

Profilo temporale della regolarità contributiva

di Alessandro Costa

Data di pubblicazione: 15-5-2017

Anche dopo le disposizioni contenute nell'art. 31 citato, la regolarità dell'assolvimento degli obblighi previdenziali e assistenziali deve comunque permanere per l'intera durata la procedura concorsuale senza regolarizzazioni postume, posto che l'invito alla regolarizzazione (il c.d. preavviso di d.u.r.c. negativo), di cui proprio all'art. 31 predetto riguarda i soli rapporti tra impresa ed ente previdenziale; ciò senza tralasciare che il termine di validità del d.u.r.c. non può essere strumentalmente utilizzato per legittimare la partecipazione alla gara di imprese che al momento della presentazione della domanda non siano comunque più in regola con gli obblighi contributivi e ciò anche nel caso di durata abnorme del procedimento di gara.

Guida alla lettura

La portata applicativa del requisito di partecipazione afferente alla materia dei contributi previdenziali e assistenziali, così come disciplinata dal vecchio Codice appalti, non ha subito alcuna influenza dalle semplificazioni in materia D.U.R.C. introdotte dall'art. 31 comma 8 D.L. 21 giugno 2013 n. 69.

Per chiarezza espositiva va ricordato che ai sensi dell'art. 38 comma 1 lett. i) D.lgs. 12 aprile 2006 n. 163 sono esclusi dalle procedure di gara tutte quelle imprese partecipanti che *“hanno commesso violazioni gravi, definitivamente accertate, alle norme in materia di contributi previdenziali e assistenziali...”*.

Tale aggancio normativo evidenzia la necessità che **la regolarità contributiva risulti realizzata fin dalla presentazione dell'offerta e permanga per tutta la durata della procedura di aggiudicazione, restando irrilevante un eventuale adempimento tardivo dell'obbligazione contributiva** (cfr. Cons. Stato, sez. V, 29 aprile 2016, n.1650; Cons. Stato, sez. III, 9 marzo 2016, n. 955).

Ora, come anticipato, la disciplina di riferimento non ha subito alcun mutamento applicativo a seguito delle disposizioni emanate dal Governo per il rilancio dell'economia a mezzo del D.L. 69/2013, convertito con modificazioni dalla Legge 9 agosto 2013 n. 98.

Sul punto illuminanti risultano essere due pronunce dell'Adunanza Plenaria 29 febbraio 2016 nn. 5 e 6, a parere delle quali **nonostante l'introduzione dell'art. 31 comma 8 sopra citato**

la regolarità dell'assorbimento degli obblighi previdenziali e assistenziali deve permanere per l'intera durata della procedura concorsuale, senza regolarizzazioni postume (c.d. regolarità contributiva continuativa).

La pronuncia oggetto di nota consente un approfondimento attorno allo strumento attestante la regolarità contributiva di un'impresa, comunemente noto con l'acronimo d.u.r.c.

Con tale espressione, infatti, si suole indicare quel **documento attestante l'assolvimento degli obblighi legislativi e contrattuali da parte dell'impresa partecipante ad una gara pubblica**.

Sul piano normativo l'aggancio va primariamente individuato nell'art. 80 comma 4 D.lgs. 50/2016 (ex art. 38 comma 1 lett. i) D.lgs. 163/2006), ai sensi del quale sono escluse dalla partecipazione alla gara le imprese che *“hanno commesso violazioni gravi, definitivamente accertate, alle norme in materia di contributi previdenziali e assistenziali...”*.

In verità la previsione innanzi esposta, prima ancora di essere inserita all'interno del Codice dei contratti pubblici era già presente nel panorama normativo: l'art. 75 comma 1 D.P.R. 554/1999 prevedeva il requisito della correttezza contributiva nel settore dei lavori pubblici, mentre l'art. 12 comma 1 lett. d) D.lgs. 157/95 e l'art. 11 comma 1 lett. d) D.lgs. 358/1992 individuavano tale requisito anche con riguardo ai contratti nei settori dei servizi e delle forniture pubbliche.

