

Civile Sent. Sez. U Num. 8117 Anno 2017

Presidente: AMOROSO GIOVANNI

Relatore: DIDONE ANTONIO

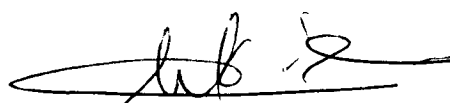
Data pubblicazione: 29/03/2017

SENTENZA

sul ricorso 14889-2015 proposto da:

DHI DI NARDI HOLDING INDUSTRIALE S.P.A., ECOLOGIA
FALZARANO S.R.L., in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro
tempore, elettivamente domiciliate in ROMA, PIAZZA ADRIANA 20,
presso lo studio dell'avvocato ARISTIDE POLICE, che le rappresenta e
difende unitamente all'avvocato PATRIZIA SCOTTI;

119
17



- ricorrenti -

contro

I.N.P.S. - ISTITUTO NAZIONALE DELLA PREVIDENZA SOCIALE, in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliato in ROMA, VIA CESARE BECCARIA 29, presso l'Avvocatura Centrale dell'Istituto stesso, rappresentato e difeso dagli avvocati ANTONINO SGROI, EMANUELE DE ROSE, CARLA D'ALOISIO e LELIO MARITATO;

MINISTERO DELLE INFRASTRUTTURE E DEI TRASPORTI, in persona del Ministro pro tempore, elettivamente domiciliato in ROMA, VIA DEI PORTOGHESI 12, presso l'Avvocatura Generale dello Stato;

- controricorrenti -

avverso la sentenza del CONSIGLIO DI STATO depositata in data 12/03/2015.

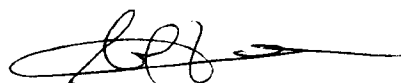
Udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 21/02/2017 dal Presidente Dott. ANTONIO DIDONE;

uditi gli avvocati Aristide Police, Carla D'Aloisio e Fabio Tortora per l'Avvocatura Generale dello Stato;

udito il Pubblico Ministero, in persona del Sostituto Procuratore Generale Marcello Matera, che ha concluso per l'inammissibilità del ricorso.

Ragioni di fatto e di diritto della decisione

1.- Il Provveditorato interregionale per le opere pubbliche per la Campania e il Molise, con funzioni di stazione unica appaltante di Caserta, ha indetto una procedura aperta di affidamento del servizio di igiene urbana ai sensi dell'art.55 del D.Lgs. n.163/06 per un periodo di anni cinque nel territorio del Comune di Santa Maria Capua Vetere, per un importo complessivo a base di gara di euro 21.886.617,81.



A tale procedura di gara ha partecipato la s.p.a. DHI Di Nardi Holding Industriale che allo scopo di comprovare i requisiti richiesti dal bando di gara ha fatto ricorso all'istituto dell'avvalimento ai sensi dell'art. 49 del D.Igs.n.163/2006, indicando quale impresa ausiliaria, la s.r.l. Ecologica Falzarano.

Alla data di presentazione dell'offerta del 2.4.2013, la società ausiliaria ha dichiarato di essere in regola con la contribuzione previdenziale (avendo ottenuto un DURC regolare datato 27.3.2013) e successivamente, in data 7.4.2013, l'INPS ha inoltrato, sempre tramite PEC, un DURC, risultato irregolare in ragione di €.92.066,33.

La s.p.a. DHI Di Nardi Holding Industriale si è aggiudicata provvisoriamente l'affidamento del servizio ma, in sede di successiva verifica sulla sussistenza dei requisiti dichiarati nella procedura di gara, la stazione appaltante ha acquisito un'attestazione DURC del 29.10.2013 che attestava l'esistenza di un'irregolarità contributiva, per euro 92.066,93, in capo alla società ausiliaria, alla data di presentazione dell'offerta del 2.4.2013.

La stazione appaltante ha comunicato, quindi, con nota n. 3431 del 3.2.2014, ex art.7 della legge n.241/90, l'avvio del procedimento di revoca dell'aggiudicazione provvisoria alla suindicata società DHI Di Nardi Holding Industriale s.p.a. e, all'esito dell'esame della osservazioni presentate dalla s.r.l. Ecologica Falzarano, con Decreto prot. 7180 del 4.3.2014, ha disposto, ai sensi dell'art. 38, comma 1, lett. i) e comma 3, del decreto legislativo n.163/06:

- la revoca, in via di autotutela, dell'aggiudicazione provvisoria dichiarata nei confronti della società DHI Di Nardi Holding Industriale s.p.a. del servizio di igiene urbana sul territorio comunale di Santa Maria Capua Vetere;
- di procedere, ai sensi dell'art. 49, comma 3, e art. 75, comma, 6 del D.Lgs n.163/06, all'escussione della cauzione provvisoria presentata in sede di gara dalla s.p.a. DHI Di Nardi Holding Industriale con

garanzia fideiussoria n.12323 rilasciata dalla Compagnia Assicurativa Lig Insurance s.a. per l'importo di euro 218.866.18;

- di inviare la segnalazione all'Autorità di Vigilanza sui contratti Pubblici, ai sensi dell'art. 38, comma 1 ter, del codice degli appalti, nonché la trasmissione alla competente Procura della Repubblica per quanto connesso e conseguente alla supposta mendace dichiarazione resa dal titolare e legale rappresentante della Ecologica Falzarano s.r.l.;

- di dichiarare deserta la procedura per l'affidamento del servizio de quo in quanto la società DHI Di Nardi Holding Industriale s.p.a., nei cui confronti si è predisposta la revoca dell'aggiudicazione, era l'unico operatore economico rimasto in gara.

