Le Sezioni unite della Corte di cassazione rilevano il diniego di giurisdizione nell'omesso esame dei motivi di ricorso sulla regolarità del DURC, confermando l'indirizzo dell'Adunanza plenaria secondo cui l'invito alla regolarizzazione riguarda solo i rapporti tra istituto previdenziale ed impresa ma non la richiesta proveniente dalla stazione appaltante in sede di verifica

Cass. Civ., s.u., sentenza 29 marzo 2017, n. 8117 – Pres Amoroso, Est. Didone

Giustizia amministrativa – Sentenze del Consiglio di Stato – Sindacabilità – Limiti.

Giustizia amministrativa – Sentenze del Consiglio di Stato – Omesso esame della validità del documento unico di regolarità contributiva (DURC) – Diniego di giurisdizione.

Contratti pubblici – Procedure di gara – Requisiti di partecipazione – DURC - Invito alla regolarizzazione del DURC – Regolarizzazione postuma – Esclusione.

Le decisioni del Consiglio di Stato possono essere cassate o per motivi inerenti alla esistenza stessa della giurisdizione, ovvero quando il giudice amministrativo ne oltrepassa, in concreto, i limiti esterni, realizzandosi la prima ipotesi qualora il Consiglio di Stato eserciti la propria giurisdizione nella sfera riservata al legislatore o alla discrezionalità amministrativa (oppure, al contrario, la neghi sull'erroneo presupposto che la materia non può formare oggetto, in via assoluta, di cognizione giurisdizionale), la seconda ipotesi verificandosi, invece, qualora l'organo di giustizia amministrativa giudichi su materie attribuite alla giurisdizione ordinaria o ad altra e diversa giurisdizione speciale (oppure neghi la propria giurisdizione sull'erroneo presupposto che essa appartenga ad altri), ovvero quando, per materie attribuite alla propria giurisdizione, compia un sindacato di merito pur essendo la propria cognizione rigorosamente limitata alla indagine di legittimità degli atti amministrativi. (1)

Il Consiglio di Stato, quando omette di esaminare le censure formulate in ordine all'accertamento della regolarità del DURC, nega indebitamente la propria giurisdizione perché, nelle controversie relative a procedure di affidamento di lavori, servizi o forniture da parte di soggetti tenuti al rispetto delle regole di evidenza pubblica, costituendo la produzione del DURC uno dei requisiti posti dalla normativa di settore ai fini dell'ammissione alla gara, appartiene alla cognizione del giudice amministrativo verificare la regolarità di tale certificazione.(2)

L'istituto dell'invito alla regolarizzazione (il c.d. preavviso di DURC negativo) 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 (3)

(1 - 2) I.-La pronuncia è stata resa dalle Sezioni unite della Corte di cassazione in sede di ricorso avverso una sentenza del Consiglio di Stato (Sez. IV, 12 marzo 2015, n. 1321), che aveva definito il giudizio avente ad oggetto l'affidamento di un appalto di servizi in cui l'aggiudicataria provvisoria – un'ATI - era stata esclusa a motivo dell'esito negativo della verifica postuma di regolarità contributiva eseguita dalla stazione appaltante.

Il T.a.r., pur affermando il difetto di giurisdizione del G.A. sul DURC, esaminava e respingeva nel merito le censure delle società ricorrenti, le quali contestavano la regolarità della certificazione perchè emessa senza previo invito alla regolarizzazione.

Il Consiglio di Stato, negava la giurisdizione del G.A. in ordine all'accertamento della regolarità del DURC, omettendo al contempo di esaminare le censure formulate dalle ricorrenti avverso la pronuncia del T.a.r. nella parte in cui aveva escluso la irregolarità del DURC in quanto non preceduto dall'invito alla regolarizzazione.

La sentenza del Consiglio di Stato è stata annullata sul punto dalla Corte di cassazione che ha ravvisato un diniego di giurisdizione nell'omesso esame della censura relativa alla necessità o meno del c.d. preavviso di DURC negativo, essendo il possesso del documento unico di regolarità contributiva uno dei requisiti posti dalla normativa di settore ai fini dell'ammissione alla gara il cui accertamento di regolarità rientra nel sindacato di legittimità dei provvedimenti amministrativi di competenza del giudice amministrativo.