Tanto premesso, occorre mettere in evidenza il dibattito interpretativo in ordine alla **sopravvivenza del potere discrezionale della stazione appaltante a fronte di una valutazione contributiva di senso negativo**.

In sostanza ci si chiede se la stazione appaltante in presenza di una irregolarità contributiva (d.u.r.c. negativo) possa valutare discrezionalmente il peso della violazione.

Due le tesi sul punto.

- Secondo una prima impostazione **l'accertata violazione del d.u.r.c. ad opera degli istituti contributivi non elimina il potere della stazione appaltante di verificare l'incidenza del d.u.r.c. rispetto alla procedura di affidamento**.

Tale posizione produce la logica assegnazione della controversia alla **giurisdizione del g.a (Cons. Stato, sez. V, 16 febbraio 2015, n. 781; Cass. civ., Sez. Un., 9 febbraio 2011, n. 3169)**.

Le risultanze del d.u.r.c., dunque, si pongono quali meri elementi indiziari dai quali non può prescindersi, ma che comunque non esauriscono l'ambito di accertamento circa la sussistenza di una violazione grave (**Cons. Stato, sez. V, 16 settembre 2011, n. 5186**).

- Secondo una differente impostazione, invece, **la verifica della regolarità contributiva delle imprese partecipanti è demandata ai soli Istituti di previdenza, le cui certificazioni si impongono alle stazioni appaltanti, che non possono sindacarne il contenuto.**

Tale ricostruzione, *ex adverso*, assegna la controversia alla **giurisdizione del g.o. (Cons. Stato, sez. IV, 12 marzo 2015, n. 1321; Cons. Stato, Ad. Plen., 4 maggio 2012, n. 8)**

A sostegno si afferma che lo stesso legislatore, a mezzo del **D.I. 70/2011**, ha espressamente stabilito la regola della vincolatività della valutazione dell'amministrazione previdenziale.

Trattazione a parte merita poi il dibattito interpretativo sviluppatosi attorno alla **portata della prescrizione legislativa contenuta nell'art. 31 comma 8 D.I. 69/2013, ai sensi del quale gli Istituti previdenziali hanno l'obbligo di invitare l'impresa interessata alla regolarizzazione del d.u.r.c. (cd. preavviso di d.u.r.c. negativo).**

Più nel dettaglio ci si è chiesti se l'obbligo degli Istituti previdenziali di invitare l'interessato alla regolarizzazione del d.u.r.c. (cd. preavviso di d.u.r.c. negativo) 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. 80 comma 4 cit.

- Secondo un primo orientamento **l'obbligo degli Istituti previdenziali di invitare l'interessato alla regolarizzazione sussiste anche ove la richiesta sia fatta in sede di verifica della stazione appaltante.**

A sostegno si valorizza la novità di cui all'art. 31 comma 8 D.I. 69/2013 che, secondo la presente tesi, avrebbe implicitamente ma sostanzialmente modificato il predetto vecchio art. 38 cit. (oggi confluito nel citato art. 80), 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 (cfr. **Cons. Stato, sez. VI, 16 febbraio 2015, n. 78; Cons. Stato, sez. V, 14 ottobre 2014, n. 5064**).

- A parere dell'orientamento maggioritario, invece, **l'accertamento del requisito oggetto di dichiarazioni sostitutive degli offerenti deve riguardare esclusivamente il d.u.r.c. richiesto dalla stazione appaltante in sede di controlli, con riferimento, cioè, all'esatta data della domanda di partecipazione.**

Ne deriva che gli Istituti previdenziali non possono invitare l'interessato a regolare la propria posizione previdenziale e assistenziale nella fase, successiva a quella di presentazione della domanda di partecipazione alla gara pubblica, di verifica della stazione appaltante (cfr. **Cons. Stato, sez. V, 12 ottobre 2011, 5531; Cons. Stato, sez. IV, 15 settembre 2010, n. 6907**).

