

Il Consiglio di stato, con due sentenze consecutive, sconfessa il ministero del lavoro

Durc, regolarità permanente

Negli appalti è irrilevante la regolarizzazione postuma

Pagina a cura
di VITANTONIO LIPPOLIS

Negli appalti pubblici la regolarizzazione postuma della posizione previdenziale non è ammessa. E quanto afferma il Consiglio di stato, riunito in Adunanza plenaria, in due sentenze consecutive, le nn. 5 e 6 del 29/2/2016. Secondo il massimo organo di giurisdizione amministrativa, difatti, l'impresa che partecipa alla gara pubblica deve essere in regola con l'assolvimento degli obblighi previdenziali e 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.

Si ricorda che il Durc è il certificato che, contemporaneamente attesta la regolarità contributiva di un operatore economico nei confronti dell'Inps, dell'Inail e della Cassa edile (con riguardo alle sole imprese appartenenti al settore edile). Questo certificato è necessario, fra l'altro, per la partecipazione ai pubblici appalti.

Il dm 30/1/2015 ha introdotto un profondo rinnovamento della disciplina di riferimento prevedendo che dal 1° luglio 2015 la verifica della regolarità contributiva avvenga, fatte salve alcune eccezioni, via web e in tempo reale (c.d. Durc online).

Assenza di regolarità. Il recente regolamento, riprendendo la previsione dell'art. 31 comma 8 del dl n. 69/2013, ha previsto che in tutti i casi in cui l'interrogazione non fornisca l'esito di regolarità gli istituti devono invitare, prima dell'emissione del Durc negativo, il soggetto interessato a regolarizzare, entro il termine di 15 giorni, la riscontrata non conformità indicando analiticamente le cause d'irregolarità.

Il contrasto giurisprudenziale. Con due distinte ordinanze la quarta sezione del Cds ha rimesso alla Adunanza plenaria la questione se l'obbligo degli istituti previdenziali di invitare l'interessato alla regolarizzazione del Durc (c.d. preavviso di Durc 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. 38, comma 1, lett. i) del dlgs n. 163/2006 (codice dei contratti pubblici).

In altri termini viene chiesto all'Adunanza se la mancanza dell'invito alla regolarizzazione impedisca di considerare come «definitivamente accertata» la situazione di irregola-

Doppio binario per la verifica

La Plenaria, nella sentenza n. 5/2016, ha ribadito che l'incameramento della cauzione provvisoria previsto dall'art. 48 del Codice dei contratti pubblici, costituisce una conseguenza automatica del provvedimento di esclusione, come tale non suscettibile di alcuna valutazione discrezionale con riguardo ai singoli casi concreti.

Non v'è dubbio che, di fatto, la decisione presa dal Consiglio di stato vanifichi parzialmente e recenti interventi legislativi di semplificazione finalizzati, fra l'altro, a consentire il superamento dei vincoli che in precedenza avevano limitato l'efficacia e l'utilizzo del certificato in parola con riferimento al richiedente e al singolo procedimento o fase del contratto, affermando così il c.d. principio di unicità del Durc (sancito pure dall'Inps nella circolare n. 126/2015).

La posizione così assunta impone, quindi, la necessità di rivedere la procedura delineata nel decreto del ministero del lavoro del 30/1/2015.

In futuro gli istituti dovranno, come già

accadeva in passato, utilizzare un doppio binario per la verifica della regolarità contributiva:

- per gli appalti pubblici l'accertamento andrà cristallizzato alla data che, di volta in volta, la stazione appaltante dovrà espressamente indicare nella richiesta del Durc (indicazione che, peraltro, la procedura online attualmente non prevede);
- per gli altri utilizzi (es. appalti privati in edilizia, accesso a benefici e sovvenzioni ecc.) gli istituti, in caso di riscontrata irregolarità, inviteranno, invece, il soggetto interessato a regolarizzare la riscontrata non conformità con conseguente emissione, in caso d'intervenuta regolarizzazione, del Durc online.

In una prospettiva di armonizzazione, e al fine di semplificare la procedura di rilascio del certificato, sarebbe quindi auspicabile un intervento legislativo che, magari nel corpo normativo dell'ormai imminente nuovo codice dei contratti pubblici, contempra l'istituto dell'invito alla regolarizzazione anche per le gare d'appalto, tamponando così la breccia aperta dalla decisione del Consiglio di stato.



rità contributiva.

