

**LA PARTECIPAZIONE ALLA PROCEDURA DI GARA: RIFLESSIONI IN MATERIA DI REGOLARITÀ
FISCALE E CONTRIBUTIVA.**

AVV. ILARIA CARTIGIANO

Sommario: 1. Premessa. 2. La Decisione dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato. La Decisione della Suprema Corte di Cassazione 3. Il quadro normativo di riferimento. 4. Il riparto di giurisdizione in materia regolarità contributiva. Posizioni a confronto. 5. La definitività dell'irregolarità fiscale e contributiva in sede di gara. 6. Considerazioni conclusive.

1. Premessa.

Le due pronunce giurisdizionali in rassegna suscitano degna attenzione poiché affrontano rispettivamente, in modo lineare, il complesso di problematiche riguardanti la specifica tematica della regolarità fiscale e contributiva e, più in generale, della valutazione delle irregolarità ravvisate in sede di gara, nonché il contrasto giurisprudenziale fra chi afferma la sussistenza della giurisdizione amministrativa e chi, invece, propende per la giurisdizione ordinaria in merito all'accertamento della regolarità del d.u.r.c.

Argomenti di particolare interesse per gli operatori della materia in considerazione delle incertezze interpretative nascenti dalla complessa ed articolata disciplina prevista a garanzia dell'affidabilità e professionalità del soggetto aggiudicatario.¹

2. La Decisione dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato.

Al vaglio dell'Adunanza plenaria è stata posta la legittimità dell'operato di una Stazione Appaltante in ordine alla comminazione dell'esclusione dalla procedura di una R.T.I. risultata non in regola con gli oneri contributivi in sede di verifica dei requisiti.

Avverso i provvedimenti con i quali era stata disposta l'esclusione della R.T.I. l'impresa mandataria aveva proposto ricorso innanzi al Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto, che lo aveva ritenuto fondato nel merito, con conseguente annullamento degli atti impugnati, dichiarazione di inefficacia del contratto medio tempore stipulato, nonché subentro a favore della ricorrente.

Aveva richiamato, in particolare, il Collegio, l'omessa applicazione dell'art. 31 comma 8 del d.l. n. 69 del 2013, convertito in l. n. 98 del 2013, che non avrebbe consentito di considerare

¹ R.GRECO, *I Requisiti di ordine generale*, in Trattato sui contratti pubblici, Milano, 2008, Giuffrè Editore, Vol. I, p. 1267 ss.

definitivamente accerta l'irregolarità contributiva, e in ultima analisi, il principio di massima partecipazione alle procedure di evidenza pubblica.

L'impresa aggiudicataria impugnava con atto di appello la sentenza del Tribunale amministrativo regionale, sollevando difetto di giurisdizione del giudice amministrativo con riferimento alla legittimità e definitività del d.u.r.c; l'erroneità del richiamo all'art. 31 comma 8 del d.l. n. 69 del 2013 e al principio di massima partecipazione alle procedure di affidamento di contratti pubblici, effettuato dal giudice di primo grado.

Si costituiva in giudizio la Provincia di Verona, proponendo appello incidentale avverso la sentenza di primo grado e motivi di impugnazione in parte coincidenti con quelli già sollevati dall'appellante principale.

Si costituiva in giudizio l'appellata, Società Cooperativa Sociale Onlus Segni di Integrazione s.r.l., che, con memoria, eccepiva l'infondatezza dell'appello principale, chiedendone il rigetto.

La Quinta Sezione del Consiglio di Stato, ha ritenuto opportuno sollevare due questioni, consequenziali fra loro, rimettendole all'esame dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, a causa dei contrasti interpretativi insorti.

In particolare si chiede, in primo ordine, *“se rientri nella giurisdizione del giudice amministrativo, adito per la definizione di una controversia avente ad oggetto l'aggiudicazione di un appalto pubblico, ovvero al giudice ordinario, accertare la regolarità del documento unico di regolarità contributiva, quale atto interno della fase procedimentale di verifica dei requisiti di ammissione dichiarati dal partecipante ad una gara”*; e qualora venga affermata la sussistenza della giurisdizione del giudice amministrativo nella materia de qua *“se la norma di cui all'art. 31, comma 8, del d.l. 21 giugno 2013, n. 69, convertito con modificazioni, nella l. 9 agosto 2013, n. 98, sia limitata al rapporto tra impresa ed Ente preposto al rilascio del d.u.r.c. senza che lo svolgimento di tale fase riguardi la stazione appaltante (dovendo essa applicare comunque l'art. 38 del d. lgs. n. 163 del 2006, che richiede il possesso dei requisiti al momento della partecipazione alla gara), ovvero se la disposizione abbia sostanzialmente modificato, per abrogazione tacita derivante da incompatibilità, detto art. 38 e si possa ormai ritenere che la definitività della irregolarità sussista solo al momento di scadenza del termine di quindici giorni da assegnare da parte dell'Ente previdenziale per la regolarizzazione della posizione contributiva.”*²

3. La Decisione della Suprema Corte di Cassazione.

La Corte Suprema di Cassazione, sezione penale, con una recentissima sentenza, nell'interrogarsi sulla sussistenza del reato di cui al D.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445, art. 76, in relazione all'art. 483

² Cons. Stato, ord., 21 ottobre 2015, n. 4799.

c.p., affronta la problematica riguardante la falsa attestazione, nell'istanza di partecipazione ad una gara pubblica per la fornitura di un autoveicolo del comune di Palermo, di non avere commesso violazioni definitivamente accertate rispetto agli obblighi relativi al pagamento di imposte e tasse secondo la legislazione italiana, riflettendo, altresì, sulla possibile rilevanza dell'istanza di rateizzazione del debito tributario. Contro la sentenza della Corte d'appello di Palermo, secondo la quale la rateizzazione dei debiti tributari, successiva al loro definitivo accertamento, non determina il venir meno della mendacità della dichiarazione, è stato proposto ricorso per Cassazione.