Ancora, a parere di tale seconda posizione interpretativa, l'invito alla regolarizzazione non si applica in caso di d.u.r.c. richiesto dalla stazione appaltante, atteso che l'obbligo dell'I.N.P.S. di attivare la procedura di regolarizzazione prevista dall'art. 7, comma 3 D.M. 24 ottobre 2007,

così come confluito nel citato art. 31 comma 8 D.l. 69/2013, si scontra con i principi che fondano il procedimento ad evidenza pubblica (cfr. **Cons. Stato, Ad. Plen., 4 maggio 2012, n. 8; Cons. Stato, sez. V, 16 settembre 2011, n. 5194**).

La presente posizione interpretativa è stata fatta propria dalla **Adunanza Plenaria 29 febbraio 2016 n. 5** a parere della quale ai fini della partecipazione alle gare d'appalto, anche dopo l'entrata in vigore dell'art. 31 comma 8 del D.l. 21 giugno 2013 n. 69, che ha recepito a livello legislativo la previsione di cui all'art. 7 D.M. 24 ottobre 2007, **non sono consentite regolarizzazioni postume della posizione previdenziale, dovendo l'impresa concorrente essere in regola con l'assolvimento degli obblighi previdenziali e assistenziali fin dalla presentazione dell'offerta e conservare tale stato di regolarità per tutta la durata della procedura di aggiudicazione e del rapporto con la stazione appaltante, in tal modo palesando l'irrelevanza di un eventuale adempimento tardivo dell'obbligazione contributiva.**

A parere del Supremo Consesso amministrativo l'esposto principio comporta che l'istituto dell'invito alla regolarizzazione (cd. preavviso di d.u.r.c. negativo) può operare solo nei rapporti tra impresa ed ente previdenziale, non anche rispetto al d.u.r.c. richiesto dalla stazione appaltante per la verifica della veridicità dall'autodichiarazione resa ai sensi dell'art. 38 comma 1 lett. i) D.lgs. 163/2006 (oggi art. 80, comma 4 D.lgs. 50/2016) ai fini della partecipazione alla gara d'appalto.

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso iscritto in appello al numero di registro generale 6691 del 2016, proposto da:
Autofficina VG Vanzetto S.a.s. di Vanzetto Gianfranco & C., in proprio e quale mandante del costituendo R.t.i. con Cocozza S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro-tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Antonio Pazzaglia, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via E. Gianturco, n. 1;

contro

Agenzia del Demanio, in persona del legale rappresentante *pro-tempore*, Ministero dell'Interno

in persona del ministro *pro-tempore*, rappresentati e difesi dall'Avvocatura generale dello Stato, presso i cui uffici sono domiciliati *ope legis* in Roma, via dei Portoghesi, n. 12;

nei confronti di

Rti - Autosoccorsi S.n.c. di Ghedin Massimo & C in proprio, non costituita in giudizio;

Rti - Carrozzeria Noalese S.n.c. di Mason Ottavio & C. in proprio non costituita in giudizio;

Rti - Carrozzeria Battiston di Battison (Battiston) Mauro in proprio, non costituita in giudizio;

Rti - Carrozzeria Piave S.n.c. in proprio, non costituita in giudizio;

Rti - Officina Ccc di Ferrarese Carlo & Chiara Snc in proprio, non costituita in giudizio;

Rti - Ditta Faggian Gianluca in proprio, non costituita in giudizio;

Rti - Fiorentini & Figlio S.n.c. Soccorso Stradale di Fiorentini Giuliano & C in proprio, non costituita in giudizio;

Rti - Nuova Carrozzeria Fortin di Fortin Paolo S.n.c. in proprio, non costituita in giudizio;

Rti - Ditta Franco Bruno in proprio, non costituita in giudizio;

Rti - Autofficina San Donato S.a.s. in proprio, non costituita in giudizio;

Rti - Ditta Fullin Luciano in proprio, non costituita in giudizio;

Rti - Carrozzeria Jesolana S.n.c. in proprio, non costituita in giudizio;

Rti - 'Ancora Autoservice S.r.l. in proprio, non costituita in giudizio;

Rti - Mariuzzo S.r.l. in proprio, non costituita in giudizio;

Rti - Carrozzeria 4 Ruote S.n.c. in proprio, non costituita in giudizio;

