

ORDINANZA DI RIMESIONE ALL'ADUNANZA PLENARIA

1) sul ricorso numero di registro generale 5393 del 2011, integrato da motivi aggiunti, proposto dLL Consorzio Cooperative Costruzioni - Ccc Società Cooperativa, in proprio ed in qualità di capogruppo mandataria dell'a.t.i. costituita con Rillo Costruzioni s.r.l. e Lavori Generali Contestabile s.r.l., rappresentato e difeso dagli avvocati Nunzio Pinelli e Andrea Abbamonte, con domicilio eletto presso Nunzio Pinelli in Roma, piazza B. Cairoli, n. 2;

contro

Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori servizi e forniture, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliata per legge in Roma, via dei Portoghesi, n. 12; Consorzio Nazionale Cooperative di Produzione e Lavoro 'Ciro Menotti', rappresentato e difeso dall'avv. Ernesto Stajano, con domicilio eletto presso Ernesto Stajano in Roma, via di Villa Albani, n. 12/A;

Rete Ferroviaria Italiana s.p.a., rappresentata e difesa dall'avv. Michele Roma, con domicilio eletto presso Michele Roma in Roma, piazza Cavour, n. 17;

Assicoop Ravenna s.p.a.;

2) sul ricorso numero di registro generale 7800 del 2011, proposto da Cotreco s.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. Enrico Soprano, con domicilio eletto presso Enrico Soprano in Roma, via degli Avignonesi, n. 5;

contro

RFI Rete Ferroviaria Italiana s.p.a., rappresentata e difesa dall'avv. Michele Roma, con domicilio eletto presso Michele Roma in Roma, piazza Cavour, n. 17;

nei confronti di

Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori servizi e forniture, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliata per legge in Roma, via dei Portoghesi, n. 12; Consorzio Nazionale Cooperative di Produzione e Lavoro 'Ciro Menotti', rappresentato e difeso dall'avv. Ernesto Stajano, con domicilio eletto presso Ernesto Stajano in Roma, via di Villa Albani, n. 12/A;

a.t.i. Toriello Aniello s.r.l.;

per la riforma

quanto al ricorso n. 5393 del 2011:

della sentenza breve del T.a.r. Campania – Napoli, sezione VIII, n. 2785/2011, resa tra le parti, concernente AFFIDAMENTO LAVORI DI REALIZZAZIONE ED ADEGUAMENTO DI SOTTOVIA PASSERELLE PEDONALI VIABILITÀ ED ALTRE OPERE FERROVIARIE;

quanto al ricorso n. 7800 del 2011:

della sentenza breve del T.a.r. Campania – Napoli, sezione VIII, n. 2786/2011, resa tra le parti, concernente AFFIDAMENTO LAVORI REALIZZAZIONE DI UN SOTTOVIA - RISARCIMENTO DANNI;

visti i ricorsi in appello, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori servizi e forniture, del Consorzio Nazionale Cooperative di Produzione e Lavoro 'Ciro Menotti' e di Rete Ferroviaria Italiana s.p.a.;

viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

visti tutti gli atti della causa;

relatore nell'udienza pubblica del giorno 14 febbraio 2012 il Cons. Rosanna De Nictolis e uditi per le parti gli avvocati Abbamonte, Pinelli, Donatone per delega dell'avv. Roma, Soprano, e l'avvocato dello Stato Bacosi.

1. Va anzitutto disposta la riunione dei due ricorsi in epigrafe, che presentano evidenti profili di connessione, vertendo il contenzioso contro i medesimi atti di gara e sollevando, i ricorsi, in parte, le stesse questioni di diritto.

2. Con bando di gara regolarmente pubblicato Rete Ferroviaria Italiana s.p.a. (d'ora innanzi RFI) ha indetto una procedura di appalto per la realizzazione di vari sottovia connessi con opere ferroviarie, per un importo complessivo a base di gara di euro 25.498.000, e con termine di presentazione delle offerte fissato al 7 maggio 2009.

