



Rivista di diritto amministrativo

Pubblicata in internet all'indirizzo www.amministrativamente.com

Diretta da

Gennaro Terracciano, Gabriella Mazzei

Direttore Responsabile

Marco Cardilli

Coordinamento Editoriale

Luigi Ferrara, Giuseppe Egidio Iacovino,
Carlo Rizzo, Francesco Rota, Valerio Sarcone

FASCICOLO N. 3-4/2016

estratto

Registrata nel registro della stampa del Tribunale di Roma al n. 16/2009

ISSN 2036-7821

Comitato scientifico

Salvatore Bonfiglio, Gianfranco D'Alessio, Gianluca Gardini, Francesco Merloni, Giuseppe Palma, Angelo Piazza, Alessandra Pioggia, Antonio Uricchio, Vincenzo Caputi Jambrenghi, Annamaria Angiuli, Helene Puliat.

Comitato dei referee

Gaetano Caputi, Marilena Rispoli, Luca Perfetti, Giuseppe Bettoni, Pier Paolo Forte, Ruggiero di Pace, Enrico Carloni, Stefano Gattamelata, Simonetta Pasqua, Guido Clemente di San Luca, Francesco Cardarelli, Anna Corrado.

Comitato dei Garanti

Domenico Mutino, Mauro Orefice, Stefano Toschei, Giancarlo Laurini, Angelo Mari, Gerardo Mastrandrea, Germana Panzironi, Maurizio Greco, Filippo Patroni Griffi, Vincenzo Schioppa, Michel Sciascia, Raffaello Sestini, Leonardo Spagnoletti, Giuseppe Staglianò, Alfredo Storto, Alessandro Tomassetti, Italo Volpe, Fabrizio Cerioni.

Comitato editoriale

Laura Albano, Daniela Bolognino, Caterina Bova, Silvia Carosini, Sergio Contessa, Marco Coviello, Ambrogio De Siano, Flavio Genghi, Concetta Giunta, Filippo Lacava, Massimo Pellingra, Stenio Salzano, Francesco Soluri, Marco Tartaglione, Stefania Terracciano.

La regolarità contributiva interna ed esterna, tra esigenze di contraddittorio e tutela della *par condicio* (note a margine della plenaria n. 5 del 2016 e prime riflessioni sul d.lgs. n. 50 del 18 aprile 2016)

Di Francesco Armenante*

Abstract

Il presente articolo parte dall'analisi dei principali requisiti "moralì" per l'affidamento di concessioni di appalti pubblici. Procede, poi, ad una contestualizzazione normativa della materia, analizzando le novità del c.d. "decreto del fare", con i divergenti indirizzi interpretativi relativi all'affidamento delle suddette concessioni di appalti pubblici.

Infine, viene trattata la nuova codificazione normativa sui contratti pubblici di appalti e concessioni, che ribadisce l'indispensabilità del requisito in argomento.

Sommario

I. Profili introduttivi - II. Le novità del c.d. “decreto del fare” - III. I divergenti indirizzi interpretativi - IV. La decisione della Plenaria, n. 5/2016 - V. La disciplina del nuovo codice dei contratti (d. lgs. n. 50/2016) - VI. Riflessioni conclusive.

I. Tra i principali requisiti “moralì”, normativamente prescritti per l’affidamento di concessioni e appalti pubblici, vi è la regolarità contributiva del concorrente (oltre che dell’eventuale ausiliario), consistente nel corretto adempimento alle “obbligazioni previdenziali”. In proposito, la *littera legis*¹, con una formulazione non caratterizzata da esaustività e puntualità, ritiene ostativa l’irregolarità “grave e definitivamente accertata”, capace di inficiare sia la partecipazione a gara che la stipula del contratto².

* Ricercatore confermato di diritto amministrativo presso l’Università di Salerno

¹ *Recte*: art. 38, comma 1, lett. i), del d.lgs. n. 163 del 2006, preclusivo alla partecipazione dei concorrenti 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 (ora si veda l’art. 80, comma 4, del d.lgs. n. 50/2016, su cui ampiamente *infra*).

² Si ricorda che il d.l. 29 novembre 2008 (disposizione non abrogata dall’art. 217 del d.lgs. n. 50/2016), n. 185, convertito con l. n. 2/2009, prevede, all’art. 16-*bis*, comma 10, che le stazioni appaltanti pubbliche acquisiscano d’ufficio il Durc, anche attraverso strumenti informatici, dagli istituti o dagli enti abilitati al rilascio in tutti i casi in cui è richiesto dalla legge. In conformità a tale assunto, il dPR n. 207 del 2010 prevede, all’art. 6, comma 3, le fasi in cui il Durc, in corso di validità, debba essere acquisito d’ufficio. Ovvero: *a)* per la verifica della dichiarazione sostitutiva relativa al requisito di cui all’art. 38, comma 1, lettera i), del codice; *b)* per l’aggiudicazione del contratto ai sensi dell’art. 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.

