



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI NAPOLI FEDERICO II
FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

INNOVAZIONE E DIRITTO

Valenza del DURC e regolarità contributiva negli appalti pubblici alla luce della modifica apportata dal Decreto “Sviluppo” all'art. 38, comma 2, D. Lgs. 163/2006.

di M. Silvestro

Abstract

The Code for public contracts states that the economic operators who have committed *«serious violations, as finally established, to the rules of National Insurance and Social Security contributions, according to Italian law or the state in which they reside»* are excluded from participation in public tenders. The possess of the above reported requirement is made in the application form by a personal declaration followed then by the obligation to supply the compliance certificate (DURC) once the tender is won.

The adopted mechanism, susceptible to different interpretations, and the absence of specific provisions about the procedures and the verification of the statements, have generated a strong jurisprudential debate about the value of the DURC with reference to the various stages of tender procedure.

The Legislature, in an attempt to clarify the procedure, recently intervened about the provisions of the Code of public contracts with the D.L. May 13, 2011, No 70, providing precise information regard to the types of violations to the Social Security and National Insurance regulations that generate exclusion from participation in tendering procedures.

Although the legislative action appears to greatly reduce the discretion of the contracting authority in assessing the existence of the requirement of regular contributions, it arise doubts and problems of interpretation which reasonably will lead to further administrative rulings concerning the issue and particularly about the validity of the DURC for public tendering.

Sommario: 1. Premessa; 2. La disciplina della materia; 3. L'evoluzione giurisprudenziale del concetto di regolarità contributiva negli appalti pubblici; 4. (Segue) La discrezionalità della stazione appaltante e la regolarizzazione postuma; 5. La modifica dell'art. 38, comma 2, del Codice dei contratti pubblici; 6. Considerazioni conclusive.

1. Premessa.

Il Codice dei contratti pubblici, all'art. 38, comma 1, lett. i), esclude dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti pubblici i soggetti che abbiano 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»¹⁸⁷.

L'attestazione del possesso del requisito in parola va fatta, in sede di domanda di partecipazione, mediante dichiarazione sostitutiva, sorgendo poi, a seguito dell'aggiudicazione, l'obbligo per l'affidatario di presentare la certificazione di regolarità contributiva di cui all'art. 2 D.L. n. 210/2002 convertito dalla legge n. 266/2002 e di cui all'art. 3, comma 8, D.Lgs. n. 494/1996.

La formula utilizzata, suscettibile di interpretazioni differenti, e l'assenza di precise disposizioni in merito alle modalità e all'oggetto dell'attività di verifica delle dichiarazioni dell'operatore economico ad opera della stazione appaltante, hanno alimentato un notevole contenzioso che sembra, tuttavia, destinato ad un drastico ridimensionamento in seguito alle modifiche che hanno interessato la normativa in materia¹⁸⁸. Il legislatore, infatti, certamente anche in un'ottica deflattiva del contenzioso oltre che di semplificazione dell'azione amministrativa, è intervenuto sul testo del citato art. 38 fornendo precise indicazioni anche in ordine alla connotazione che devono presentare le violazioni della normativa previdenziale e assistenziale ai fini dell'esclusione dalla partecipazione alle gare d'appalto pubbliche; con ciò contribuendo a delineare il concetto di regolarità contributiva rilevante in questo specifico ambito, con riferimento al quale sembra acquistare definitivamente assoluto rilievo il DURC (Documento unico di regolarità contributiva).

Nel presente lavoro verrà esaminata la portata dell'intervento legislativo non sottacendo i dubbi interpretativi e le problematiche, anche di ordine pratico, cui lo stesso dà luogo e prospettando le possibili soluzioni alla luce dell'evoluzione normativa e degli orientamenti giurisprudenziali sul tema, di cui si impone, pertanto, una sintetica preliminare ricostruzione.

2. La disciplina della materia.

¹⁸⁷ Cfr. art. 38, comma 1, lett. i), D. Lgs. 12 aprile 2006, n. 163.

¹⁸⁸ Sulle ragioni della rilevanza nella giurisprudenza amministrativa del tema della regolarità contributiva nelle gare d'appalto pubbliche e sulle problematiche connesse, cfr. F. BERTINI, Durc e gare di appalto, tra dubbi e certezze, in *Urbanistica e Appalti*, 2009, vol. XIII, fasc. 11, 1214 ss.

L'introduzione della regolarità contributiva¹⁸⁹ tra i requisiti di partecipazione agli appalti pubblici va ricercata nelle disposizioni comunitarie che escludono dalle gare l'operatore economico non *“in regola con gli obblighi relativi al pagamento dei contributi previdenziali e assistenziali secondo la legislazione del paese dove è stabilito e dell'amministrazione aggiudicatrice”*¹⁹⁰.

Tale normativa veniva, infatti, recepita nel nostro ordinamento in modo conforme per gli appalti di servizi e forniture¹⁹¹ – per i quali si attribuiva rilievo, ai fini dell'esclusione dalle relative procedure, a qualsiasi tipo di irregolarità – e in modo parzialmente differente e meno rigoroso per le gare relative ai lavori, richiedendo l'art. 75 D.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554, per la partecipazione alle stesse, l'insussistenza di *“gravi infrazioni debitamente accertate alle norme di sicurezza e ogni altro obbligo derivante dai rapporti di lavoro risultanti dai dati in possesso dell'Osservatorio dei lavori pubblici”*, così introducendo il carattere della *“gravità”* dell'irregolarità rilevante come causa di esclusione. Seguiva, sempre con riferimento agli appalti di lavori, il D.P.R. 25 gennaio 2000, n. 34, che, all'art. 17, prevedeva, tra i requisiti d'ordine generale ai fini della qualificazione aziendale per l'esecuzione di lavori pubblici, l'inesistenza di violazioni gravi e definitivamente accertate.

La necessità di offrire alle stazioni appaltanti un valido strumento di verifica della sussistenza del requisito della regolarità contributiva, nell'ottica di favorire l'emersione del lavoro sommerso, induceva il legislatore ad imporre, con il Decreto Legge 25 settembre 2002, n. 210, convertito con Legge 22 novembre 2002, n. 266, alle imprese edili affidatarie di appalti pubblici la presentazione, a pena di revoca dell'affidamento, della certificazione relativa alla regolarità contributiva¹⁹² rilasciata dagli enti previdenziali sulla base di apposite convenzioni a stipularsi¹⁹³. Come precisato dalle circolari INPS n. 92 del 26 luglio 2005 e INAIL n. 38 del 28 luglio 2005, esplicative e integrative del citato decreto, l'impresa, *«al momento della partecipazione alla gara pubblica e fino all'aggiudicazione»*, poteva dichiarare

189 Per la definizione del concetto di regolarità contributiva, v. A. Grazzini, *Appalti e contratti*, 2009, Giuffrè.

190 Cfr. art. 29, Direttiva 18 giugno 1992, n. 92/50/CE, per gli appalti di servizi; art. 20, Direttiva 14 giugno 1993, n. 93/36/CE, per gli appalti di forniture e art. 24, Direttiva 14 giugno 1993, Cfrn. 93/37/CE, per gli appalti di lavori. Tutti abrogati e sostituiti dall'art. 45 della Direttiva 31 marzo 2004, n. 2004/18/CE, che, nel razionalizzare le norme comunitarie preesistenti in materia di appalti pubblici, ribadiva, con riferimento a tutti i tipi di appalto, la previsione del requisito negli stessi termini di cui alle precedenti direttive.

191 Art. 11, lett. d) D. Lgs. 24 luglio 1992, n. 358, per le gare concernenti le forniture; art. 12, D. Lgs. 17 marzo 1995, n. 157, per gli appalti di servizi.

192 Sulla funzione del DURC v. M. Greco, A. Massari, *Gli appalti dopo il terzo decreto correttivo al codice dei contratti pubblici*, Maggioli, 2008.

193 Oltre all'INPS e all'INAIL, sono enti abilitati a rilasciare il DURC, in forza della modifica apportata all'art. 8 del D. Lgs. n. 494/1996 dal D. Lgs. n. 276 del 2003, le Casse edili e, così come previsto dall'art. 2 D.M. 24 ottobre 2007, n. 28578, gli altri Istituti previdenziali che gestiscono forme di assicurazione obbligatoria.

l'assolvimento degli obblighi contributivi e per la verifica di tali dichiarazioni, doveva poi depositare l'attestazione della regolarità contributiva, da intendersi come «*correttezza nei pagamenti e negli adempimenti previdenziali, assistenziali ed assicurativi nonché di tutti gli altri obblighi previsti dalla normativa vigente riferita all'intera situazione aziendale*»¹⁹⁴.