3. Il disciplinare di gara prevede a pena di esclusione una dichiarazione sostitutiva in cui il concorrente dichiara, per quel che qui interessa:

1.1.3.9) che non ha commesso violazioni gravi, definitivamente accertate, alle norme in materia di contributi previdenziali e assistenziali (...);

1.1.3.10) la propria regolarità contributiva nei confronti degli Enti previdenziali e assistenziali, per la cui verifica comunica i seguenti dati: (...).

Nel caso trattasi di consorzi di cui all'art. 34, comma 1, lettera b) e c) del d.lgs. n. 163/2006 la dichiarazione di cui al presente punto 1.1.3) deve essere resa, integralmente, dal legale rappresentante del consorzio, nonché da tutti i legali rappresentanti delle imprese consorziate per le quali il consorzio dichiara di partecipare, limitatamente ai punti da 1.1.3.1) a 1.1.3.17).

Al punto 1.1.6) il disciplinare dispone che "la cauzione provvisoria copre la mancata sottoscrizione del contratto per fatto dell'aggiudicatario nonché la mancata dimostrazione dei requisiti di idoneità necessari ai fini della partecipazione alla gara".

4. L'offerta con maggiore ribasso, presentata dall'associazione temporanea di imprese (a.t.i.) Castaldo s.p.a. - So.Ge.L. s.r.l., è stata sottoposta a verifica di anomalia ed esclusa; su tale esclusione pende un diverso contenzioso, ancora in primo grado (r.g. 3639/2010 Tar Lazio – Roma; udienza di merito celebratasi il 1° dicembre 2011).

5. Con delibera 25 marzo 2010 n. 20 l'appalto era stato aggiudicato in via definitiva all'a.t.i. Consorzio Ravennate – Rillo Costruzioni s.r.l. – Lavori Generali Contestabile s.r.l..

Tuttavia nel corso delle verifiche a carico dell'a.t.i. aggiudicataria RFI ha riscontrato l'esistenza di una irregolarità contributiva in capo alla CO.TR.ECO. s.r.l., indicata quale ditta esecutrice dei lavori dalla AR.CO. Lavori s.c.c., a sua volta indicata come esecutrice dei lavori dall'a.t.i..

Instaurato il contraddittorio e ritenute insufficienti le osservazioni dell'aggiudicataria di cui alla nota 4 ottobre 2010, RFI, con nota 25 ottobre 2010, ha comunicato all'a.t.i. aggiudicataria l'esclusione dalla gara, l'annullamento della precedente delibera di aggiudicazione 25 marzo 2010 n. 20 e l'incameramento della cauzione provvisoria (delibera 22 ottobre 2010 n. 86 a firma del referente di progetto).

In data 29 ottobre 2010 RFI ha comunicato l'esclusione all'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici, per quanto di competenza.

L'a.t.i. in data 5 novembre 2010 ha inviato a RFI una nota con cui ha chiesto il ritiro del provvedimento di esclusione.

Con nota 19 novembre 2010 la stazione appaltante ha confermato la disposta esclusione.

Con delibera 9 novembre 2010 n. 91 è stata disposta l'aggiudicazione in favore del concorrente che seguiva in graduatoria, l'a.t.i. Consorzio nazionale coop. prod. e lav. Ciro Menotti – Toriello Aniello s.r.l..

6. Contro i provvedimenti relativi all'esclusione dell'a.t.i. Consorzio Ravennate – Rillo Costruzioni s.r.l. – Lavori Generali Contestabile s.r.l. sono stati proposti due distinti ricorsi al Tar Campania – Napoli, il primo da parte del Consorzio Ravennate quale mandatario dell'a.t.i. il secondo da parte di CO.TR.ECO. s.r.l., quest'ultimo diretto anche contro il consequenziale provvedimento dell'Autorità di vigilanza, di iscrizione nel casellario informatico. In entrambi i ricorsi con successivi motivi aggiunti è stato impugnato anche il provvedimento di aggiudicazione in favore dell'a.t.i. Consorzio nazionale coop. prod. e lav. Ciro Menotti – Toriello Aniello s.r.l..