Tuttavia, se è vero (conformemente ad un recente pronunciato dell’Adunanza plenaria del Consiglio di Stato³) che tale requisito (come tutti quelli di ordine morale) deve sussistere in ogni fase e stato dell’attività negoziale (sia in quella di matrice pubblicistica di selezione del contraente, sia in quella contrattuale), è altresì vero che la carenza del requisito in esame rileva diversamente a seconda che emerga prima o dopo la stipula del contratto. Precisamente, l’assenza della correttezza contributiva, in fase di gara, comporta l’esclusione dalla competizione e la decadenza dall’aggiudicazione; invece, qualora la predetta irregolarità emerga in fase contrattuale, non ne determina la risoluzione, ma abilita la stazione appaltante (*recte*: l’amministrazione contraente) all’esercizio del potere sostitutivo⁴, ovvero al

³ Cfr. Ad. Pl. n. 8 del 20 luglio 2015, secondo cui nelle gare di appalto per l’aggiudicazione di contratti pubblici i requisiti generali e speciali devono essere posseduti dai candidati non solo alla data di scadenza del termine per la presentazione della richiesta di partecipazione alla procedura di affidamento, ma anche per tutta la durata della procedura stessa fino all’aggiudicazione definitiva ed alla stipula del contratto, nonché per tutto il periodo dell’esecuzione dello stesso, senza soluzione di continuità.

⁴ Proprio sulle modalità applicative del potere sostitutivo, con Circolare n. 3/2012 del 16 febbraio 2012, adottata dal Ministero del Lavoro e delle politiche sociali, sono stati divulgati chiarimenti in merito all’attivazione dell’intervento sostitutivo, evidenziando in particolare che tale intervento da parte della stazione appaltante, oltre ad operare quando il debito delle stazioni appaltanti nei confronti degli appaltatori “copra” interamente quanto dovuto agli Istituti e alle Casse edili – può operare anche quando lo stesso debito sia in grado solo in parte di “colmare” le inadempienze evidenziate nel documento Unico di Regolarità Contributiva. In quest’ultimo caso le somme dovute dalla stazione appaltante all’appaltatore –in

versamento diretto all'Istituto previdenziale della somma maturata dall'affidatario, nei limiti dell'irregolarità accertata.

II. La materia in esame è stata in parte novelata dall'art. 31, comma 8, del d.l. n. 69 del 2013, convertito con la l. n. 98 del 2013⁵, in base al quale: *“Ai fini della verifica per il rilascio del documento unico di regolarità contributiva, 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*

assenza di specifiche indicazioni da parte del Legislatore in ordine all'applicabilità di criteri di precedenza nella soddisfazione dei crediti— dovranno essere ripartite tra gli Istituti e le Casse edili creditori in proporzione dei crediti di ciascun Istituto e Cassa evidenziati nel Durc o comunicati dai medesimi, a seguito di richiesta della stazione appaltante.

⁵ Per completezza espositiva, va ricordato che il d.l. n. 70/2011, convertito con l. n. 106/2011 aveva stabilito, all'art. 4, comma 14-bis, che per i contratti pubblici di forniture e servizi fino a 20.000 euro stipulati con la pubblica amministrazione e con le società *in house*, i soggetti contraenti possano produrre una dichiarazione sostitutiva in luogo del documento di regolarità contributiva e che le amministrazioni procedenti sono tenute ad effettuare controlli periodici sulla veridicità delle dichiarazioni sostitutive. Sulla portata applicativa di tale previsione, si rinvia alla Circolare 30 ottobre 2012, n. 4536 del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, rubricata: *“Primi chiarimenti in ordine all'applicazione delle disposizioni di cui al d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207 in particolare alla luce delle recenti modifiche e integrazioni intervenute in materia di contratti pubblici di lavori, servizi e forniture”* (in G.U. 13 novembre 2012, n. 265).

⁶ La regola non è del tutto nuova nel nostro ordinamento. In particolare, già l'art. 7, comma 3, del D.M. 24 ottobre 2007 prevedeva che: *«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»*. In altri termini, l'art. 31, comma 8, cit., ha determinato una sorta di *“novazione”* della fonte della previsione normativa, conferendo rango legislativo al trascritto decreto ministeriale del 24 ottobre 2007.