L'obbligo di presentazione del DURC al termine della procedura di gara e, più precisamente, in epoca successiva all'affidamento, previa presentazione di una dichiarazione sostitutiva, veniva poi confermato dal D. Lgs. 12 aprile 2006, n. 163 attualmente in vigore che, abrogando e sostituendo la previgente normativa in materia, individua, come sopra precisato, tra i requisiti di ordine generale per la partecipazione alle gare d'appalto, l'insussistenza di violazioni "gravi e definitivamente accertate" alle norme in materia previdenziale e assistenziale, così estendendo la previsione già contemplata per le procedure concernenti i lavori a tutte le tipologie di appalto¹⁹⁵.

Attesa la rilevanza acquisita nel settore che occupa - oltre che per la concessione di agevolazioni normative e contributive, per i lavori privati dell'edilizia e per la fruizione di benefici e sovvenzioni previsti dalla disciplina comunitaria - il Documento unico di regolarità contributiva riceveva una specifica ed uniforme regolamentazione nel Decreto del Ministero del lavoro e della previdenza sociale 24 ottobre 2007, n. 28578, che ne determinava i presupposti e le modalità di rilascio, nonché i contenuti analitici¹⁹⁶. Le disposizioni di tale decreto rappresentano tuttora la fonte normativa principale in tema di DURC, unitamente alle numerose circolari e determinazioni interpretative e integrative successivamente emanate dagli enti interessati¹⁹⁷, nonché alla Legge 28 gennaio 2009, n. 2, che ha posto a carico delle

194 L'attestazione del possesso del requisito mediante dichiarazione sostitutiva trova il suo fondamento nell'art. 46, comma 1, lett. P) e art. 77 bis del D.P.R. n. 445/2000, così come modificato dall'art. 15 L. n. 3/2003, espressamente richiamati nelle suddette circolari INPS n. 92 del 26 luglio 2005 e INAIL n. 38 del 28 luglio 2005.

195 L'art. 38 D. Lgs. 163/2006 recita: «il candidato o concorrente attesta il possesso del requisito in parola mediante dichiarazione sostitutiva» (comma 2) e «in caso di aggiudicazione, resta fermo, per l'affidatario, l'obbligo di presentare la certificazione di regolarità contributiva di cui all'articolo 2, del decreto-legge 25 settembre 2002, n. 210, convertito dalla legge 22 novembre 2002, n. 266 e di cui all'articolo 3, comma 8, del decreto legislativo 14 agosto 1996, n. 494 e successive modificazioni e integrazioni» (comma 3).

196 Per una compiuta ricostruzione della disciplina normativa del Documento unico di regolarità contributiva, M. R. Gheido, A. Casotti, Contratti pubblici e richiesta del DURC, in *Diritto e pratica del lavoro*, 25/2011, p. 1488.

197 Cfr. Circolare del Ministero del lavoro e delle politiche sociali n. 5 del 30 gennaio 2008; Circolare INAIL n. 7 del 5 febbraio 2008; Determinazione Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici n. 1 del 12 gennaio 2010; Circolare del Ministero del lavoro e delle politiche sociali n. 35 dell'8 ottobre 2010 e Circolare INPS n. 145 del 17 novembre 2010. In particolare, si evidenzia che la citata Circolare ministeriale n. 35/2010, conformandosi alla Determinazione AVCP n. 1/2010, ha modificato il termine mensile di validità del DURC nel settore degli appalti pubblici indicato nel D.M. 24 ottobre 2007, n. 28578, riconoscendo al documento in parola, nel settore specifico, una validità trimestrale. Da ultimo sono

stazioni appaltanti l'onere di acquisire d'ufficio la certificazione di regolarità contributiva nei casi previsti dalla legge¹⁹⁸.

Nel quadro normativo così delineato va ad inserirsi l'ultima recente modifica del citato art. 38, comma 2, ad opera del D.L. 13 maggio 2011, n. 70199, convertito con modifiche con Legge 12 luglio 2011, n. 106, che, nel testo novellato, recita: «*ai fini del comma 1, lett. i), si intendono gravi le violazioni ostative al rilascio del documento unico di regolarità contributiva*»²⁰⁰.

3. L'evoluzione giurisprudenziale del concetto di regolarità contributiva.

La normativa stratificatasi nel tempo, sopra sinteticamente ricostruita, ha posto numerosi «*problemi interpretativi e di coordinamento che sono probabilmente all'origine dei contrasti evidenziati da una giurisprudenza non (...) univocamente orientata*»²⁰¹.

L'acceso dibattito giurisprudenziale in materia è ricollegato essenzialmente alla valenza attribuita al DURC con riferimento alle varie fasi della procedura di gara, in considerazione dello scarto temporale esistente tra la presentazione della domanda di partecipazione e della connessa dichiarazione sostitutiva in merito al possesso dei requisiti d'ordine generale, ivi compreso quello della regolarità contributiva, da un lato, e il momento della presentazione della certificazione degli enti previdenziali, imposta solo in seguito all'affidamento, dall'altro.

Il Consiglio di Stato, già con riferimento a fattispecie cui, *ratione temporis*, andava applicata la normativa precedente all'entrata in vigore del Codice dei contratti pubblici, aveva prospettato il problema se la correntezza dei pagamenti richiesta dalla disposizione introduttiva del DURC per l'«affidatario» dovesse sussistere negli stessi termini anche per i "partecipanti", costituendo, pertanto, anche «*un requisito di partecipazione alla gara*», pervenendo alla conclusione che, con le norme introduttive dell'obbligo di presentazione del DURC nell'ambito dei pubblici appalti, il legislatore ha voluto escludere dalla contrattazione con le amministrazioni le imprese che non siano corrette anche con riguardo agli obblighi

state poi emanate la Circolare INPS n. 59 del 28 marzo 2011 e la Circolare INAIL n. 22 del 24 marzo 2011.

¹⁹⁸ Più precisamente, la previsione è contenuta nell'art. 16 bis, comma 10, del D.L. 185/2009 convertito, con modificazioni, con la Legge n. 2/2002.

¹⁹⁹ Per un commento del D.L. 70/2011, v. A. Massera, Il "Decreto Sviluppo", in *Giornale di Diritto Amministrativo*, 10/2011, p. 1049; R. De Nictolis, *Le novità dal D.L. 70/2011 in Urbanistica e appalti*, 9/2011, p. 1012; S. Rostagno, *Il cd. "D.l. sviluppo" e i suoi riflessi sul corpus normativo dei contratti pubblici*, in www.giustamm.it, maggio 2011; ivi anche F. LILLI, *Breve commento all'art. 4 del decreto-legge 13 maggio 2011, n. 70 - Prime disposizioni urgenti per l'economia*, giugno 2011.

²⁰⁰ Comma prima modificato dal comma 2 dell'art. 3, D.L. 25 settembre 2009, n. 135 e poi sostituito dal n. 4) della lettera b) del comma 2 dell'art. 4, D.L. 13 maggio 2011, n. 70 (Decreto "Sviluppo"), nel testo integrato dalla relativa legge di conversione 12 luglio 2011, n. 106.

²⁰¹ T.A.R. Toscana Firenze Sez. I, Sent., 02-02-2009, n. 182, in www.giustizia-amministrativa.it, ove sono state reperite tutte le sentenze successivamente citate.

previdenziali «rispetto ai quali non vi siano ragionevoli motivi per non effettuare o comunque ritardare il pagamento»²⁰², vale a dire in caso di violazioni di piccola entità²⁰³. Nelle stesse decisioni il Supremo Collegio affermava, altresì, che, in base alla richiamata normativa, la verifica della regolarità contributiva dovesse ritenersi demandata in esclusiva agli enti previdenziali, di talchè le stazioni appaltanti non avrebbero potuto che prendere atto di quanto dai medesimi certificato.

Tali osservazioni vengono riproposte in successive pronunce, nelle quali i giudici amministrativi escludono possa ravvisarsi «un diverso grado di rigidità della disciplina tra partecipanti e affidatari» - dovendo la regolarità contributiva sussistere al momento della offerta ed essere assicurata anche nei momenti successivi fino al momento della aggiudicazione - e individuano negli istituti previdenziali i soggetti deputati all'accertamento e all'attestazione del requisito in parola mediante il Durc²⁰⁴.

Le ragioni poste alla base di questo orientamento sono individuate nell'esigenza di dare la massima applicazione ad un mezzo, qual'è la regolarità contributiva e assicurativa, di tutela del lavoro e della sua sicurezza penalizzando le condotte irregolari sotto questo profilo che, da un lato, costituiscono indice di inaffidabilità contrattuale e, dall'altro, andando ad impattare sul costo del lavoro, riducendolo, alterano il corretto confronto concorrenziale tra i candidati, pregiudicando il soggetto economico che ha adempiuto regolarmente agli obblighi in materia. Ma anche nella opportunità di sollevare «le stazioni appaltanti da oneri istruttori impropri (perché riferiti a profili non di loro diretta gestione e competenza)», che possono prolungare in modo indefinito i tempi dei procedimenti di gara e alimentare il contenzioso in materia²⁰⁵.