7. Dopo il regolamento di competenza d'ufficio disatteso da Cons. St., sez. VI, 25 marzo 2011 nn. 1837 e 1838, ordinanze, i due contenziosi sono stati definiti con le sentenze in forma semplificata del Tribunale amministrativo regionale (Tar) Campania – Napoli, 19 maggio 2011 nn. 2785 e 2786, che hanno respinto i ricorsi.

8. Ha ritenuto il Tar, con le due sentenze di analogo tenore, che:

a) correttamente l'esclusione è stata disposta sia nei confronti dell'a.t.i. che della singola consorziata priva del requisito della regolarità contributiva; il Consorzio Ravennate ha partecipato alla gara nella qualità di consorzio fra società cooperative di produzione e lavoro costituito a norma della l. 25 giugno 1909 n. 422, soggetto ammesso ai pubblici appalti ai sensi dell'art. 34, comma 1, lett. b), d.lgs. n. 163/2006 e dotato di soggettività giuridica autonoma; pur trattandosi di soggetto con struttura ed identità autonoma rispetto a quella delle cooperative consorziate, il possesso dei requisiti generali e morali ex art. 38 codice appalti deve essere verificato non solo in capo al consorzio ma anche alle consorziate, dovendosi ritenere cumulabili in capo al consorzio i soli requisiti di idoneità tecnica e finanziaria ai sensi dell'art. 35 codice appalti;

b) il consorzio non avrebbe, pena la violazione della par condicio tra i concorrenti, potuto sostituire la consorziata priva del requisito (motivazione solo della sentenza n. 2785/2011);

c) l'incameramento della cauzione e la segnalazione all'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici ben potevano essere disposti dalla stazione appaltante anche per difetto dei requisiti di ordine generale (motivazione solo della sentenza n. 2785/2011);

d) non può dubitarsi dell'esistenza dell'irregolarità contributiva riportata nei documenti unici di regolarità contributiva (d.u.r.c.) acquisiti dalla stazione appaltante (recanti un debito contributivo pari a circa euro 6.000,00); il d.u.r.c. assume la valenza di una dichiarazione di scienza, da collocarsi fra gli atti di certificazione o di attestazione redatti da un pubblico ufficiale ed aventi carattere meramente dichiarativo di dati in possesso della pubblica amministrazione, assistito da pubblica fede ai sensi dell'articolo 2700 c.c., facente quindi prova fino a querela di falso; ne consegue che, attesa la natura giuridica del d.u.r.c., non residuava in capo alla stazione appaltante alcun margine di valutazione o di apprezzamento in ordine ai dati ed alle circostanze in esso contenute; inoltre, deve escludersi che le stazioni appaltanti debbano in casi del genere svolgere un'apposita istruttoria per verificare l'effettiva entità e gravità delle irregolarità contributive dichiarate esistenti (con la valenza giuridica della pubblica fede) nel predetto documento;

e) quanto al requisito della gravità, nel settore previdenziale, in considerazione dei gravi effetti negativi sui diritti dei lavoratori, sulle finanze pubbliche e sulla concorrenza tra le imprese derivanti dalla mancata

osservanza degli obblighi in materia previdenziale, debbono considerarsi “gravi” tutte le inadempienze rispetto a detti obblighi, salvo che non siano riscontrabili adeguate giustificazioni, come, ad esempio, la sussistenza di contenziosi di non agevole e pronta definizione sorti a seguito di verifiche e contestazioni da parte degli organismi previdenziali ovvero la necessità di verificare le condizioni per un condono o per una rateizzazione;

f) in ordine al presunto difetto di motivazione, dall’esame degli atti emerge che la stazione appaltante ha congruamente illustrato la sussistenza dei presupposti richiesti dall’art. 38, comma 1, lett. i) codice appalti per disporre l’esclusione dalla gara, sia quanto alla definitività dell’accertamento previdenziale, sia quanto alla gravità dell’illecito previdenziale;

g) non rileva infine la regolarizzazione successiva della posizione previdenziale, in quanto 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 irrilevante, pena la vanificazione del principio della par condicio, un eventuale adempimento tardivo dell’obbligazione contributiva; l’opposta interpretazione avrebbe invero l’effetto deleterio di indebolire l’osservanza della normativa in materia previdenziale, che, al contrario, pur nell’ambito della normativa settoriale sull’espletamento delle gare, si vuol rafforzare; le imprese sarebbero quasi incentivate alla violazione di legge, considerando di poter poi provvedere comodamente alla regolarizzazione, con l’effetto vantaggioso di poter scegliere se farlo o meno in funzione dell’utile risultato dell’aggiudicazione, senza il rischio di pregiudizio per il conseguimento dell’appalto;