*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”*⁶.

Risulta, così, positivizzato l'obbligo di un preavviso di Durc negativo, con contestuale assegnazione all'interessato del termine di quindici giorni per regolarizzare, creando un'apparente antinomia con la disciplina sui contratti pubblici che non contempla analogo obbligo informativo, al punto che si è configurata una distinzione tipologica tra il cd. Durc *“interno”* (ovvero quello richiesto dall'impresa/contribuente) e il cd. Durc *“esterno”* (cioè quello richiesto dalla stazione appaltante per la verifica dei requisiti di partecipazione), sulla cui equiparabilità e mutuabilità il dibattito giurisprudenziale è risultato particolarmente acceso⁷.

⁷ Senza considerare che, sul piano giustiziale, si discute anche della competenza alla cognizione di eventuali errori contenuti nel Durc acquisito in sede di gara. Ad orientamenti che riconoscono la giurisdizione amministrativa, si contrappongono decisioni che affidano al Giudice ordinario ogni statuizione su tale profilo (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 12 marzo 2015 n. 1321; TAR Toscana, sez. I, 18 gennaio 2016, n. 83; TAR Lazio, Roma, sez. I ter, 15 settembre 2015, n. 1125 secondo cui: *“Rientra nella giurisdizione del G.O. piuttosto che in quella esclusiva del G.A. una controversia avente ad oggetto la domanda di annullamento del Documento Unico di Regolarità Contributiva (Dorc) emesso dall'INPS, poiché questo costituisce una dichiarazione di scienza rientrante nella categoria degli atti di certificazione con valore dichiarativo di dati in possesso dell'ente; le inesattezze in esso contenute investono posizioni di diritto soggettivo e possono pertanto essere corrette solo dal Giudice Ordinario, all'esito della proposizione di una querela di falso o di una controversia in materia di previdenza ed assistenza obbligatorie. Il Giudice amministrativo non è libero nell'apprezzamento delle circostanze che siano indice di irregolarità contributiva poiché il relativo*

III. Secondo un primo indirizzo interpretativo⁸, l'obbligo degli Istituti previdenziali di invitare l'interessato alla regolarizzazione sussisteva anche ove la richiesta fosse stata fatta in sede di verifica dalla stazione appaltante. A sostegno di tale conclusione si valorizzava la "novità" rappresentata dal divisato art. 31, comma 8, che, secondo la tesi in esame, avrebbe implicitamente modificato l'art. 38 del d.lgs. n. 163 del 2006, con la conseguenza che l'irregolarità contributiva poteva considerarsi definitivamente accertata solo alla scadenza del termine di quindici giorni assegnato dall'ente previdenziale per la regolarizzazione della posizione contributiva.

Per l'effetto, la mancanza dell'invito alla regolarizzazione si considerava impeditiva al definitivo accertamento dell'irregolarità contributiva. Conseguentemente, si riteneva illegittima l'esclusione del concorrente ove disposta sulla base di un'attestazione di irregolarità non preceduta dal predetto preavviso ed "acriticamente" recepita dalla stazione appaltante. Sull'opposto crinale si poneva un altro (e prevalente) orientamento, secondo cui per l'accertamento del requisito, oggetto di dichiarazioni sostitutive degli offerenti, doveva aversi riguardo al Durc richiesto dalla stazione appaltante in sede di controlli, con riferimento

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 validità⁹. Secondo tale indirizzo, l'invito alla regolarizzazione non si applicava in caso di Durc richiesto dalla stazione appaltante, atteso che l'obbligo dell'INPS di attivare la procedura di regolarizzazione si scontrava con i principi in tema di procedure di evidenza pubblica che non ammettevano regolarizzazioni postume¹⁰. Sempre secondo tale filone interpretativo, la regolarità contributiva costituiva condizione di ammissione alla gara e il suo difetto, alla data di scadenza del termine di presentazione dell'offerta, non poteva che comportare l'esclusione del concorrente inadempiente, a nulla rilevando la regolarizzazione postuma¹¹. A tal fine, si sottolineava come i requisiti di cui al citato art. 38 dovessero essere posseduti per l'intero iter procedurale, alla stregua dell'orientamento ormai consolidato secondo cui: *"Nelle gare pubbliche, la regolarità contributiva e fiscale, richiesta come requisito indispensabile per la partecipazione ad una gara di appalto ai sensi dell'art. 38 del d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163, deve essere mantenuta per tutto l'arco di svolgimento della gara fino al momento dell'aggiudicazione,*

documento ha carattere fidefacente e, pertanto, la prova di quanto in esso contenuto fa fede fino a querela di falso").

