarizzazioni postume della posizione previdenziale ed assistenziale, dovendo l'impresa essere in regola, fin dalla presentazione dell'offerta e conservare tale stato per tutta la durata della procedura di aggiudicazione e del rapporto con la stazione appaltante (principio di continuità del possesso dei requisiti già espresso dall'adunanza plenaria nella sentenza del 4 maggio 2012 n.8).

In particolare, ritiene che la norma in questione sia riferita esclusivamente all'ipotesi di DURC chiesto dall'impresa e non a quella di DURC acquisito d'ufficio dalla stazione appaltante per la verifica dell'autodichiarazione resa ai fini della partecipazione alla gara d'appalto.

A fondamento del principio di diritto, l'adunanza plenaria richiama, innanzitutto, il dettato normativo del "definitivo accertamento", previsto dall'art.38 comma 1 lett.i), che non lascia spazio ad interpretazioni diverse da una dichiarazione di regolarità della posizione previdenziale ed assistenziale da parte del partecipante, escludendo qualsiasi adempimento postumo. D'altro canto se il legislatore lo avesse voluto introdurre per l'impresa che ha partecipato alla gara, avrebbe dovuto prevederlo esplicitamente, in quanto trattasi di intervento normativo incidente sul codice (cfr.art.255 D.Lgs.163/2006). Peraltro, l'invito in questione sarebbe, invece, riconducibile alla comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza di cui all'art.10 bis della L.241/90, come deroga alla previsione generale che esclude l'applicazione dell'istituto ai procedimenti in materia previdenziale ed assistenziale ad istanza di parte e gestiti dagli enti previdenziali (art.10 bis n.2).

L'attività di verifica della regolarità da parte dell'ente previdenziale, nella quale rientrerebbe l'invito alla regolarizzazione, è diversa dall'accertamento della veridicità di quanto dichiarato dal concorrente da parte della stazione appaltante, fermo restando il fatto che chi partecipa alla gara deve essere in regola con l'assolvimento degli obblighi previdenziali ed assistenziali.

Dal punto di vista sostanziale, infatti, il Consiglio di Stato richiama i principi generali della parità di trattamento, della tutela del legittimo affidamento e dell'autoresponsabilità, che impediscono la partecipazione alla gara da parte di un'impresa che non versa regolarmente i contributi per i propri dipendenti e che, per di più, ha reso una dichiarazione oggettivamente falsa in ordine al possesso del requisito. Peraltro, questo non sarebbe nemmeno in linea con il nuovo istituto del soccorso istruttorio, delineato dallo stesso art.38 e dall'art.46 del codice degli appalti. Il Consiglio di Stato richiama al riguardo quanto precisato dall'ANAC con determinazione 1/2015: il soccorso istruttorio non può essere utilizzato per l'acquisizione, in gara, di un requisito o di una condizione di partecipazione mancante al momento della domanda di partecipazione.

L'adunanza plenaria, nonostante la pendenza di ulteriore questione rimessa alla Corte di giustizia dalla IV sezione del Consiglio di Stato (ordinanza 11 marzo 2015 n.1236), avente ad oggetto diversa fattispecie sempre riferita al DURC, esclude da ultimo dubbi di compatibilità comunitaria, essendosi la Corte di Giustizia già pronunciata in termini di compatibilità dell'art.38 comma 1 lett.i) con l'art.45 della direttiva 2004/18.

IL DIRETTORE

Dir. Gen. dr. Giuseppe QUITADAMO

ELENCO INDIRIZZI

COMANDO GENERALE DELL'ARMA DEI CARABINIERI	<u>ROMA</u>
COMANDO LOGISTICO DELL'ESERCITO	<u>ROMA</u>
COMANDO LOGISTICO DELL'AERONAUTICA MILITARE	<u>ROMA</u>
COMANDO LOGISTICO DELLA MARINA MILITARE	<u>ROMA</u>
DIREZIONE DI AMMINISTRAZIONE INTERFORZE	<u>ROMA</u>
DIREZIONE DI AMMINISTRAZIONE E. I.	<u>ROMA</u>
DIREZIONE DI AMMINISTRAZIONE M.M.	<u>FIRENZE</u>
DIREZIONE DI AMMINISTRAZIONE A.M..	<u>TARANTO</u>
DIREZIONE DI AMMINISTRAZIONE C.C.	<u>BARI</u>
DIREZIONE GENERALE DI COMMISSARIATO E DI SERVIZI GENERALI	<u>ROMA</u>
DIREZIONE DEGLI ARMAMENTI TERRESTRI	<u>ROMA</u>
DIREZIONE DEGLI ARMAMENTI NAVALI	<u>ROMA</u>
DIREZIONE DEGLI ARMAMENTI AERONAUTICI E PER LA AERONAVIGABILITA'	<u>ROMA</u>
DIREZIONE INFORMATICA, TELEMATICA E TECNOLOGIE AVANZATE	<u>ROMA</u>
DIREZIONE DEI LAVORI E DEL DEMANIO	<u>ROMA</u>
e, per conoscenza:	
VICE SEGRETARIO GENERALE	<u>SEDE</u>
UFFICIO CENTRALE PER LE ISPEZIONI AMMINISTRATIVE	<u>SEDE</u>
UFFICIO CENTRALE DEL BILANCIO C/O M.D.	<u>SEDE</u>
e, per diramazione interna:	
RAGGRUPPAMENTO AUTONOMO MINISTERO DIFESA	<u>SEDE</u>
UFFICIO AMMINISTRAZIONI SPECIALI	<u>ROMA</u>

N. 00006/2016REG.PROV.COLL.

N. 00019/2015 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 19 di A.P. del 2015, proposto da: Cavecon s.r.l., Greco s.r.l., in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, entrambi rappresentati e difesi dall'avvocato Marco Di Lullo, con domicilio eletto presso Di Lullo Marco Studio in Roma, viale Parioli n.180;

contro

Consorzio Stabile Grandi Opere Scarl in proprio e in qualità di mandataria Ati, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Francesco Sofia, con domicilio eletto presso Pierluigi Acquarelli in Roma, Via Oslavia, 6;
Ati-Mas Costruzioni di Carucci Marco;

nei confronti di

Anas Spa;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. CALABRIA - CATANZARO :SEZIONE I n. 00903/2015, resa tra le parti, concemente aggiudicazione appalto lavori di manutenzione straordinaria per la fornitura e posa in opera di giunti e contestuale rifacimento delle testate delle solette di impalcato sui viadotti presenti tra il km 243 521 ed il km 353 450 - Provincia di Cosenza

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Consorzio Stabile Grandi Opere Scarl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 9 dicembre 2015 il Cons. Roberto Giovagnoli e uditi per le parti gli avvocati Di Lullo e Sofia;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

I) Il giudizio di primo grado

1. Con bando del 18 luglio 2014 l'ANAS s.p.a. indiceva una procedura di gara per l'affidamento dei lavori di manutenzione straordinaria per la fornitura e posa in opera di giunti e contestuale rifacimento delle testate delle solette di impalcato sui viadotti presenti tra il km 243+521 ed il km 353+450 in provincia di Cosenza.

