Cons. St., A.P., 25 maggio 2016, n. 10 – Pres. Pajno, Est. Russo

Giustizia amministrativa – Giurisdizione amministrativa – Procedure di gara di appalto – Accertamento incidentale della regolarità del DURC – Sussiste.

Contratti pubblici – Procedure di gara – Requisiti di partecipazione – DURC – Regolarizzazione postuma – Esclusione.

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.(1)

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. (2)

---

(1) L'Adunanza plenaria afferma il principio di cui alla prima massima conformandosi agli indirizzi espressi dalla Corte di cassazione sul punto (cfr. Cass. civ., Sez. un., 9 febbraio 2011, n. 3169, in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2011, 1462; *id.*, 11 dicembre 2007, n. 25818, in *Foro it.*, Rep. 2007, voce *Giustizia amministrativa* [3340], n. 1243).

Questi gli snodi essenziali del ragionamento sviluppato dalla sentenza:

a) l'oggetto immediato del giudizio sul quale è chiamato a pronunciare il G.A. è rappresentato dal provvedimento autoritativo (di ammissione o di esclusione) reso dalla stazione appaltante nel corso di una procedura di gara di appalto;
b) l'accertamento della regolarità del DURC rileva esclusivamente come presupposto (ed all'interno) del sub procedimento di verifica dei requisiti soggettivi generali dell'impresa, nel corso del quale vengono in rilievo posizioni di interesse legittimo;
c) la pronuncia del G.A., ai sensi dell'art. 8 c.p.a., è incidentale, e come tale insuscettibile di passare in giudicato, ma doverosa, in ossequio al principio di effettività e concentrazione delle tutele ex artt. 1 e 7, comma 7, c.p.a., il chè rende irrilevante la previsione di giurisdizione esclusiva sancita dall'art. 133, comma 1, lett. e), n. 1), c.p.a. in materia di procedure di affidamento di appalti e servizi pubblici;

d) rimane ferma la possibilità che l'impresa concorrente - lamentando la lesione diretta della propria posizione di diritto soggettivo - contesti *principaliter* la validità del DURC dinanzi al giudice del rapporto previdenziale che, a mente del combinato disposto degli artt. 442 e 444 c.p.c., si individua nel giudice del lavoro.

Per completezza si segnala:

e) per un'ampia casistica circa la portata e i presupposti applicativi dell'art. 8 c.p.a., la nota di R. PARDOLESI a Cons. Stato, Sez. IV, 18 settembre 2014, n. 5665, in *Foro it.*, 2015, III, 1;
f) per l'interpretazione restrittiva del principio di effettività e concentrazione delle tutele sancito dall'art. 7 c.p.a., Cons. Stato, Ad. plen., 29 gennaio 2014, n. 6, in *Foro it.*, 2014, III, 518, con nota di A. TRAVI.

(2) Il secondo principio di diritto formulato dall'Adunanza plenaria ripropone espressamente quello elaborato dal medesimo consesso nelle sentenze nn. 5 e 6 del 29 febbraio 2016 (che a loro volta hanno fatto leva sulle argomentazioni spese dalle sentenze della Plenaria nn. 8 del 2012 e 20 del 2013), in relazione al quale si rinvia, per ulteriori approfondimenti, alla *News* in data 1° marzo 2016.

Per completezza si segnala che:

a) secondo la Plenaria in commento, 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) del codice dei contratti pubblici, ai fini della partecipazione alla gara d'appalto;
b) il requisito della regolarità previdenziale deve sussistere e permanere, al pari di tutti gli altri requisiti soggettivi (generali e speciali), dalla data di scadenza del termine di presentazione della domanda di partecipazione alla gara e fino alla completa esecuzione del rapporto contrattuale (cfr., oltre alla sentenza in oggetto ed alle richiamate sentenze nn. 5 e 6 del 2016, Ad. plen., 20 luglio 2015, n. 8, ivi i richiami alle precedenti ulteriori pronunce della medesima Plenaria nn. 10 del 2014; 15 e 20 del 2013; 8 e 27 del 2012; 1 del 2010);
c) la soluzione divisata dalle numerose sentenze dell'Adunanza plenaria sopra richiamate, è stata sostanzialmente accolta dall'art. 80, commi 4 e 6, del nuovo codice dei contratti pubblici – d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 – (rubricato *Motivi di esclusione* che ha sostituito l'art. 38 del vecchio codice dei contratti pubblici), secondo cui:
   - *<<4. Un operatore economico è escluso dalla partecipazione a una procedura d'appalto se ha commesso violazioni gravi, definitivamente accertate, rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse o dei contributi previdenziali, secondo la legislazione italiana*

o quella dello Stato in cui sono stabiliti. Costituiscono gravi violazioni quelle che comportano un omesso pagamento di imposte e tasse superiore all'importo di cui all'articolo 48-bis, commi 1 e 2-bis del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 602. Costituiscono violazioni definitivamente accertate quelle contenute in sentenze o atti amministrativi non più soggetti ad impugnazione. Costituiscono gravi violazioni in materia contributiva e previdenziale quelle ostative al rilascio del documento unico di regolarità contributiva (DURC), di cui all'articolo 8 del decreto del Ministero del lavoro e delle politiche sociali 30 gennaio 2015, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 125 del 1° giugno 2015. Il presente comma non si applica quando l'operatore economico ha ottemperato ai suoi obblighi pagando o impegnandosi in modo vincolante a pagare le imposte o i contributi previdenziali dovuti, compresi eventuali interessi o multe, purché il pagamento o l'impegno siano stati formalizzati prima della scadenza del termine per la presentazione delle domande.>>;

- *<<6. Le stazioni appaltanti escludono un operatore economico in qualunque momento della procedura, qualora risulti che l'operatore economico si trova, a causa di atti compiuti o omessi prima o nel corso della procedura, in una delle situazioni di cui ai commi 1,2, 4 e 5.>>*;

d) l'art. 80, commi 4 e 6, a sua volta, oltre a non contrastare con alcuno dei criteri della legge delega (n. 11 del 28 gennaio 2016), appare conforme, *in parte qua,* all'art. 57, §§ 2, 3 e 5, della direttiva 2014/24/UE del 26 febbraio 2014 relativa agli appalti pubblici.