⁸ Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 14 ottobre 2014, n. 5064 e sez. VI, 16 febbraio 2015 n. 78, secondo cui nel caso di gara di appalto svoltasi nella vigenza del decreto del Ministero del Lavoro del 24 ottobre 2007 e del d.l. 21 giugno 2013, n. 69, convertito in l. n. 98 del 2013, deve ritenersi che il requisito della regolarità contributiva sussista solo al momento di scadenza del termine di quindici giorni assegnato dall'ente previdenziale per la regolarizzazione della posizione contributiva. Secondo tale decisione, in assenza del preventivo invito a regolarizzare, il Durc negativo doveva ritenersi viziato, inidoneo a comportare l'esclusione della impresa cui era relativo, in quanto la violazione contributiva rilevata non poteva ritenersi definitivamente accertata.

⁹ 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.

¹⁰ L'eventuale regolarizzazione postuma non era ritenuta quindi idonea ad elidere l'irregolarità alla data di presentazione dell'offerta.

¹¹ Tra le tante, Cons. Stato, sez. VI, 4 maggio 2015, n. 2219; id., sez. IV, 7 aprile 2015, n. 1769 e 12 marzo 2015 n. 1321; id., sez. V, 16 settembre 2011, n. 5194; TAR Sardegna, sez. I, 16 febbraio 2015, n. 341; TAR Lecce, sez. I, 30 gennaio 2015, n. 415; TAR Reggio Calabria, 15 gennaio 2015, n. 23; TAR Bari, sez. I, 7 gennaio 2015, n. 3; TAR Emilia Romagna, Bologna, sez. III ter, 27 novembre 2014, n. 1153; TAR Lazio, Roma, sez. III, 18 luglio 2014 n. 7732; TAR Campania, Napoli, sez. IV, 12 giugno 2014, n. 3334; id., 02 luglio 2014, n. 3619.

sussistendo l'esigenza della stazione appaltante di verificare l'affidabilità del soggetto partecipante alla gara fino alla conclusione della stessa, restando irrilevante un eventuale adempimento tardivo degli obblighi contributivi e fiscali, ancorché con effetti retroattivi giacché l'ammissibilità della regolarizzazione postuma si tradurrebbe in una integrazione dell'offerta, configurandosi come violazione della par condicio¹².

A dire di tale indirizzo ermeneutico, l'assunto non sarebbe stato scalfito dalla l. n. 98/2013, concernente solo il cd. Durc "interno" e non anche il cd. Durc "esterno". Alla medesima conclusione era approdata anche l'AVCP-ANAC, con il parere n. 63 del 10 aprile 2014, secondo cui: "Dalla lettura del dato normativo deve trarsi che nulla è cambiato e le due disposizioni, una di carattere regolamentare ed una di carattere normativo, sono tra loro omogenee. Deve pertanto ritenersi che la regolarità contributiva costituisce condizione di ammissione alla gara e che il suo difetto alla data di scadenza del termine di presentazione dell'offerta non può che comportare l'esclusione del concorrente non adempiente, non potendo valere la regolarizzazione postuma"¹³. Evidenziava, ancora, l'ANAC (nel richiamare la Determinazione n. 1/2010), che a seguito della modifica apportata dal d.l. n. 70 del 2011 (al comma 2, dell'art. 38, del d.lgs. n. 163 del 2006), restava inibita ogni valutazione discrezionale da parte della stazione appaltante nella valutazione delle violazioni previdenziali e assisten-

ziali; in breve: "La verifica dell'esistenza dell'inadempimento contributivo rientra nelle competenze degli istituti di previdenza, le cui certificazioni non possono essere sindacate nel corso della gara"¹⁴.

Invero, un ulteriore (e per molti versi condivisibile) indirizzo interpretativo distingueva le modalità di acquisizione del Durc a seconda delle fasi in cui lo stesso veniva richiesto dalla Stazione appaltante¹⁵, statuendosi che:

1) nei casi di cui alle lettere a) e b), del comma 3, dell'art. 6, del dPR n. 207 del 2010 [*id est*: verifica della dichiarazione sostitutiva relativa al requisito di cui all'articolo 38, comma 1, lettera i), del codice; aggiudicazione del contratto ai sensi dell'articolo 11, comma 8, del codice], il Durc doveva essere rilasciato previa verifica della regolarità contributiva alla data della dichiarazione, non rilevando la regolarizzazione postuma;

2) nei casi di cui alle lettere c), d) ed e) della citata disposizione del regolamento di esecuzione del codice dei contratti (*id est*: stipula del contratto; pagamento degli stati avanzamento lavori o delle prestazioni relative a servizi e forniture; certificazioni di collaudo, di regolare esecuzione, di verifica di conformità) – oltre che in quelli ulteriori di attestazione di regolare esecuzione e pagamento del saldo – il Durc negativo doveva essere preceduto dal preavviso ed era precluso dalla regolarizzazione postuma.