Partecipavano alla procedura sia la Cavecon (risultata seconda in graduatoria) sia l'associazione temporanea d'impresa, Consorzio Stabile Grandi Opere s.c.a.r.l. - MAS Costruzioni (risultata prima), dichiarando la regolarità della rispettiva posizione contributiva.

Con provvedimento prot. CCZ-0031753-I del 22 settembre 2014 la stazione appaltante aggiudicava definitivamente l'appalto all'ATI Consorzio Stabile Grandi Opere s.c.a.r.l. - MAS Costruzioni (di seguito anche solo GOP), subordinando l'efficacia e l'esecutività dell'aggiudicazione alla verifica del possesso dei requisiti dichiarati dal concorrente in sede di gara.

2. Con DURC prot. n. 31866431 del 23 settembre 2014, emesso dall'INPS in data 9 ottobre 2014, l'Ente previdenziale comunicava alla stazione appaltante che la posizione contributiva dell'impresa MAS Costruzioni non risultava regolare ai fini del DURC .

Il DURC richiamato, in particolare, chiariva che la posizione della MAS Costruzioni non risultava regolare in virtù: a) del mancato versamento all'INAIL dei premi assicurativi per l'anno 2014 per un importo di Euro 305,92; b) del mancato versamento all'INPS dei contributi fissi 2013 per un importo di Euro 372,47.

3. Alla luce di quanto sopra, con note del 16.10.2014 prot. n. CCZ- 0034774-P e prot. n. CCZ-0034776-P, ANAS richiedeva, rispettivamente, all'INAIL e all'INPS, di voler chiarire se alla data di partecipazione alla procedura del 27 agosto 2014 la MAS Costruzioni avesse o meno «*commesso una violazione grave e definitivamente accertata*».

In tale contesto, con nuovo DURC prot. n. 32338703 del 22.10.2014, emesso dall'INPS in data 3.11.2014, gli enti previdenziali confermavano l'irregolarità contributiva della MAS Costruzioni alla data del 27.8.2014, precisando che detta irregolarità consisteva nel mancato versamento a quella data «*dei premi assicurativi (INAIL) per gli anni 2013-2014 per un importo di Euro 314,47*» e che «*una parte del debito (E. 305,89) è stata pagata in data 24/9/2014*».

Con nota del 12.10.2014, quindi, ANAS comunicava al Consorzio l'avvio del procedimento di revoca dell'aggiudicazione. Con provvedimento del 21.1.2015 revocava l'aggiudicazione disposta in favore dell'ATI Consorzio Stabile Grandi Opere e disponeva l'aggiudicazione dell'appalto in favore della società Cavecon s.r.l.

4. Avverso tale provvedimento, il Consorzio GOP proponeva ricorso innanzi al Tribunale amministrativo regionale per la Calabria, sede di Catanzaro.

La Cavecon, a sua volta, proponeva ricorso incidentale contestando l'atto di ammissione alla gara del R.T.I. ricorrente, i verbali di gara nella parte in cui la stazione appaltante non lo aveva escluso, il provvedimento di aggiudicazione dell'appalto in favore del medesimo R.T.I. (sebbene condizionato alla successiva verifica del possesso dei requisiti dichiarati in sede di gara), i correlati provvedimenti concernenti la relativa verifica dei requisiti, nonché, in parte qua, il successivo provvedimento di revoca di cui alla nota prot. CCZ-0001882-1 del 21.1.2015.

5. Con la sentenza, in epigrafe indicata, il Tribunale amministrativo regionale ha accolto il ricorso principale e respinto il ricorso incidentale.

II) Il giudizio di appello e l'ordinanza di rimessione all'Adunanza Plenaria

6. Per ottenere la riforma di tale sentenza hanno proposto appello le società Cavecon s.r.l. e Greco s.r.l. formulando, in sintesi, le seguenti censure.

7. In via pregiudiziale, le appellanti ripropongono l'eccezione di inammissibilità del ricorso di primo grado per la mancata impugnazione del DURC negativo da parte del Consorzio Stabile Grandi Opere s.c.a.r.l.. Le appellanti deducono che in mancanza di impugnazione dell'atto presupposto (il DURC negativo), la sentenza del Tribunale, amministrativo regionale sarebbe affetta da eccesso di potere giurisdizionale per la violazione dei limiti esterni della giurisdizione in quanto volta a sostituire, anche in assenza della devoluzione della relativa cognizione, l'apprezzamento dell'Amministrazione circa la permanenza del requisito in capo al Consorzio Stabile Grandi Opere.

8. Nel merito le appellanti hanno sostenuto la tesi secondo cui il requisito della regolarità contributiva deve sussistere al momento della presentazione della domanda, senza che sia possibile, neanche dopo l'entrata in vigore dell'art. 31, comma 8, del decreto legge 21 giugno 2013, n. 69, alcuna forma di regolarizzazione postuma.

Sempre nel merito, le appellanti hanno, in via subordinata, censurato la sentenza appellata nella parte in cui ha respinto il ricorso incidentale proposto in primo grado diretto ad evidenziare in capo al Consorzio Stabile Grandi Opere la sussistenza di ulteriori ragioni di esclusione.

Si è costituito in giudizio il Consorzio Stabile Grandi Opere chiedendo il rigetto dell'appello.

9. Con ordinanza 29 settembre 2015, n. 4542, la Quarta Sezione del Consiglio di Stato ha rimesso all'Adunanza Plenaria la questione, se l'obbligo degli Istituti previdenziali di invitare l'interessato alla regolarizzazione del DURC (c.d. preavviso di DURC negativo), previsto dall'art. 7, comma 3 D.M. 24 ottobre 2007 e ribadito dall'art. 31, comma 8, del decreto legge n. 69 del 2013, sussista anche nel caso in cui la richiesta provenga dalla stazione appaltante in sede di verifica della dichiarazione resa dall'impresa ai sensi dell'art. 38, comma 1, lettera i) del d.lgs. n. 163 del 2006. Se, in altri termini, la mancanza dell'invito alla regolarizzazione impedisca di considerare come "definitivamente accertata" la situazione di irregolarità contributiva.

III) *Il contrasto giurisprudenziale in atto*

10. La Sezione rimettente evidenzia come sulla questione si sia formato un contrasto giurisprudenziale che può essere così sintetizzato.

