

Regolarità contributiva nella cessione di azienda e l'esclusione del cessionario

Autore: Biamonte Alessandro

In: Giurisprudenza commentata

Ai sensi dell'art. 80 comma 4 del d.lgs. n. 50 del 2016, "un operatore economico è escluso dalla partecipazione a una procedura d'appalto se ha commesso violazioni gravi, definitivamente accertate, rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse o dei contributi previdenziali, secondo la legislazione italiana o quella dello Stato in cui sono stabiliti".

Costituiscono

- **gravi violazioni** quelle che comportano un omesso pagamento di imposte e tasse superiore all'importo di cui all'articolo 48-bis, commi 1 e 2-bis del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 602.
- violazioni definitivamente accertate quelle contenute in sentenze o atti amministrativi non più soggetti ad impugnazione.
- **gravi violazioni** in materia contributiva e previdenziale quelle ostative al rilascio del documento unico di regolarità contributiva (DURC), di cui al decreto del Ministero del lavoro e delle politiche sociali 30 gennaio 2015, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 125 del 1° giugno 2015, ovvero delle certificazioni rilasciate dagli enti previdenziali di riferimento non aderenti al sistema dello sportello unico previdenziale".

Il comma **non si applica** quando l'operatore economico abbia ottemperato ai suoi obblighi pagando o impegnandosi in modo vincolante a pagare le imposte o i contributi previdenziali dovuti, compresi eventuali interessi o multe, purché il pagamento o l'impegno siano stati formalizzati prima della scadenza del termine per la presentazione delle domande.

Nel caso di specie, successivamente al termine di presentazione delle offerte la stazione appaltante ha verificato l'esistenza di irregolarità contributiva a carico dell'impresa concedente il **ramo d'azienda**. Secondo l'orientamento confermato in grado di appello, la stazione appaltante ha fatto corretta applicazione dei principi che regolano il contratto d'affitto d'azienda (artt. 2558 e 2560 del codice civile relativi alla cessione ma applicabili per costante giurisprudenza anche all'affitto cfr. Cass. civ. Sez. I, 9 ottobre 2017, n. 23581, 16 giugno 2004, n. 11318; Sez. III, 7 novembre 2003, n. 16724) per cui l'affittuario subentra nei rapporti attivi e passivi dell'impresa concedente.

Con particolare riferimento alla partecipazione alle gare pubbliche, tale interpretazione è stata già affermata anche dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato, che ha ritenuto, avuto riguardo alla cessione

d'azienda, che "la responsabilità per fatto di soggetto giuridico terzo a cui soggiace il **cessionario trova risposta nel principio ubi commoda, ibi incommoda**: il cessionario, come si avvale dei requisiti del cedente sul piano della partecipazione a gare pubbliche, così risente delle conseguenze, sullo stesso piano, delle eventuali responsabilità del cedente" (Adunanza plenaria n. 10 del 4 maggio 2012). In particolare, con riferimento al contratto di affitto di azienda, è stato dedotto che "non soltanto l'affittuario è in condizione di utilizzare mezzi d'opera e personale facenti capo all'azienda affittata ma, soprattutto, si mette in condizione di avvantaggiarsi anche dei requisiti di ordine tecnico organizzativo ed economico finanziario facenti capo a tale azienda, per quanto ciò avvenga per un periodo di tempo determinato e malgrado la reversibilità degli effetti una volta giunto a scadenza il contratto di affitto d'azienda, con l'obbligo di restituzione del complesso aziendale" (Consiglio di Stato sez. V, 5 novembre 2014, n. 5470, per cui "la continuità imprenditoriale tra l'affittuario e l'affittante risulta insita in re ipsa nello stesso trasferimento della disponibilità economica di una parte dell'azienda ad altra impresa, giuridicamente qualificabile come affitto, ad eccezione della sola ipotesi in cui il soggetto interessato abbia fornito la prova di una completa cesura tra le gestioni").

Né può assumere rilievo la mancata applicazione della procedura di preavviso di DURC negativo, ai sensi dell'art. 31 comma 8 del d.l., 21 giugno 2013, n. 69 convertito nella legge 9 agosto 2013 n. 98.

Il Durc

Tale disposizione, che 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", in base all'orientamento espresso dalle Adunanze Plenarie n. 5, n. 6 e n. 10 del 2016 si applica solo al **DURC** richiesto dalla impresa e non al DURC richiesto dalla stazione appaltante nella successiva fase di verifica dei requisiti. Tale orientamento (confermato anche di recente, cfr. Consiglio di Stato, Sez. V n. 2537, 26 aprile 2018) deriva dalla applicazione del principio per cui tutti i requisiti di partecipazione devono essere posseduti alla data di scadenza del termine per la presentazione delle offerte e rimanere per tutta la durata della procedura di gara, con la conseguenza di escludere una regolarizzazione successiva al termine di presentazione delle domande di partecipazione alla gara, momento in cui devono essere posseduti i requisiti di partecipazione, compresa la regolarità contributiva.

L'impresa deve, dunque, 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 irrilevante, un eventuale adempimento tardivo dell'obbligazione contributiva (Consiglio di Stato, Sez. V, 8 marzo 2018, n. 1497).

Tale orientamento, pienamente condiviso dal Collegio, è stato ribadito anche a seguito della **modifica dell'art. 80, comma 4, d.lgs. n. 50 del 2016**, che consente - nel testo vigente a seguito delle modifiche introdotte con il d.lgs. 19 aprile 2017 n. 56- la partecipazione alle gare qualora l'operatore "ha ottemperato ai suoi obblighi pagando o impegnandosi in modo vincolante a pagare le imposte o i contributi previdenziali dovuti, compresi eventuali interessi o multe, purché il pagamento o l'impegno siano stati formalizzati prima della scadenza del termine per la presentazione delle domande".

