

Opinione Legale

In caso di DURC negativo inapplicabile la regolarizzazione postuma

Il principio confermato dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato

Claudio Guccione
Avvocato
Fondatore di P&I - Studio Legale Guccione & Associati
Eleonora Schneider
Avvocato
P&I - Studio Legale Guccione & Associati

L'Adunanza Plenaria del 29 febbraio 2016, n. 5 e n. 6, del Consiglio di Stato conferma il principio secondo cui non sono consentite regolarizzazioni postume della posizione previdenziale, dovendo l'impresa essere in regola con l'assolvimento degli obblighi previdenziali e assistenziali fin dalla presentazione dell'offerta e conservare tale stato per tutta la durata della procedura di aggiudicazione e del rapporto con la stazione appaltante, restando dunque irrilevante un eventuale adempimento tardivo dell'obbligazione contributiva. Secondo il Consiglio di Stato, tale principio, già precedentemente espresso dall'Adunanza Plenaria nella sentenza del 4 maggio 2012, n. 8, non risulta superato dalla norma introdotta con l'art. 31, co. 8, del Decreto Legge del 21 giugno 2013, n. 69 (re-

cante "Disposizioni urgenti per il rilancio dell'economia"), conv. con mod. dalla Legge 9 agosto 2013, n. 98 (G.U. n. 194 del 20 agosto 2013), ai sensi del quale "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".

L'istituto dell'invito alla regolarizzazione (il c.d. preavviso di DURC negativo), già previsto dall'art. 7, co. 3, del D.M. 24 ottobre 2007 e ora recepito a livello legislativo dall'art. 31, co. 8, del D.L. n. 69/2013, può operare solo nei rapporti tra impresa ed Ente previdenziale, ossia con riferimento al DURC chiesto dall'impresa e non anche al DURC richiesto dalla stazione appaltante per la verifica della veridicità dell'autodichiarazione resa ai sensi dell'art. 38, co. 1, lett. i) ai fini della partecipazione alla gara d'appalto. Inoltre, nell'Adunanza Plenaria n. 6/2016, il Consiglio di Stato afferma che l'incameramento della cauzione provvisoria, previsto dall'art. 48 del Codice dei contratti pubblici (D.lgs. n. 163/2006), costituisce una conseguenza automatica del provvedimento di esclusione, come tale non suscettibile di alcuna valutazione discrezionale con riguardo ai singoli casi concreti. Tale misura, quindi, risulta insensibile ad eventuali valutazioni volte ad evidenziare la non imputabilità a colpa della violazione che ha dato causa all'esclusione.

La questione rimessa all'Adunanza Plenaria

Con ordinanza 29 settembre 2015, n. 4540 e 29 settembre 2015, n. 4542, la Quarta Sezione del Consiglio di Stato ha rimesso all'Adunanza Plenaria la questione se l'obbligo degli Istituti previdenziali di invitare l'interessato alla regolarizzazione del DURC (cd. preavviso di DURC negativo), previsto dall'art. 7, co. 3 del D.M. 24 ottobre 2007 e ribadito, ora, dall'art. 31, co. 8 del D.L. n. 69/2013, sussista anche nel caso in cui la richiesta provenga dalla stazione appaltante in sede di verifica della dichiarazione resa dall'impresa ai sensi dell'art. 38, co. 1, lett. i) del Codice appalti. Se, in altri termini,



la mancanza dell'invito alla regolarizzazione impedisca di considerare come "definitivamente accertata" la situazione di irregolarità contributiva.

Il contrasto giurisprudenziale

La Sezione rimettente evidenzia come sulla questione si sia formato un contrasto giurisprudenziale, che può essere così sintetizzato:

- i) un primo orientamento, che la stessa Sezione rimettente considera prevalente, ritiene che a) per l'accertamento del requisito, oggetto di dichiarazioni sostitutive degli offerenti, debba aversi riguardo al DURC richiesto dalla stazione appaltante in sede di controlli, con riferimento, appunto, all'esatta data della domanda di partecipazione, con conseguente insufficienza, ai fini della prova, di eventuali DURC in possesso degli offerenti ed ancora in corso di validità (sul punto Cons. Stato, sez. IV, 12 marzo 2009, n. 1458; sez. V, 10 agosto 2010, n. 5556; sez. IV, 15 settembre 2010, n. 6907; sez. V, 12 ottobre 2011, n. 5531); b) l'invito alla regolarizzazione (cd. preavviso di DURC negativo) non si applica in caso di DURC richiesto dalla stazione appaltante, atteso che, l'obbligo dell'INPS di attivare la procedura di regolarizzazione prevista dall'art. 7, co. 3, del D.M. 24 ottobre 2007 si scontra con i principi in tema di procedure di evidenza pubblica che non ammettono regolarizzazioni postume (o, detto diversamente, l'eventuale regolarizzazione postuma non sarebbe comunque idonea ad elidere il dato dell'irregolarità alla data di presentazione dell'offerta). In tal senso, fra le altre, si sono pronunciate: Cons. Stato, Ad. Plen. 4 maggio 2012, n. 8; indirettamente anche Adunanza Plenaria, 20 agosto 2013, n. 20; Cons. Stato, Cons. Stato, IV, 12 marzo 2009 n. 1458; Cons. stato VI, 11 agosto 2009, n. 4928; 6 aprile 2010, n. 1934; 5 luglio 2010, n. 4243; sez. V, 16 settembre 2011, n.5194);
- ii) un secondo, più recente, ma ancora minoritario orientamento, afferma, invece, che l'obbligo degli Istituti