10.1. Un primo orientamento, che la stessa Sezione rimettente considera prevalente, ritiene che: a). per l'accertamento del requisito, oggetto di dichiarazioni sostitutive degli offerenti, debba aversi riguardo al DURC richiesto dalla stazione appaltante in sede di controlli, con riferimento, appunto, all'esatta data della domanda di partecipazione, con conseguente insufficienza, ai fini della prova, di eventuali DURC in possesso degli offerenti ed ancora in corso di validità (sul punto Cons. Stato, sez. IV, 12 marzo 2009, n. 1458; sez. V, 10 agosto 2010, n. 5556; sez. IV, 15 settembre 2010, n. 6907; sez. V, 12 ottobre 2011, n. 5531); b). l'invito alla regolarizzazione (c.d. preavviso di DURC negativo) non si applica in caso di DURC richiesto dalla stazione appaltante, atteso che, l'obbligo dell'INPS di attivare la procedura di regolarizzazione prevista dall'art. 7, comma 3, del D.M. 24 ottobre 2007 si scontra con i principi in tema di procedure di evidenza pubblica che non ammettono regolarizzazioni postume (o, detto diversamente, l'eventuale regolarizzazione postuma non sarebbe comunque idonea ad elidere il dato dell'irregolarità alla data di presentazione dell'offerta). In tal senso, fra le altre, si sono pronunciate: Cons. Stato, Ad. Plen. 4 maggio 2012, n. 8; indirettamente anche Adunanza Plenaria, 20 agosto 2013, n. 20; Cons. Stato, Cons. Stato, IV, 12 marzo 2009 n. 1458; Cons. stato VI, 11 agosto 2009, n. 4928; 6 aprile 2010, n. 1934; 5 luglio 2010, n. 4243; sez. V, 16 settembre 2011, n.5194).

10.2. Un secondo, più recente, ma ancora minoritario orientamento, afferma, invece, che l'obbligo degli Istituti previdenziali di invitare l'interessato alla regolarizzazione sussiste anche ove la richiesta sia fatta in sede di verifica d alla stazione appaltante (Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 14 ottobre 2014, n. 5064); Cons. Stato, sez. VI 16 febbraio 2015 n. 78). A sostegno di tale conclusione si valorizza la "novità" rappresentata dall'art. 31, comma 8, del decreto legge n. 69 del 2013, che secondo la tesi in esame avrebbe implicitamente ma sostanzialmente modificato, l'art. 38 del d. lgs. n. 163 del 2006, con la conseguenza che l'irregolarità contributiva potrebbe considerarsi definitivamente accertata solo alla scadenza del termine di quindici giorni assegnato dall'ente previdenziale per la regolarizzazione della posizione contributiva.

IV) *La soluzione proposta dall'ordinanza di remissione*

11. Così delineato il contrasto giurisprudenziale, la Sezione rimettente mostra di condividere la tesi secondo cui l'obbligo del preavviso di regolarizzazione, previsto sin dal 2007 in via regolamentare (art. 7 del D.M. 24 ottobre 2007) e dal 2013 in forza di disposizione i legge (art. 31, comma 8, del d.l. n. 69 del 2013), debba intendersi sussistente anche per il caso di richiesta proveniente dalla stazione appaltante.

Ciò poiché – si legge nell'ordinanza di rimessione – *«in mancanza di avviso non solo si pone nel nulla il sistema della certificazione di regolarità conseguita dal privato ed in corso di validità, in violazione del d.m. 24 ottobre 2007, che non distingue in punto di efficacia degli atti di certazione a seconda della natura pubblica o privata del richiedente, ma si violano il principio di affidamento dei privati, costituzionalmente e comunitariamente fondato, riconoscendo carattere di definitività ad una violazione previdenziale che non risulta dal "durc" privato, né è mai stata previamente comunicata a ricorrente»*.

La Sezione rimettente evidenzia come tale soluzione interpretativa sia stata recepita dall'art. 4 D.M. 30 gennaio 2015 e, soprattutto, da una successiva circolare interpretativa del Ministero del Lavoro (n. 19/2015) nella quale si afferma espressamente che *«le Amministrazioni aggiudicatrici procederanno, pertanto, a decorrere dal 1° luglio 2015, alla verifica delle dichiarazioni sostitutive con le stesse modalità di cui all'art. 6 del D.M. restando precluso, pertanto, dalla medesima data, come precisato nella circolare ministeriale, la possibilità per le Amministrazioni in fase di richiesta di specificare la data nella quale ciascuna dichiarazione è stata resa. Ciò stante l'obbligo generale di invito alla regolarizzazione, previsto dall'art. 4 del DM, anche ai fini di qualificare come definitivamente accertate le violazioni gravi alle norme in materia di contributi previdenziali ai sensi dell'art. 38, comma 1, lettera i), del d.lgs. n. 163/2006»*.

Proprio alla luce di tale circolare, non vi sarebbe dubbio, quindi, secondo la Sezione rimettente, che dal 1° luglio (data di entrata in vigore del D.M. 30 gennaio 2015), in ragione delle nuove previsioni normative e delle modalità applicative, il concetto di definitivo accertamento (proprio dell'ordinamento previdenziale) sia subordinato all'invito a regolarizzare anche se l'interrogazione sia compiuto dalla stazione appaltante in funzione di verifica della dichiarazione resa ai sensi dell'art. 38 d.lgs. n. 163 del 2006.

Il dubbio esegetico, quindi, secondo l'impostazione accolta dall'ordinanza di rimessione, sarebbe circoscritto al periodo antecedente all'entrata in vigore del D.M. 30 gennaio 2015 e dovrebbe, comunque, risolversi ritenendo applicabile il preavviso di DURC negativo anche nell'ambito delle procedure di gara.

V) *La questione pregiudiziale dei limiti della cognizione del giudice amministrativo a fronte di un provvedimento di esclusione fondato su un DURC negativo non impugnato*

12. In via pregiudiziale, prima di affrontare nel merito la questione rimessa dalla Quarta Sezione, deve essere esaminata l'eccezione di inammissibilità del ricorso di primo grado riproposto da Cavecon con apposito motivo di appello.

Cavecon ha dedotto l'inammissibilità del ricorso di primo grado in ragione della mancata impugnazione del DURC negativo da parte del Consorzio GOP.

Il Tribunale amministrativo regionale in primo grado ha disatteso l'eccezione affermando che il DURC *«è un'attestazione concernente il rapporto obbligatorio previdenziale, che non costituisce espressione di poteri autoritativi pubblicistici e che non ha, quindi, valenza provvedimento, con conseguente insussistenza della giurisdizione rispetto ad esso del giudice amministrativo»*.

13. L'eccezione di inammissibilità del ricorso di primo grado è infondata.

14. Va precisato che la questione dei limiti entro i quali sussiste la giurisdizione del giudice amministrativo sulla legittimità del DURC è, a sua volta, oggetto di un contrasto giurisprudenziale, tanto che recentemente la Quinta Sezione del Consiglio di Stato ne ha rimesso la risoluzione all'Adunanza Plenaria (cfr. ordinanza 21 ottobre 2015, n. 4799), insieme, peraltro, a questioni di diritto sostanziale (sulla corretta interpretazione dell'art. 31, comma 8, decreto legge n. 69 del 2013), in gran parte corrispondenti a quelle oggetto del presente giudizio.

