

L'IRREGOLARITÀ CONTRIBUTIVA NELLA GARA D'APPALTO: GRAVITÀ E DEFINITIVO ACCERTAMENTO

Dott.ssa Arianna de Benedetti

Specializzanda presso la Scuola di Specializzazione
per le Professioni Legali dell'Università degli Studi
di Roma Tor Vergata

1. La disciplina in generale

Tra le cause di esclusione dalla gara d'appalto, l'art. 38 del d.l. 163/2006, al co. 1, lettera i), contempla la sanzione espulsiva per l'operatore economico che abbia commesso gravi violazioni, definitivamente accertate, delle norme in materia di contributi previdenziali e assistenziali.

Tale violazione rientra tra quelle c.d. di "ordine pubblico o di moralità" poiché indicativa di una scarsa correttezza professionale del concorrente nell'adempimento dei suoi doveri contributivi, soprattutto in considerazione dei gravi effetti negativi che si ripercuotono sui diritti dei lavoratori, sulle finanze pubbliche e sulla concorrenza tra le imprese (Cons. St., sez. IV, 12 aprile 2011 n. 2283; sez. V, 24 agosto 2010 n. 5936; sez. VI, 6 aprile 2010 n. 1930 e n. 1934).

La disposizione in esame, considera causa di esclusione, non qualsivoglia violazione in materia di obblighi contributivi, ma solo le violazioni gravi, definitivamente accertate.

Il d.l. 70 del 2011, senza modificare formalmente l'art. 38, comma 1, lett. i), ha inserito nel comma 2, una previsione volta a specificare il primo dei due requisiti richiesti per il configurarsi della violazione (quello della gravità), assicurando maggiore rilevanza al d.u.r.c (documento unico di regolarità contributiva), ed escludendo ogni margine di discrezionalità della stazione appaltante nella valutazione della gravità delle violazioni previdenziali e assistenziali.

La novella, ha di fatto esteso il requisito della "gravità" ad ipotesi per le quali, in passato, anche l'accertamento di "lievi" infrazioni, poteva indurre la stazione appaltante a valutare negativamente la moralità professionale del concorrente precludendogli la partecipazione alla gara.

In particolare si intendono "gravi" ai fini del co.1 lett. i) dell'art. 38, le violazioni ostative al rilascio del d.u.r.c., di cui all'art. 2, co 2, d.l. 25 settembre 2002 n. 210, convertito in l. 22 novembre 2002 n. 266.

Si tratta di quel certificato che, a fronte della richiesta dell'amministrazione, in sede di verifica, attesta la regolarità dell'operatore economico nell'adempimento degli obblighi previsti nei confronti dell' INPS, dell' INAIL, e, nel settore dell'edilizia, delle Casse Edili.

È opportuno precisare che la l. n. 266, sopra citata, va coordinata con le previsioni contenute negli artt. 8 e 9 del d.m. Lavoro e Previdenza sociale del 24 ottobre 2007, che disciplinano le modalità di rilascio della certificazione da parte degli enti istituzionalmente preposti, nonché l'individuazione delle irregolarità di natura previdenziale da considerarsi non ostative al rilascio del documento "regolare" (art. 16 bis, co 10 d.l. 185 del 2008).

In particolare, ai sensi dell'art. 8 comma 3 del citato d.m., non osta al rilascio del documento di regolarità contributiva, uno scostamento tra somme dovute e somme versate, con riferimento a ciascun istituto previdenziale, inferiore o pari al 5% o, comunque, inferiore a 100 euro. Si è in tal modo inteso definire un parametro "oggettivo" per la valutazione dell'entità dell'inadempimento, limitando la discrezionalità degli Enti previdenziali in ordine al rilascio, o meno, di un d.u.r.c. "regolare".

2. I termini del dibattito giurisprudenziale.

La sovrapposizione tra l'art. 38 del Codice, e le norme in materia previdenziale, ha fatto sorgere un problema di coordinamento tra le due discipline.

Si discuteva, infatti, se, in presenza di un d.u.r.c., dal quale emergesse un debito contributivo superiore al minimo di cui al d.m. 24/2007, la stazione appaltante dovesse limitarsi a prenderne atto, disponendo l'esclusione, oppure se permanesse, in capo alla stessa, un certo margine di giudizio nella verifica della gravità dell' inadempimento commesso.

Sulla base delle norme richiamate è possibile affermare che l'attività valutativa, circa l'esistenza di "gravi" motivi ostativi alla partecipazione alla gara, debba essere di fatto esercitata non già dalla stazione appaltante, ma piuttosto dall' Istituto previdenziale, assicurativo o antinfortunistico ad esso preposto, nel rispetto dei parametri legislativamente indicati.

Di conseguenza, qualora l'Ente incaricato, opponga diniego alla richiesta di rilascio del d.u.r.c. effettuata dalla stazione appaltante, sul presupposto dell'avvenuto accertamento di "gravi" violazioni commesse dall'imprenditore partecipante, la stazione, dovrà necessariamente adottare i conseguenti provvedimenti di esclusione dalla gara.