h) sono per l’effetto infondati i vizi di illegittimità derivata dell’annotazione nel casellario informatico (motivazione della sola sentenza n. 2786/2011);

i) quanto al vizio dedotto in via autonoma in ordine all’annotazione nel casellario informatico, relativo alla mancata partecipazione al procedimento davanti all’Autorità di vigilanza, nel caso di specie la previa comunicazione del provvedimento di esclusione dalla gara e di annullamento della pregressa aggiudicazione, costituisce ad avviso del Tar equipollente dell’avviso di avvio del procedimento davanti all’Autorità, tanto più che nel disciplinare di gara (pag. 12) era specificamente previsto che l’esito negativo delle verifiche sul possesso dei requisiti autocertificati nei confronti dell’aggiudicatario dell’appalto “comporterà l’adozione del provvedimento di annullamento dell’aggiudicazione definitiva, la escussione della cauzione provvisoria e la segnalazione all’Autorità di Vigilanza, ai sensi delle vigenti disposizioni” (motivazione della sola sentenza n. 2786/2011);

l) quanto ai presunti errori formali contenuti nella gravata annotazione nel casellario informatico, relativi ai riferimenti normativi ivi indicati e alla presunta assenza di rilievi sulla posizione contributiva alla data del 22 aprile 2009, gli stessi sono insussistenti in quanto: (i) non vi è dubbio che tale annotazione si riferisca al motivo di esclusione di cui all’art. 38, comma 1, lett. i), tenuto conto del riferimento ai d.u.r.c. rilasciati dai

competenti uffici che, evidentemente, attengono al requisito della regolarità contributiva previdenziale ed assistenziale; (ii) dai d.u.r.c. acquisiti dalla stazione appaltante, è risultata irregolare la posizione della CO.TR.ECO. s.r.l. alla data dell'autodichiarazione prodotta a corredo dell'offerta (22 aprile 2009, come risulta dalla documentazione inviata dalla Cassa Edile di Salerno) e alla data di richiesta del d.u.r.c. da parte della stazione appaltante per la stipula del contratto (30 giugno 2010, come emerge dai d.u.r.c. delle Casse Edili di Salerno, L'Aquila ed Avellino) (motivazione della sola sentenza n. 2786/2011).

9. Tali due sentenze hanno formato oggetto di separati appelli, rispettivamente n. 5393/2011 proposto dal Consorzio Ravennate quale mandatario dell'a.t.i., e n. 7800/2011 proposto da CO.TR.ECO. s.r.l..

10. Chiamata la causa all'udienza del 6 dicembre 2011, la stessa è stata rinviata, su istanza di parte, per esaminare i nuovi atti adottati nelle more dalla stazione appaltante.

Infatti, a causa dei numerosi contenzioni instaurati, la stazione appaltante, con atto di autotutela in data 1 dicembre 2011, ha revocato l'intera procedura.

11. L'atto di revoca, secondo quanto deduce RFI nell'istanza depositata il 10 febbraio 2012, risulta impugnato in primo grado da altri concorrenti, diversi dagli odierni appellanti, e in particolare dalla società ITER e dall'a.t.i. Castaldo - Sogel, da quest'ultima con motivi aggiunti nell'ambito del giudizio r.g. n. 3639/2010 pendente davanti al Tar Lazio – Roma.

Il ricorso proposto da ITER contro l'atto di revoca pende davanti al Tar Campania – Napoli e l'udienza cautelare risulta fissata per il giorno 22 febbraio 2012.

Alla luce di tali vicende sopravvenute RFI ha depositato in data 10 febbraio 2012 istanza di rinvio del presente giudizio.

Le altre parti si sono opposte.

Il Collegio non ha accordato il rinvio, ritenendo che il giudizio sulla revoca dell'intera gara non ha carattere pregiudiziale rispetto al presente contenzioso.