Ai fini del presente giudizio, nel cui ambito la citata questione processuale non è oggetto di rimessione ma viene in rilievo al solo fine di decidere sulla pregiudiziale eccezione di inammissibilità del ricorso di primo grado, è sufficiente richiamare quanto affermato dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione (cfr. Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 11 dicembre 2007, n. 25818 e 9 febbraio 2011, n. 3169), secondo cui la produzione della certificazione attestante la regolarità contributiva dell'impresa partecipante alla gara di appalto costituisce uno dei requisiti posti dalla normativa di settore ai fini dell'ammissione alla gara, sicché il giudice amministrativo ben può verificare la regolarità di tale certificazione, sia pure *incidenter tantum*, cioè con accertamento privo di efficacia di giudicato nel rapporto previdenziale, ai sensi dell'art. 8 del Cod. proc. amm.

Deve rilevarsi, invero, che il sindacato del giudice amministrativo ha come oggetto principale la questione relativa alla legittimità dell'atto amministrativo adottato dalla stazione appaltante sulla base delle risultante del DURC negativo; rispetto a tale questione, il sindacato sulla regolarità della posizione contributiva quale attestata dal DURC viene effettuato in via meramente incidentale e senza efficacia di giudicato, al solo fine di statuire sulla questione principale, in conformità allo schema decisorio delineato dall'art. 8 Cod. proc. amm.

In tal modo si riesce ad assicurare l'effettività della tutela (che esclude che ci possano essere profili dell'azione amministrativa sottratti al sindacato giurisdizionale), senza invadere i confini della giurisdizione ordinaria, quali delineati dagli artt. 442, comma 1, e 444, comma 3, del Cod. proc. civ. che devolvono alla giurisdizione civile le controversie relative agli obblighi dei datori di lavoro e all'applicazione delle sanzioni civili per l'inadempimento di tali obblighi.

Diverso è, in definitiva, lo scrutinio compiuto dal giudice ordinario sui diritti previdenziali del lavoratore che si assumono violati, rispetto al sindacato effettuato dal giudice amministrativo sul loro corretto adempimento, attestato dal certificato di regolarità contributiva che le imprese affidatarie di un appalto pubblico devono presentare alla stazione appaltante, a pena di esclusione.

Nell'accertare il mancato versamento di contributi dovuti all'Ente di previdenza, il sindacato del giudice ha per oggetto la sussistenza del diritto del lavoratore dipendente alla contribuzione in relazione all'attività prestata ed al diritto al trattamento di quiescenza, mentre, nelle controversie relative a procedure di affidamento di lavori, servizi o forniture da parte di soggetti tenuti al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica, oggetto di indagine del giudice è la mera regolarità della certificazione prodotta, attestante la regolarità contributiva dell'impresa partecipante alla gara di appalto, che rappresenta un requisito di partecipazione.

In quest'ottica, il giudice amministrativo può conoscere, senza travalicare i limiti della propria giurisdizione, la questione relativa alla sussistenza del requisito della regolarità contributiva, senza che occorra l'espressa impugnazione del DURC, oggetto solo di un sindacato *incidenter tantum* ai sensi dell'art. 8 Cod. proc. amm.

15. Il ricorso deve, dunque, essere esaminato nel merito.

VI) *La decisione dell'Adunanza Plenaria sulla questione di merito oggetto di rimessione*

16. La questione sottoposta dall'ordinanza di rimessione deve essere risolta dando continuità, anche dopo l'entrata in vigore dell'art. 31, comma 8, del decreto legge n. 69 del 2013, all'indirizzo interpretativo secondo cui non sono consentite regolarizzazioni postume della posizione previdenziale, dovendo l'impresa deve 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.

Tale principio, già chiaramente espresso dall'Adunanza Plenaria nella sentenza 4 maggio 2012, n. 8, non risulta superato dalla norma, più volte richiamata dall'ordinanza di rimessione, introdotta con l'articolo 31, comma 8, del decreto legge n. 69 del 2013.

La disposizione in esame testualmente prevede, sotto la rubrica «*Semplificazioni in materia di DURC*»: «*Ai fini della verifica per il rilascio del documento unico di regolarità contributiva (DURC), in caso di mancanza dei requisiti per il rilascio di tale documento gli Enti preposti al rilascio, prima dell'emissione del DURC o dell'annullamento del documento già rilasciato, invitano l'interessato, mediante posta elettronica certificata o con lo stesso mezzo per il tramite del consulente del lavoro ovvero degli altri soggetti di cui all'articolo 1 della legge 11 gennaio 1979, n. 12, a regolarizzare la propria posizione entro un termine non superiore a quindici giorni, indicando analiticamente le cause della irregolarità*»

Tale disposizione, contrariamente a quanto sostenuto nell'ordinanza di rimessione, non può interpretarsi nel senso di subordinare il carattere definitivo della violazione previdenziale (che ai sensi dell'art. 38 d.lgs. n. 163 del 2006 rappresenta un elemento ostativo alla partecipazione alle gare d'appalto) alla condizione che l'impresa che versi in stato di irregolarità contributiva al momento della presentazione dell'offerta venga previamente invitata a regolarizzare la propria posizione previdenziale e che, nonostante tale invito, perseveri nell'inadempimento dei propri obblighi contributivi.

L'Adunanza Plenaria ritiene, al contrario, che l'art. 31, comma 8, del decreto legge n. 69 del 2013 non abbia in alcun modo modificato la disciplina dettata dall'art. 38 d.lgs. n. 163 del 2006 e che, pertanto, la regola del previo invito alla regolarizzazione non trovi applicazione nel caso di DURC richiesto dalla stazione appaltante ai fini della verifica delle dichiarazioni rese dall'impresa ai fini della partecipazione alla gara.

L'istituto dell'invito alla regolarizzazione (il c.d. preavviso di DURC negativo) può, dunque, 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.

17. Depongono a favore di tale conclusione, una pluralità di argomenti di carattere letterale, storico e sistematico.

VI) Gli argomenti fondati sul dato letterale

18. Da un punto di vista letterale, risulta significativo il confronto tra la formulazione del comma 8 dell'articolo 31 e quella dei commi che lo precedono (in particolare quelli che vanno dal comma 2 al comma 7).

Nel comma 8 (quello oggetto della questione interpretativa rimessa all'esame dell'Adunanza Plenaria) manca qualsiasi riferimento alla disciplina dell'evidenza pubblica o dei contratti pubblici e questa mancanza è tanto più significativa se si considera che, invece, nei commi precedenti (in tutti quelli che vanno dal comma 2 al comma 7) vi è un riferimento esplicito a tale disciplina, riferimento enfatizzato anche dalla relativa collocazione, sempre all'inizio della disposizione.

Più nel dettaglio:

- i commi 3, 4, 6 e 7 si aprono tutti con la stessa locuzione: «*Nei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture [...]*»;

- il comma 2 si apre con la formula: «*Al codice di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, sono apportate le seguenti modificazioni: [...]*»;

- il comma 7 si apre, a sua volta, con uno specifico riferimento proprio al «*documento unico di regolarità contributiva (DURC) rilasciato per i contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*».