L'indirizzo viene confermato, con specifico riferimento a fattispecie successive all'entrata in vigore del Codice dei contratti pubblici, sulla base della considerazione che, sebbene l'art. 38, comma 1, lett. ò), del codice stesso, preveda, come requisito di partecipazione alla gara,

202 Cons. Stato, Sez. V, 1 agosto 2007, n. 4273; Cons. Stato, Sez. V, 23 ottobre 2007, n. 5575.

203 Cfr. P. Pennesi – D. Papa, Il contrasto al lavoro nero e irregolare e il DURC, in M. Tiraboschi – L. Fantini (a cura di), Il testo Unico della salute e sicurezza sul lavoro dopo il correttivo (D. Lgs. 106/2009), Giuffrè, Milano, p. 525 ss.

204 Cons. Stato, Sez. IV, 12 marzo 2009, n. 1458. Nello stesso senso, tra le altre, Cons. Stato, Sez. VI, 11 agosto 2009, n. 4928; Cons. Stato Sez. V, 23 gennaio 2008, n. 147; Cons. Stato Sez. IV, 31 maggio 2007, n. 2876; Cons. Stato Sez. IV, 27 dicembre 2004, n. 8215.

Per un commento esaustivo della sentenza Cons. Stato, Sez. IV, 12 marzo 2009, n. 1458, citata, F. Bertini, Durc e gare di appalto, tra dubbi e certezze, in Urbanistica e Appalti, 2009, vol. XIII, fasc. 11, 1214 ss., ove si evidenzia come il Supremo Collegio nella decisione sembra accogliere la tesi per cui «tutte le violazioni contributive (ovvero ogni fattispecie di DURC irregolare alla data dell'offerta), sono di per sé "gravi" (...) per gli effetti del comma 1 dell'art. 38»; tesi che in effetti viene poi esplicitata in sentenze successive, più avanti menzionate.

205 T.A.R. Toscana, Firenze Sez. I, Sent., 2 febbraio 2009, n. 182.

l'insussistenza di violazioni contributive “gravi” e “definitivamente accertate”, ciò che rileva ai fini della stipula del contratto è la regolarità contributiva – da intendersi in senso più ampio rispetto alla mancanza delle violazioni di cui al citato art. 38 - che deve essere oggetto di verifica pure con riferimento al momento della presentazione della domanda di partecipazione²⁰⁶. Anche in sentenze più recenti si rinviene un'accezione della regolarità contributiva, rilevante con riguardo a tutte le fasi delle gare d'appalto, molto ampia, che deriva da una lettura dello stesso art. 38 per cui, ai fini dell'esclusione dalla partecipazione alla gara, *«in considerazione dei gravi effetti negativi sui diritti dei lavoratori, sulla finanze pubbliche e sulla concorrenza tra le imprese derivanti dalla mancata osservanza degli obblighi in materia, debbono considerarsi "gravi" tutte le inadempienze rispetto a detti obblighi, salvo che non siano riscontrabili adeguate giustificazioni»*²⁰⁷.

L'interpretazione sopra riportata, definita “formalistica”, non è unanimemente condivisa in giurisprudenza²⁰⁸.

In numerose sentenze i giudici amministrativi hanno, infatti, escluso che sussista una perfetta coincidenza tra il concetto di regolarità contributiva, così come attestata dal DURC, e il requisito previsto, con riferimento al momento della partecipazione alla gara, dall'art. 38 del Codice dei contratti pubblici, lett. i), che sanziona con l'esclusione solo le "violazioni gravi, definitivamente accertate".

206 T.A.R. Toscana, Firenze Sez. I, Sent., 2 febbraio 2009, n. 182, citata, ove si legge «appare peraltro ragionevole ritenere che il legislatore abbia voluto precludere sin dall'inizio la partecipazione alle pubbliche gare entro limiti relativamente ristretti (riferiti solo a situazioni gravi e già definite), rinviando poi una più attenta e selettiva verifica alla fase successiva all'individuazione del soggetto almeno potenzialmente affidatario del pubblico appalto. Detta verifica va estesa oltre i limiti stabiliti dall'art. 38, comma 1, lett. i) del Codice dei contratti pubblici ed investe il più vasto ambito della regolarità contributiva, intesa come correttezza nei pagamenti e negli adempimenti previdenziali, assistenziali e assicurativi (...) Ciò posto occorre individuare il momento (o i momenti) a cui riferire il possesso del requisito in questione (...) Ad avviso del Collegio va privilegiata la soluzione che meglio risponde alle finalità perseguite attraverso l'individuazione della regolarità contributiva come requisito necessario per contrattare con la P.A. (...) appare logico e consequenziale che il requisito in esame sia richiesto in termini rigorosi anche sotto il profilo temporale e dunque se ne pretenda il possesso sin dal momento del primo contatto tra l'impresa e l'amministrazione aggiudicatrice, cioè alla data di presentazione della domanda di partecipazione alla gara (anche per evitare che i concorrenti possano essere indotti a regolarizzare la propria posizione solo se ed in quanto si prospettino concrete possibilità di esito positivo della procedura a cui hanno chiesto di partecipare); fermo restando che il requisito deve poi essere mantenuto, altresì, alla data dell'affidamento». A tale conclusione il Tribunale perviene tenendo in considerazione anche quanto stabilito dal D.M. 24 ottobre 2007, sebbene inapplicabile al caso di specie.

207 Cons. Stato, Sez. VI, 6 aprile 2010, n. 1934, ove, tra le cause giustificative dell'inadempimento degli obblighi contributivi, è contemplata la proposizione di ricorsi giurisdizionali o la presentazione di domande di condono o di rateizzazione. Nello stesso senso, Cons. Stato, Sez. VI, 5 luglio 2010, n. 4243.

208 Sulla distinzione tra l'indirizzo “formalistico” e quello “sostanzialistico”, F. Bertini, Durc e gare di appalto, tra dubbi e certezze, in *Urbanistica e Appalti*, 2009, vol. XIII, fasc. 11, 1214 ss.

Secondo il Consiglio di Giustizia Amministrativa siciliano, in particolare, nelle procedure per l'affidamento di appalti pubblici, il DURC rappresenta il necessario e imprescindibile presupposto della stipula del contratto, ma non della partecipazione alla procedura di gara²⁰⁹. Concetto ripetutamente ribadito dal Consiglio di Stato per il quale l'art. 38, d.lgs. n. 163/2006 «*indica una differenza tra la regolarità contributiva richiesta al partecipante alla gara ai sensi del comma 1, lettera i), di detto articolo, e la regolarità contributiva richiesta all'aggiudicatario al fine della stipula del contratto*»; di talché l'esclusione va disposta solo qualora, in seguito all'attività di verifica, nella stazione appaltante si formi il convincimento che il debito contributivo del candidato sia grave e definitivamente accertato²¹⁰.

Invero, l'orientamento in parola, non si discosta dall'indirizzo “formalistico” laddove attribuisce al DURC valore di atto certificativo o di attestazione redatto da un pubblico ufficiale che fa prova fino a querela di falso e sottrae alla stazione appaltante ogni sindacato in merito ai dati nello stesso evidenziati. Ma, muovendo da tale premessa, conferisce all'ente che ha bandito la gara il compito di verificare se siano stati promossi procedimenti volti a contestare le risultanze del documento di correttezza contributiva e se le irregolarità contributive eventualmente riscontrate siano, con riguardo allo specifico appalto e alle caratteristiche della ditta concorrente, da considerare gravi²¹¹.

4. Segue. La discrezionalità della stazione appaltante e la regolarizzazione postuma.

L'adesione all'approccio “formalistico” anziché a quello “sostanzialistico” ha implicazioni, sul piano pratico, di non poco rilievo.

Il primo indirizzo fa rientrare il DURC nella categoria degli atti di certificazione²¹² o attestazione redatti da un pubblico ufficiale che fanno prova fino a querela di falso e da ciò fa discendere che la stazione appaltante, non solo non ha alcun margine di valutazione o di apprezzamento in ordine ai dati ed alle circostanze in esso contenuti, ma è vincolata alla

²⁰⁹ Cons. Giust. Amm. Sic., 30 marzo 2011, n. 287, ove, tuttavia, si precisa che la suddetta lettura del citato art. 38 concerne i casi in cui il bando di gara richieda genericamente una dichiarazione di insussistenza delle cause di esclusione di cui alla lett. i), e non quelli – come la fattispecie oggetto della stessa pronuncia – in cui nella lettera di invito o nel bando si preveda espressamente che la verifica della dichiarazione vada effettuata sulla base della certificazione di regolarità contributiva.

