

**DURC negativo e invito a regolarizzare:
in arrivo la soluzione del problema?**

di Massimo Gentile¹

Negli ultimi mesi si sta assistendo ad un dibattito giurisprudenziale che, seppur interessante sotto il profilo squisitamente scientifico, sta creando più di un imbarazzo agli operatori del settore.

Il dibattito ha ad oggetto la questione concernente l'individuazione del momento in cui la violazione dell'obbligo contributivo da parte di un operatore economico possa ritenersi "definitiva" e, dunque, legittimare l'esclusione del concorrente da una procedura di gara.

In particolare, si è posto il problema di comprendere se, in caso di acquisizione da parte di una stazione appaltante di un DURC negativo, ai fini dell'esclusione dalla gara dell'operatore economico possa o meno assumere rilevanza la circostanza che l'Ente preposto al rilascio del DURC non abbia invitato l'impresa a regolarizzare la propria posizione, così come previsto dall'articolo 31, comma 8, del d.l. 21 giugno 2013, n. 69, convertito con modificazioni, nella Legge 9 agosto 2013, n. 98 (c.d. decreto "del fare")².

Il "dibattito" trae origine dalla sentenza del TAR Veneto n. 486 dell'8 aprile 2014³, la quale ha affermato che la disposizione contenuta nel decreto "del fare" ha modificato (per incompatibilità) la prescrizione dell'art. 38 comma 1 lett. g) del DLgs n. 163/2006, nel senso che il requisito della regolarità contributiva deve sussistere alla scadenza del termine di quindici giorni da assegnarsi da parte dell'Ente previdenziale ai fini della regolarizzazione della posizione contributiva.

¹ Studio Legale Associato Gentile – Varlaro Sinisi - www.studiogvs.it.

² L'articolo 31, comma 8, del d.l. 21 giugno 2013, n. 69 prevede che "ai fini della verifica per il rilascio del documento unico di regolarità contributiva (DURC), in caso di mancanza dei requisiti per il rilascio di tale documento gli Enti preposti al rilascio, prima dell'emissione del DURC o dell'annullamento del documento già rilasciato, invitano l'interessato, mediante posta elettronica certificata o con lo stesso mezzo per il tramite del consulente del lavoro ovvero degli altri soggetti di cui all'articolo 1 della legge 11 gennaio 1979, n. 12, a regolarizzare la propria posizione entro un termine non superiore a quindici giorni, indicando analiticamente le cause della irregolarità".

³ Il TAR Veneto ha confermato la propria posizione anche più recentemente con sentenza della sezione I del 25 marzo 2015 n. 349 e del 23 febbraio 2015 n. 218.

Da quel momento la giurisprudenza si è letteralmente “spaccata” in due orientamenti.

Un primo orientamento è aderente alla posizione espressa dal TAR Veneto.

In particolare, è stato affermato che la disposizione di cui all’art. 31, comma 8, del d.l. 21 giugno 2013 - nello stabilire che gli enti previdenziali deputati all’emanazione del DURC sono tenuti ad attivare un procedimento di regolarizzazione, al fine di consentire ai soggetti interessati a sanare la loro posizione prima dell’emissione di un documento attestante l’irregolarità - impone all’interprete una valutazione del carattere eminentemente vincolante del DURC ai fini dell’accertamento della “gravità” dell’irregolarità rilevata (cfr. in tal senso, Cons. St., Ad. Plen., 4 maggio 2012, n. 8) e non della “definitività” della irregolarità stessa (cfr. Cons. St., sez. V, 14 ottobre 2014, n. 5064).

Più specificamente, l’irregolarità contributiva e/o previdenziale può considerarsi conclamata e, dunque, definitivamente accertata, solo nell’ipotesi in cui gli Enti preposti al rilascio, prima dell’emissione del DURC negativo, abbiano invitato l’impresa a regolarizzare la propria posizione entro un termine non superiore a quindici giorni, indicando analiticamente le cause della irregolarità⁴.

Secondo tale orientamento, la norma primaria introdotta dal decreto “del fare” costituisce la conferma di un preciso indirizzo di politica legislativa volto a favorire la massima partecipazione alle procedure di affidamento di contratti pubblici, consentendo agli interessati di sanare eventuali irregolarità in cui fossero inconsapevolmente incorsi e sempre che, ovviamente, non ne fossero già a conoscenza per effetto di procedimenti di recupero e/o sanzionatori già attivati⁵.

Pertanto – come di recente affermato dalla sezione V del Consiglio di Stato⁶ - l’irregolarità contributiva potrebbe configurarsi solo al momento della scadenza del termine di quindici giorni assegnato dall’ente previdenziale per la regolarizzazione della posizione contributiva e, in assenza della assegnazione di tale termine, il DURC negativo eventualmente emesso deve ritenersi

⁴ TAR Napoli, sez. II, 19 gennaio 2015, n. 364.

⁵ TAR Abruzzo Sezione I 12 marzo 2015, n. 157.

⁶ Consiglio di Stato sez. V 16 febbraio 2015 n. 781.

irrimediabilmente viziato e, come tale, inidoneo a comportare la esclusione dell'impresa cui è relativo.

Un secondo orientamento giurisprudenziale ritiene, invece, che il mancato invito a regolarizzare la posizione non infici il concetto di "definitività" della violazione di cui all'articolo 38 comma 1 lett. g) del Codice.