Già il dato letterale, rafforzato dal confronto tra i vari commi che compongono l'articolo in esame, supporta, quindi, la conclusione che laddove il legislatore del 2013 ha inteso occuparsi dei contratti pubblici, apportando modifiche alla relativa disciplina, lo ha detto espressamente, attraverso un richiamo esplicito.

19. L'argomento letterale è rafforzato dalla considerazione che ai sensi dell'art. 255 d.lgs. 163 del 2006 «*[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*» (c.d. clausola di abrogazione esplicita).

Conformemente a tale previsione normativa, che impone l'abrogazione o la modifica esplicita delle norme del codice dei contratti pubblici (o delle norme che incidono sulle materie dallo stesso regolate), l'art. 31, comma 2, come si è già accennato, contiene l'elenco esplicito delle disposizioni del decreto legislativo n. 163 del 2006 che sono state modificate.

In questo elenco non è menzionato l'art. 38, comma 1, lettera i), ovvero la disposizione che prevede come causa ostativa della partecipazione l'aver commesso «*violazioni gravi e definitivamente accertate, alle norme in materia di contributi previdenziali e assistenziali*».

Non è allora sostenibile che una modifica così rilevante come quella che l'ordinanza di rimessione vorrebbe trarre dal decreto legge n. 69 del 2013 (ossia, la modifica della nozione di "definitivo accertamento" quale fatta propria dal c.d. diritto vivente di cui è certamente espressione la sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 8 del 2012) possa discendere, in violazione della clausola dell'abrogazione esplicita, da una disposizione che non solo non lo dispone espressamente, ma che non contiene nemmeno alcun esplicito riferimento alla materia dei contratti pubblici ed è per di più inserita in un articolo che in un diverso comma (il comma 5) elenca in maniera analitica e puntuale le modifiche apportate alla disciplina dei contratti pubblici.

20. Sempre sotto il profilo letterale, giova evidenziare che il comma 8 dell'art. 31, nel prevedere l'onere del previo invito alla regolarizzazione fa testualmente riferimento all'attività di «*verifica per il rilascio del documento unico di regolarità contributiva (DURC)*» richiesto dal datore di lavoro. Ben diversa è l'attività che l'Ente previdenziale compie non per rilasciare il DURC su richiesta dell'impresa, ma per verificare, su richiesta della stazione appaltante, la veridicità della dichiarazione sostitutiva relativa al requisito di cui all'articolo 38, comma 1, lettera i), del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163.

La netta distinzione tra le due fattispecie di DURC – quello rilasciato su richiesta di parte e quello acquisito d'ufficio dalla stazione appaltante nell'ambito delle procedure di gara (o della successiva fase di esecuzione del contratto) – trova ancora conferma nel testo dell'articolo 33 del decreto legge n. 69 del 2013.

Nell'ambito di tale articolo, il DURC relativo all'aggiudicazione e all'esecuzione dei contratti pubblici è fatto oggetto di specifica disciplina nei commi 3, 4 e 5, 6 e 7. In questi commi, il legislatore non prevede mai, neanche implicitamente o indirettamente, la possibilità di regolarizzazione postuma dell'eventuale inadempienza contributiva che dovesse essere riscontrata in capo all'impresa che ha partecipato alla gara o che sta eseguendo il contratto.

Solo il comma 8, che si riferisce però al DURC rilasciato su richiesta di parte, prevede il previo invito alla regolarizzazione.

La conclusione che si trae, anche alla luce del fondamentale canone interpretativo *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*, è univoca: l'invito alla regolarizzazione è un istituto estraneo alla disciplina dell'aggiudicazione e dell'esecuzione dei contratti pubblici.

Tale risultato interpretativo è ulteriormente confermato dalla considerazione che l'art. 38, comma 2, del decreto legislativo n. 163 del 2006 rinvia alle norme dell'ordinamento previdenziale solo per stabilire quando l'irregolarità contributiva deve considerarsi "grave" (prevedendo letteralmente che, « ai fini del comma 1, lettera i), si intendono gravi le violazioni ostative al rilascio del documento unico di regolarità contributiva »).

Analogo rinvio non è presente, invece, per quanto riguarda l'altra caratteristica che la violazione contributiva deve avere affinché rilevi come causa ostativa alla partecipazione alle gare d'appalto (essere appunto "definitivamente accertata"). Da qui la conclusione che la nozione di "definitivo accertamento" che viene in rilievo nell'ambito del Codice dei contratti pubblici debba essere ricostruita in maniera autonoma rispetto alla disciplina dell'ordinamento previdenziale, e prescindendo, pertanto, dalla necessità della previa attivazione di meccanismi di regolarizzazione postuma, come quelli di cui si discute nel presente giudizio.

VII) Gli argomenti di sistema

21. Anche da un punto di vista sistematico, non può non considerarsi che il c.d. invito alla regolarizzazione costituisce una sorta di preavviso di rigetto (si parla non a caso di preavviso di DURC negativo).

Esso evoca, pertanto, un istituto (la comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza) previsto in via generale dall'art. 10-*bis* legge 7 agosto 1990, n. 241.

Si tratta di un istituto che, come è noto, è stato previsto, nell'ambito della disciplina del procedimento amministrativo, solo con riferimento ai procedimenti ad istanza di parte, risultando incompatibile con i procedimenti d'ufficio, dove, in effetti, non vi è un'istanza di parte e, quindi, non vi è un onere di preventiva comunicazione dei motivi ostativi al suo accoglimento.

Merita considerazione anche il rilievo che lo stesso art. 10-*bis* della legge n. 241 del 1990, introduce due deroghe espresse alla regola del c.d. preavviso di rigetto. Le deroghe si riferiscono: 1) alle procedure concorsuali; 2) ai procedimenti in materia previdenziale e assistenziale sorti a seguito di istanza di parte e gestiti dagli enti previdenziali.

Entrambe le deroghe offrono elementi d'interesse ai fini della risoluzione della questione oggetto del presente giudizio.

La deroga alle procedure concorsuali (a prescindere dalla difficoltà di considerare, a rigore, la procedura concorsuale un procedimento ad istanza di parte) si riferisce a tutte le procedure caratterizzate dal principio della concorsualità e, quindi, anche alle procedure di evidenza pubblica per l'aggiudicazione di contratti pubblici.

La deroga relativa ai procedimenti previdenziali fa specifico riferimento a quelli sorti a seguito ad istanza di parte. Se il procedimento previdenziale inizia d'ufficio (come è nel caso di cui ci si occupa nel presente giudizio) l'art. 10-*bis* della legge n. 241 del 1990 non ha nemmeno previsto la deroga, sul presupposto che tali procedimenti sono, per la loro stessa natura, estranei all'ambito di applicazione del c.d. preavviso di rigetto.