L'avvocato Claudio Guccione è referente scientifico dell'Executive Master in Management delle Imprese di Costruzione della LUISS Business School (claudio.guccione@peilex.com)

OSSERVATORIO NORMATIVO

■ Decreto Legislativo 18 aprile 2016, n. 50, recante "Attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'ac-

qua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture", (16G00062) pubblicato in GU Serie Generale n. 91 del 19-4-2016 - Suppl. Ordinario n. 10.

tuti previdenziali di invitare l'interessato alla regolarizzazione sussiste anche ove la richiesta sia fatta in sede di verifica dalla stazione appaltante (Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 14 ottobre 2014, n. 5064); Cons. Stato, sez. VI 16 febbraio 2015 n. 78). A sostegno di tale conclusione si valorizza la "novità" rappresentata dall'art. 31, co. 8, del decreto legge n. 69 del 2013, che, secondo la tesi in esame, avrebbe implicitamente ma sostanzialmente modificato l'art. 38 del d. lgs. n. 163 del 2006, con la conseguenza che l'irregolarità contributiva potrebbe considerarsi definitivamente accertata solo alla scadenza del termine di quindici giorni assegnato dall'ente previdenziale per la regolarizzazione della posizione contributiva.

La soluzione proposta dall'ordinanza di rimessione

La Sezione rimettente mostra di condividere la tesi secondo cui l'obbligo del preavviso di regolarizzazione, previsto sin dal 2007 in via regolamentare (art. 7 del D.M. 24 ottobre 2007) e dal 2013 in forza di disposizione di legge (art. 31, co. 8, del D. L. n. 69/2013), deb-

ba intendersi sussistente anche per il caso di richiesta proveniente dalla stazione appaltante, poiché "in mancanza di avviso non solo si pone nel nulla il sistema della certificazione di regolarità conseguita dal privato ed in corso di validità, in violazione del d.m. 24 ottobre 2007, che non distingue in punto di efficacia degli atti di certificazione a seconda della natura pubblica o privata del richiedente, ma si violano il principio di affidamento dei privati, costituzionalmente e comunitariamente fondato, riconoscendo carattere di definitività ad una violazione previdenziale che non risulta dal "DURC" privato, né è mai stata previamente comunicata a ricorrente". La sezione rimettente evidenzia che tale soluzione interpretativa è stata recepita dall'art. 4 del D.M. 30 gennaio 2015 e, soprattutto, da una successiva circolare interpretativa del Ministero del Lavoro (n. 19/2015). Proprio alla luce di tale circolare, il dubbio esegetico, secondo l'impostazione accolta dall'ordinanza di rimessione, sarebbe circoscritto al periodo antecedente all'entrata in vigore del D.M. 30 gennaio 2015 e dovrebbe, comunque, risolversi ritenendo applicabile il preavviso di DURC negativo anche nell'ambito delle procedure di gara.

La decisione dell'Adunanza Plenaria

Al contrario di quanto afferma la sezione rimettente, l'Adunanza Plenaria ritiene che l'art. 31, co. 8, del D.L. n. 69/2013 non abbia in alcun modo modificato la disciplina dettata dall'art. 38 del Codice appalti (D.lgs. n. 163/2006) e che, pertanto, la regola del previo invito alla regolarizzazione non trovi applicazione nel caso di DURC richiesto dalla stazione appaltante ai fini della verifica delle dichiarazioni rese dall'impresa ai fini della partecipazione alla gara. Secondo il Consiglio di Stato, l'istituto dell'invito alla regolarizzazione (il c.d. preavviso di DURC negativo) può, dunque, operare solo nei rapporti tra impresa ed Ente previdenziale, ossia con riferimento al DURC chiesto dall'impresa e non anche al DURC richiesto dalla stazione appaltante per la verifica della veridicità dell'autodichiarazione.

Il principio dell'incameramento della cauzione provvisoria

Inoltre, nella sentenza n. 5 del 2016, l'Adunanza Plenaria ha ribadito il principio secondo cui l'incameramento della cauzione provvisoria previsto dall'art. 48 del Codice dei contratti pubblici, costituisce una conseguenza automatica del provvedimento di esclusione, come tale non suscettibile di alcuna valutazione discrezionale con riguardo ai singoli casi concreti. Secondo il Consiglio di Stato, quindi, tale misura risulta insensibile ad eventuali valutazioni volte ad evidenziare la non imputabilità a colpa della violazione che ha dato causa all'esclusione. ■■