Secondo tale orientamento, solo ed esclusivamente nei casi indicati *sub* 2 il requisito della regolarità contributiva doveva sussistere al momento della scadenza del termine di quindici giorni assegnato dall'ente previdenziale per

¹² TAR Piemonte, sez. I, 20 gennaio 2016, n. 52; C.G.A., sez. Giurisd., 08 febbraio 2016, n. 33; Cons. Stato, sez. V, 11 dicembre 2015, n. 5657.

¹³ Sempre in tale parere si ricordava che, come affermato dall'Adunanza Plenaria 4 maggio 2012, n. 8, la valutazione compiuta dagli enti previdenziali è vincolante per le stazioni appaltanti e precluse una valutazione autonoma. Pertanto, la stazione appaltante deve limitarsi a prendere atto del Durc rilasciato dall'ente previdenziale, senza alcuna rilevanza, ai fini dell'appalto, del rispetto o meno della procedura di regolarizzazione che resta estranea agli interessi dell'evidenza pubblica.

¹⁴ Principio più volte affermato: *ex multis*, Cons. Stato, sez. IV, 22 dicembre 2014, n. 6296.

¹⁵ TAR Sicilia, Palermo, sez. III, 12 marzo 2015 n. 660.

la regolarizzazione della posizione contributiva ed in assenza il Durc negativo era viziato ed inidoneo a comportare l'esclusione, in quanto la violazione non poteva ritenersi definitivamente accertata.

IV. Per dirimere l'insorto conflitto si è compulsato l'intervento dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato¹⁶. Il Supremo Consesso, con la **decisione n. 5 del 29 febbraio 2016**, dopo aver premesso le ragioni sottese alle opposte interpretazioni, ha ritenuto che la questione dovesse essere risolta dando continuità, anche dopo l'entrata in vigore dell'art. 31, comma 8, del d.l. n. 69 del 2013, all'indirizzo interpretativo secondo cui 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 irrilevante un adempimento tardivo dell'obbligazione contributiva. A detta della Plenaria l'art. 31, comma 8 (più volte citato) non ha modificato la disciplina dettata dal codice dei contratti, con l'effetto che la regola del previo invito alla regolarizzazione non trova applicazione nel caso di Durc richiesto dalla stazione appaltante ai fini della verifica delle dichiarazioni rese dall'impresa in sede di partecipazione alla gara. L'istituto dell'invito alla regolarizzazione (il c.d. preavviso di Durc negativo) opera (sempre secondo la Plenaria) 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.

¹⁶ La questione è stata rimessa alla Plenaria con ordinanza della IV sez. del Cons. Stato, 29 settembre 2015 n. 4540.

Tale conclusione sarebbe suffragata da un'interpretazione sistematica della novella, visto che, nell'ambito del citato art. 31, il Durc relativo all'aggiudicazione e all'esecuzione dei contratti pubblici è fatto oggetto di specifica disciplina nei commi 3, 4 e 5, 6 e 7; in essi, il legislatore non prevede, neanche implicitamente, la possibilità di regolarizzazione postuma dell'inadempienza contributiva che dovesse essere riscontrata in capo all'impresa che ha partecipato alla gara o che sta eseguendo il contratto.

Solo il comma 8, che si riferisce al solo Durc rilasciato su richiesta di parte, prevede il previo invito alla regolarizzazione. La posizione della Plenaria è stata confermata da un recente arresto giurisprudenziale¹⁷ in virtù del quale, anche dopo l'entrata in vigore dell'art. 31, comma 8, del d.l. n. 69 del 2013, 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.

Ulteriori e plurime argomentazioni, puntual-

¹⁷ Cons. Stato, sez. IV, 20 aprile 2016 n. 1557, secondo cui l'istituto dell'invito alla regolarizzazione (il c.d. preavviso di Durc negativo) 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, con la conseguenza che ogni controversia avente ad oggetto la mancata regolarizzazione, da parte dell'ente previdenziale, della posizione contributiva del debitore, appartiene alla giurisdizione del Giudice del lavoro.

mente scolpite in diverse statuizioni¹⁸, militano a favore della posizione della Plenaria.