²¹⁰ Cons. Stato Sez. V, 7 luglio 2011, n. 4053. Nello stesso senso, tra le tante, Cons. Stato, Sez. VI, 4 agosto 2009, nn. 4905, 4906 e 4907, citate; Cons. Stato, Sez. V, 3 febbraio 2011, n. 789; Cons. Stato Sez. V, 23 novembre 2010, n. 83.

²¹¹ Cons. Giust. Amm. Sic., 30 marzo 2011, n. 287, citata. Nello stesso senso, tra le altre, la già citata Cons. Stato Sez. IV 15 settembre 2010, n. 6907.

²¹² Per la definizione di certificazione, v. M. S. Giannini, *Diritto amministrativo*, vol. II, Giuffrè, Milano, II ed., 1993, p.

stessa certificazione nel senso che, a fronte di un DURC negativo, deve necessariamente escludere dalla gara l'impresa interessata ovvero, nel caso in cui già vi sia stata aggiudicazione, deve revocarla²¹³. Per cui il provvedimento di esclusione non deve contenere una specifica motivazione, nemmeno quando si basi su irregolarità lievi che, tuttavia, abbiano determinato il rilascio di un DURC negativo. Questa tesi è stata condivisa anche dall'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici che, nella determinazione n. 1 del 12 gennaio 2010, chiarisce che «*in presenza di un DURC da cui emerge una irregolarità contributiva grave (...) le stazioni appaltanti sono tenute a prenderne atto senza poterne in alcun modo sindacarne le risultanze*»²¹⁴.

L'altro indirizzo, che afferma la prevalenza del principio “sostanzialistico”, demanda, invece, alla stazione appaltante il compito di valutare la complessiva situazione debitoria dell'impresa che ha presentato domanda di partecipazione alla gara nei confronti degli enti previdenziali, ovviamente in una fase successiva di controllo ma con riferimento al momento di presentazione dell'offerta²¹⁵. L'ente appaltante potrà poi decidere, motivando la propria scelta ma operando con un indefinito margine di discrezionalità, se la stessa si qualifichi come grave ai fini dell'esclusione dalla partecipazione²¹⁶. Quindi le risultanze del DURC potranno essere di ausilio nella valutazione delle eventuali irregolarità contributive ad opera della Amministrazione appaltante che, però, potrà discostarsene laddove non ravvisi gli estremi della “gravità” oltre che della “definitività dell'accertamento” richiesti dalla legge²¹⁷.

Secondo la Corte di Giustizia siciliana, in particolare, l'amministrazione appaltante, pur dovendo prendere in considerazione le insindacabili risultanze del DURC, non è tenuta a seguire l'*iter* logico-giuridico degli enti deputati al rilascio del DURC né ad attenersi alle

213 Cons. Stato, Sez. IV, Sent., 12-03-2009, n. 1458, citata. Nello stesso senso, tra le più recenti, Cons. Stato, Sez. V, 12 ottobre 2011, n. 5531, ove si legge «alla luce della disciplina introdotta dal d. m. del Ministero del lavoro 24 ottobre 2007 e dalla successiva circolare applicativa n. 5 del 2008, e in omaggio ad un coerente indirizzo giurisprudenziale, la presenza di un d.u.r.c. negativo alla data di presentazione della domanda di partecipazione alla gara, obbliga la stazione appaltante ad escludere dalla procedura l'impresa interessata, senza che si possano effettuare apprezzamenti in ordine alla gravità degli adempimenti ed alla definitività dell'accertamento previdenziale».

214 La stessa Autorità, nel Documento di consultazione relativo alle novità introdotte dal Decreto “Sviluppo”, ribadisce che, ai sensi della citata determinazione n. 1/2010, «la mancanza di DURC comporta automaticamente gravità delle violazioni e quindi esclusione». Negli stessi termini si è espresso il Ministero del Lavoro e delle Politiche sociali nell'interpello n. 69/2009.

215 Sul punto v. E. Feresin, *Le cause di esclusione negli appalti pubblici*, Giuffrè, Milano, 2011.

216 Tra le tante, Cons. Stato, Sez. V, 16 settembre 2011, n. 5186; Cons. Stato Sez. V, 7 luglio 2011, n. 4053, citata; Cons. Stato 3 febbraio 2011, n. 789; Cons. Stato Sez. V, 23 novembre 2010, n. 83, citata; Cons. Stato Sez. IV 15 settembre 2010, n. 6907, citata; Cons. Stato, Sez. V, 30 settembre 2009, n. 5896; Cons. Stato, Sez. VI, 4 agosto 2009, nn. 4905, 4906 e 4907, citate.

217 Sull'esercizio discrezionale dell'azione amministrativa, in generale e con specifico riferimento alla tematica qui trattata, A. Giuffrida, *La valenza del DURC nelle procedure ad evidenza pubblica: valutazione discrezionale della stazione appaltante*, in *Il Foro Amministrativo TAR*, 2007, VI, fasc. 4,11, 3360 ss.

norme che regolano tale certificazione, vale a dire il D.M. 24 ottobre 2007, n. 28578, in quanto si tratta di una normativa regolamentare che, in quanto tale, non può prevalere sulle disposizioni di legge del codice dei contratti e ha, inoltre, come destinatari unicamente gli enti previdenziali²¹⁸. L'autonomia del processo valutativo dell'ente appaltante è rimarcata anche dal Consiglio di Stato nelle pronunce in cui sancisce che l'esclusione del concorrente dalla gara andrà disposta in presenza di violazioni che, ad avviso della stazione appaltante, siano gravi e definitivamente accertate e «*non esistano in atti di gara elementi che possano condurre a diversa conclusione, autonomamente dalle risultanze del DURC, mediante accertamenti ulteriori*»²¹⁹. Invero, si osserva che, seguendo questo ragionamento, potrebbe ritenersi che la discrezionalità della Stazione appaltante si estenda anche alla facoltà di rinvenire la causa preclusiva in esame nelle ipotesi in cui l'operatore economico sia incorso, per il passato, in violazioni gravi ma le abbia sanate in epoca antecedente rispetto all'avvio della procedura di gara: pur non impedendo il rilascio di un DURC positivo, tali violazioni possono, infatti, incrinare l'affidabilità dell'operatore economico²²⁰.

Dalla natura non vincolata della valutazione della sussistenza del requisito in parola, quest'orientamento fa discendere anche che tale giudizio possa essere compiuto in modo diverso dalla stazione appaltante e dall'operatore economico che intenda partecipare alla gara, di talché, anche in capo a quest'ultimo è da individuare un autonomo potere di apprezzamento in merito alla gravità/non gravità delle irregolarità contributive eventualmente compiute, sempre che gli sia richiesto di dichiarare nella domanda di

²¹⁸ Cons. Giust. Amm. Sic., 30 marzo 2011, n. 287. Nello stesso senso Cons. Stato, sez. IV, 24 febbraio 2011, n. 1228.

²¹⁹ Cons. Stato, Sez. V, 7 luglio 2011, n. 4053, citata, che richiama sul punto Cons. Stato, sez. V, 11 gennaio 2011, n. 83, pure citata, nella quale si legge: «il dato normativo e giurisprudenziale rende evidente che neppure in presenza di una accertata violazione degli obblighi contributivi la stazione appaltante può disporre automaticamente la esclusione dalla gara». Analogamente, Cons. Stato, Sez. V, 16 settembre 2011, n. 5186, che recita: «l'insindacabilità del contenuto formale del DURC non assuma certamente il significato di un'abrogazione implicita del preciso disposto dell'art. 38 del Codice dei contratti pubblici, nella parte in cui la previsione preclude la partecipazione alle procedure di affidamento di quei soggetti che abbiano «commesso violazioni gravi, definitivamente accertate alle norme in materia di contributi previdenziali e assistenziali». Il raccordo tra le due discipline, pertanto, va ricercato nella valutazione dell'incidenza di quanto attestato nel DURC rispetto alla specifica procedura di affidamento. Tale valutazione, di natura propriamente discrezionale, è riservata alla stazione appaltante. Questa, lungi dal sindacare il contenuto del DURC, è chiamata a verificare se le violazioni da esso certificate siano da considerarsi gravi e definitivamente accertate in relazione all'oggetto e alle modalità di svolgimento della gara». Il Supremo Collegio attribuisce, invece, valore di «grave indizio, ai fini dell'art. 38, co. 1, lett. i), codice appalti, che sia stata commessa una violazione grave e definitivamente accertata» nelle già menzionate sentenze n. 4905, 4906 e 4907 del 4 agosto 2009.