Osserva la giurisprudenza aderente a tale secondo indirizzo che una diversa lettura della norma, oltre ad incoraggiare pratiche dilatorie dei pagamenti da parte dei contribuenti, determinerebbe la violazione del principio inderogabile della tutela della *par condicio* tra i partecipanti, a cui devono ispirarsi le gare ad evidenza pubblica; principio che ha come indefettibile corollario la necessità che, alla scadenza del termine di presentazione delle offerte, tutti i concorrenti devono essere in possesso dei requisiti di partecipazione previsti dalla normativa vigente, senza possibilità di regolarizzazioni successive⁷.

Peraltro, secondo siffatto orientamento, la potenziale antinomia tra le previsioni di cui agli articoli 31, comma 8, del decreto-legge n. 69 del 2013 e 38, comma 1, lett. g) del Codice *"va risolta sulla base del principio di specialità, sicché l'art. 38 del D.Lgs. n. 163 del 2006 continua a disciplinare in via autonoma i presupposti per la partecipazione alle gare, mentre l'art. 31, comma 8, del decreto-legge n. 69 del 2013 si applica al solo DURC c.d. interno, ossia quello redatto dall'INPS per il riconoscimento di benefici o sgravi contributivi alla ditta e non riguarda invece il documento relativo alla verifica dei requisiti per la partecipazione alle gare (DURC c.d. esterno), in quanto non può attribuirsi virtualmente una regolarità contributiva postuma ad una impresa che ne fosse originariamente priva"*⁸.

Tale orientamento è stato di recente accolto anche dal Consiglio di Stato⁹, secondo cui la disposizione del decreto del fare *"riguarda l'ente preposto al rilascio, o all'annullamento, del DURC, ma non concerne certamente la Stazione appaltante, non potendo quindi pregiudicare la legittimità degli atti di gara"*.

Infatti, osserva il Consiglio di Stato, *"come ha chiarito inequivocamente l'Adunanza Plenaria (Consiglio di Stato, Ad. Plen., 4 maggio 2012, n. 8) la*

⁷ TAR Lazio Roma sez. III 7 luglio 2014 n. 7227 e nello stesso senso Consiglio di Stato, sez. V, 16 settembre 2011, n. 5194; TAR Puglia – Lecce, Sez. I, 30 gennaio 2015, n. 415; TAR Lazio, Sez. III, 18 luglio 2014 n. 7732; TAR Campania, Napoli, Sez. IV, 2 luglio 2014 n. 3619 e 12 giugno 2014 n. 3334; TAR Puglia Bari, Sez. I, 15 maggio 2014, n. 608; TAR Bologna, 27 novembre 2014, n. 1153.

⁸ TAR Puglia – Bari, Sez. I, 7 gennaio 2015, n. 3.

⁹ Consiglio di Stato Sez. V 23 febbraio 2015 n. 874.

verifica della regolarità contributiva delle imprese partecipanti a procedure di gara per l'aggiudicazione di appalti con la P.A. è demandata agli istituti di previdenza, le cui certificazioni (DURC) si impongono alle stazioni appaltanti, che non possono sindacarne il contenuto. Tantomeno, quindi, le stazioni appaltanti possono sindacare la legittimità del DURC, che deve invece essere contestata dall'interessato con le forme e i mezzi previsti dall'ordinamento”.

Questo secondo orientamento giurisprudenziale trova peraltro conforto anche nella posizione espressa dal Ministero del lavoro e dall'INPS, rispettivamente con note in data 19 agosto 2014 e 2 settembre 2014, laddove hanno evidenziato che la procedura di regolarizzazione non assume rilevanza ai fini della emissione dei DURC per la verifica di autodichiarazione; ciò sul presupposto stabilito dal D.P.R. n. 445/2000, le cui disposizioni, in tema di dichiarazioni sostitutive, prevedono che quanto dichiarato debba corrispondere al vero e che, in caso diverso, trovino applicazione le sanzioni penali *“per le ipotesi di falsità in atti e dichiarazioni mendaci”*.

E' opinione di chi scrive che il descritto secondo orientamento giurisprudenziale sia da preferire al primo, in quanto più confacente ai principi che debbono soprintendere le procedure di gara, primo tra i quali quello del rispetto della *par condicio* tra i concorrenti.

Resta comunque il fatto che, come sopra evidenziato, la medesima sezione di Palazzo Spada abbia emanato due sentenze di taglio evidentemente opposto nel lasso temporale di una sola settimana ...

E' evidente che tale confusione giurisprudenziale non contribuisce a fare chiarezza tra gli operatori ed alimenta contenziosi.

In tale contesto, non può che auspicarsi un celere intervento risolutore da parte dell'Adunanza Plenaria, se non addirittura del legislatore.

Nel frattempo, si registra un'ordinanza della sezione IV del Consiglio di Stato¹⁰, a mezzo della quale è stata sollevata la questione pregiudiziale dinanzi alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, concernente la compatibilità con il diritto comunitario della normativa nazionale che, nell'ambito di una procedura d'appalto, consenta la richiesta d'ufficio del DURC ed obblighi la stazione appaltante a considerare ostativo un DURC dal quale si evince una

¹⁰ Sentenza 11 marzo 2015 n. 1236

violazione contributiva pregressa esistente al momento della partecipazione – ancorché non conosciuta dall'operatore economico - e non più sussistente al momento dell'aggiudicazione o della verifica d'ufficio.

La pronuncia della Corte potrebbe a questo punto costituire un passaggio nodale per la soluzione della problematica interpretativa.