Rispetto alle previsioni dell'art. 10-*bis* della legge n. 241 del 1990, l'art. 31, comma 8, del decreto legge n. 69 del 2013, introduce un elemento di novità: una sorta di "deroga alla deroga" per effetto della quale un meccanismo analogo al preavviso di rigetto è ora previsto per un particolare procedimento previdenziale: quello ad istanza di parte per il rilascio del DURC.

Al di fuori di questa specifica ipotesi, tuttavia, torna ad operare la disciplina generale, che appunto esclude il preavviso di rigetto nell'ambito sia delle procedure concorsuali sia dei procedimenti previdenziali che iniziano d'ufficio.

22. Sempre da un punto di vista sistematico, 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: i principi di parità di trattamento e di autoresponsabilità e il principio di continuità nel possesso dei requisiti di partecipazione alla gara.

22.1. Per quanto riguarda il principio della parità di trattamento e dell'autoresponsabilità (per i quali si rinvia alla fondamentale sentenza di questa Adunanza Plenaria 25 febbraio 2014, n. 9), è fin troppo evidente che l'applicazione della "regolarizzazione postuma" finirebbe per consentire ad una impresa di partecipare alla gara senza preoccuparsi

dell'esistenza a proprio carico di una irregolarità contributiva, potendo essa confidare sulla possibilità di sanare il proprio inadempimento in caso di aggiudicazione (e, dunque, a seconda della convenienza).

Si arriverebbe, in tal modo, a consentire all'offerente – che pur a conoscenza di una irregolarità contributiva abbia reso una dichiarazione volta ad attestare falsamente il contrario – di beneficiare di una facoltà di regolarizzazione postuma della sua posizione, andando così a sanare, non una mera irregolarità formale, ma la mancanza di un requisito sostanziale, mancanza aggravata dall'aver reso una dichiarazione oggettivamente falsa in ordine al possesso del requisito.

Una simile generalizzata possibilità di sanatoria – della dichiarazione falsa e della mancanza del requisito sostanziale – darebbe vita ad una palese violazione del principio della parità di trattamento e dell'autoresponsabilità dei concorrenti, in forza del quale ciascuno di essi sopporta le conseguenze di errori, omissione e, *a fortiori*, delle falsità, commesse nella formulazione dell'offerta e nella presentazione delle dichiarazioni (cfr. ancora Ad. Plen. 25 febbraio 2014, n. 9).

Va richiamato a tale proposito anche quanto autorevolmente e condivisibilmente affermato dall'Autorità nazionale anticorruzione (ANAC) nella Determinazione n. 1 dell'8 gennaio 2015 (*Criteri interpretativi in ordine alle disposizioni dell'art. 38, comma 2-bis e dell'art. 46, comma 1-ter del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163*).

In quella sede l'ANAC, proprio delimitando il campo di applicazione dell'istituto del soccorso istruttorio in materia di appalti pubblici [in seguito alle modifiche apportate al Codice dei contratti pubblici dal decreto-legge 24 giugno 2014, n. 90 (*Misure urgenti per la semplificazione e la trasparenza amministrativa e per l'efficienza degli uffici giudiziari*), convertito, con modificazioni in legge 11 agosto 2014, n. 114] ha giustamente precisato che il nuovo istituto del soccorso istruttorio «*non può, in ogni caso, essere strumentalmente utilizzato per l'acquisizione, in gara, di un requisito o di una condizione di partecipazione, mancante alla scadenza del termine di presentazione dell'offerta. Resta fermo, in sostanza, il principio per cui i requisiti di partecipazione devono essere posseduti dal concorrente - che deve essere, altresì, in regola con tutte le altre condizioni di partecipazioni - alla scadenza del termine fissato nel bando per la presentazione dell'offerta o della domanda di partecipazione, senza possibilità di acquisirli successivamente*».

E con particolare riferimento alle dichiarazioni false, la citata determinazione precisa che «*La novella in esame, infatti, non incide sulla disciplina delle false dichiarazioni in gara, che resta confermata. Pertanto ai sensi dell'art. 38, comma 1-ter del Codice, ove la stazione appaltante accerti che il concorrente abbia presentato una falsa dichiarazione o una falsa documentazione, si dà luogo al procedimento definito nel citato comma 1-ter dell'art. 38 ed alla comunicazione del caso all'Autorità per l'applicazione delle sanzioni interdittive e pecuniarie fissate nella disciplina di riferimento (art. 38, comma 1-ter e art. 6, comma 11, del Codice)*».

L'Adunanza Plenaria condivide e fa proprie tali conclusioni, dovendosi ribadire anche in questa sede l'inammissibilità di qualsiasi forma di regolarizzazione postuma della carenza del requisito sostanziale o della falsa dichiarazione.

22.2. Deve, inoltre, richiamarsi il principio di continuità nel possesso dei requisiti (cfr. Cons. Stato, Ad. Plen. 20 luglio 2014, n. 8), che non possono essere persi dal concorrente neanche temporaneamente nel corso della procedura. A voler seguire, invece, il principio della regolarizzazione postuma dovrebbe allora sostanzialmente consentirsi al soggetto che abbia perso e poi riacquisito il requisito di conseguire l'aggiudicazione, in netto contrasto con quanto chiaramente affermato da questa Adunanza Plenaria nella sentenza n. 8 del 2015.

VIII) *Gli argomenti legati all'evoluzione storico-normativa e alla relativa interpretazione giurisprudenziale*

23. L'asserita portata innovativa che si vorrebbe riconoscere all'art. 31, comma 8, del decreto legge n. 69 del 2013 risulta sensibilmente ridimensionata anche da considerazioni legate all'osservazione dell'evoluzione storico-normativa e della relativa interpretazione giurisprudenziale.

Deve osservarsi, invero, che una regola di portata analoga a quella ora recepita a livello legislativo dall'art. 31, comma 8, del decreto legge n. 69 del 2013, già esisteva nell'ordinamento, sia pure posta da una fonte regolamentare.

Si fa riferimento all'art. 7, comma 3, del D.M. 24 ottobre 2007 (peraltro applicabile *ratione temporis* alla procedura di gara oggetto del presente giudizio) il quale, appunto prevedeva: «*In mancanza dei requisiti di cui all'art. 5 gli Istituti, le Casse edili e gli Enti bilaterali, prima dell'emissione del DURC o dell'annullamento del documento già rilasciato ai sensi dell'art. 3, invitano l'interessato a regolarizzare la propria posizione entro un termine non superiore a quindici giorni.*».

Nell'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.

Vanno riportare sotto tale profilo i chiarissimi principi enunciati da questa Adunanza Plenaria nella già citata sentenza 20 maggio 2012, n. 8, in cui si legge: « Quanto alla questione del momento in cui deve sussistere la regolarità contributiva e della possibile sanatoria dell'irregolarità in corso di gara, la giurisprudenza di questo Consesso ha affermato che l'assenza del requisito della regolarità contributiva, costituendo condizione di partecipazione alla gara, se non posseduto alla data di scadenza del termine di presentazione dell'offerta, non può che comportare la esclusione del concorrente non adempiente, non potendo valere la regolarizzazione postuma.