In primo luogo, si è evidenziato che la normativa sui contratti pubblici richiede che il requisito in materia di regolarità contributiva, al pari di tutti quelli di ordine generale, sussista già al momento della partecipazione alla gara e permanga fino al momento della stipula del contratto, non risultando ammissibile che la regolarità contributiva sia verificabile con riferimento ad una fase temporale (scadenza del termine di quindici giorni decorrente dalla richiesta di regolarizzazione compiuta nel corso della gara) successiva al momento della partecipazione alla selezione.

Una diversa interpretazione non sarebbe compatibile con i principi di tutela sia dell'interesse pubblico alla scelta di un contraente affidabile sia della *par condicio* tra le imprese concorrenti, in quanto comporterebbe la partecipazione di imprese in stato di irregolarità contributiva, potendo esse fidare sulla possibilità di sanare la propria posizione dopo il preavviso di Durc negativo, con evidente violazione della *ratio* della disposizione, che nella regolarità contributiva dell'impresa vuole apprezzare non solo un dato formale, ma un dato di affidabilità complessiva della ditta partecipante alla gara. Al contempo si è sottolineato che la regolarità contributiva è requisito indispensabile non solo per la partecipazione alla gara ma anche per la stipulazione del contratto, con la conseguenza che 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, posto che la cosiddetta correttezza contributiva non costituisce un dato che possa essere temporaneamente frazionato, o virtualmente ricostruito *ex post*, attenendo alla diligente condotta

dell'impresa in riferimento a tutte le obbligazioni contributive, sia relative a periodi precedenti sia maturate nel periodo in cui è stata espletata la gara, quale indice rivelatore dell'irrepreensibilità dell'impresa nei rapporti con le proprie maestranze ma anche della sua capacità di far fronte alle relative obbligazioni, quindi dell'affidabilità della stessa nei confronti dell'ente appaltante.

Del resto, considerato che il requisito per la partecipazione alla gara è quello della regolarità contributiva – di cui il Durc costituisce una mera attestazione formale da parte dell'ente previdenziale – l'ordinaria diligenza esige che il concorrente verifichi già da solo l'assenza di debiti previdenziali e non può dunque enfatizzarsi la portata della norma procedimentale di cui all'art. 31, comma 8, del d.l. n. 69 del 2013, per ritenere che il requisito della regolarità contributiva debba sussistere solamente al momento di scadenza del termine quindicinale che l'ente previdenziale è tenuto ad assegnare all'impresa per la regolarizzazione della posizione contributiva.

In sintesi, l'antinomia tra l'art. 31, comma 8, del d.l. n. 69 del 2013 e la normativa sui contratti pubblici andrebbe risolta sulla base del principio di specialità, sicché quest'ultima disposizione continua a disciplinare, in via autonoma, i presupposti per la partecipazione alle gare, mentre l'art. 31, comma 8, del d.l. n. 69 del 2013 si applicherebbe al solo Durc c.d. interno, ossia quello redatto dall'INPS per il riconoscimento di benefici o sgravi contributivi alla ditta, non riguardando il documento relativo alla verifica dei requisiti per la partecipazione alle gare, che non può virtualmente attribuire una regolarità contributiva ad impresa che ne sia priva *ab origine*.

A conforto della tesi sostenuta dalla Plenaria, può richiamarsi anche quanto affermato dall'ANAC nella Determinazione n. 1 dell'8

¹⁸ Tra le altre, si vedano le sentenze sopra citate, alla nota n. 8.

gennaio 2015¹⁹. In tale sede, nel delimitare il campo di applicazione dell'istituto del "soccorso istruttorio" in materia di appalti pubblici²⁰, si è precisato che tale istituto «non può, in ogni caso, essere strumentalmente utilizzato per l'acquisizione, in gara, di un requisito o di una condizione di partecipazione, mancante alla scadenza del termine di presentazione dell'offerta. Resta fermo, in sostanza, il principio per cui i requisiti di partecipazione devono essere posseduti dal concorrente - che deve essere, altresì, in regola con tutte le altre condizioni di partecipazione - alla scadenza del termine fissato nel bando per la presentazione dell'offerta o della domanda di partecipazione, senza possibilità di acquisirli successivamente». Per cui non può sanarsi un requisito non posseduto alla data di partecipazione a gara.