Al riguardo, difatti, sussistevano sulla questione due orientamenti giurisprudenziali contrastanti: un primo orientamento (tradizionale ma risalente), secondo il quale l'invito alla regolarizzazione non si applica in caso di Durc richiesto dalla stazione appaltante, atteso che l'obbligo degli istituti di attivare la procedura di regolarizzazione stride coi principi in tema di procedure di evidenza pubblica che non ammettono regolarizzazioni postume; un secondo orientamento (minoritario ma più recente) afferma, invece, che l'obbligo degli istituti previdenziali di invitare l'interessato alla regolarizzazione sussiste anche ove la richiesta sia fatta in sede di verifica da parte della stazione appaltante.

A sostegno di quest'ultima ipotesi si valorizza la novità rappresentata dall'art. 31, comma 8, del dl n. 69/2013 che, secondo la tesi in esame, avrebbe implicitamente ma sostanzialmente modificato il suddetto art. 38 del codice, 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.

La sezione rimette evidenzia come tale soluzione interpretativa sia stata pure recepita dall'art. 4 del dm 30/1/2015 e dalla successiva circolare interpretativa n. 19/2015 del ministero del lavoro.

La decisione. L'Adunanza plenaria del Cds, per mezzo delle citate sentenze, ha risolto la disputa fondando la propria decisione sulle seguenti motivazioni:

- nel comma 8 dell'art. 31 del dl 69/2013 manca qualsiasi riferimento alla disciplina dell'evidenza pubblica o dei contratti pubblici e in particolare all'art. 38, comma 1, lett. i), ovvero la disposizione che prevede come causa ostativa della partecipazione l'aver commesso «violazioni gravi e definitivamente accertate, alle norme in materia di contributi previdenziali e assistenziali» il quale non può, dunque, considerarsi né implicitamente modificato né tantomeno abrogato; pertan-

to dell'invito alla regolarizzazione è un istituto estraneo alla disciplina dell'aggiudicazione e dell'esecuzione dei contratti pubblici;

to dell'invito alla regolarizzazione è un istituto estraneo alla disciplina dell'aggiudicazione e dell'esecuzione dei contratti pubblici;

to dell'invito alla regolarizzazione è un istituto estraneo alla disciplina dell'aggiudicazione e dell'esecuzione dei contratti pubblici;

to dell'invito alla regolarizzazione è un istituto estraneo alla disciplina dell'aggiudicazione e dell'esecuzione dei contratti pubblici;

to dell'invito alla regolarizzazione è un istituto estraneo alla disciplina dell'aggiudicazione e dell'esecuzione dei contratti pubblici;

ne di partecipazione, mancante alla scadenza del termine di presentazione dell'offerta»;

- se fosse resa praticabile la regolarizzazione postuma verrebbe consentita, al soggetto che abbia perso e poi riacquisito il requisito della regolarità contributiva, di conseguire l'aggiudicazione in violazione del «principio di continuità» (cfr. Cons. stato, Ad. plen. 20 luglio 2014, n. 8), secondo il quale il possessore dei requisiti non può essere perso dal concorrente neanche temporaneamente nel corso della procedura;

• le sentenze in esame, infine, affermano che la regolarizzazione postuma sarebbe pure contraria alla giurisprudenza comunitaria (cfr. Cge pronuncia del 9/2/1996, in cause riunite C-226/04 e C-228/04) la quale ha già da tempo affermato che «la sussistenza del requisito della regolarità fiscale e contributiva (che, pure, può essere regolarizzata in base a disposizioni nazionali di concordato, condono o sanatoria) deve comunque essere riguardata con riferimento insuperabile al momento ultimo per la presentazione delle offerte, a nulla rilevando una regolarizzazione successiva la quale, pertanto, non potrà in alcun modo incidere sul dato dell'irregolarità ai fini della singola gara».

In base alle ragioni espresse l'Adunanza plenaria del Consiglio di stato ha così risolto il precedente contrastando affermando che anche dopo l'entrata in vigore dell'art. 31, comma 8, del dl n. 69/2013 (conv. 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 e 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'obbligo contributiva. L'istituto dell'invito alla regolarizzazione (il c.d. preavviso di Durc negativo), previsto a livello legislativo dall'art. 31, comma 8, del dl n. 69/2013 e regolamentato dal dm 30/01/2015, 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, lett. i) ai fini della partecipazione alla gara d'appalto.