12. L'atto di revoca dell'intera gara è stato anche gravato con motivi aggiunti dall'appellante nel ricorso n. 5393/2011.

12.1. RFI ha eccepito l'inammissibilità dei motivi aggiunti proposti per la prima volta in appello contro atti nuovi.

13. La questione di diritto centrale, che la causa pone, è quella, proposta con entrambi gli appelli, inerente la corretta interpretazione dell'art. 38, comma 1, lett. i), codice appalti.

13.1. Con gli appelli si assume che, ai sensi dell'art. 38, comma 1, lett. i), codice appalti, rileverebbero solo le violazioni previdenziali "gravi" e che nella specie non vi era una grave irregolarità contributiva, atteso che si tratterebbe di cifra minima se raffrontata al valore dell'appalto, e che comunque l'irregolarità era stata sanata tempestivamente.

Si invoca quella giurisprudenza secondo cui la valutazione della gravità della violazione contributiva sarebbe rimessa alla stazione appaltante e prescinderebbe da qualunque automatismo discendente dal contenuto del d.u.r.c. [Cons. St., sez. V, 16 settembre 2011 n. 5186; Id., sez. V, 30 settembre 2009 n. 5896; Id., sez. VI, 4 agosto 2009 n. 4907].

Incongrua sarebbe la motivazione della stazione appaltante in ordine alla gravità della violazione, trattandosi di mero ritardo nel pagamento di soli tre ratei contributivi, saldati dopo pochi giorni rispetto alle scadenze.

13.1. Il Collegio rileva che in ordine alla questione della "gravità" della irregolarità contributiva, rimessa alla valutazione della stazione appaltante, sussiste un contrasto di giurisprudenza.

Secondo la soluzione più rigorosa, ratificata anche dal legislatore con il d.l. n. 70/2011 in sede di novella dell'art. 38, codice appalti, 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 si impongono alle stazioni appaltanti, che non possono sindacarne il contenuto [Cons. St., sez. V, 12 ottobre 2011 n. 5531; sez. IV, 12 aprile 2011 n. 2284; sez. IV, 15 settembre 2010 n. 6907; sez. V, 24 agosto 2010 n. 5936; sez. VI, 6 aprile 2010 n. 1934; sez. V, 19 novembre 2009 n. 7255; sez. V, 19 novembre 2009 n. 5771, ord.; sez. IV, 12 marzo 2009 n. 1458; sez. IV, 10 febbraio 2009 n. 1458; sez. V, 17 ottobre 2008 n. 5069; sez. V, 23 gennaio 2008 n. 147].

Nello stesso senso è orientata anche l'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici, secondo cui le stazioni appaltanti sono tenute a prendere atto della certificazione senza poterne in alcun modo sindacare le risultanze dovendosi ascrivere il d.u.r.c. al novero delle dichiarazioni di scienza, assistite da fede pubblica

privilegiata ai sensi dell'art. 2700 c.c., e facenti piena prova fino a querela di falso [Autorità, determinazione n. 1/2010].

13.2. Secondo un opposto e contemporaneo (in senso cronologico) orientamento, l'insindacabilità del contenuto formale del d.u.r.c. secondo la disciplina previdenziale, non assume il significato di un'abrogazione implicita del preciso disposto dell'art. 38, codice appalti, nella parte in cui la previsione preclude la partecipazione alle procedure di affidamento di quei soggetti che abbiano "commesso violazioni gravi, definitivamente accertate alle norme in materia di contributi previdenziali e assistenziali".

Il raccordo tra le due discipline, quella previdenziale e quella recata dal codice appalti, pertanto, andrebbe ricercato nella valutazione dell'incidenza di quanto attestato nel d.u.r.c. rispetto alla specifica procedura di affidamento, e tale valutazione, di natura propriamente discrezionale, sarebbe riservata alla stazione appaltante.