²²⁰ Sulla possibile rilevanza di violazioni pregresse, che potrebbero configurarsi come una «tara duratura» per l'impresa, cfr. F. Bertini, Durc e gare di appalto, tra dubbi e certezze, in *Urbanistica e Appalti*, 2009, vol. XIII, fasc. 11, 1214 ss., citato.

partecipazione, in modo generico, l'insussistenza delle cause di esclusione di cui all'art. 38 codice dei contratti pubblici. Da ciò deriva che, in tal caso, il concorrente potrà presentare i chiarimenti e i documenti atti a suffragare il giudizio alla base della propria dichiarazione, giungendo finanche a smentire l'entità del debito contributivo eventualmente risultante del DURC, e la stazione appaltante non potrà non tenerne conto. E che il medesimo non potrà essere escluso per la sola circostanza di non aver dichiarato tutte le violazioni contributive, omettendo di dichiarare quelle non considerate "gravi", ma solo in quanto la stazione appaltante abbia, in base ad un autonomo giudizio, effettivamente riscontrato a suo carico una violazione grave²²¹.

Altro corollario dell'indirizzo formalistico è che, dovendo accertarsi la regolarità contributiva sia con riferimento al momento genetico della gara che a tutte le fasi che precedono l'affidamento, è *«del tutto irrilevante un eventuale adempimento tardivo della obbligazione contributiva quand'anche ricondotto retroattivamente, quanto ad efficacia, al momento della scadenza del termine di pagamento»*. La regolarizzazione postuma, infatti, può, secondo questa interpretazione, rilevare sul piano dei rapporti tra operatore economico ed ente previdenziale, ma non può incidere sul dato di fatto dell'irregolarità ai fini della partecipazione alla gara e, sotto questo profilo, va esclusa ogni efficacia sanante sia a sistemazioni debitorie effettuate a mezzo di compensazioni, sia a regolarizzazioni successive con effetto retroattivo mediante condono²²².

Va al riguardo evidenziato che questa tesi è, sul punto, assolutamente compatibile con la normativa comunitaria in materia. Infatti, come precisato dalla Corte di giustizia della Comunità Europea, la direttiva comunitaria che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti di pubblici servizi consente alle normative o prassi amministrative nazionali di prevedere la possibilità per l'operatore economico – che alla data di scadenza per la presentazione della domanda di partecipazione a una gara, sia inadempiente nei confronti degli enti previdenziali per in forza di condoni o sanatorie adottate dallo Stato o in ragione di

²²¹ Cons. Stato, sez. IV, 24 febbraio 2011, n. 1228, nella quale si precisa che, diversamente, ove il bando preveda che il concorrente debba indicare tutte le inadempienze affidando alla stazione appaltante ogni valutazione in proposito, una dichiarazione omissiva integra la violazione di una prescrizione del bando, che rende doverosa l'esclusione dalla gara. Nello stesso senso, Cons. Stato, Sez. VI, 4 agosto 2009, nn. 4905, 4906 e 4907, sopra citate.

²²² Cons. Stato, Sez. V, 16 settembre 2011, n. 5194, ove si nega rilevanza alla regolarizzazione postuma, salvo che in presenza di adeguate giustificazioni, anche sulla base della considerazione che anche il semplice ritardo nei versamenti contributivi integra una grave violazione dei relativi obblighi in ragione dell'importanza delle situazioni giuridiche soggettive e degli interessi pubblici che la normativa in materia va a tutelare. Nello stesso senso, Cons. Stato, IV, 12 marzo 2009 n. 1458, citata; Cons. Stato, Sez. VI, 11 agosto 2009, n. 4928; Cons. Stato, Sez. VI, 6 aprile 2010, n. 1934; Cons. Stato, Sez. VI, 5 luglio 2010, n. 4243.

rateizzazioni o provvedimenti di riduzione dei debiti ovvero della presentazione di un ricorso amministrativo o giurisdizionale – di regolarizzare la sua situazione *ex post* purché provi di aver beneficiato di tali misure o di aver presentato detto ricorso entro il termine stabilito dalle stesse normative o prassi amministrative nazionali²²³. Le disposizioni comunitarie sanciscono, quindi, solo la possibilità, e non l'obbligo, per il legislatore nazionale di prevedere la regolarizzazione a posteriori e condiziona detta possibilità ad adempimenti precisi da parte dell'interessato.

Invero, il nostro ordinamento contempla l'adempimento tardivo degli obblighi contributivi ai fini del rilascio del DURC laddove, all'art. 7 del D.M. 24 ottobre 2007, n. 28578, stabilisce che gli enti previdenziali e assicurativi prima di emettere un DURC negativo invitano l'operatore economico a regolarizzare la posizione entro quindici giorni²²⁴. La giurisprudenza sopra richiamata²²⁵ ha, tuttavia, chiarito che la procedura di regolarizzazione di cui al citato art. 7 non trova applicazione nel caso di DURC preordinato alla partecipazione alle gare d'appalto, cui si applica l'art. 8, comma 3, del medesimo decreto, per il quale nessuna forma di regolarizzazione è ammessa se non nel caso di inadempimento non grave²²⁶. Tanto invocando le esigenze di celerità delle procedure di affidamento degli appalti pubblici, *«alle quali non si addice quel dilatarsi dei tempi per il rilascio del DURC che sarebbe implicato dall'esigenza di consentire una regolarizzazione postuma»* e richiamando la Circolare del Ministero del Lavoro e della Previdenza sociale 30 gennaio 2008, n. 5, che, all'art. 5,

223 CE, Sez I, 9.2.2006, n. 226, con riferimento alla previsione dell'art. 29, comma 1, lett. e) e f) Direttiva del Consiglio 18 giugno 1992 n. 92/50/Cee che regola le procedure di appalto di pubblici servizi. La sentenza e la normativa in parola sono richiamate e interpretate nei suddetti termini nella sentenza del Consiglio di Stato, Sez. V, 23 ottobre 2007, n. 5575, citata.

224 Sul punto v. V. Barbaro, Irregolarità e obbligo di rilascio del DURC, in Guida alle paghe, 5/2011, p. 315.

225 Cons. Stato, Sez. V, 16 settembre 2011, n. 5194, citata, ove si precisa che l'art. 6, comma 3, D.M. cit., nel prevedere la sospensione del termine per il rilascio del DURC fino all'avvenuta regolarizzazione ai sensi dell'art. 7, comma 3, fa, infatti, salva la diversa disciplina dettata dal successivo art. 8 comma 3 del decreto.

226 Cfr. le disposizioni richiamate nella pronuncia:

«In mancanza dei requisiti di cui all'art. 5 gli Istituti, le Casse edili e gli Enti bilaterali, prima dell'emissione del DURC o dell'annullamento del documento già rilasciato ai sensi dell'art. 3, invitano l'interessato a regolarizzare la propria posizione entro un termine non superiore a quindici giorni» (art. 7, comma 3);

«Nelle ipotesi di cui al comma 3 dell'art. 7 il termine di trenta giorni per il rilascio del DURC è sospeso sino all'avvenuta regolarizzazione, fatto salvo quanto previsto dall'art. 8, comma 3» (art. 6, comma 3);

«Ai soli fini della partecipazione a gare di appalto non osta al rilascio del DURC uno scostamento non grave tra le somme dovute e quelle versate, con riferimento a ciascun Istituto previdenziale ed a ciascuna Cassa edile. Non si considera grave lo scostamento inferiore o pari al 5% tra le somme dovute e quelle versate con riferimento a ciascun periodo di paga o di contribuzione o, comunque, uno scostamento inferiore ad Euro 100,00, fermo restando l'obbligo di versamento del predetto importo entro i trenta giorni successivi al rilascio del DURC» (art. 8, comma 3).

espressamente definisce irrilevanti le eventuali regolarizzazioni avvenute successivamente alla data in cui l'azienda ha dichiarato la propria situazione.

Aprè, invece, la strada alla regolarizzazione delle violazioni eventualmente sussistenti, la giurisprudenza che afferma la prevalenza del principio “sostanzialistico”, in un'ottica di «salvaguardia del principio di massima partecipazione procedimentale ed immanente esigenza di ragionevolezza dell'azione amministrativa»²²⁷. Nell'ambito della stessa si collocano le decisioni che ammettono l'adempimento tardivo di debiti previdenziali, intervenuto nel periodo tra la presentazione della domanda di partecipazione contenente l'erronea dichiarazione di insussistenza di irregolarità contributive e la scadenza del termine per la presentazione delle offerte, a condizione che lo stesso non comporti la violazione della *par condicio* dei concorrenti²²⁸. E quelle che, analogamente, ritengono «gravemente ed irrazionalmente sproporzionata e dunque contrastante sia con lo scopo di tutela della norma, che con il principio della concorrenza e della partecipazione alle gare» l'esclusione dalla procedura del concorrente che abbia provveduto alla regolarizzazione «in un tempo intermedio tra il momento della partecipazione alla gara e quello dell'apertura delle buste contenenti l'offerta economica» in quanto il transitorio momento di mancata regolarità contributiva, precedente la formazione della graduatoria provvisoria, è da considerare ininfluenza, ai fini della gara²²⁹.