Nonostante la chiara presa di posizione del legislatore e la vincolatività dei parametri indicati dall'art. 8 del d.m. del 2007, si riscontravano, in passato, opposte interpretazioni da parte della giurisprudenza amministrativa.

Il dibattito può essere compreso alla luce dei due principali orientamenti interpretativi formatisi in seno allo stesso Consiglio di Stato.

Secondo la soluzione più rigorosa, in linea con quanto stabilito dal legislatore con il d.l. n. 70/2011 in sede di novella dell'art. 38 codice appalti, *"la verifica della regolarità contributiva delle imprese partecipanti a procedure di gara per l'aggiudicazione di appalti con la pubblica amministrazione, compete agli istituti di previdenza, le cui certificazioni si impongono alle stazioni appaltanti, che non possono sindacarne il contenuto"* (Cons. St., sez. V, 12 ottobre 2011 n. 5531; sez. IV, 12 aprile 2011 n. 2284; sez. IV, 15 settembre 2010 n. 6907; sez. V, 24 agosto 2010 n. 5936; sez. VI, 6 aprile 2010 n. 1934).

Viceversa, l'opposto orientamento, riteneva che i parametri che determinano l'irregolarità contributiva non fossero da considerarsi inderogabili, posto che *"la previsione di un'entità minima del debito previdenziale, al di sotto della quale non c'è regolarità contributiva, ha lo scopo di semplificare il rilascio del d.u.r.c, ma non esclude che, se venga superato il limite anzidetto, non debba la stazione appaltante verificare la gravità o meno del debito"* (Cons. St., sez. IV, 24 febbraio 2011, n. 1228).

Quest'ultima interpretazione faceva leva sulla distinzione tra regolarità contributiva formale, spettante alla valutazione dell'istituto previdenziale, e gravità della violazione, rimessa alla stazione appaltante, la quale, senza automatismi, avrebbe dovuto valutare in concreto la presenza di indici sintomatici della gravità dell'infrazione, tali da giustificare l'estromissione dalla gara (Cons. St., sez. V, 16 settembre 2011 n. 5186; sez. V, 30 giugno 2011 n. 3912; sez. IV, 24 febbraio 2011 n. 1228; sez. V, 3 febbraio 2011 n. 789; sez. V, 11 gennaio 2011 n. 83; sez. V, 27 dicembre 2010 n. 9398; sez. IV, 15 settembre 2010 n. 6907).

3. La "grave violazione previdenziale"

Il dibattito è stato risolto dall'Adunanza Plenaria, 4 maggio 2012 n. 8, la quale, aderendo al primo dei due orientamenti, ha chiarito che *"ai sensi e per gli effetti dell'art. 38, comma 1, lett. i), d.lgs. n. 163 del 2006, anche nel testo vigente anteriormente al d.l. n. 70 del 2011, secondo cui costituiscono causa di esclusione dalle gare di appalto le gravi violazioni alle norme in*

materia previdenziale e assistenziale, la nozione di "violazione grave" non è rimessa alla valutazione caso per caso della stazione appaltante, ma si desume dalla disciplina previdenziale, e in particolare dalla disciplina del documento unico di regolarità contributiva; ne consegue che la verifica della regolarità contributiva delle imprese partecipanti a procedure di gara per l'aggiudicazione di appalti con la pubblica amministrazione è demandata agli istituti di previdenza, le cui certificazioni (d.u.r.c.) si impongono alle stazioni appaltanti, che non possono sindacarne il contenuto".

La mancanza del requisito della regolarità contributiva, al momento della scadenza del termine di presentazione dell'offerta, comporterà dunque l'esclusione dalla gara, non potendo valere una regolarizzazione postuma.

L'impresa infatti deve essere in regola con i relativi obblighi fin dal momento della presentazione della domanda e, conservare tale stato per tutto lo svolgimento della procedura di aggiudicazione, restando irrilevante un eventuale adempimento tardivo dell'obbligazione contributiva (Cons. St., A.P., 15 aprile 2010, n. 2155). Diversamente opinando si rischierebbe di indebolire la normativa in materia previdenziale: le imprese sarebbero quasi incentivate alla violazione di legge, ben sapendo di poter provvedere agevolmente alla regolarizzazione contributiva in un momento successivo, con l'ulteriore vantaggio di poter scegliere se pagare o meno quanto dovuto, in funzione dell'utile risultato dell'aggiudicazione, senza il rischio di pregiudizio per il conseguimento dell'appalto.

In senso conforme è orientata anche l'AVCP, la quale, con la determinazione n. 1/2010, ha stabilito che le stazioni appaltanti sono tenute a prendere atto della certificazione, senza poterne in alcun modo sindacare le risultanze, dovendosi ascrivere il d.u.r.c. al novero delle dichiarazioni di scienza, assistite da fede pubblica privilegiata ai sensi dell'art. 2700 c.c., e facenti piena prova fino a querela di falso.