Invero, un conto sarebbe la regolarità contributiva formale, rimessa al potere di accertamento e di valutazione dell'istituto previdenziale, un conto la gravità della violazione in materia contributiva e previdenziale, ai fini della partecipazione ad una gara rimessa alla stazione appaltante che, in concreto ed al di fuori di ogni automatismo, dovrebbe per l'appunto valutare la presenza di indici sintomatici della gravità dell'infrazione, tali da giustificare l'estromissione dalla gara; la formale regolarità contributiva sarebbe rimessa al potere di accertamento e di valutazione dell'Istituto previdenziale, mentre la gravità di una violazione in materia contributiva e previdenziale, ai fini della partecipazione ad una gara pubblica, imporrebbe un'ulteriore valutazione affidata alla stazione appaltante [Cons. St., sez. V, 16 settembre 2011 n. 5186; sez. V, 30 giugno 2011 n. 3912; sez. IV, 24 febbraio 2011 n. 1228; sez. V, 3 febbraio 2011 n. 789; sez. V, 11 gennaio 2011 n. 83; sez. V, 27 dicembre 2010 n. 9398; sez. IV, 15 settembre 2010 n. 6907; sez. V, 30 settembre 2009 n. 5896; sez. VI, 4 agosto 2009 nn. 4905 e 4907].

13.3. Tale contrasto di giurisprudenza risulta espressamente risolto dal legislatore (con il d.l. n. 70/2011) nel senso che la mancanza di d.u.r.c. comporta una presunzione legale di gravità delle violazioni.

Il citato d.l. n. 70/2011, non tocca la lett. i) dell'art. 38 codice appalti, ma inserisce nel comma 2 dell'art. 38 una previsione volta a dare rilevanza al d.u.r.c. e ad escludere ogni discrezionalità della stazione appaltante nella valutazione della gravità delle violazioni previdenziali e assistenziali.

In particolare, ai fini del comma 1, lett. i), dell'art. 38, si intendono gravi le violazioni ostative al rilascio del documento unico di regolarità contributiva di cui all'art. 2, comma 2, d.l. 25 settembre 2002 n. 210, convertito in l. 22 novembre 2002 n. 266.

Tale previsione è stata introdotta dal d.l. n. 70/2011 e non è stata toccata dalla l. di conversione, per cui è in vigore dal 14 maggio 2011.

Peraltro la disposizione si applica, *ratione temporis*, a procedure i cui bandi o avvisi, ovvero, nelle procedure senza bando, inviti, siano successivi al 14 maggio 2011 (art. 4, co. 3, d.l. n. 70/2011).

Non è chiaro se lo *ius superveniens* abbia una valenza interpretativa, e dunque retroattiva, o sia invece innovativo.

Da un lato, la disposizione mira a risolvere un contrasto interpretativo, e tanto potrebbe far propendere per la sua portata interpretativa.

Tuttavia, le disposizioni interpretative, per la loro portata retroattiva, devono essere chiaramente riconoscibili come tali, e tanto non emerge con riguardo alla disposizione in commento, per la quale, al contrario, il legislatore la ha dichiarata applicabile solo a procedure i cui bandi siano successivi all'entrata in vigore della disposizione.

13.4. In definitiva, lo *ius superveniens*, se risolve il contrasto esegetico per il futuro, non lo ha risolto per le procedure di gara anteriori, sicché la soluzione del contrasto stesso non può che essere rimessa all'esame dell'adunanza plenaria, la quale valuterà - ai sensi dell'art. 99, co. 4, cod. proc.amm. - se decidere l'intera controversia o solo la questione di diritto rimessale.

13.5. La Sezione non intende prendere posizione a favore di una tesi o dell'altra, attesa la vistosità del contrasto, che caratterizza tutte le Sezioni giurisdizionali.

Si limita, di seguito, a fornire alcuni elementi sull'evoluzione del quadro normativo.

L'art. 38, co. 1, lett. i), d.lgs. n. 163/2006, considera causa di esclusione non qualsivoglia violazione in materia di obblighi contributivi, ma solo le <>.

Va evidenziata la differenza rispetto al regime normativo previgente al codice appalti.