In particolare, il ricorrente ha dedotto: a) la non riconducibilità del fatto alla previsione del D.P.R. n. 445 del 2000, art. 76, e art. 483 c.p., non essendo stata resa la dichiarazione del privato in un atto pubblico; b) l'insussistenza del reato dal punto di vista oggettivo e soggettivo, in quanto la rateizzazione del debito, disposta su richiesta del debitore, comporta la sostituzione del debito originario con uno diverso, per cui alla data in cui è stata resa la dichiarazione non erano sussistenti né "violazioni definitivamente accertate" né l'esistenza dell'elemento psicologico nella forma richiesta dalla legge.

4. Il quadro normativo di riferimento

Com'è noto il d.lgs. n. 163 del 2006, contenente il Codice dei contratti pubblici, prevede una serie di requisiti generali che legittimano ogni impresa a partecipare ad una gara di appalto e il cui possesso è indispensabile.

Il dato significativo è rappresentato dall'art. 38 del Codice, il quale, nel garantire un controllo di tipo preventivo da parte delle stazioni appaltanti, elenca i requisiti soggettivi di ordine generale di cui tutti i concorrenti devono disporre per poter contrarre con la pubblica amministrazione. Quest'ultimi vengono disciplinati nello loro veste negativa, o meglio, assumono, *a contrario*, la valenza di cause di esclusione dalle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti pubblici.

Tra i requisiti di ordine generale richiesti l'art. 38, comma 1, lett. g) e lett. i) del Codice prevede rispettivamente quello della regolarità fiscale e della regolarità contributiva. Ai sensi del menzionato art. 38, comma 1, lett. g) sono escluse dalla partecipazione alle procedure di affidamento ad evidenza pubblica gli operatori economici "*che hanno commesso violazioni gravi, definitivamente accertate, rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse, secondo la legislazione italiana o quella dello Stato in cui sono stabiliti.*" Mentre l'art. 38, comma 1, lett. i) preclude espressamente la partecipazione alle gare a quei 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.*"

La regolarità fiscale e la regolarità contributiva rientrano, dunque, tra i requisiti di natura formale relativi alla corretta gestione delle imprese, costituendo condizione di ammissibilità della domanda di partecipazione alla gara.

In relazione alle *“violazioni gravi, definitivamente accertate, rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse, secondo la legislazione italiana o quella dello Stato in cui sono stabiliti”*, tenendo conto della *ratio* dell’istituto, deve rilevarsi che i suoi contenuti sono stati meglio definiti dal D.L. 13 maggio 2011, n. 70, convertito in L. 12 luglio 2011, n. 106 e dal D.L. 2 marzo 2012, n. 16, convertito in L. 26 aprile 2012, n. 44. La prima integrazione normativa ha inteso chiarire e quantificare il concetto di gravità della violazione, rinviando ad importi superiori a quelli contenuti all’art. 48-bis, commi 1³ e 2bis⁴ del D.P.R. 29 settembre 1973, n.602.

Il secondo intervento all’art. 1, comma 5, ha inteso, invece, precisare che sono da considerare violazioni definitivamente accertate quelle relative all’obbligo di pagamento di debiti per imposte e tasse che siano certi, scaduti ed esigibili. Il riferimento alla *“esigibilità”* del debito tributario, chiarisce la Corte,⁵ ha indubbiamente reso evidente che, nell’intenzione del legislatore, l’ostacolo alla partecipazione alle gare d’appalto è rappresentato da debiti indicativi di una situazione di irregolarità gestoria dell’impresa o di difficoltà finanziaria della stessa, che rendono incerta l’esecuzione dei lavori eventualmente affidati all’impresa partecipante alla gara.

Come è stato sottolineato dalla giurisprudenza amministrativa, il fine ultimo dell’istituto non attiene alla tutela del corretto prelievo fiscale come previsto nell’ordinamento tributario, bensì all’affidabilità dei soggetti che contrattano con l’amministrazione, affidabilità che deve ritenersi non sussistente sia nel caso di omessi e ritardati pagamenti, sia nel caso di sottrazione di materia imponibile caratterizzata da artifici e raggiri contabili, ed indipendentemente dall’entità dell’evasione accertata. L’inaffidabilità dei soggetti che sono incorsi in violazioni di carattere tributario rimane sospesa, tuttavia, in caso di attivazione delle procedure amministrative o giurisdizionali di controllo, e può essere ripristinata da sanatorie legislative, dall’adesione a procedure conciliative o dagli accordi intervenuti con l’ente impositore, come la rateizzazione.

³ *“A decorrere dalla data di entrata in vigore del regolamento di cui al comma 2, le amministrazioni pubbliche di cui all’articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e le società a prevalente partecipazione pubblica, prima di effettuare, a qualunque titolo, il pagamento di un importo superiore a diecimila euro, verificano, anche in via telematica, se il beneficiario è inadempiente all’obbligo di versamento derivante dalla notifica di una o più cartelle di pagamento per un ammontare complessivo pari almeno a tale importo e, in caso affermativo, non procedono al pagamento e segnalano la circostanza all’agente della riscossione competente per territorio, ai fini dell’esercizio dell’attività di riscossione delle somme iscritte a ruolo.”*

⁴ *“Con decreto di natura non regolamentare del Ministro dell’economia e delle finanze, l’importo di cui al comma 1 può essere aumentato, in misura comunque non superiore al doppio, ovvero diminuito.”*

⁵ Cass. Pen. Sez. V, 5 settembre 2016, n. 36821.

