

Disposizioni Urgenti per il Rilancio dell'Economia - il parere del Consiglio di Stato

Autore: Studio Legale Bertuzzi – Dott. Marco Ventura

In: Giurisprudenza amministrativa, Giurisprudenza commentata

Anche dopo l'entrata in vigore dell'art. 31, comma 8, del decreto legge 21 giugno 2013 n. 69, (Disposizioni urgenti per il rilancio dell'economia), convertito con modificazioni 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 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 dunque irrilevante, un eventuale adempimento tardivo dell'obbligazione contributiva.

Lo scorso 25/05/2016 l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato si è pronunciata in materia di D.u.r.c. nelle gare pubbliche, laddove, con sentenza n. 10/2016, nel risolvere l'annoso contrasto giurisprudenziale sul punto, ha chiarito che rientra nella giurisdizione del giudice amministrativo la controversia avente ad oggetto l'accertamento della regolarità del D.u.r.c., quale atto interno alla fase procedimentale di verifica dei requisiti di ammissione dichiarati dal partecipante ad una gara.

In particolare, la problematica nasceva dal fatto che essendo il documento unico di regolarità contributiva (D.u.r.c.) una dichiarazione di scienza che si colloca fra gli atti di certificazione o di attestazione facenti prova fino a querela di falso, una parte della giurisprudenza amministrativa aveva ritenuto che le contestazioni in merito agli errori contenuti nel D.u.r.c. non avrebbero potuto trovare cittadinanza davanti al giudice amministrativo, e ciò sia perché contestazioni di tal fatta incidono su situazioni di diritto

soggettivo, sia perché esse disvelano un sottostante rapporto obbligatorio, di tipo non pubblicistico (TAR Toscana, sez. I, 14 febbraio 2011, n. 313; TAR Lazio, sez. II, 23 febbraio 2007, n. 1662; TAR Bari, sez. I, 25 gennaio 2005, n. 217).

Inoltre, lo stesso Consiglio di Stato aveva già avuto modo di affermare che il procedimento di rilascio della certificazione di regolarità contributiva ha una sua autonomia rispetto al procedimento di gara ed è sottoposto alle regole proprie della materia previdenziale, della cui corretta applicazione è competente a conoscere il giudice ordinario (Cons. St., sez. V, 23 gennaio 2008, n. 147).

D'altro canto, altra parte della giurisprudenza è pervenuta ad una diversa soluzione (Cons. St., sez. V, 16 febbraio 2015, n. 781; TAR Umbria 19 gennaio 2016, n. 25;

TAR Lecce, sez. II, 20 dicembre 2014, n. 3144), alla quale l'Adunanza Plenaria ritiene di aderire, secondo cui rientra nella giurisdizione del giudice amministrativo, adito per la definizione di una controversia avente ad oggetto l'aggiudicazione

di un appalto pubblico, accertare

la regolarità del documento di regolarità contributiva, ancorché rilasciato da una Cassa Edile, in quanto atto interno della fase procedimentale di verifica dei requisiti di ammissione dichiarati dal partecipante ad una gara (e, quindi, impugnabile non già autonomamente, ma unitamente al provvedimento conclusivo della fase stessa), atteso che in questo caso il suddetto documento inerisce al procedimento amministrativo di aggiudicazione di un appalto.

Ad avviso della Plenaria, la questione di cui trattasi va risolta “nel senso di devolvere alla cognizione del

giudice amministrativo, adito per la definizione di una controversia avente ad oggetto l'aggiudicazione di un appalto pubblico, l'accertamento circa la regolarità del D.u.r.c., quale atto interno della fase procedimentale di verifica dei requisiti di ammissione dichiarati dal partecipante ad una gara"; infatti, nelle controversie in materia di contratti pubblici, "il D.u.r.c. viene in rilievo non in via principale, ma in qualità di presupposto di legittimità di un provvedimento amministrativo adottato dalla stazione appaltante".

Secondo il Collegio, premesso che è indubbia la natura di dichiarazione di scienza attribuibile al D.u.r.c., tale per cui detto documento si colloca fra gli atti di certificazione o di attestazione facenti prova fino a querela di falso, comunque tale carattere non risulta ostativo all'esame, da parte del giudice amministrativo, della regolarità delle risultanze della documentazione prodotta dall'ente previdenziale in un giudizio avente ad oggetto l'affidamento di un contratto pubblico di lavori, servizi o forniture.

Pertanto, conclude l'Adunanza Plenaria, la cognizione del giudice amministrativo concerne "l'attività provvedimentale successiva e consequenziale alla produzione del D.u.r.c. da parte dell'ente previdenziale" e quindi l'operatore privato, nel giudizio instaurato dinanzi all'autorità giudiziaria amministrativa, "non censura direttamente l'erroneità del contenuto del D.u.r.c., ma le statuizioni successive della stazione appaltante, derivanti dalla supposta erroneità del D.u.r.c.".

In sostanza, la giurisdizione in materia di accertamento circa la regolarità del D.u.r.c., al fine di determinare l'aggiudicazione di una commessa pubblica, spetta al giudice amministrativo dal momento che in materia di contratti pubblici il documento unico di regolarità contributiva viene in rilievo non in via

principale, ma in qualità di presupposto di legittimità di un provvedimento amministrativo adottato dalla stazione appaltante.