V. L'indispensabilità del requisito in argomento è stata ribadita anche dalla nuova codificazione della normativa sui contratti pubblici di appalti e di concessioni. In particolare, il d. lgs. n. 50 del 18 aprile 2016²¹ ha dettato specifiche disposizioni rilevanti per le argomentazioni quivi svolte. Innanzitutto, l'art. 30²², comma 5, del nuovo codice, nel confermare il c.d. potere sostitutivo²³, impone alla stazione appaltante, in caso di inadempienza contributiva risultante dal Durc,

di trattenere dal certificato di pagamento l'importo corrispondente all'inadempienza per il successivo versamento diretto agli Enti previdenziali e assicurativi²⁴. Sul fronte dei requisiti generali di partecipazione l'art. 80²⁵, al comma 4, ribadisce che costituiscono gravi violazioni in materia contributiva e previdenziale quelle ostantive al rilascio del Durc²⁶.

Tuttavia ivi si precisa che esula dal relativo ambito di applicazione (quindi non può comportare l'effetto espulsivo) l'ipotesi in cui il concorrente abbia ottemperato ai suoi obblighi, pagando o impegnandosi a pagare, in modo vincolante, i contributi previdenziali dovuti anzichè alla data di presentazione della domanda.

In altri termini, conformemente agli indirizzi ermeneutici dettati dalla Plenaria, la regolarità deve sussistere alla data di partecipazione alla procedura di gara, con la peculiarità che essa può conseguire o al pagamento di quanto dovuto o ad un impegno vincolante al pagamento; impegno di cui non vengono specificate le modalità o le caratteristiche essenziali, ma che (si ritiene) non può prescindere da un atto di accettazione da parte dell'Istituto previdenziale²⁷. Il medesimo art. 80, al comma 6, impone alle stazioni appaltanti di escludere un operatore economico in qualunque momento della procedura, qualora si trovi in una delle situazioni ostantive ivi contemplate (inclusa la non correttezza contributiva).

¹⁹ Recante criteri interpretativi in ordine alle disposizioni dell'art. 38, comma 2-bis e dell'art. 46, comma 1-ter del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163.

²⁰ In seguito alle modifiche apportate al Codice dei contratti pubblici dal d.l. 24 giugno 2014, n. 90 (*Misure urgenti per la semplificazione e la trasparenza amministrativa e per l'efficienza degli uffici giudiziari*), convertito, con modificazioni, in legge 11 agosto 2014, n. 114.

²¹ Pubblicato in G.U. n. 91 del 19 aprile 2016 ed entrato in vigore contestualmente.

²² Rubricato: "Principi per l'aggiudicazione e l'esecuzione di appalti e concessioni".

²³ Il potere sostitutivo viene contemplato anche nel caso di inadempienze del subappaltatore o del cottimista, alla stregua di quanto disposto dall'art. 105, comma 10, del d.lgs. n. 50/2016.

²⁴ Nonché, per i lavori, alla Cassa edile.

²⁵ Rubricato: "Motivi di esclusione" e sostitutivo dell'art. 38 del codice precedente.

²⁶ Come declinate dall'art. 8 del DM Lavoro e Politiche sociali 30 gennaio 2015.

²⁷ Mutuando principi elaborati dalla giurisprudenza in tema di regolarità fiscale, tale requisito può dirsi sussistente qualora, prima del decorso del termine per la presentazione della domanda di partecipazione a gara, **l'istanza di rateizzazione sia stata accolta** con l'adozione del relativo provvedimento costitutivo (di recente, Cons. Stato, sez. V, 22 maggio 2015 n. 2570).

Sempre con riferimento al predetto requisito, l'art. 86²⁸ precisa che, al fine di provare la regolarità contributiva degli operatori economici²⁹, è sufficiente l'acquisizione del Durc, sempre secondo le modalità di cui all'art. 16 bis del d.l. n. 185/2008, cit..

In definitiva, a seguito della nuova codificazione, il requisito in esame assume una portata rilevante e dirimente, teso a valorizzare la vincolatività dell'impegno del datore di lavoro nei confronti delle proprie maestranze. Di tanto è sintomo l'inserimento, tra i principi del codice, dell'esercizio del potere sostitutivo oltre che la conferma, tra i requisiti morali (indefettibile e non mutabile con l'avvalimento³⁰) anche di quello ora trattato. A fronte di tale paradigma, le garanzie contemplate per l'imprenditore, tra cui l'invito alla regolarizzazione rivolto dall'Ente previdenziale, risultano recessive, imponendosi una verifica preventiva da parte del concorrente prima di partecipare a gara e di autodichiarare il possesso del requisito in esame.