Quest'ultima, determinando la rimodulazione della scadenza dei debiti tributari e differendone l'esigibilità, cancella anche l'originario inadempimento dei destinatari delle cartelle esattoriali.⁶

Per quanto, invece, concerne alle “*violazioni gravi, definitivamente accertate, alle norme in materia di contributi previdenziali e assistenziali*” la *ratio* della disposizione va ravvisata, come evidenziato da giurisprudenza e dottrina, nel fine ultimo di rafforzare la protezione contestuale di tre beni giuridici d'identica fondamentale importanza per il corretto sviluppo dell'economia e del mercato: i diritti dei lavoratori, l'erario pubblico e la concorrenza fra le imprese.⁷

Una compiuta disciplina sulla materia si è realizzata con l'introduzione del certificato di regolarità contributiva, più esattamente del documento unico di regolarità contributiva, il cosiddetto d.u.r.c., ad opera dell'art. 2 del d.l. 25 settembre 2002 n. 210, convertito con modificazioni nella l. 22 novembre 2002 n. 266, che ha demandato la verifica della regolarità contributiva dei soggetti partecipanti alle gare pubbliche agli istituti di previdenza, assicurativa o antinfortunistica (I.N.P.S., I.N.A.I.L., Casse edili). Le valutazioni contenute nel d.u.r.c., compiute dagli Enti previdenziali specificati, secondo una certa lettura data dalla giurisprudenza e fatta propria, come vedremo, anche dalla pronuncia dell'Adunanza plenaria che si illustra (n. 10/2016), si imporrebbero, quali dichiarazioni di scienza fidefacenti fino a querela di falso *ex art. 2700 c.c.*, alle stazioni appaltanti che non potrebbero sindacarne il contenuto né da esse discostarsi in alcun modo; mentre secondo diversa interpretazione, invece, costituirebbero meri elementi indiziari che lascerebbero alla stazione appaltante un certo margine di valutazione della gravità della violazione contestata.

Ad ogni modo preme, in via preliminare, comprendere come il documento unico di regolarità contributiva (d.u.r.c) sia una certificazione “unificata” attestante l'avvenuto assolvimento, da parte dell'impresa richiedente, degli obblighi legislativi e contrattuali nei riguardi dell'Inps, dell'Inail e della Cassa edile di riferimento.

Per quanto concerne le modalità di rilascio a livello generale, il richiedente principale del d.u.r.c. è l'impresa, ma tale documento può essere richiesto anche direttamente dalle pubbliche amministrazioni appaltanti, da enti privati di rilevanza pubblica appaltanti ed infine dalle Soa (*Società organismi di attestazione*).

Com'è dato rilevare da queste rapide precisazioni, il d.u.r.c consente alle imprese appaltatrici di attestare, mediante la presentazione di un unico documento, il proprio stato di regolarità in vista dell'affidamento di lavori pubblici e privati. L'attribuzione alle Casse edili della competenza al

⁶ Cons. Stato, Sez. V, 18 novembre 2011, n. 6084; Cons. Stato Sez. III, Ordinanza 05 marzo 2013, n. 1332; T.A.R. Lombardia Milano Sez. I, 14 giugno 2013, n. 1552; T.A.R. Lombardia Brescia, Sez. II, 10 dicembre 2012, n. 1924.

⁷ I. PAGANI, *La valutazione della stazione appaltante sulla gravità degli inadempimenti contributivi*, in Urb. app., 2012, p. 190 ss.

rilascio di tale documento implica il coinvolgimento degli enti bilaterali in un'approfondita attività di monitoraggio e di controllo sulla regolarità delle imprese operanti nel settore.

Tornando alla sentenza in epigrafe è stato proprio a seguito della segnalazione di una presunta irregolarità contributiva che la R.T.I. si è vista revocare il provvedimento di aggiudicazione provvisoria dell'appalto di lavori indetto dall'amministrazione appaltante.

5. Il riparto di giurisdizione in materia regolarità contributiva. Posizioni a confronto.

La prima questione rimessa all'esame dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, riguarda, come già anticipato, il riconoscimento o meno della giurisdizione del giudice amministrativo in relazione agli accertamenti relativi al documento unico di regolarità contributiva. Sul punto si rappresenta l'esistenza di un importante contrasto giurisprudenziale.

Secondo un primo orientamento, confermato da parte della giurisprudenza del Consiglio di Stato⁸ l'accertamento della regolarità del d.u.r.c., in sede di verifica dei requisiti di ammissione dichiarati dal partecipante ad una gara, rientra nell'ambito della giurisdizione amministrativa.

A fondamento di tale interpretazione si pone la considerazione che la verifica sulla regolarità del d.u.r.c. verrebbe in rilievo non in via autonoma, ma si inserirebbe nella fase procedimentale amministrativa di aggiudicazione di un appalto.

Orbene, l'art. 133 c.p.a. statuisce la sussistenza della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo nelle controversie relative a procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi, forniture, pertanto, ne dovrebbe, derivare la giurisdizione amministrativa rispetto alla verifica della regolarità del d.u.r.c.. L'accertamento del giudice amministrativo verrebbe, poi, effettuato in via incidentale, ai sensi dell'art. 8 c.p.a. senza assumere l'efficacia di giudicato nel rapporto previdenziale sotteso al rilascio del d.u.r.c..⁹

Si ritiene, dunque, che debba escludersi ogni tipo di superamento dei limiti della giurisdizione ordinaria, in ragione del fatto che l'oggetto di verifica del giudice amministrativo si concentrerebbe sulla mera regolarità della certificazione prodotta, comprovante la regolarità contributiva dell'impresa partecipante che si sostanzia in un requisito necessario ai fini dell'ammissione alla gara.

Per un diverso orientamento¹⁰, invece, va riconosciuta la sussistenza della giurisdizione ordinaria per un duplice ordine di ragioni: in primo luogo per la natura del d.u.r.c. quale atto rientrante fra le dichiarazioni di scienza assistite da pubblica fede ai sensi dell'art. 2700 c.c. e facenti prova fino a

⁸ Cons. Stato, Sez. V, 16 febbraio 2015, n. 781, Cons. Stato, Sez. V 14 ottobre 2014, n. 5064; Cons. Stato, Sez. V11 maggio 2009, n. 2874; Cons. Stato, Sez. VI, 4 maggio 2015, n. 2219.

⁹ Cass., Sez. Un., ord. 9 febbraio 2011, n. 3169.