Rti - Astra S.r.l. in proprio, non costituita in giudizio;

Rti - Eredi Perissinotto S.n.c. di Perissinotto Claudio C in proprio, non costituita in giudizio;

Rti - Top Car S.r.l. in proprio, non costituita in giudizio;

Rti - Carrozzeria 3 Stelle S.n.c. di Zamuner in proprio, non costituita in giudizio;

Rti - Carrozzeria Vaccaro in proprio, non costituita in giudizio;

Rti - Ditta Visentin Gianluca in proprio, non costituita in giudizio;

Rti - Autofficina Rz di Zoccolan Rado in proprio, non costituita in giudizio;

Rti - Rado Sas di Zoccolan Alessandro & C in proprio, non costituita in giudizio;

Rti - Carrozzeria Testa S.r.l. in proprio, non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I *ter*, n. 7388/2016, resa tra le parti, concernente l'esclusione dalla gara per l'affidamento, per l'ambito di Venezia, del servizio di recupero, custodia e acquisto dei veicoli oggetto dei provvedimenti di sequestro amministrativo, fermo o confisca;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Agenzia del Demanio e del Ministero dell'Interno;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 23 marzo 2017 il Cons. Raffaele Prosperi e uditi per le parti l'avvocato Antonio Pazzaglia e l'avvocato dello Stato Andrea Fedeli;

FATTO E DIRITTO

1. Con ricorso al Tribunale amministrativo regionale del Lazio l'Autofficina VG Vanzetto s.a.s., in proprio e quale mandante del costituendo r.t.i. Cocozza s.r.l., ha chiesto l'annullamento della sua esclusione dalla graduatoria, con conseguente escussione della cauzione, della gara bandita in data 17 luglio 2012 dal Ministero dell'Interno e dall'Agenzia del Demanio per l'affidamento, per ambiti territoriali provinciali, del servizio di recupero, custodia e acquisto dei veicoli oggetto del provvedimento di sequestro amministrativo, fermo o confisca ai sensi dell'art. 214 bis del d.lgs. n. 285/1992 – ambito provinciale di Venezia, gara di cui era risultata dapprima aggiudicataria provvisoria, ma dalla quale era stata esclusa per la successiva emersione in data 9 giugno 2015 di una situazione irregolare tanto rispetto ai contributi INAIL per gli anni 2013, 2014 e 2015 per € 17.735,70 e, al 5 giugno 2015, quanto ai contributi I.N.P.S. per € 128.000,00.

2. L'adito tribunale con la sentenza segnata in epigrafe ha respinto il ricorso.

In particolare, richiamato l'art. 38, comma 1, del d.lgs. n. 163 del 2006 (che stabilisce l'esclusione dalle procedure di affidamento di appalti di lavori, forniture e servizi dei soggetti che hanno commesso violazioni gravi in materia di contributi previdenziali e assistenziali), ha sottolineato che, sebbene l'art. 31, comma 8, del d. l. n. 69 del 2013 abbia previsto la sanatoria per la singola impresa della propria posizione prima della definitiva certificazione negativa, tale regolarizzazione può operare, per giurisprudenza consolidata, solo nei rapporti tra impresa ed ente previdenziale e non anche nei confronti della 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; ha poi aggiunto che la regolarità contributiva, al pari di ogni altro giudizio di ammissione, deve caratterizzare la posizione del concorrente non soltanto al momento della presentazione della domanda di partecipazione alla gara, ma deve sussistere per tutta la durata della procedura di evidenza pubblica. Nel caso di specie la regolarizzazione contributiva era pertanto intervenuta inutilmente rispetto alla gara, giustificando altresì l'incameramento della cauzione, che d'altra parte è una conseguenza automatica del provvedimento di esclusione non suscettibile di alcuna autonoma valutazione discrezionale.