4. Il "definitivo accertamento" della violazione.

Con riferimento al secondo requisito, di cui alla lett i), il decreto sviluppo n. 70, non ha fornito alcuna indicazione, restando pertanto valide le indicazioni dispensate dall'AVCP nella determinazione n. 1/2010, confermate anche dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato secondo il quale *"lo stato di definitivo accertamento delle violazioni contributive può essere rinvenuto, in pratica, in tutte le situazioni caratterizzate dalla non pendenza di ricorsi amministrativi o*

giurisdizionali, né del termine per esperirli. È in questo senso che si dice che ai fini della valutazione della definitività dell'accertamento, per gli effetti dell'art. 38, co. 1, lett. i, d.lgs. 163/2006, occorre che al momento della scadenza del termine per la domanda di partecipazione alla gara: sia spirato il termine per l'impugnazione dell'atto di accertamento in sede amministrativa, o il relativo ricorso amministrativo sia stato respinto con provvedimento definitivo, e non sia stato proposto ricorso giurisdizionale (senza che una proposizione solo successiva al ricorso giurisdizionale possa valere ad infirmare l'efficacia preclusiva del d.u.r.c. negativo) (Cons. St., sez. V, 13 luglio 2010, n. 4511; sez. VI, 27 febbraio 2008, n. 716).

La definitività dell'accertamento deve essere pertanto cristallizzata al momento della scadenza del termine di presentazione della domanda di partecipazione alla gara, in caso contrario risulterebbero lese la *par condicio* dei partecipanti, nonché l'esigenza di trasparenza, certezza giuridica ed efficienza nello svolgimento delle procedure di affidamento. Infatti i concorrenti a rischio di esclusione, potrebbero intraprendere iniziative giudiziarie, in corso di gara, al fine di incidere sulla valutazione dei requisiti generali di ammissione e di privare di efficacia preclusiva il d.u.r.c. "negativo".

Al contrario, la pendenza di qualsivoglia contenzioso amministrativo, insorto prima della scadenza del termine di presentazione della domanda, impedisce di ritenere il soggetto in posizione irregolare fino alla sentenza definitiva. (art. 8, comma 2, lett. a), d.m. citato).

Bisogna inoltre precisare che non costituisce causa ostativa al rilascio del d.u.r.c. l'aver beneficiato degli aiuti di stato specificati nel d.P.C.M. emanato ai sensi dell'art. 1, comma 1223, l. n. 296 del 2006, sebbene non ancora rimborsati o depositati in un conto bloccato. (art. 8, comma 4, d.m. citato).

5. L'impugnazione della cartella esattoriale.

Alla luce della stringente disciplina in materia previdenziale, suffragata dalla Plenaria del 2012, il concorrente, che voglia sottrarsi ad una ingiusta esclusione dalla gara, non potrà far altro che impugnare tempestivamente (prima della scadenza del termine di presentazione della domanda di partecipazione alla gara d'appalto), la cartella esattoriale emessa dal concessionario della gestione del servizio di riscossione per i presunti contributi non versati all'INPS o agli enti previdenziali.

L'impugnazione contro l'iscrizione a ruolo della cartella esattoriale, deve essere effettuata entro 40 giorni dalla notifica della stessa (art. 24, comma 5, d.lgs. 26 febbraio 1999, n. 46.), deve essere proposta innanzi al Tribunale in funzione di Giudice del Lavoro, e notificata all'Ente impositore ed al Concessionario del servizio nazionale di riscossione.

La Corte di Cassazione ha avuto più volte modo di precisare che il termine di 40 giorni è accordato dalla legge al debitore per l'opposizione nel merito della pretesa contributiva, al fine di instaurare un vero e proprio processo di cognizione per l'accertamento della fondatezza della pretesa dell'ente previdenziale.

Per tali ragione, deve considerarsi perentorio, con l'effetto di rendere inammissibile, nel merito, l'opposizione proposta dopo la scadenza (Cass., sez. lavoro, 27 febbraio 2007 n. 4506).

6. Conclusioni

La disciplina di cui all'art. 38 co.1, disponendo l'esclusione nelle sole ipotesi di irregolarità "gravi" e "definitivamente accertate", è volta a garantire che l'impresa non subisca le conseguenze di procedure di accertamento tributario o di riscossione erroneamente intraprese a suo danno o non ancora definitivamente accertate.

Ed inoltre, in un clima di decisivo rinnovamento della legislazione in tema di rapporti tra cittadino e pubblici poteri, è volta a responsabilizzare il privato, affinché sia consapevole della veridicità delle dichiarazioni rilasciate in sede di presentazione della domanda di partecipazione, evitando che un importante strumento, quale l'autocertificazione, finisca col trasformarsi in un comodo mezzo per aggirare precetti di legge.

Ne deriva che, le imprese, intenzionate a prendere parte alle gare pubbliche, hanno l'onere, allorché rendono le autodichiarazioni previste dalla legge o dal bando, di verificare con particolare diligenza, la propria situazione presso gli enti competenti.

La rilevanza oggettiva della valutazione, impedisce all'imprenditore, che si sia reso inadempiente, fornendo una falsa o incompleta attestazione dei propri requisiti, di pretendere l'espletamento di ulteriori indagini da parte dell'amministrazione in ordine alla gravità della violazione o all'elemento psicologico della colpa o del dolo che connotano tale reticenza.



Università degli Studi di Roma "Tor Vergata"