¹⁰ Cons. Stato, Sez. IV 12 marzo 2015, n. 1321.

querela di falso; in secondo luogo per la circostanza che l'accertamento 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 si impongono alle stazioni appaltanti, che non possono sindacarne il contenuto. ¹¹

Dall'esame della disciplina normativa vigente è possibile desumere come l'attività di valutazione, in ordine all'esistenza di "gravi" violazioni in materia di contributi sociali da parte del concorrente, venga di fatto svolta dall'Istituto previdenziale, assicurativo o antfortunistico preposto.

Di conseguenza qualora quest'ultimo manifesti diniego alla richiesta di rilascio del d.u.r.c. in ragione dell'avvenuto accertamento di "gravi" violazioni, la stazione appaltante dovrebbe gioco-forza adottare i provvedimenti necessari e disporre l'esclusione dalla gara dell'operatore partecipante.

Sul punto l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato¹² ha chiarito che la nozione di "grave violazione" non è rimessa all'esame della stazione appaltante, ma emerge dalla disciplina del documento unico di regolarità contributiva. In definitiva, il controllo della regolarità contributiva degli operatori concorrenti, è compiuto dagli Istituti di previdenza, le cui certificazioni non sono sindacabili dalla pubblica amministrazione appaltante. Il requisito della regolarità contributiva, se non posseduto alla data di scadenza del termine per la presentazione dell'offerta, determina l'esclusione del partecipante.

Posto che nessuna rilevanza assume la regolarizzazione postuma, l'impresa deve, dunque, essere in regola con i relativi obblighi fin dalla presentazione della domanda e conservare la regolarità per tutto lo svolgimento della procedura. ¹³ In questo senso si è espressa la giurisprudenza amministrativa: *"la regolarità contributiva è un requisito indispensabile non solo per la stipulazione del contratto, bensì per la stessa partecipazione alla gara. Per conseguenza, l'impresa deve essere in regola con i relativi obblighi fin dalla presentazione della domanda, e conservare tale regolarità per tutto lo svolgimento della procedura di gara. La regolarità contributiva nei confronti degli enti previdenziali costituisce, infatti, indice rivelatore della correttezza dell'impresa nei rapporti con le proprie maestranze e deve, pertanto, poter essere apprezzata in relazione ai periodi durante i quali l'impresa stessa era tenuta ad effettuare i relativi versamenti."*¹⁴ *"Sotto un profilo sistematico, va osservato che la regolarità contributiva è requisito indispensabile non solo per la stipulazione del contratto, bensì per la stessa partecipazione alla gara. Per conseguenza, l'impresa deve essere in regola con i relativi obblighi fin dalla presentazione della domanda e*

¹¹ F. BERTINI, *DURC e gare di appalto, tra dubbi e certezze*, in Urb. app., 2009, vol. XIII, fasc. 11, p. 1214 ss.

¹² Cons. Stato, Ad. pl., 4 maggio 2012, n. 8

¹³ D'HERIN, *La Plenaria sull'efficacia del Durc ai fini dell'esclusione dalla gare di appalto*, in Urb. app., 2012, p. 905.

¹⁴ Tar Sardegna, sez. I, 13 marzo 2008, n. 458.

conservare tale regolarità per tutto lo svolgimento della procedura di gara. In particolare è stato condivisibilmente posto in luce che la cosiddetta correntezza contributiva non costituisce un dato che possa essere temporaneamente frazionato, in quanto attiene alla diligente condotta dell'impresa in riferimento a tutte le obbligazioni contributive relative a periodi precedenti e non solo, quindi, a quelle maturate nel periodo in cui è stata espletata la gara. La regolarità contributiva nei confronti degli enti previdenziali costituisce, infatti, indice rivelatore della correttezza dell'impresa nei rapporti con le proprie maestranze e deve, pertanto, poter essere apprezzata in relazione ai periodi (anche progressi) durante i quali l'impresa stessa era tenuta ad effettuare i relativi versamenti.”¹⁵

Tale conclusione si desume anche dal parere dell'Autorità di Vigilanza sui Contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, secondo cui il “*prescritto requisito forma oggetto di una verifica di tipo dinamico sulla perdurante attualità della correntezza contributiva e previdenziale del concorrente, tanto che, in presenza dei prescritti presupposti, la stazione appaltante può rifiutare la stipulazione del contratto, previa revoca dell'aggiudicazione*”¹⁶

Queste considerazioni porterebbero a ritenere che le situazioni giuridiche soggettive su cui incidono gli eventuali errori presenti nel d.u.r.c. siano di diritto soggettivo, tanto da essere oggetto di correzione da parte del solo giudice ordinario. Inoltre, l'accertamento *incidenter tantum* ipotizzato da chi propende per la giurisdizione amministrativa, non si concilierebbe con l'accertamento fidefacente dei fatti e dei diritti sottesi al d.u.r.c., venendo in rilievo un rapporto non pubblicistico, bensì obbligatorio.¹⁷

Orbene, i contrasti giurisprudenziali descritti nascono in virtù di una sostenuta inconciliabilità fra la natura del d.u.r.c. ed il criterio di riparto della giurisdizione fra giudice amministrativo ed ordinario, che si basa sul criterio della situazione giuridica fatta valere. Da un lato, come già evidenziato, il certificato di regolarità contributiva assume il carattere di dichiarazioni di scienza, assistita da pubblica fede ai sensi dell'art. 2700 c.c. e facente prova fino a querela di falso; dall'altro, tale accertamento si inserisce nell'ambito di una procedura di evidenza pubblica, rispetto alla quale sussiste, ai sensi dell'art. 133 c.p.a., la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. L'Adunanza plenaria risolve la problematica devolvendo alla cognizione del giudice amministrativo, adito per la definizione di una controversia avente ad oggetto l'aggiudicazione di un appalto pubblico, l'accertamento circa la regolarità del d.u.r.c., quale atto interno della fase procedimentale di verifica dei requisiti di ammissione dichiarati dal partecipante ad una gara.¹⁸

¹⁵ Tar Lazio, sez. II, 24 gennaio 2007, n. 484.