Prima dell'entrata in vigore del codice appalti, vi era un regime differenziato per la valutazione delle infrazioni previdenziali nei diversi settori degli appalti:

a) nel settore dei lavori pubblici, l'art. 75 d.P.R. n. 554/1999 richiedeva la gravità delle infrazioni debitamente accertate alle norme in materia di sicurezza e a ogni altro obbligo derivante dai rapporti di lavoro, risultanti dai dati in possesso dell'Osservatorio dei lavori pubblici;

b) nel settore dei servizi pubblici e delle forniture pubbliche andavano esclusi dalle gare, in base all'art. 12, co. 1, lett. d), d.lgs. n. 157/1995 e all'art. 11, co. 1, lett. d), d.lgs. n. 358/1992, coloro <>;

c) nei settori speciali si applicavano le cause di esclusione rispettivamente previste per i lavori, i servizi e le forniture nei settori ordinari (art. 22 d.lgs. n. 158/1995).

E' evidente che prima del d.lgs. n. 163/2006, per gli appalti di servizi e forniture, nei settori ordinari e speciali, era causa di esclusione qualsivoglia violazione in ordine al pagamento di contributi previdenziali e assistenziali.

Per i lavori nei settori ordinari e speciali, prima del codice appalti, erano causa di esclusione solo le violazioni gravi.

Nel regime introdotto dal codice appalti, per tutti i tipi di appalti, sia nei settori ordinari che speciali, sono causa di esclusione solo le gravi violazioni previdenziali, definitivamente accertate.

L'art. 38 d.lgs. n. 163/2006 crea anche una differenza tra la regolarità contributiva richiesta al partecipante alla gara, e la regolarità contributiva richiesta all'aggiudicatario al fine della stipula del contratto.

Infatti, il concorrente può essere escluso solo in presenza di gravi violazioni, definitivamente accertate, sicché le violazioni non gravi, o ancora non definitive, non sono causa di esclusione.

Invece, al fine della stipula del contratto, l'affidatario deve presentare la certificazione di regolarità contributiva ai sensi dell'art. 2 d.l. n. 210/2002 (art. 38, co. 3, d.lgs. n. 163/2006); tale disposizione, a sua volta, prevede il rilascio del d.u.r.c., documento unico di regolarità contributiva, che attesta contemporaneamente la regolarità contributiva quanto agli obblighi nei confronti dell'I.N.P.S., dell'I.N.A.I.L. e delle Casse edili.

Il d.u.r.c. regolare, poi, è requisito che accompagna l'intera fase di esecuzione del contratto, essendo necessario al fine del pagamento secondo gli stati di avanzamento e al fine del pagamento della rata di saldo dopo il collaudo.

Per risolvere la questione di diritto rimessa alla plenaria, occorre anche esaminare quali sono i presupposti in presenza dei quali il d.u.r.c. attesta la regolarità contributiva, e quando invece viene attestato che difetta la regolarità contributiva.

Anche su questo punto, si è registrata una evoluzione normativa.

Infatti alla circolare I.N.P.S. 26 luglio 2005 n. 92 e alla circolare I.N.A.I.L. 25 luglio 2005 n. 38 ha fatto seguito il decreto del Ministero del lavoro e della previdenza sociale 24 ottobre 2007.

Tra le circolari del 2005 e il d.m. del 2007, successivo, non vi è perfetta coincidenza.

Infatti, secondo le suddette circolari:

a) il d.u.r.c. attesta la regolarità contributiva solo se non vi sono inadempienze in atto, sicché anche una inadempienza di lieve entità osta alla dichiarazione di regolarità contributiva;

b) se pende contenzioso amministrativo, il d.u.r.c. attesta la regolarità contributiva solo se il ricorso verte su questioni controverse o interpretative, sia adeguatamente motivato e non sia manifestamente presentato a scopi dilatori o pretestuosi; fuori da queste ipotesi, l'irregolarità contributiva, ancorché sia contestata mediante un contenzioso amministrativo, osta alla dichiarazione di regolarità contributiva.