3. L'interessata ha chiesto la riforma della predetta sentenza, dolendosi del dichiarato automatismo dell'incameramento della cauzione che invece riguardava, a suo dire, le sole ipotesi di falsità delle dichiarazioni contenute nella domanda di partecipazione (laddove la propria irregolarità contributiva era stata una mera parentesi occasionale all'interno della procedura dalla durata del tutto irragionevole) e deducendo che l'irregolarità contestata aveva riguardato una sola frazione temporale del procedimento, generando così situazioni di ingiustizia, poiché simili controlli a carico di altri concorrenti potevano eventualmente determinare durc regolari a fronte di situazioni di mancati versamenti in momenti temporanei passati e non successivamente riscontrati; ciò senza dimenticare la mancata pronuncia del giudice di primo grado sulla possibilità di regolarizzazione e sull'avvenuta scadenza del durc rilasciato nonché il difetto di motivazione dell'esclusione a fronte della patologica dilatazione dei tempi del procedimento di gara e del mancato coinvolgimento del procedimento di esclusione del RTI interessato.

4. L'appello è infondato.

Non vi sono infatti ragioni per discostarsi dalle convincenti conclusioni cui è pervenuto il giudice di prime cure in quanto, per l'art. 38, comma 1, lett. i), d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, sono esclusi dalle procedure di gara per i **contratti** pubblici coloro i quali *“hanno commesso violazioni gravi, definitivamente accertate, alle norme in materia di contributi previdenziali e assistenziali, secondo la legislazione italiana o dello Stato in cui sono stabiliti”* ed è pacifico che la regolarità contributiva deve sussistere fin dalla presentazione dell'offerta e permanere per tutta la durata della procedura di aggiudicazione e del rapporto con la stazione appaltante, restando irrilevante un eventuale adempimento tardivo dell'obbligazione contributiva (cfr. Cons. Stato, V, 29 aprile 2016 n. 1650; Cons. Stato, III, 9 marzo 2016, n. 955), secondo il principio già espresso da Cons. Stato, Ad. plen, 4 maggio 2012, n. 8, e non inciso dall'art. 31 (Semplificazioni in materia di DURC), comma 8, d. l. 21 giugno 2013, n. 69 (Disposizioni

urgenti per il rilancio dell'economia), convertito con modificazioni dalla l. 9 agosto 2013 n. 98 sull'invito alla regolarizzazione, come recentemente ribadito da Cons. Stato, Ad. plen., 29 febbraio 2016, n. 5 e 6, secondo cui, anche dopo le disposizioni contenute nell'art. 31 citato, la regolarità dell'assolvimento degli obblighi previdenziali e assistenziali deve comunque permanere per l'intera durata la procedura concorsuale senza regolarizzazioni postume, posto che l'invito alla regolarizzazione (il c.d. preavviso di DURC negativo), di cui proprio all'art. 31 predetto riguarda i soli rapporti tra impresa ed ente previdenziale; ciò senza tralasciare che il termine di validità del Durc non può essere strumentalmente utilizzato per legittimare la partecipazione alla gara di imprese che al momento della presentazione della domanda non siano comunque più in regola con gli obblighi contributivi e ciò anche nel caso di durata abnorme del procedimento di gara.

E' pertanto immune da censure l'operato della stazione appaltante che, in sede di verifica postuma dei requisiti autocertificati effettuata ai sensi dell'art. 48 d. lgs. n. 163 del 2006, ha disposto l'esclusione dalla gara dell'odierna appellante, tenuto conto che la stessa era risultata priva del requisito della regolarità contributiva continuativa.

Non merita favorevole considerazione neppure la doglianza circa la pretese illegittimità dell'incameramento della cauzione provvisoria per il mancato vaglio dell'elemento soggettivo del dolo o della colpa, non essendo esso previsto dalla disposizione, secondo cui la cauzione ha la funzione di garantire la serietà dell'offerta fino alla mancata sottoscrizione del contratto per fatto dell'aggiudicatario, sia volontaria o meno (*ex multis*, Cons. Stato, ad plen. n. 8 del 2012; Cons. Stato, V, 10 agosto 2016 n. 3578);

5. Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna l'appellante al pagamento delle spese di giudizio in favore delle amministrazioni costituite in giudizio, liquidandole in complessivi €. 4.000,00 (quattromila/00), €. 2.000,00 (duemila) ciascuno, oltre agli accessori di legge.

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