¹⁶ Parere Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, 8 novembre 2007, n. 102.

¹⁷ Cons. Stato, Sez. V, 26 marzo 2014, n. 1468; id. 3 febbraio 2011, n. 789; Sez. IV 12 marzo 2009, n. 1458.

¹⁸ Cons. Stato, Ad. pl., 25 maggio 2015, n. 10.

Il d.u.r.c. nelle controversie sugli appalti pubblici emerge nella sua qualità di presupposto di legittimità di un provvedimento amministrativo adottato dalla stazione appaltante. Pertanto, si chiarisce, che nonostante non vi sia alcun dubbio sulla natura di dichiarazione di scienza del d.u.r.c., tale *“elemento non risulta, tuttavia, ostativo all’esame, da parte del giudice amministrativo, della regolarità delle risultanze della documentazione prodotta dall’ente previdenziale in un giudizio avente ad oggetto l’affidamento di un contratto pubblico di lavori, servizi o forniture.”*¹⁹

Le statuizioni adottate sul punto hanno efficacia esclusivamente riguardo alla controversia concernente gli atti di gara, poiché hanno ad oggetto provvedimenti che la stazione appaltante ha adottato a seguito della produzione del d.u.r.c. irregolare, e per tale ragione non esplicano i loro effetti nei rapporti fra l’ente previdenziale e l’operatore coinvolto.

Nel garantire l’effettività della tutela, secondo l’Adunanza plenaria *“risulta doverosa la concentrazione della verifica circa la regolarità della documentazione contributiva, ancorché effettuata in via incidentale, in capo ad un’unica autorità giudiziaria”*

Nell’ipotesi contraria l’operatore sarebbe, invece, costretto a contestare, dinanzi al giudice ordinario, la regolarità del d.u.r.c. e, successivamente, dopo avvenuto accertamento dell’errore, la illegittimità delle determinazioni della stazione appaltante dinanzi al giudice amministrativo.

Un *iter* processuale che lederebbe il diritto di difesa oltre che risultare gravoso e incompatibile con la celerità che il legislatore ha imposto per il rito degli appalti nel c.p.a.

Non appare, dunque, ragionevole ritenere che il giudice amministrativo non possa verificare l’esistenza o meno di un requisito di partecipazione, quale è la regolarità contributiva, con conseguente violazione principi comunitari di efficacia e rapidità dei mezzi di impugnazione. Essendo la certificazione sulla regolarità contributiva dell’impresa partecipante ad una gara d’appalto uno dei requisiti posti dalla normativa in materia di appalti pubblici ai fini dell’ammissione alla gara, la giurisdizione appartiene al giudice amministrativo perché è costui competente a sindacare la decisione della stazione appaltante inerente alla sussistenza o meno di un requisito utile a partecipare ad una procedura di affidamento di un contratto.

A questa conclusione l’Adunanza plenaria giunge, in ragione della diversità del tipo di sindacato compiuto dal giudice amministrativo rispetto a quello effettuato dal giudice ordinario sulla documentazione attestante la regolarità contributiva. Il giudice ordinario, ai sensi del combinato disposto degli artt. 442 comma 1 e 444 comma 3 c.p.c. accerta la sussistenza di un diritto del prestatore di lavoro.

¹⁹ Cons. Stato, Ad. pl., cit.

Diversamente, il giudice amministrativo, in virtù di quanto previsto dall'art. 133 c.p.a., deve verificare la legittimità del provvedimento di esclusione per il mancata regolarità dei requisiti che l'impresa presenta in sede di offerta.

Il primo quesito sottoposto viene, dunque, risolto nel senso che *“Rientra nella giurisdizione del giudice amministrativo, adito per la definizione di una controversia avente ad oggetto l'affidamento di pubblici lavori, servizi e forniture, l'accertamento inerente alla regolarità del documento unico di regolarità contributiva, quale atto interno della fase procedimentale di verifica dei requisiti di ammissione dichiarati dal partecipante ad una gara. Tale accertamento viene effettuato, nei limiti del giudizio relativo all'affidamento del contratto pubblico, in via incidentale, cioè con accertamento privo di efficacia di giudicato nel rapporto previdenziale.”*

6. La definitività dell'irregolarità fiscale e contributiva in sede di gara.

Alcune importanti incertezze interpretative sono sorte in tema di definitività dell'accertamento della violazione tributaria. Ci si chiede in particolare se un debito tributario possa considerarsi definitivo allorché vi sia stato l'accertamento e l'emissione della cartella di pagamento, o se, invece, il debito diventi definitivo solo a seguito della decorrenza del termine assegnato dalla cartella di pagamento, senza che essa sia stata impugnata o vi sia istanza di rateizzazione.

Sul punto si registrano ben tre indirizzi interpretativi. Secondo un primo orientamento, la regolarità fiscale viene considerata alla stregua dell'esito positivo della transazione fiscale, vale a dire l'accoglimento dell'istanza di rateizzazione presentata dal contribuente prima della scadenza del termine per la presentazione della domanda di partecipazione ad una gara. Secondo un'impostazione più flessibile è, invece, ritenuta sufficiente per il perfezionamento della regolarità, la sola presentazione dell'istanza di rateizzazione entro il termine previsto dal bando per la presentazione delle domande di partecipazione. Infine, per una tesi intermedia, è consentita l'ammissione dell'impresa che abbia inoltrato domanda di rateizzazione, ma subordinando la stipula del contratto all'esito positivo della transazione tributaria.