Il d.m. del 2007 è stato emanato in attuazione dell'art. 1, co. 1176, l. n. 296/2006, a tenore del quale << Con decreto del Ministro del lavoro e della previdenza sociale, sentiti gli istituti previdenziali interessati e le parti sociali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, da emanare entro tre mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, sono definite le modalità di rilascio, i contenuti analitici del documento unico di regolarità contributiva di cui al comma 1175, nonché le tipologie di pregresse irregolarità di natura previdenziale ed in materia di tutela delle condizioni di lavoro da non considerare ostative al rilascio del documento medesimo. In attesa dell'entrata in vigore del decreto di cui al presente comma sono fatte salve le vigenti disposizioni speciali in materia di certificazione di regolarità contributiva nei settori dell'edilizia e dell'agricoltura>>.

Tale d.m., come si evince dalla sua premessa, disciplina il d.u.r.c. in termini generali, quale che sia lo scopo per cui il d.u.r.c. è richiesto, chiarendosi così un equivoco che poteva insorgere da una esegesi letterale della norma primaria (si legge nel preambolo: <>).

Non è perciò dubbio che il d.m. in questione riguarda anche il d.u.r.c. necessario per l'affidamento di appalti pubblici.

Secondo il nuovo d.m.:

a) ai fini specifici della partecipazione a gare di appalto, viene fissata una soglia di <> delle violazioni, ritenendosi le violazioni al di sotto di tale soglia di gravità non ostative al rilascio del d.u.r.c.: non si considera, in particolare, grave lo scostamento inferiore o pari al 5% tra le somme dovute e quelle versate con riferimento a ciascun periodo di paga o di contribuzione o, comunque, uno scostamento inferiore a 100 euro, fermo restando l'obbligo di versamento del predetto importo entro i trenta giorni successivi al rilascio del d.u.r.c. (art. 8, co. 3, d.m. citato);

b) la pendenza di qualsivoglia contenzioso amministrativo impedisce di ritenere il soggetto in posizione irregolare; fino alla decisione che respinge il ricorso, può essere dichiarata la regolarità contributiva [art. 8, co. 2, lett. a), d.m. citato];

c) non costituisce causa ostativa al rilascio del d.u.r.c. l'aver beneficiato degli aiuti di stato specificati nel d.P.C.M. emanato ai sensi dell'art. 1, co. 1223, l. n. 296/2006, sebbene non ancora rimborsati o depositati in un conto bloccato (art. 8, co. 4, d.m. citato).

Sia le previgenti circolari, sia il d.m. ritengono non ostative della dichiarazione di regolarità contributiva le pendenze processuali, fino alla sentenza definitiva.

Dopo il d.m. del 2007, si può affermare che il d.u.r.c. attesta solo le irregolarità contributive <>, e solo quelle che superano una <>, fissata autonomamente dal citato d.m..

Sicché sembrerebbe che prima del d.m. del 2007 non vi era alcun automatismo nella valutazione di gravità delle violazioni previdenziali da parte della stazione appaltante (v. i casi decisi da Cons. St., sez. VI, 4 agosto 2009 nn. 4905 e 4907).

Dopo il d.m. del 2007, una declaratoria di non regolarità contributiva è sicuramente grave indizio, ai fini dell'art. 38, co. 1, lett. i), codice appalti, che sia stata commessa una <> e <>.

Resta da chiarire se dopo il d.m. del 2007 la valutazione di gravità della violazione previdenziale, nelle gare di appalto, sia automatica, o resti riservata alla valutazione discrezionale della stazione appaltante.

Al fine della soluzione della questione, occorre anche considerare che il d.m. del 2007 non costituisce atto attuativo del codice appalti, e quindi formalmente la valutazione di gravità compiuta alla luce di tale d.m. non è automaticamente vincolante per la stazione appaltante: solo il d.l. n. 70/2011 ha stabilito espressamente l'opposta regola, della vincolatività della valutazione dell'amministrazione previdenziale anche nelle gare di appalto.

Peraltro, e in senso contrario, si potrebbe anche argomentare che, per il principio dell'unità dell'ordinamento giuridico, dopo il d.m. del 2007 la valutazione di gravità della violazione previdenziale non può che essere unitaria ai fini previdenziali e ai fini delle gare di appalto.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta) parzialmente e non definitivamente pronunciando sugli appelli in epigrafe:

a) riunisce gli appelli;

b) rimette l'esame della causa all'adunanza plenaria del Consiglio di Stato.