L'impresa infatti deve essere in regola con i relativi obblighi fin dalla presentazione della domanda e conservare tale regolarità per tutto lo svolgimento della procedura. Costituisce principio pacifico che poiché il momento in cui va verificata la sussistenza del requisito della regolarità contributiva e previdenziale è quello di presentazione della domanda di partecipazione alla gara, la eventuale regolarizzazione successiva, se vale a eliminare il contenzioso tra l'impresa e l'ente previdenziale non può comportare ex post il venir meno della causa di esclusione [Cons. St., sez. IV, 12 aprile 2011, n. 2284; Id., sez. V, 23 ottobre 2007, n.5575]

Deve escludersi la rilevanza di un eventuale adempimento tardivo dell'obbligazione contributiva, quand'anche ricondotto retroattivamente, quanto ad efficacia, al momento della scadenza del termine di pagamento [Cons. St., sez. IV, n. 1458/2009].

Si tratta, del resto, di un corollario del più generale principio (già affermato nella giurisprudenza della Corte di giustizia UE con la pronuncia del 9 febbraio 1996, in cause riunite C-226/04 e C-228/04) secondo cui 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 [Cons. St., sez. VI, 5 luglio 2010, n. 4243].

La mancanza del requisito della regolarità contributiva alla data di scadenza del termine previsto dal bando per la presentazione delle offerte, in definitiva, non è sanato dall'eventuale adempimento tardivo dell'obbligazione contributiva, atteso che tale tardivo adempimento può rilevare nelle reciproche relazioni di credito e di debito fra i soggetti del rapporto obbligatorio e non anche nei confronti dell'Amministrazione aggiudicatrice che debba accertare la sussistenza del requisito della regolarità contributiva ai fini dell'ammissione alla gara [Cons. St., sez. VI, 12 gennaio 2011, n.104]. ».

L'art. 31, comma 8, del decreto legge n. 69 del 2013 ha determinato una sorta di "novazione" della fonte della previsione normativa già contenuta nel decreto ministeriale del 24 ottobre 2007, conferendole rango legislativo. Ma non vi sono nella disposizione che ora ha rango legislativo elementi di novità che consentano di superare l'interpretazione "storica" della precedente norma regolamentare.

24. Nessun argomento in senso contrario può trarsi, diversamente da quanto ipotizzato nell'ordinanza di rimessione, dal decreto ministeriale 30 gennaio 2015 (comunque inapplicabile *ratione temporis* perché entrato in vigore il 1° luglio 2015) e dalla successiva circolare interpretativa del Ministero del Lavoro – Direzione generale per l'attività ispettiva dell' 8 giugno 2015, n. 19.

Appurato, infatti, che a livello di normativa primaria, la disciplina dell'affidamento degli appalti pubblici non consente la regolarizzazione postuma della irregolarità contributiva, deve certamente escludersi che tale forma di regolarizzazione possa essere stata introdotta da una fonte di rango regolamentare, quale è il decreto ministeriale 30 gennaio 2015.

È fin troppo evidente che il generale principio di gerarchia delle fonti normative non permette ad una norma regolamentare di introdurre una forma di regolarizzazione incompatibile con la disciplina di rango legislativo.

Una simile interpretazione (dando luogo ad una inammissibile inversione della gerarchia delle fonti) deve, pertanto, essere disattesa.

IX) La presunta incompatibilità comunitaria

25. In senso contrario alla tesi qui accolta non possono essere invocati neanche presunti profili di incompatibilità con i principi dell'ordinamento comunitario.

25.1. Non viene, in rilievo, innanzitutto, il principio di tutela del legittimo affidamento, che trova le sue radici anche nell'ordinamento nazionale.

La tutela dell'affidamento incontra, infatti, il limite dell'autoresponsabilità e non può allora essere invocato dall'impresa che volontariamente o colpevolmente si trovi in una situazione di irregolarità contributiva. In base al già richiamato principio di auto responsabilità (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 a causa di errori imputabili alla stessa impresa.

L'affidamento sulle risultanze del precedente DURC in questo caso è colpevole perché la discrasia tra il DURC e la realtà dipende da omissioni od errori imputabili proprio all'impresa che tale affidamento invoca.

25.2. Non risulta pertinente neanche il richiamo alle motivazioni sulla cui base la Quarta Sezione del Consiglio di Stato, con ordinanza 11 marzo 2015, n. 1236 ha rimesso alla Corte di Giustizia dell'Unione europea una questione pregiudiziale circa la compatibilità tra l'articolo 45 della direttiva 18/2004 – interpretato alla luce del principio di ragionevolezza nonché degli articoli 49 e 56 del TFUE – e una normativa nazionale (quale quella italiana) che, nell'ambito di una procedura d'appalto sopra soglia, consente alle stazioni d'appaltanti di richiedere d'ufficio agli istituti previdenziali il documento unico di regolarità contributiva (DURC) ed obbliga le medesime stazioni appaltanti ad escludere dalla gara quegli operatori economici dalla cui certificazione si evince una violazione contributiva sussistente al momento della partecipazione – anche se da essi non conosciuta in quanto hanno partecipato in forza di un DURC positivo in corso di validità – e non più presente al momento dell'aggiudicazione o della verifica d'ufficio.

In primo luogo, le differenze che si colgono, sul piano fattuale, tra le relative fattispecie concrete (quella oggetto del presente giudizio e quella con riferimento alla quale è stata sollevata la questione pregiudiziale), già esclude la possibilità di "trasferire" automaticamente i medesimi dubbi di compatibilità comunitaria nell'ambito del presente giudizio.

In ogni caso è dirimente, ed esclude la necessità di una ulteriore rimessione alla Corte di Giustizia o di una sospensione c.d. impropria del presente giudizio in attesa della decisione sulla questione pregiudiziale rimessa dalla Quarta Sezione, la constatazione che la Corte di Giustizia ha già avuto modo di occuparsi della compatibilità comunitaria della disciplina legislativa nazionale che preclude rigidamente la partecipazione alle gare di appalto alle imprese che versino in una situazione grave e definitivamente accertata di irregolarità contributiva (e delle relative nozioni di "gravità" e "definitivo accertamento").