La necessità di garantire la parità dei concorrenti²³⁰ non è stata, invece, richiamata in altra pronuncia, che pure ha sancito l'illegittimità dell'esclusione di una società che aveva provveduto a sanare la situazione di irregolarità contributiva prima del termine ultimo di presentazione delle offerte. Nella stessa, infatti, i giudici amministrativi si riportano alla sentenza della Corte di Giustizia C.E. 9 febbraio 2006 n. 226, per la quale deve essere considerata in regola l'impresa che provi, prima della scadenza del termine per la

227 R. Ricci, Le irregolarità in sede di gara: spunti di riflessione, in particolare, sulla tematica della regolarità o, meglio, della irregolarità contributiva, in *Il Foro Amministrativo C.d.S.*, 2011 fasc. 2, pp. 511 – 526, ove si evidenzia la connessione della tematica con quella più vasta dell'integrazione e regolarizzazione documentale nelle procedure di gara, ammesse dalla giurisprudenza purchè rispettose del principio di parità tra i concorrenti e sempre che non abbiano ad oggetto documenti richiesti a pena di esclusione dalla gara o adempimenti procedurali significativi.

228 Consiglio di Stato, Sez. V, 16 novembre 2010, n. 8065, nella quale si rinviene l'osservazione che l'indagine del giudice amministrativo è preordinata a stabilire «non se formalisticamente c'è stata irregolarità, ma se la stessa denoti una situazione di non meritevolezza che abbia alterato la *par condicio* dei concorrenti in gara».

229 T.A.R. Sicilia Catania, Sez. I, 28 aprile 2009, n. 802, richiamata in G. Ferrari, Sanatoria di irregolarità contributiva, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2011, n. 1, IPSOA, p. 85, in cui si evidenzia che tale conclusione «rimette l'adempimento dell'obbligo contributivo ad un calcolo di convenienza del soggetto interessato che, essendo venuto a conoscenza in via indiretta del numero dei partecipanti e delle offerte presentate, coltiva una fondata speranza di ottenere l'appalto».

230 Sulla tutela della *par condicio* tra i partecipanti alle procedure ad evidenza pubblica, L. Ieva, *Regolarità contributiva, Durr e Contratti pubblici*, in *Diritto e Pratica del Lavoro*, 1/2011, p. 33

presentazione delle offerte, di aver provveduto al pagamento in sanatoria di quanto dovuto, e alla disposizione di cui all'art. 38, comma 1, lettera i), D.Lgs. n. 163/2006, che «*si limita a sancire l'esclusione dalle gare dei concorrenti che abbiano commesso violazioni gravi, definitivamente accertate, delle norme in materia di contributi previdenziali e assistenziali, secondo la legislazione interna, senza porre alcun ostacolo all'eventuale efficacia di eventuali pagamenti in sanatoria, che ben possono essere indici di un intervenuto ravvedimento operoso*»²³¹.

5. Le modifiche apportate all'art. 38, comma 2, del Codice dei contratti pubblici.

Con l'art. 4 del D.L. 13 maggio 2011, n. 70, convertito in Legge 12 luglio 2011, n. 106, il Legislatore ha proceduto ad una consistente rivisitazione del Codice dei contratti pubblici, con il dichiarato intento²³² di «*ridurre i tempi di costruzione delle opere pubbliche, soprattutto se di interesse strategico, per semplificare le procedure di affidamento dei relativi contratti pubblici, per garantire un più efficace sistema di controllo e infine per ridurre il contenzioso*»²³³.

L'intervento ha riguardato anche il comma 2 dell'art. 38 che, nella nuova formulazione, recita: «*ai fini del comma 1, lett. i), si intendono gravi le violazioni ostative al rilascio del documento unico di regolarità contributiva*».

La nuova previsione normativa e le successive precisazioni contenute nelle circolari amministrative degli enti interessati, inducono a riconsiderare le questioni trattate per verificare se il nostro ordinamento sia finalmente approdato ad un concetto univoco di regolarità contributiva ponendo definitivamente termine al contenzioso sopra solo in parte riportato.

Come già precisato, una considerevole parte della giurisprudenza ritiene che, con l'entrata in vigore del D.M. 24 ottobre 2007, n. 28578, la declaratoria di non regolarità contributiva contenuta nel DURC sia da considerare alla stregua di un mero indizio, ai fini del citato art. 38, comma 1, lett. i), che sia stata commessa una “violazione grave” e “definitivamente accertata”. Esclude, cioè, con riferimento alla disciplina del requisito ora modificata, ogni corrispondenza e automatismo tra la valutazione compiuta dagli enti previdenziali ai fini del rilascio del DURC e il giudizio di “gravità” delle violazioni contributive da compiersi ad opera della stazione appaltante «*non essendo l'amministrazione vincolata a valutare la gravità con gli stessi parametri utilizzati dal citato d.m. del 2007, che non costituisce atto attuativo del codice appalti*»²³⁴.

²³¹ Cons. Stato, V Sez., 3 febbraio 2011, n. 789.

²³² Sulle «finalità positive e gli obiettivi sostanziali» del decreto, A. Massera, Il “Decreto Sviluppo”, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, 10/2011, p. 1049, cit.

²³³ Cfr. Art. 4, comma 1, D.L. 70/2011.

²³⁴ Cons. Stato, Sez. VI, 4 agosto 2009, nn. 4905, 4906 e 4907, citate.

Per cui la stazione appaltante deve verificare autonomamente se le violazioni certificate mediante il DURC siano da ritenere gravi e oggetto di accertamenti definitivi.

Si pone allora il problema di stabilire se questa prospettiva sia da considerare superata e se, quindi, l'ente appaltante sia tenuto sempre ad escludere dalla gara il concorrente che non possa, in ragione delle irregolarità contributive compiute, ottenere il rilascio di un DURC positivo.

L'attuale versione dell'art. 38, comma 2, del D. Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, con riferimento alle gare successive alla sua entrata in vigore²³⁵, sembra, invero, aver eliminato ogni discrezionalità in capo alla stazione appaltante, in quanto la verifica dell'autodichiarazione del candidato concernente la propria situazione debitoria nei confronti degli enti previdenziali, dovrà essere effettuata alla luce della normativa regolatrice del DURC e ai parametri cui la stessa ne ricollega il rilascio.

In questo senso si è pronunciato il TAR Sardegna in una delle prime sentenze in cui si fa menzione della modifica legislativa in parola, ove scrive che la stessa «*ha definitivamente imposto la coincidenza tra le ipotesi che impediscono il rilascio del DURC (fissate dal decreto del Ministro del Lavoro, del 24 ottobre 2007) e la causa di esclusione di cui trattasi*»²³⁶.

Pertanto non vi è dubbio che la partecipazione alle gare d'appalto pubbliche incontrerà i limiti posti dal citato Decreto ministeriale e, ai sensi dello stesso, sarà possibile, oltre che laddove si appalesi la correttezza degli adempimenti²³⁷, anche quando si configurino irregolarità inferiori alla soglia di «gravità» fissata dall'art. 8, comma 3, del decreto stesso, pari allo scostamento del 5% tra le somme dovute e quelle versate con riferimento a ciascun periodo di paga o di contribuzione o, comunque, in caso di scostamento inferiore a 100 euro.

²³⁵ Il Decreto sviluppo è entrato in vigore il 14 maggio 2011 e, nella parte in cui incide sulla norma in parola, non ha subito modifiche in sede di conversione.

²³⁶ T.A.R. Sardegna, Sez I, 23 settembre 2011, n. 945. Lo stesso collegio, proprio nella modifica apportata al testo della norma, trova la conferma che tale regola di diritto non sia ricavabile sulla base della precedente disciplina, di talché, con riferimento alle questioni cui *ratione temporis* continua ad applicarsi, ritiene debba riconoscersi ancora un autonomo potere di valutazione in capo alla stazione appaltante e in capo al giudice il compito di sindacare il comportamento della medesima laddove tale valutazione non abbia compiuto.

²³⁷ L'art. 5 del D.M. 24 ottobre 2007, n. 28578, ancora la regolarità contributiva attestata dagli enti previdenziali alle seguenti condizioni:

- a) correttezza degli adempimenti mensili o, comunque, periodici;
- b) corrispondenza tra versamenti effettuati e versamenti accertati dagli istituti previdenziali come dovuti;
- c) inesistenza di inadempimenti in atto.