La Suprema Corte di Cassazione sembra aderire all'orientamento prevalente ritenendo la sussistenza del provvedimento di rateizzazione quale elemento necessario per la partecipazione alla gara. La giurisprudenza ha chiarito come ai fini dell'integrazione del requisito della regolarità fiscale non sia sufficiente la presentazione, da parte del concorrente, dell'istanza di rateizzazione del debito tributario, ma occorra che il relativo procedimento si sia concluso con un provvedimento favorevole. In altre parole, l'istanza di rateizzazione deve essere stata accolta prima della scadenza del termine di presentazione della domanda di partecipazione alla gara. Si ritiene, infatti, che il meccanismo novativo conseguente all'ammissione alla rateizzazione del debito tributario, determini

la sussistenza, nel periodo antecedente l'accoglimento della relativa domanda, del debito originario, ammesso dallo stesso contribuente con la presentazione della domanda di dilazione del pagamento delle somme iscritte a ruolo. Ne deriva che il debito gravante sul contribuente, in caso di istanza di rateizzazione non ancora accolta all'atto di scadenza dei termini per la presentazione della domanda di partecipazione, altro non è che quello originario. La mera presentazione dell'istanza di rateizzazione non comporta, così, nessun effetto sul debito originario che resta caratterizzato dal suo essere certo, liquido ed esigibile.

Il carattere novativo della rateizzazione di un debito tributario è, dunque, una manifestazione del favore legislativo verso i contribuenti in temporanea difficoltà economica, ai quali viene offerta la possibilità di regolarizzare la propria posizione tributaria senza incorrere nel rischio di insolvenza. In questa prospettiva la rateizzazione può essere considerata una misura di sostegno alle imprese. Ne è prova il fatto che la stessa l'Autorità Nazionale Anticorruzione ha, con deliberazione n. 1 del 12 gennaio 2010, nello stabilire i requisiti di ordine generale per l'affidamento di contratti pubblici di lavori, servizi e forniture ai sensi del D.Lgs. n. 163 del 2006, art. 38, previsto l'esclusione del concorrente per irregolarità fiscale, "salvo completa regolarizzazione."

Appare, dunque, impossibile aderire con la tesi intermedia, in quanto l'eventuale ammissione del soggetto che non abbia certezza, al momento della scadenza del previsto dal bando, dell'accoglimento dell'istanza di rateizzazione, comporta una evidente violazione della certezza dei requisiti necessari richiesti per la partecipazione dei concorrenti. Il principio espresso dalla giurisprudenza amministrativa viene condiviso dalla Suprema Corte di Cassazione, poiché individua correttamente il fine ultimo della disciplina contenuta nell'art. 38 del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, volta non a sanzionare le imprese inadempienti agli obblighi tributari, ma ad assicurare la partecipazione alle gare d'appalto di soggetti privi di pendenze con il fisco e che mettano, in ragione di ciò, in discussione la capacità di realizzazione delle opere loro affidate. Pertanto, la rateizzazione del debito fiscale è necessaria per dirsi idonea ad elidere la "violazione fiscale definitivamente accertata", nonostante sia richiesta la verifica in concreto di alcune condizioni. È necessario, innanzitutto, che la rateizzazione sia stata accordata con idoneo provvedimento dell'amministrazione finanziaria antecedente alla data di presentazione della domanda di partecipazione alla procedura di gara, non essendo sufficiente la mera presentazione di una domanda di rateizzazione; in secondo luogo non deve risultare inadempita neanche una sola rata o non un eventuale disdetta da parte dell'autorità amministrativa; infine che la rateizzazione non sia avvenuta nell'ambito di una transazione fiscale, la quale, operando dentro il concordato preventivo o l'accordo di ristrutturazione, per essere efficace, necessita dell'omologazione da parte del Tribunale.

Passando, invece, ad esaminare le problematiche sorte in tema di definitività della regolarità, rileva la seconda questione per cui è stato richiesto l'intervento dell'Adunanza plenaria e riguardante l'interpretazione della disposizione di cui all'art. 31, comma 8, del d.l. 21 giugno 2013, n.69, specificatamente l'interpretazione del requisito della definitività dell'accertamento delle violazioni in materia di contributi previdenziali ed assistenziali.

In particolare, ci si chiede se la norma riguardi esclusivamente il rapporto tra l'impresa e l'Ente preposto al rilascio del d.u.r.c. ovvero la stessa abbia sostanzialmente modificato, per abrogazione tacita derivante da incompatibilità, il già citato art. 38 del Codice così da ritenere definitiva l'irregolarità esistente solo al momento di scadenza del termine di quindici giorni che l'Ente previdenziale assegna per la regolarizzazione della posizione contributiva. Anche su tale tematica sono emersi posizioni giurisprudenziali divergenti.

L'art. 31 comma 8 d.l. n. 69 del 2013 dispone che *“ai fini della verifica per il rilascio del documento unico di regolarità contributiva (d.u.r.c.), in caso di mancanza dei requisiti per il rilascio di tale documento gli Enti preposti al rilascio, prima dell'emissione del d.u.r.c. 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'art. 31 comma 8 d.l. n. 69 del 2013 ha, dunque, introdotto una procedura di flessibilizzazione (c.d. "preavviso di d.u.r.c. negativo"): l'ente laddove riscontri delle irregolarità invita l'impresa richiedente a sanare la propria posizione entro il termine di quindici giorni.

In altri termini, la norma permette all'operatore economico di rimediare alla propria irregolarità, prima della definitiva certificazione negativa. Soltanto qualora l'operatore non effettui la regolarizzazione della propria posizione, entro il termine anzidetto, l'ente previdenziale potrà adottare un d.u.r.c. negativo.

Il problema sorto a seguito della “legificazione” del preavviso di d.u.r.c. negativo, riguarda l'individuazione del momento a partire dal quale la violazione della legislazione in materia di contributi previdenziali ed assistenziali, possa ritenersi definitiva, ai fini dell'applicazione dell'art. 38 d.lgs. n. 163 del 2006.

Da un attento esame della norma richiamata, emerge, secondo parte della giurisprudenza, come il fine avuto di mira dal Legislatore sia quello di rendere effettiva la massima partecipazione alle procedure di affidamento dei contratti pubblici. Con la conseguenza che la stazione appaltante non

deve, dunque, limitarsi a constatare l'irregolarità contributiva risultante dal d.u.r.c., ma dovrebbe valutarne autonomamente il carattere definitivo.²⁰

Una conclusione alla quale si giunge a seguito dell'implicita modifica incidente sull'art. 38 d.lgs. n. 163 del 2006, e determinata dall'entrata in vigore dell'art. 31 comma 8 d.l. n. 69 del 2013.