II.- Le sezioni unite giungono a tale conclusione richiamando il proprio costante indirizzo giurisprudenziale secondo cui appartiene alla cognizione del giudice amministrativo verificare la regolarità del DURC (cfr. Cass. civ., Sez. un., 9 febbraio 2011, n. 3169, in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2011, 1462; 11 dicembre 2007, n. 25818, in *Foro it*., Rep. 2007, voce *Giustizia amministrativa* [3340], n. 1243). Peraltro nel caso di specie il principio è stato ribadito con esclusivo riferimento ad un vizio procedimentale nella formazione del documento di regolarità contributiva, sebbene esso rivesta portata generale e sia considerato pacificamente applicabile anche con riferimento ai contenuti del rapporto previdenziale, ritenuti suscettibili di accertamento incidentale ex art. 8 cod. proc. amm., secondo quanto da ultimo precisato dal Consiglio di Stato (cfr. Ad. plen., 25 maggio 2016, n. 10, in *Riv. neldiritto*, 2016, 1070 (m), con nota di RASCIO; *Contratti Stato e enti pubbl.*, 2016, fasc. 3, 43, con nota di BOTTEGA; *Urbanistica e appalti*, 2016, 1240, con nota di CALVETTI, nonché oggetto della News US del 31 maggio 2016 cui si rinvia per ogni ulteriore approfondimento).

III.- Sull'eccesso di potere giurisdizionale cfr. da ultimo Cass. civ., Sez. un., 28 febbraio 2017, n. 5058, oggetto della News US in data 7 marzo 2017 (cui si rinvia per ogni ulteriore approfondimento specie in relazione alla configurabilità di tale vizio in materia di giudizi di ottemperanza).

Sul diniego di giurisdizione e sulla violazione dei limiti esterni della giurisdizione amministrativa, cfr. Cass. civ., Sez. un., 17 gennaio 2017, n. 964, in *Foro it.*, 2017, I, 509 (nonché oggetto della News US in data 23 gennaio 2017, cui si rinvia per ogni ulteriore approfondimento), che ha dichiarato inammissibile il ricorso proposto avverso la sentenza del Consiglio di Stato, Sez. V, 30 novembre 2015, n. 5400 che aveva a sua volta dichiarato inammissibile un appello in materia elettorale per violazione dei principi di sinteticità e chiarezza

Sull'inconfigurabilità del diniego di giustizia in caso di omessa applicazione, da parte del G.A., dell'art. 267 TFUE, cfr. Cass. civ., Sez. un., 14 dicembre 2016, n. 25629 in *Foro it.*, 2017, I, 580 con nota di CALZOLAIO (che ha dichiarato inammissibile il ricorso proposto contro la sentenza del Consiglio di Stato, Sez. IV, n. 4729 del 2014 che non si era pronunciata, senza motivare sul punto, sulla richiesta esplicita di rinvio alla Corte del Lussemburgo formulata da una delle parti).

(3) Quanto alla portata dell'art. 31, comma 8, d.l. n. 69 del 2013, le Sezioni unite escludono che abbia implicitamente modificato l'art. 38 del d. lgs. n. 163 del 2006 con l'effetto che l'irregolarità contributiva possa considerarsi definitivamente accertata solo alla scadenza del termine di quindici giorni assegnato dall'ente previdenziale per la regolarizzazione della posizione contributiva; al contrario ritengono che l'istituto dell'invito alla regolarizzazione (il c.d. preavviso di DURC negativo) possa 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.

Pur senza richiamarla, le Sezioni unite accedono sul punto alla tesi fatta propria dal Consiglio di Stato (cfr. Ad. plen., n. 10 del 2016 cit.), e definitivamente avallata dalla Corte di giustizia dell'UE (cfr. Sez. IX, 10 novembre 2016, causa C-199/15, oggetto della News US in data 15 novembre 2016 cui si rinvia anche per ulteriori riferimenti di dottrina e giurisprudenza in materia di DURC), secondo cui l'articolo 45 della direttiva 2004/18/CE non osta ad una normativa nazionale che obbliga l'amministrazione aggiudicatrice ad escludere dall'appalto l'impresa a causa di una violazione in materia di versamento di contributi previdenziali ed assistenziali risultante da un certificato richiesto d'ufficio dall'amministrazione aggiudicatrice e rilasciato dagli istituti previdenziali, qualora tale violazione sussista alla data di scadenza del termine di partecipazione ad una gara d'appalto, anche se successivamente venuta meno alla data dell'aggiudicazione o della

verifica d'ufficio da parte dell'amministrazione aggiudicatrice e nonostante l'ente previdenziale, rilevato il mancato versamento, abbia omesso di invitare l'impresa alla regolarizzazione, come previsto dal diritto italiano, a condizione che l'operatore economico abbia la possibilità di verificare in ogni momento la regolarità della sua situazione presso l'istituto competente.