E prevede, altresì, che la regolarità sussiste e va certificata anche in caso di:

- d) accoglimento della richiesta di pagamento rateizzato (art. 5, co. 2, lett. a);
- e) sospensione dei pagamenti a seguito di disposizioni legislative (art. 5, co. 2, lett. b);
- f) istanza di compensazione per la quale sia stato documentato il credito (art. 5, co. 2, lett. c).

In quest'ottica non ci sarà spazio per un giudizio che prescindendo dalle prescrizioni sopra indicate e tanto varrà non solo per la stazione appaltante, ma anche per gli operatori economici. Infatti, non appare più configurabile in capo al concorrente alcun potere di autonoma valutazione di gravità o non gravità del debito contributivo e, quindi, difficilmente potrà trovare conferma il già richiamato orientamento giurisprudenziale per cui la dichiarazione generica di insussistenza della causa di esclusione che occupa non può, in caso di violazioni che il medesimo concorrente reputi lievi, essere considerata falsa dichiarazione²³⁸ e non costituisce autonoma causa di esclusione²³⁹. Fissati i criteri per la qualificazione delle violazioni contributive ai fini della partecipazione alle gare, una dichiarazione di regolarità contributiva in presenza di effettive violazioni ostative al rilascio del DURC dovrebbe necessariamente integrare la violazione formale di una precisa prescrizione normativa e determinare l'esclusione dalla procedura.

Ulteriore conseguenza di tale lettura è che risulterà preclusa ogni possibilità di regolarizzazione postuma: la situazione dell'operatore economico rispetto agli enti previdenziali si cristallizzerà al momento dell'autodichiarazione, per cui nessuna efficacia sanante potrà attribuirsi ad eventuali adempimenti successivi rispetto a tale momento; sarà ammessa solo la regolarizzazione delle violazioni lievi secondo il già ricordato meccanismo di cui all'art. 8, comma 3, D.M. 24 ottobre 2007, n. 28758240.

Nessun rilievo potrà, infine, attribuirsi alle violazioni definitivamente accertate commesse in passato in quanto, dovendosi fare riferimento solo alle violazioni ostative al rilascio del DURC, la situazione dell'operatore economico dovrà essere considerata all'attualità²⁴¹.

6. Considerazioni conclusive.

Con la modifica dell'art. 38, comma 2, del Codice dei contratti pubblici, il Legislatore ha dunque fissato i paletti oltre i quali i soggetti interessati non possono andare nel procedimento valutativo della gravità delle violazioni ai fini della partecipazione alle gare, individuandoli nelle norme che regolano il rilascio del DURC.

238 Sulla questione del "falso innocuo", v. M. G. Marengi, *Il bando di gara e la certezza delle regole negli appalti pubblici*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 6/2011, p. 683.

239 Cons. Stato, sez. IV, 24 febbraio 2011, n. 1228, citata.

240 F. Gasparino, F. Tosco, *Regolarità fiscale e contributiva ai fini della partecipazione agli appalti pubblici*, in *Il Fisco*, 36/2010, p. 5818.

241 È la già affrontata questione della configurabilità di una tara duratura in merito alla quale si veda anche F. Bertini, *Durc e gare di appalto, tra dubbi e certezze*, in *Urbanistica e Appalti*, 2009, vol. XIII, fasc. 11, 1214 ss., citato. Sul tema si veda anche R. Codebò, *Il requisito del DURC in sede di partecipazione alle gare*, in *Urbanistica e appalti*, 10/2010, p. 1184.

Il problema della rilevanza e della insindacabilità del documento unico di regolarità contributiva ad opera della stazione appaltante non può però ritenersi completamente risolto.

A ben vedere, il legislatore non ha previsto il deposito o l'acquisizione del DURC nella fase iniziale della procedura²⁴², di talché potrebbe porsi il problema della configurabilità in capo alle amministrazioni appaltanti di un autonomo potere/dovere di verifica della sussistenza dei presupposti per il rilascio del DURC alla stregua della normativa che disciplina tale documento. Soccorre al riguardo il D.P.R. 207/10 (Regolamento di esecuzione ed attuazione del Codice dei contratti), entrato in vigore l'8 giugno 2011, che – dopo aver definito, all'art. 6, comma 1, il DURC come il certificato «che attesta contestualmente la regolarità di un operatore economico per quanto concerne gli adempimenti INPS, INAIL, nonché Cassa Edile per i lavori, verificati sulla base della rispettiva normativa di riferimento» e che concerne tutti gli appalti pubblici, siano essi di lavori, servizi o forniture²⁴³ - stabilisce che lo stesso viene acquisito d'ufficio dalle amministrazioni aggiudicatrici «per la verifica della dichiarazione sostitutiva relativa al requisito di cui all'articolo 38, comma 1, lettera i), del codice», oltre che con riferimento alle altre fasi della gara²⁴⁴. Come si legge nella Circolare INPS n. 59 del 28 marzo 2011, la suddetta previsione va, infatti, letta nel senso che «deve essere acquisito un DURC (...) per ciascuna delle fasi» della procedura²⁴⁵. Si tratta invero di disposizioni regolamentari dalle quali, tuttavia, non si può prescindere in quanto espressamente qualificate come norme di

242 Cfr. R. De Nictolis, Le novità dal D.L. 70/2011 in Urbanistica e appalti, 9/2011, p. 1012, cit., in cui si evidenzia anzi che la legge di conversione prevede l'esenzione per gli affidatari, in relazione ai contratti di forniture e servizi fino a €20.000 stipulati con la pubblica amministrazione e con le società in house, dall'obbligo di produrre il documento di regolarità.

243 La necessità del DURC con riferimento a tutti i tipi di appalto, sancita nel Codice dei contratti pubblici, era già stata evidenziata nelle circolari INPS e INAIL laddove si accoglieva una definizione ampia di appalto pubblico comprensiva degli appalti di lavori pubblici, di servizi e forniture, nonché delle procedure concernenti la gestione di servizi ed attività pubbliche in convenzione o concessione. E veniva poi prevista legislativamente nel codice dei contratti pubblici.

244 Il D.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207, individua, infatti, con precisione le varie fasi della procedura con riferimento alle quali il DURC va richiesto e, quindi:

- a) per la verifica della dichiarazione sostitutiva relativa al requisito di cui all'articolo 38, co. 1, lettera i), del codice;
- b) per l'aggiudicazione del contratto ai sensi dell'articolo 11, comma 8, del codice;
- c) per la stipula del contratto;
- d) per il pagamento degli stati avanzamento lavori o delle prestazioni relative a servizi e forniture;
- e) per il certificato di collaudo, il certificato di regolare esecuzione, il certificato di verifica di conformità, l'attestazione di regolare esecuzione, e il pagamento del saldo finale.

245 Si tratta della Circolare INPS avente ad oggetto l'aggiornamento del servizio "sportellounico-previdenziale.it" in base alle prescrizioni in materia di DURC del citato Regolamento attuativo del Codice dei Contratti Pubblici. La stessa distingue le tipologie di DURC con riferimento alle varie fasi della gara e regola le relative procedure per ottenerne il rilascio. In effetti, già le precedenti Circolari INPS n. 92 del 26 luglio 2005 e INAIL n. 38 del 28 luglio 2005 prevedevano il rilascio del DURC "per la verifica della dichiarazione".

attuazione del codice dei contratti pubblici e in ragione dell'espresso richiamo contenuto nell'art. 38, comma 2, in commento alla normativa che regola il rilascio del DURC²⁴⁶. Pertanto, dovendo l'ente appaltante chiedere l'emissione della certificazione ufficiale relativa alla correttezza contributiva del concorrente con riferimento alla data della dichiarazione sostitutiva prodotta in fase di selezione, sarebbe logico ritenere che dovrebbe poi attenersi a quanto nella stessa certificato, in armonia con quella parte della giurisprudenza che non ha mai messo in discussione il valore certificativo e l'insindacabilità delle risultanze del DURC²⁴⁷. Conseguentemente, l'unica possibilità che avrebbe il concorrente sarebbe quella di impugnare la certificazione e ottenerne la rettifica prima che venga decisa la sua esclusione²⁴⁸.