In conformità a tale ricostruzione, pertanto, è ben possibile presentare una domanda di partecipazione ad una gara, in pendenza del termine assegnato dall'ente previdenziale per la regolarizzazione della posizione contributiva, non potendosi ritenere "definitivamente accertata" l'irregolarità contributiva.²¹

La valutazione in merito alla gravità e alla definitività dell'irregolarità contributiva viene, invece, negata da un opposto orientamento giurisprudenziale, secondo il quale l'art. 31 comma 8 d.l. n. 69 del 2013 non avrebbe introdotto alcuna modifica sulla disciplina codicistica in materia di appalti pubblici, pur prevedendo un meccanismo di "flessibilizzazione."²²

Di conseguenza, la situazione di irregolarità contributiva dovrebbe ritenersi definitiva al termine previsto per la presentazione delle offerte per partecipare alla procedura, poiché, in caso contrario, si determinerebbe una lesione del principio della par condicio fra concorrenti e dell'interesse pubblico alla scelta di un contraente affidabile.

Il Collegio ha risolto il problema illustrato rinviando al principio di diritto espresso dalla stessa Adunanza Plenaria nelle sentenze nn. 5 e 6 del 29 febbraio 2016. L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato aveva già ritenuto che *"anche dopo l'entrata in vigore dell'art. 31, comma 8, del decreto legge 21 giugno 2013 n. 69, (Disposizioni urgenti per il rilancio dell'economia), convertito con modificazioni dalla legge 9 agosto 2013, n. 98, non sono consentite regolarizzazioni postume della posizione previdenziale, dovendo l'impresa essere in regola con l'assolvimento degli obblighi previdenziali ed assistenziali fin dalla presentazione dell'offerta e conservare tale stato per tutta la durata della procedura di aggiudicazione e del rapporto con la stazione appaltante, restando dunque irrilevante, un eventuale adempimento tardivo dell'obbligazione contributiva. L'istituto dell'invito alla regolarizzazione (il c.d. preavviso di DURC negativo), già previsto dall'art. 7, comma 3, del decreto ministeriale 24 ottobre 2007 e ora recepito a livello legislativo dall'art. 31, comma 8, del decreto legge 21 giugno 2013 n. 69, 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, comma 1, lettera i) ai fini della partecipazione alla gara d'appalto."*

²⁰ Cons. Stato, Sez. V, 14 ottobre 2014 n. 5064.

²¹ Cons. Stato, Sez. III, 1 aprile 2015, n. 1733.

²² Cons. Stato, Sez. VI, 4 maggio 2015, n. 2219.

Pertanto, nessuna modifica è stata introdotta alla disciplina di cui all'art. 38 d.lgs. n. 163 del 2006, non trovando applicazione ai fini della verifica delle dichiarazioni rese dall'impresa partecipante alla gara la regola del preavviso di d.u.r.c. negativo.

Le argomentazioni poste a fondamento dall'Adunanza Plenaria sono, di carattere letterale, storico e sistematico.

In primo luogo, il Collegio evidenzia come l'inapplicabilità alle procedure di evidenza pubblica del meccanismo di cui al comma 8 sia desumibile dalla lettura complessiva dell'articolo 31 d.l. n. 69 del 2013. In altre parole, mentre i commi dal 2 al 7 di tale norma contengono un preliminare ed espresso riferimento ai contratti di pubblici lavori, servizi o forniture effettuando, quindi, un rinvio al d.lgs. n. 163 del 2006, il comma 8, invece, non contiene alcun riferimento di tal senso.

In secondo luogo, l'argomentazione della presunta incompatibilità fra le due disposizioni è priva valido fondamento, posto che l'art. 255 d.lgs. n. 163 del 2006 stabilisce che *“ogni intervento normativo incidente sul codice, o sulle materie dallo stesso disciplinate, va attuato mediante esplicita modifica, integrazione, deroga o sospensione delle specifiche disposizioni in esso contenute”*. Il d.l. n. 69 del 2013 contiene, all'art. 31 comma 2, le disposizioni del d.lgs. n. 163 del 2006 che sono state modificate, in conformità alla clausola di abrogazione esplicita di cui all'art. 255, nel cui elenco non rientra l'art. 38 d.lgs. n. 163 del 2006.

Sotto un profilo squisitamente sistematico, l'Adunanza Plenaria evidenzia il parziale parallelismo strutturale che sussiste fra il meccanismo di cui all'art. 31 comma 8 ed il preavviso di rigetto disciplinato dall'art. 10-bis l. n. 214 del 1990. Ora il preavviso di rigetto, previsto dalla legge sul procedimento per i procedimenti iniziati ad istanza di parte, non opera, per espressa scelta legislativa, in relazione ai procedimenti in materia previdenziale. Tuttavia, il meccanismo di cui all'art. 31 comma 8 prevede un procedimento in cui rileva la materia previdenziale e che appare strutturato come procedimento ad istanza di parte. Pertanto, l'art. 31 comma 8, costituendo una *“deroga alla deroga”*, non può applicarsi se non nei casi espressamente previsti dal legislatore e, cioè, quelli in cui l'operatore privato richieda all'ente previdenziale il rilascio del d.u.r.c.. Quando, invece, è la stazione appaltante a richiedere la certificazione all'ente previdenziale, ci si pone al di fuori dell'ambito applicativo della fattispecie ex art. 31 comma 8 d.l. n. 69 del 2013.

La conclusione a cui è giunta l'Adunanza plenaria si pone perfettamente in linea con alcuni principi fondamentali che governano le procedure di gara e cioè quello di parità di trattamento e di autoresponsabilità, nonché al principio di continuità nel possesso dei requisiti di partecipazione alla gara.