VI. Le rassegnate conclusioni rischiano di restare meramente teoriche a fronte delle nuove modalità di acquisizione del Durc. In proposito, sia l'art. 4 del Decreto Interministeriale 30 gennaio 2015³¹, sia la Circolare esplicativa dell'INPS n. 126 del 26 giugno 2015, e, soprattutto, la Circolare interpretativa del Ministero del Lavoro-Direzione generale per l'attività ispettiva dell'8 giugno 2015, n. 19, hanno specificato le modalità procedurali di richiesta del Durc ai fini dei controlli di rito in

fase negoziale.

Tra l'altro, si è sancito che: «Le Amministrazioni aggiudicatrici procederanno a decorrere dal 1° luglio 2015, alla verifica delle dichiarazioni sostitutive con le stesse modalità di cui all'art. 6 del D.M. **restando precluso**, pertanto, dalla medesima data, come precisato nella circolare ministeriale, la possibilità per le Amministrazioni in fase di richiesta di **specificare la data nella quale ciascuna dichiarazione è stata resa**. Ciò stante l'obbligo generale di invito alla regolarizzazione, previsto dall'art. 4 del DM, anche ai fini di qualificare come definitivamente accertate le violazioni gravi alle norme in materia di contributi previdenziali ai sensi dell'art. 38, comma 1, lettera i), del d.lgs. n. 163/2006». Alla luce di tale Circolare e delle nuove previsioni normative, dal 1° luglio 2015 (data di entrata in vigore del D.M. 30 gennaio 2015), il concetto di "definitivo accertamento" sembra subordinato all'invito a regolarizzare, anche se l'interrogazione sia compiuta dalla stazione appaltante in funzione di verifica della dichiarazione resa dal concorrente. Invero, nel richiamare detto Decreto e la citata Circolare interpretativa, la Plenaria ha escluso che tale forma di regolarizzazione potesse essere stata introdotta da una fonte di rango regolamentare, qual è il citato decreto ministeriale; ciò in quanto il generale principio di gerarchia delle fonti non permette che una norma regolamentare introduca una forma di regolarizzazione incompatibile con la disciplina di rango legislativo.

Tuttavia, non può revocarsi in dubbio che ogni suddetta riflessione risulti sterilizzata proprio dalle nuove modalità di acquisizione del Durc, posto che alla stazione appaltante viene ora rilasciata una certificazione che attesterà l'attuale condizione del concorrente, senza alcuna specificazione temporale, tantomeno con indicazione della regolarità alla data di partecipazione a gara o di sottoscrizione della relativa dichiarazione sostitutiva.

²⁸ Rubricato "Mezzi di prova".

²⁹ La cui dichiarazione ora va inserita nel "documento di gara unico europeo" (DGUE), di cui all'art. 85 del nuovo codice, come approvato in sede comunitaria, e che costituisce un'autodichiarazione dell'operatore economico sostitutivo dei certificati rilasciati da autorità pubbliche o terzi.

³⁰ Alla stregua di quanto prevede l'art. 89 del d.lgs. n. 50/2016.

³¹ Pubblicato sulla G.U. n. 125 dell'1 giugno 2015.

Ovviamente, l'effetto espulsivo resterebbe qualora emergesse una dichiarazione non veritiera, ovvero qualora, pur in presenza di un Durc che attesti la regolarità alla data della relativa acquisizione (e quindi in sede di controllo a campione o di aggiudica definitiva) dovesse emergere l'irregolarità alla data di partecipazione a gara.

L'esclusione, in tale fattispecie, deriverebbe anche dal rilievo che, indipendentemente dal requisito della gravità della violazione, la presentazione di una dichiarazione non veritiera costituisce autonoma causa di esclusione. Del resto l'art. 75 del d.P.R. n. 445 del 2000 in tema di autocertificazione, a prescindere dal richiamo operato nella *lex specialis*, prevede che "*qualora dal controllo ... emerga la non veridicità del contenuto della dichiarazione, il dichiarante decade dai benefici eventualmente conseguenti al provvedimento emanato sulla base della dichiarazione non veritiera*". In caso di dichiarazione non veritiera non v'è spazio neppure per il soccorso istruttorio cui può e deve farsi applicazione solo per i casi di mancanza, incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e delle dichiarazioni sostitutive con la possibilità di integrare o regolarizzare le dichiarazioni necessarie, e non nel caso di dichiarazione resa ma non corrispondente alla realtà dei fatti³².

³² In termini, Cons. Stato, sez. V, 11 aprile 2016, n. 1412.