Va, tuttavia, evidenziato l'orientamento dei giudici di Palazzo Spada per cui la stazione appaltante, pur essendo vincolata al rispetto dei parametri di gravità della normativa regolatrice del DURC, deve, «*a fronte di elementi concreti e specifici forniti dal concorrente che siano discordanti con i dati riportati nel DURC (...) accertare l'effettiva entità della violazione contributiva e cioè se essa sia veramente "grave", tenuto conto delle disposizioni del DM 24 ottobre 2007*»²⁴⁹. Con ciò sancendo l'illegittimità dell'esclusione dalla gara per carenza di motivazione nel caso in cui l'ente appaltante si sia riportato *sic et simpliciter* a quanto certificato nel DURC senza verificare se le violazioni effettivamente compiute abbiano realmente superato i limiti stabiliti dallo stesso decreto ministeriale. Sulla base di tale pronuncia dovrebbe, allora, riconoscersi alla stazione appaltante quantomeno la facoltà di verificare le risultanze della certificazione alla luce degli altri elementi di cui sia venuta in possesso, al fine di evitare l'esclusione dell'operatore economico che si sia visto negare il rilascio di un documento di regolarità positivo per un mero disguido o per errore di uno degli Istituti previdenziali. Senza pretendere che lo stesso lo impugni con assai scarse possibilità – dati i tempi ristretti delle gare - di ottenerne la modifica prima di essere escluso.

246 Si rammenta che la non vincolatività delle previsioni del D.M. 24 ottobre 2007 è stata giustificata in alcune sentenze facendo riferimento alla loro natura regolamentare, per la quale le stesse non possono prevalere sulle disposizioni di legge del Codice dei contratti, oltre che alla circostanza che avrebbero come destinatari unicamente gli enti previdenziali (Cons. Stato, sez. IV, 24 febbraio 2011, n. 1228).

247 Si veda, per tutte, Cons. Stato, 24 agosto 2010, n. 5936, per la quale l'irregolarità contributiva evidenziata dal DURC è sufficiente a determinare l'esclusione dalla gara di un concorrente, addirittura nel caso in cui tale documento risulti incompleto, in quanto privo di qualsiasi specificazione in merito all'importo dei contributi non pagati.

248 F. Gasparrino, F. Tosco, Regolarità fiscale e contributiva ai fini della partecipazione agli appalti pubblici, in *Il Fisco*, 36/2010, p. 5818, citata.

249 Cons. Stato, sez. IV, 24 febbraio 2011, n. 1228, citata, in cui il collegio ha ritenuto illegittima l'esclusione dalla gara di un concorrente che aveva dimostrato che l'irregolarità in base alla quale era stato rilasciato un DURC negativo era in realtà dovuta ad un disguido.

Un ulteriore margine di discrezionalità dovrebbe poi essere riconosciuto alla stazione appaltante sulla base della considerazione che la modifica in commento concerne esclusivamente il profilo della “gravità” della violazione e non anche quello della “definitività dell’accertamento”, sotto cui l’irregolarità contributiva pure deve essere valutata.

Invero, la normativa che regola il rilascio del DURC individua le ipotesi in cui le riscontrate irregolarità contributive non impediscono il rilascio della certificazione in quanto non definitivamente accertate²⁵⁰. Proprio con riferimento alle stesse, in alcune pronunce dei giudici amministrativi si rinviene l’affermazione che nel DURC sono attestate, oltre che le violazioni che superano la soglia di gravità fissata nel decreto in parola, «solo le irregolarità contributive “definitivamente accertate”»²⁵¹. E, d’altra parte, è stato già evidenziato come l’accoglimento della tesi “formalistica” implichi il riconoscimento del valore assoluto di detto documento e l’esclusione di un qualsivoglia potere valutativo della stazione appaltante anche con riferimento al carattere definitivo dell’accertamento.

Tuttavia, non può sottacersi che secondo l’orientamento “sostanzialistico”, è l’amministrazione appaltante a dover valutare, seppure tenendo conto delle certificazioni di cui al DURC, «se sussistono procedimenti diretti a contestare gli accertamenti degli enti previdenziali» che dallo stesso emergono²⁵².

In definitiva, non sembrano esservi gli estremi, neanche in seguito all’intervento legislativo che occupa, per escludere ogni margine di discrezionalità e autonomia di giudizio dell’ente che bandisce la gara nell’ambito dell’attività di controllo del requisito della regolarità contributiva.

Si tenga presente, del resto, che il predetto art. 38 non ha subito modifiche nella parte in cui prevede che, ai fini degli accertamenti relativi alle cause di esclusione, si applica l’art. 43 del D.P.R. n. 445/2000, che conferisce alle stazioni appaltanti il potere/dovere di effettuare

²⁵⁰ Il D.M. 24 ottobre 2007 prevede, infatti, che il DURC possa essere rilasciato, nonostante si configurino situazioni di irregolarità contributiva, in caso di:

- a) pendenza di contenzioso amministrativo e fino alla decisione che respinge il ricorso (art. 8, co. 2, lett. a);
- b) pendenza di contenzioso giudiziario, sino al passaggio in giudicato della sentenza di condanna, salvo l’ipotesi in cui l’Autorità giudiziaria abbia adottato un provvedimento esecutivo che consente l’iscrizione a ruolo delle somme oggetto del giudizio;
- c) candidato che abbia beneficiato degli aiuti di stato specificati nel D.P.C.M. emanato ai sensi dell’art. 1, co. 1223, L. n. 296/2006, sebbene non ancora rimborsati o depositati in conto bloccato (art. 8, co. 4);
- d) crediti iscritti a ruolo per i quali sia stata disposta la sospensione della cartella amministrativa a seguito di ricorso amministrativo o giudiziario (art. 8, co. 1).

²⁵¹ Cons. Stato, Sez. VI, 4 agosto 2009, n. 4905, citata, in cui, tuttavia, come sopra precisato, si afferma l’autonomia di giudizio della stazione appaltante e il carattere indiziario del DURC.

²⁵² Cons. Stato, Sez. V, 7 luglio 2011, n. 4053, già citata.

la verifica del possesso dei requisiti, così come autodichiarati dagli operatori economici, acquisendo d'ufficio le relative informazioni sulla base delle indicazioni fornite dall'interessato circa l'amministrazione competente e gli elementi per il reperimento delle informazioni o dei dati richiesti²⁵³.

Si consideri, altresì, che la legge di conversione del Decreto "Sviluppo" ha introdotto una norma che esenta gli affidatari, in relazione ai contratti di forniture e servizi fino a € 20.000 stipulati con la pubblica amministrazione e con le società *in house*, dall'obbligo di produrre il documento di regolarità contributiva potendo gli stessi presentare una dichiarazione sostitutiva ai sensi dell'art. 46, comma 1, lett. p), D.P.R. n. 445/2000, soggetta ai successivi controlli periodici delle amministrazioni procedenti²⁵⁴. Per cui con riguardo alle procedure ristrette le stazioni appaltanti non necessariamente potranno far riferimento al DURC nella valutazione della sussistenza dei requisiti di cui al più volte citato art. 38, pur dovendo verificare l'insussistenza di violazioni ostative al rilascio dello stesso.

Alla luce delle considerazioni che precedono e dei contrasti giurisprudenziali illustrati, non sembra, quindi, possa darsi per scontata l'affermazione di un unanime indirizzo interpretativo che escluda ogni margine di discrezionalità della stazione appaltante, quantomeno con riferimento alla verifica del carattere definitivo delle violazioni eventualmente riscontrate. Ed è ragionevole attendersi, pertanto, altre pronunce dei giudici amministrativi concernenti il tema della regolarità contributiva e del ruolo del DURC negli appalti pubblici.

Come è stato correttamente osservato, tuttavia, il diritto amministrativo, nella specifica materia degli appalti pubblici, deve essere, più che in altri settori, <<*scienza dei vincoli e delle regole*>> dato l'elevato tasso di concorrenzialità delle relative procedure di affidamento²⁵⁵. Attesa, pertanto, l'importanza degli interessi coinvolti – dalla tutela della sicurezza del lavoro alla salvaguardia della finanza pubblica – e la rilevanza pratica della materia nell'attività delle amministrazioni pubbliche, è auspicabile che si approdi ad una univoca definizione delle problematiche in questa sede affrontate.

253 F. Gasparrino, F. Tosco, Regolarità fiscale e contributiva ai fini della partecipazione agli appalti pubblici, in *Il Fisco*, 36/2010, p. 5818, citata.

254 R. De Nictolis, Le novità dal D.L. 70/2011 in *Urbanistica e appalti*, 9/2011, p. 1012, cit. Con ciò smentendo l'indirizzo espresso nell'interpello n. 10 del 20 febbraio 2009 della Direzione Generale dell'attività ispettiva del Ministero del Lavoro e delle politiche sociali, per il quale il DURC andrebbe richiesto, senza alcuna eccezione, per ogni contratto pubblico e, dunque, anche nel caso degli acquisti in economia o di modesta entità.

255 M. G. Marengi, Il bando di gara e la certezza delle regole negli appalti pubblici, in *Giornale di diritto amministrativo*, 6/2011, p. 683.