In questa ottica, il giudice amministrativo ha avuto modo di sottolineare che *“nell'ambito delle gare per l'affidamento dei contratti pubblici, il rigore formale alle stesse impresso e l'imposizione*

di severi regimi sanzionatori e di decadenza, rispondono all'esigenza di garantire la par condicio tra i concorrenti, che non può certo assumere carattere recessivo rispetto al — spesso confliggente — principio del favor participationis dei concorrenti. Ed, infatti, occorre in proposito ricordare come nelle procedure concorsuali pubbliche il formalismo sia preordinato alla tutela del principio della parità tra i concorrenti, i quali devono poter contare su regole valide per tutti, dovendosi garantire una cornice di certezza e di trasparenza competitiva nell'applicazione delle clausole di gara. (...) Ne consegue che la regolarizzazione, pur essendo un istituto di carattere generale, volto ad evitare che l'esigenza di assicurare la massima partecipazione alla gara venga compromessa da carenze di ordine meramente formale nella documentazione, incontra tuttavia taluni limiti applicativi rappresentati, anzitutto, dal rispetto della par condicio tra i concorrenti, che comporta il divieto di ricorrere alla regolarizzazione per supplire all'inosservanza di documenti richiesti a pena di esclusione dalla gara.”²³

Il secondo quesito sottoposto all'Adunanza plenaria viene, perciò, risolto nel senso “*di ritenere l'ambito di applicazione dell'art. 31 d.l. n. 69 del 2013 limitato ai rapporti fra ente previdenziale ed operatore privato richiedente il rilascio del d.u.r.c.. Di conseguenza, va escluso che detta disposizione abbia determinato una implicita modifica all'art. 38 d.lgs. n. 163 del 2006.*”

7. Considerazioni conclusive.

All'esito della disanima non ci si può esimere da talune considerazioni finali, ritenendo ampiamente condivisibili le conclusioni a cui è giunta la giurisprudenza dominante.

Nelle procedure di evidenza pubblica la completezza e la veridicità delle dichiarazioni rese dai partecipanti ad una gara costituiscono un valore rilevante, poiché consentono, in ossequio al principio del buon andamento dell'attività amministrativa, una celere decisione dell'amministrazione in ordine all'ammissione dell'operatore economico alla gara.

Di conseguenza la presentazione di una dichiarazione falsa o gravemente incompleta deve considerarsi comunque lesiva degli interessi di una stazione appaltante. La *ratio* della disciplina codicistica risponde all'esigenza di garantire la solvibilità la solidità finanziaria del soggetto con il quale l'amministrazione contrae. L'inidoneità della mera presentazione dell'istanza di dilazione a soddisfare il requisito della regolarità contributiva è corroborata dalla considerazione che l'ammissione alla rateazione non costituisce, di norma, atto dovuto, in quanto l'art. 19 del D.P.R. n. 602/1973 conferisce all'amministrazione il potere discrezionale di valutare quell' “obiettiva difficoltà economica” che è presupposto per la concessione del beneficio. Il principio del *favor*

²³ Cons. Stato, Sez. VI, 12 dicembre 2012, n. 6373.

participationis non può pertanto giustificare l'ammissione di un concorrente sprovvisto, al momento della domanda di partecipazione alla gara, del requisito della regolarità tributaria.

Ugualmente, sul diverso versante della regolarità contributiva, la disciplina in materia di possesso dei requisiti per la partecipazione ad una gara pubblica, non modificata da parte dell'art. 31, comma 8, del d.l. 21 giugno 2013, n.69, determina un limite al cosiddetto *favor participationis*. Essendo il suo fine ultimo quello di garantire il rispetto del principio della certezza del diritto, il d.u.r.c. deve sussistere per tutta la durata della gara e del contratto stipulato con la stazione appaltante.

Come spiegato, quest'ultimo si sostanzia in atto a contenuto conoscitivo, che dichiara in modo vincolante come la pubblica amministrazione abbia accertato e verificato un qualcosa, nella specie, la regolarità o meno della situazione concernente gli obblighi contributivi, e rappresentando allo stesso tempo il fatto, o meglio l'accadimento, dal quale la norma fa discendere effetti costitutivi, modificativi ed estintivi di situazioni giuridiche soggettive, di *status*, di qualificazioni giuridiche e così via, nella specie, l'ammissione alla gara o l'esclusione dalla medesima.²⁴

Pertanto il d.u.r.c. produce un effetto certificatorio, ai sensi del citato art. 2700 c.c., ma non per questo, pur essendo riconosciuto dall'indirizzo giurisprudenziale maggioritario da cui non ha preso le distanze l'Adunanza Plenaria nella sentenza in commento, ciò esclude la giurisdizione amministrativa rispetto alla verifica della regolarità del d.u.r.c. tenuto conto che l'accertamento del giudice amministrativo verrebbe svolto in via incidentale, ai sensi dell'art. 8 c.p.a.

Per cui, se il d.u.r.c. manca, nel senso che non è stato rilasciato dall'organo competente in materia, o meglio è negativo, la pubblica amministrazione appaltante non ha alcun potere valutativo discrezionale in ordine all'entità dell'infrazione contestata, ma è invece vincolata ad adottare al riguardo un provvedimento di esclusione dalla gara o di revoca dell'aggiudicazione provvisoria, provvedimento che rientra a pieno titolo nella competenza del giudice amministrativo.

Con questo si spera che le pronunce in esame abbiano chiarito i termini principali delle questioni, ponendo fine all'accennato contrasto relativo all'esegesi dell'art. 38, comma 1, lett. g) e i) del Codice dei contratti pubblici.²⁵

²⁴ M.S.GIANNINI, voce *Certezza pubblica*, in *Enc. dir.*, vol. VI, Milano, 1960, 769 ss. (spec. 771); P.GOTTI, *Gli atti amministrativi dichiarativi (aspetti sostanziali e profili di tutela)*, Milano, 1996, p. 40 ss.

²⁵ H. D'HERIN, *op. cit.*, p. 914.