Già nella sentenza 10 luglio 2014, C-358/12, *Consorzio Stabile Libor 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. 18/2004 ha statuito(paragrafi 32 e seguenti della motivazione) che:

- l'obiettivo perseguito dalla causa di esclusione dagli appalti pubblici definita dall'articolo 38, paragrafo 1, lettera i), del decreto legislativo n. 163/2006 consiste nell'accertarsi dell'affidabilità, della diligenza e della serietà dell'offerente nonché della correttezza del suo comportamento nei confronti dei suoi dipendenti;

- accertarsi che un offerente possieda tali qualità costituisce un obiettivo legittimo di interesse generale;

- una causa di esclusione come quella prevista dall'articolo 38, paragrafo 1, lettera i), del decreto legislativo n. 163/2006 è idonea a garantire il conseguimento dell'obiettivo perseguito, dato che il mancato versamento delle prestazioni previdenziali da parte di un operatore economico tende a indicare assenza di affidabilità, di diligenza e di serietà di quest'ultimo quanto all'adempimento dei suoi obblighi legali e sociali;

- per quanto riguarda la necessità di una tale misura, la definizione, da parte della normativa nazionale, di una soglia precisa di esclusione alla partecipazione agli appalti pubblici, vale a dire uno scostamento tra le somme dovute a titolo di prestazioni sociali e quelle versate è di un importo superiore, al contempo, a EUR 100 e al 5% delle somme dovute, garantisce non solo la parità di trattamento degli offerenti ma anche la certezza del diritto, principio il cui rispetto costituisce una condizione della proporzionalità di una misura restrittiva (v., in tal senso, sentenza *Itelcar*, C-282/12, EU:C:2013:629, punto 44);

- per quanto riguarda il livello di tale soglia di esclusione, quale definito dalla normativa nazionale, occorre ricordare che, riguardo agli appalti pubblici che ricadono nella sfera di applicazione della direttiva 2004/18, l'articolo 45, paragrafo 2, di tale direttiva lascia l'applicazione dei casi di esclusione che menziona alla valutazione degli Stati membri, come risulta dall'espressione «può venire escluso dalla partecipazione ad un appalto», che figura all'inizio di detta disposizione, e rinvia esplicitamente, in particolare alle lettere e) e f), alle disposizioni legislative nazionali [v., per quanto riguarda l'articolo 29 della direttiva 92/50/CEE del Consiglio, del 18 giugno 1992 che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi (GU L 209, pag. 1), sentenza *La Cascina e a.*, C-226/04 e C-228/04, EU:C:2006:94, punto 21]. Inoltre, ai sensi del secondo comma di detto articolo 45, paragrafo 2, gli Stati membri precisano, conformemente al rispettivo diritto nazionale e nel rispetto del diritto dell'Unione, le condizioni di applicazione del paragrafo stesso;

- di conseguenza, l'articolo 45, paragrafo 2, della direttiva 2004/18 non prevede una uniformità di applicazione delle cause di esclusione ivi indicate a livello dell'Unione, in quanto gli Stati membri hanno la facoltà di non applicare affatto queste cause di esclusione o di inserirle nella normativa nazionale con un grado di rigore che potrebbe variare a seconda dei casi, in funzione di considerazioni di ordine giuridico, economico o sociale prevalenti a livello nazionale. In

tale ambito, gli Stati membri hanno il potere di attenuare o di rendere più flessibili i criteri stabiliti da tale disposizione (v., per quanto riguarda l'articolo 29 della direttiva 92/50, sentenza La Cascina e a., EU:C:2006:94, punto 23);

- l'articolo 45, paragrafo 2, lettera e), della direttiva 2004/18 consente agli Stati membri di escludere dalla partecipazione a un appalto pubblico ogni operatore economico che non sia in regola con gli obblighi relativi al pagamento dei contributi previdenziali e assistenziali, senza che sia previsto un qualsivoglia importo minimo di contributi arretrati. In tale contesto, il fatto di prevedere un siffatto importo minimo nel diritto nazionale costituisce un'attenuazione del criterio di esclusione previsto da tale disposizione e non può, pertanto, ritenersi che vada oltre il necessario.

- gli Stati membri sono liberi di integrare le cause di esclusione previste, in particolare, dall'articolo 45, paragrafo 2, lettere e) e f), di detta direttiva nella normativa nazionale con un grado di rigore che potrebbe variare a seconda dei casi, in funzione di considerazioni di ordine giuridico, economico o sociale prevalenti a livello nazionale.

Alla luce dell'insieme delle considerazioni che precedono, la Corte di giustizia ha, quindi, affermato dichiarato 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.

A ciò si deve aggiungere il principio generale affermato nella giurisprudenza della Corte di giustizia Ce con la pronuncia del 9 febbraio 1996, in cause riunite C-226/04 e C-228/04, secondo cui: *«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».*

Nemmeno gli argomenti fondati sul diritto comunitario impongono, quindi, di dare spazio ad una generalizzata regolarizzazione postuma come quella prospettata dall'ordinanza di rimessione.

X) Il principio di diritto sulla questione interpretativa rimessa all'Adunanza Plenaria

26. Alla luce delle considerazioni che precedono, la questione interpretativa sottoposta dall'Adunanza Plenaria deve, pertanto, essere risolta enunciando il seguente principio di diritto:

«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 deve 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».

XI) L'applicazione del principio al caso di specie

27. L'applicazione dell'enunciato principio al caso oggetto del presente giudizio comporta l'accoglimento dell'appello proposto dalle società Cavecon e Greco.

Nel caso di specie è pacifico, infatti, che la posizione MAS Costruzioni nel momento in cui ha reso la dichiarazione ai fini della partecipazione alla gara non era regolare (cfr. nota Inail del 9 dicembre 2014 che conferma l'irregolarità contributiva dell'impresa MAS alla data del 27 agosto 2014).

Risulta accertato, quindi, che la concorrente in sede di gara ha attestato, contrariamente al vero, la regolarità della posizione contributiva e che solo successivamente alla conoscenza dell'aggiudicazione ha proceduto alla relativa regolarizzazione.

Nel caso di specie, peraltro, MAS Costruzioni era certamente consapevole della propria irregolarità contributiva, trattandosi di contributi dovuti in autoliquidazione, rispetto ai quali l'impresa ha prima chiesto la rateizzazione, senza poi corrispondere quanto dovuto.

La dichiarazione ex art. 38, comma 1, lettera i) del decreto legislativo n. 163 del 2006 è stata, quindi, resa nella piena consapevolezza della non corrispondenza al vero.

28. L'appello principale deve, quindi, essere accolto e, per l'effetto, in riforma della sentenza appellata deve essere respinto il ricorso proposto in primo grado contro la revoca dell'aggiudicazione.

29. La controvertibilità e la complessità delle questioni esaminate giustifica l'integrale compensazione delle spese del doppio grado giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Adunanza Plenaria), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, respinge il ricorso di primo grado.

Spese del doppio grado compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 9 dicembre 2015 con l'intervento dei magistrati:

Riccardo Virgilio, Presidente

Pier Giorgio Lignani, Presidente

Stefano Baccarini, Presidente

Alessandro Pajno, Presidente

Paolo Numerico, Presidente

Carlo Deodato, Consigliere

Nicola Russo, Consigliere

Roberto Giovagnoli, Consigliere, Estensore

Raffaele Greco, Consigliere

Gabriella De Michele, Consigliere

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Antonio Amicuzzi, Consigliere

Dante D'Alessio, Consigliere

IL PRESIDENTE

L'ESTENSORE

IL SEGRETARIO

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 29/02/2016

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

Il Dirigente della Sezione