La predetta società e la s.r.l. Ecologica Falzarano hanno impugnato il provvedimento sopra indicato dinanzi al TAR Campania che, con la sentenza confermata dalla decisione ora impugnata del Consiglio di Stato, ha respinto il ricorso.

Per quanto ancora rileva in questa sede, il Consiglio di Stato ha confermato la dichiarazione di difetto di giurisdizione del G.A. in ordine alla regolarità contributiva risultante dal negativo certificato DURC. Invero, il T.A.R. aveva anche ritenuto infondate le censure proposte, sottolineando la correttezza dell'operato della pubblica amministrazione, in relazione alla sostanziale automaticità delle conseguenze date dall'accertamento delle irregolarità sul DURC. Il Consiglio di Stato ha ritenuto, invece, che, difettando la giurisdizione, le vicende sui contenuti sostanziali e sui vizi procedimentali nella formazione del documento di regolarità contributiva, non potessero nemmeno essere valutate.

1.1.- Contro la sentenza del Consiglio di Stato la s.p.a. DHI Di Nardi Holding Industriale e la s.r.l. Ecologica Falzarano hanno proposto ricorso per cassazione affidato a un motivo articolato in più censure.

Hanno resistito con controricorso il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, a mezzo dell'Avvocatura Generale dello Stato e l'I.N.P.S. Nel termine di cui all'art. 378 cod. proc. civ. il Ministero controricorrente ha depositato memoria.

2.- Con il motivo di ricorso le ricorrenti denunciano <<violazione per errata applicazione degli artt. 24, 25, 113 e 103 Cost. in relazione agli artt. 7 e 8 c.p.a. e all'art. 133, comma 1, lett. e), n. 1, c.p.a.>>. Secondo le ricorrenti il giudice amministrativo, in forza dell'art. 8 c.p.a., può accertare incidentalmente la regolarità del DURC. Ciò al fine di applicare il principio per il quale l'obbligo degli Istituti previdenziali di invitare l'interessato alla regolarizzazione sussiste anche ove la richiesta sia fatta in sede di verifica dalla 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 D.L. 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.

3.- Il ricorso è fondato.

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 (art. 38 d.lgs. n. 163 del 2006, Codice degli appalti 2006) (Cons. Stato Sez. IV, 18-11-2016, n. 4801).

Sulla base di tale principio il TAR, pur affermando il difetto di giurisdizione del G.A. sul DURC, ha esaminato e respinto nel merito le

censure delle società ricorrenti, le quali contestavano la regolarità della certificazione soltanto perché emessa senza previo invito alla regolarizzazione.

Per contro, il Consiglio di Stato, negando la giurisdizione del Giudice amministrativo in ordine all'accertamento della regolarità del DURC, ha omesso di esaminare le censure formulate dalle ricorrenti avverso la pronuncia del TAR in parte qua. Così facendo il Consiglio di Stato ha indebitamente negato la propria giurisdizione perché, secondo la giurisprudenza di questa Corte nelle controversie relative a procedure di affidamento di lavori, servizi o forniture da parte di soggetti tenuti al rispetto delle regole di evidenza pubblica, poiché la produzione della certificazione che attesta la regolarità contributiva dell'impresa partecipante alla gara di appalto (c.d. "durc") costituisce 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 (Sez. U, n. 25818 del 2007; n. 14608/2010; n. 3169 del 2011).

La fattispecie in esame, dunque, esula da quelle ipotesi di eccesso di potere giurisdizionale sempre più frequentemente sottoposte (non sempre a ragione) a queste Sezioni unite. Invece, la fattispecie medesima è del tutto congruente con l'ipotesi prevista dall'art. 111, comma 8, Cost., là dove riserva a questa Corte la decisione per soli motivi inerenti alla giurisdizione, allorquando si tratti del Consiglio di Stato o della Corte dei conti.

In altri termini, la fattispecie concreta è pianamente sussumibile nel principio consolidato per il quale 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 (Sez. U, n. 9344 del 1997).

In questo caso la giurisdizione è stata negata dal giudice che l'aveva. La sentenza impugnata, dunque, deve essere cassata con rinvio al Consiglio di Stato anche per il regolamento delle spese.

P.Q.M.

La Corte accoglie il ricorso, cassa la sentenza impugnata e rinvia, anche per le spese, al Consiglio di Stato.