La Sezione rimettente aveva inoltre sottoposto all'esame dell'Adunanza Plenaria un ulteriore quesito, ossia se la norma di cui all'art. 31, comma 8, del d.l. 21 giugno 2013, n. 69, convertito con modificazioni nella l. 9 agosto 2013, n. 98, sia limitata al rapporto tra impresa ed Ente preposto al rilascio del D.u.r.c. senza che lo svolgimento di tale fase riguardi la stazione appaltante, oppure se la disposizione abbia sostanzialmente modificato, per abrogazione tacita derivante da incompatibilità, l'art. 38 del (vecchio) Codice e si possa ormai ritenere che la definitività della irregolarità sussista solo al momento della scadenza del termine di quindici giorni da assegnare da parte dell'Ente previdenziale per la regolarizzazione della posizione contributiva.

Sul punto, la Plenaria in oggetto ha affermato che, anche dopo l'entrata in vigore dell'art. 31, comma 8, d.l. 21 giugno 2013, n. 69, convertito con modificazioni dalla l. 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 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 dunque irrilevante, un eventuale adempimento tardivo dell'obbligazione contributiva. L'istituto dell'invito alla regolarizzazione (il c.d. preavviso di D.u.r.c. negativo), già previsto dall'art. 7, comma 3, d.m.

24 ottobre 2007 e ora recepito a livello legislativo dall'art. 31, comma 8, d.l. n. 69 del 2013, può operare solo nei rapporti tra impresa ed Ente previdenziale, ossia con riferimento al D.u.r.c. 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, lettera i) ai fini della partecipazione alla gara d'appalto.

A tali conclusioni era già pervenuta la stessa Adunanza plenaria nelle sentenze nn. 5 e 6 del 29 febbraio 2016, sul rilievo che l'art. 31, d.l. n. 69 del 2013 non ha modificato la disciplina dettata dall'art. 38, d.lgs. n. 163 del 2006: la regola del preavviso di d.u.r.c. negativo (procedura di flessibilizzazione, che consente all'impresa richiedente il rilascio della certificazione contributiva, di sanare la propria posizione, prima della definitiva certificazione negativa), dunque, non trova applicazione nel caso di certificazione richiesta dalla stazione appaltante, ai fini della verifica delle dichiarazioni rese dell'impresa partecipante. Il meccanismo di cui al citato art. 31, comma 8, si applica solo nei rapporti fra ente previdenziale ed operatore economico richiedente, senza venire in rilievo nel caso in cui sia la stazione appaltante a richiedere il d.u.r.c. ai fini della verifica circa la regolarità dell'autodichiarazione.

A supporto di tale conclusione sono addotte le seguenti argomentazioni:

a)

l'inapplicabilità alle procedure di evidenza pubblica del meccanismo di cui al comma 8 è desumibile dalla lettura complessiva dell'art. 31, d.l. n. 69 del 2013. Infatti, i commi dal 2 al 7 di tale norma contengono un preliminare ed espresso riferimento ai contratti di pubblici lavori, servizi o forniture o, comunque, un rinvio al d.lgs. n. 163 del 2006. Diversamente, il comma 8 non contiene un riferimento di tal genere, né sarebbe possibile desumerlo, in maniera implicita, dal testo della disposizione;

b)

non è possibile sostenere la necessità di una modifica al testo dell'art. 38, D.lgs. n. 163 del 2006 alla luce della asserita incompatibilità di questa disposizione con l'art. 31, comma 8, D.l. n. 69 del 2013; del resto, l'art. 255, D.lgs. n. 163 del 2006 dispone che "ogni intervento normativo incidente sul Codice, o sulle materie dallo stesso disciplinate, va attuato mediante esplicita modifica, integrazione, deroga o sospensione delle specifiche disposizioni in esso contenute". Il D.l. n. 69 del 2013 contiene, all'art. 31 comma 2, le disposizioni del D.lgs. n. 163 del 2006 che sono state modificate, in conformità alla clausola di abrogazione esplicita di cui all'art. 255 e in tale elenco non rientra l'art. 38, D.lgs. n. 163 del 2006.

L'Adunanza Plenaria ha dunque concluso rigettando quell'orientamento secondo il quale si potrebbe consentire la partecipazione ad una gara ad operatori che non possiedono, in materia di contributi previdenziali, i requisiti necessari a prendere parte alla procedura comparativa, e che, viceversa, ne autodichiarano il possesso, in quanto ciò determinerebbe due conseguenze: da un lato, l'operatore potrebbe integrare un requisito indispensabile alla partecipazione solo dopo aver preso parte alla gara ed in seguito al suo esito favorevole, a differenza degli altri concorrenti; dall'altro lato, l'autodichiarazione resa in sede di presentazione dell'offerta sarebbe viziata da una intrinseca falsità, di per sé idonea a giustificare l'esclusione dalla procedura. Inoltre, ammonisce il Collegio, consentire una regolarizzazione postuma dei requisiti di partecipazione alla gara urterebbe con l'impossibilità, affermata anche nella sentenza della Plenaria, n. 8 del 20 luglio 2014, di perdere i requisiti anche temporaneamente nel corso della procedura.

<https://www.diritto.it/disposizioni-urgenti-per-il-rilancio-dell-economia-il-parere-del-consiglio-di-stato/>