La norma aggiunta al comma 4 consente all'impresa che intenda partecipare alla gara di aderire all'invito alla regolarizzazione fino al momento di presentazione dell'offerta, potendo perciò autocertificare il possesso del requisito a tale momento anche se non abbia ancora pagato le somme dovute agli enti di previdenza ed assistenza, ma purché a tale data si sia formalmente impegnata al pagamento. Non supera, quindi, il disposto del comma 6 dell'art. 80 per cui " le stazioni appaltanti escludono un operatore economico in qualunque momento della procedura, qualora risulti che l'operatore economico si trova, a causa di atti compiuti o omessi prima o nel corso della procedura, in una delle situazioni di cui ai commi 1, 2, 4 e 5", che **non consente di distinguere tra omissioni di pagamenti di contributi precedenti o sopravvenute all'inizio della procedura**; né consente di distinguere, ai fini dell'emissione del provvedimento di esclusione, i diversi momenti della procedura di gara, imponendo perciò l'esclusione anche successivamente, a meno che l'operatore economico abbia pagato o si sia impegnato a pagare "prima della scadenza del termine per la presentazione delle domande" (Consiglio di Stato Sez. V, 2 luglio 2018, n. 4039).

La **irrilevanza della regolarizzazione** successivamente al termine di presentazione delle offerte è stata ritenuta conforme all'ordinamento comunitario dalla Corte di giustizia dell'Unione Europea, con sentenza 10 novembre 2016 n. C-199/15, in cui ha affermato, con riferimento all'**articolo 45 della direttiva 2004/18/CE** del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, che "non osta a una normativa nazionale, come quella di cui trattasi nel procedimento principale, che obbliga l'amministrazione aggiudicatrice a considerare quale motivo di esclusione una violazione in materia di versamento di contributi previdenziali ed assistenziali risultante da un certificato richiesto d'ufficio dall'amministrazione aggiudicatrice e rilasciato dagli istituti previdenziali, qualora tale violazione sussistesse alla data della partecipazione ad una gara d'appalto, anche se non sussisteva più alla data dell'aggiudicazione o della verifica d'ufficio da parte dell'amministrazione aggiudicatrice".

E ciò anche nel caso in cui "l'**importo dei contributi** sia poi stato regolarizzato, prima dell'aggiudicazione o prima della verifica d'ufficio da parte dell'amministrazione aggiudicatrice". La Corte ha inoltre aggiunto che non sussiste violazione della disposizione innanzi citata anche nel caso in cui la disciplina nazionale preveda "quale motivo di esclusione una violazione in materia di versamento di contributi previdenziali ed assistenziali risultante da un certificato richiesto d'ufficio dall'amministrazione aggiudicatrice e rilasciato dagli istituti previdenziali, qualora tale violazione sussistesse alla data della partecipazione ad una gara d'appalto, escludendo così ogni margine di discrezionalità delle amministrazioni aggiudicatrici a tale riguardo".

Anche l'art. 57 paragrafo 3 della direttiva 2014/24 si riferisce in via generale al limite massimo del termine di presentazione delle offerte, attribuendo agli Stati membri la facoltà di prevedere una deroga alle esclusioni obbligatorie di cui al paragrafo 2 (tra cui il mancato pagamento di imposte o contributi previdenziali) "nei casi in cui un'esclusione sarebbe chiaramente sproporzionata, in particolare qualora non siano stati pagati solo piccoli importi di imposte o contributi previdenziali o qualora l'operatore economico sia stato informato dell'importo preciso dovuto a seguito della sua violazione degli obblighi relativi al pagamento di imposte o di contributi previdenziali in un momento in cui non aveva la possibilità di prendere provvedimenti in merito, come previsto al paragrafo 2, terzo comma, (pagamento o impegno vincolante a pagare le imposte o i contributi previdenziali dovuti, compresi eventuali interessi o multe) prima della scadenza del termine per richiedere la partecipazione ovvero, in procedure aperte, del termine per la presentazione dell'offerta".

La mancata regolarità contributiva nella cessione d'azienda

Anche nel caso di **cessione di azienda**, ancorché la mancanza di regolarità contributiva riguardi soggetto diverso dal partecipante alla gara, deve ritenersi operante il richiamato principio e non può ritenersi ammissibile la successiva regolarizzazione dell'omissione contributiva: trattasi di corollario del principio di autoresponsabilità, in forza del quale vi è un obbligo di diligenza posto sui partecipanti alla gara che, nel caso di specie avrebbe dovuto riguardare anche una verifica sulla impresa concedente (cfr. Consiglio di Stato, V, 11 gennaio 2018, n.110, per cui in base ai principi di **autoresponsabilità e diligenza**, incombe all'impresa non solo la verifica- possibile in ogni momento e anche online- della situazione effettiva di regolarità contributiva, ma anche della permanenza di tale situazione).

Sulla base del **principio di autoresponsabilità** è peraltro da escludere la possibilità della regolarizzazione anche per il caso della irregolarità contributiva della impresa ausiliaria (Consiglio di Stato, Sez. V, 26 aprile 2018, n. 2527, che ha affermato che in tal caso l'art. 89 del d.lgs. n. 50 del 2016 consente la sostituzione dell'impresa ausiliaria, ma non la regolarizzazione tardiva).

Volume consigliato

<https://www.diritto.it/regolarita-contributiva-nella-cessione-di-azienda-e-lesclusione-del-cessionario/>