

L'esclusione dagli appalti e il nodo delle violazioni gravi e definitivamente accertate

Il Dlgs 163/2006 prevede che venga escluso dalle gare chi ha commesso violazioni gravi e definitivamente accertate delle norme previdenziali e assistenziali. I chiarimenti ministeriali e i diversi orientamenti giurisprudenziali.

L'analisi del funzionamento dell'istituto del documento unico di regolarità contributiva è resa particolarmente complessa dalla disciplina normativa, estremamente frazionata, che lo regolamenta.

La nascita

Il Durc nasce con il decreto legislativo 276/2003 che impone agli enti contributivi, Inps, Inail e Casse edili, di stipulare convenzioni al fine del rilascio alle imprese di un documento unico di regolarità contributiva (Durc).

Nel corso del 2004 vengono stipulate le prime convenzioni e il 28 luglio 2005 viene emessa dall'Inail una circolare che definisce le prime disposizioni relative al funzionamento del Durc.

La legge finanziaria 296/2006, all'articolo 1, commi 1175 e 1176, ha disposto che il ministero del Lavoro emettesse un decreto ministeriale per la definizione delle modalità di rilascio del Durc, dei suoi contenuti analitici e delle tipologie di irregolarità di natura previdenziale.

Conseguentemente il ministe-

ro del Lavoro e della previdenza sociale ha emesso il decreto del 24 ottobre 2007.

Questa in particolare dispone che:

- ai sensi della vigente normativa il Durc è richiesto nell'ambito delle procedure pubbliche di appalto di opere, servizi e forniture;

La regolarità è attestata dagli istituti previdenziali sulla base della correttezza dei versamenti effettuati dalle imprese

- la richiesta e il rilascio del Durc avvengono, per gli enti pubblici, esclusivamente attraverso strumenti informatici;

- il Durc attesta la regolarità dei versamenti dovuti agli Istituti previdenziali e la regolarità dei versamenti dovuti alle Casse edili;

- la regolarità contributiva è

attestata dagli Istituti previdenziali in seguito alla rilevata correttezza degli adempimenti mensili o, comunque, periodici e della corrispondenza tra i versamenti effettuati e i versamenti accertati dagli Istituti previdenziali come dovuti;

- la regolarità contributiva sussiste, inoltre, in caso di richiesta di rateizzazione per la quale l'Istituto competente abbia espresso parere favorevole;

- il Durc è rilasciato anche qualora vi siano crediti iscritti a ruolo, per i quali sia stata disposta la sospensione della cartella amministrativa a seguito di ricorso amministrativo o giudiziario;

- relativamente ai crediti non ancora iscritti a ruolo la regolarità può essere dichiarata sino alla decisione che respinge il ricorso amministrativo oppure, in caso di contenziosi giudiziari, sino al passaggio in giudicato della sentenza di condanna.

Le regole sugli appalti

Su questa disciplina normativa, relativa al Durc, deve calarsi quella speciale relativa alla partecipazione, da parte delle imprese, al-

le gare d'appalto pubbliche.

Il codice dei contratti, Dlgs 163/2006, dispone all'articolo 38 che: «Sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, né possono essere affidatari di subappalti, e non possono stipulare i relativi contratti i soggetti [...] che hanno 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 contributiva è, dunque, una condizione necessaria per la partecipazione agli appalti pubblici.

Tuttavia l'esclusione degli operatori economici dalle procedure di gara è condizionata alla verifica che la irregolarità contributiva rilevata sia grave e definitivamente accertata.

La gravità

Il decreto del ministero del Lavoro del 24 ottobre 2007 dispone all'articolo 8 comma 3 che:

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

La Autorità di vigilanza sui contratti di lavori, servizi e forniture, con determinazione n. 1 del 12 gennaio 2010, ha, in conseguenza della suddetta circolare, disposto che: «pertanto, in presenza di un Durc da cui emerga una irregolarità contributiva grave nel senso chia-

rito, le stazioni appaltanti sono tenute a prendere atto della certificazione senza poterne in alcun modo sindacare le risultanze (cfr. Consiglio di Stato, sezione V, decisione 19 novembre 2009, n. 7255; Consiglio di Stato, sezione IV, decisione 10 febbraio 2009, n. 1458). Tale interpretazione riconduce il Durc nel novero delle dichiarazioni di scienza, assistite da fede pubblica privilegiata ai sensi dell'articolo 2700 Cc, e facenti piena prova fino a querela di falso».

Il Durc viene considerato avere natura giuridica di dichiarazione di scienza per le stazioni appaltanti, le quali devono semplicemente prendere atto di considerazioni e valutazioni da altri soggetti pubblici effettuate e trarre conseguenze

Orientamenti giurisprudenziali contrastanti sulla possibilità degli enti appaltanti di valutare il certificato

immediate, senza che sia necessario, per identificare la gravità della irregolarità del Durc rilevata, effettuare un ulteriore contraddittorio.

L'accertamento definitivo

In merito alla definitività della irregolarità rilevata dal Durc si è espresso il ministero del Lavoro, con proprio «interpello» n. 64 del 31 luglio 2010, disponendo che, nelle more della proposizione del ricorso giudiziario o della notifica della cartella di pagamento, la eventuale irregolarità contributiva rilevata dagli enti Inps, Inail e Cassa edile debba considerarsi immediatamente quale «definitivamente accertata».

Infatti, secondo il Ministero, ai sensi di quanto disposto dal

Dm 24 ottobre 2007:

«La disciplina esposta nulla dice relativamente alla situazione di regolarità/irregolarità dell'impresa nelle more della proposizione di un ricorso amministrativo o giudiziario; tuttavia tale circostanza non può suggerire una interpretazione estensiva delle ipotesi già declinate dal Dm 24 ottobre 2007, secondo le quali è possibile certificare la regolarità contributiva dell'impresa in pendenza di contenzioso, stante il carattere straordinario delle stesse».

Ne consegue che, se non è stato presentato alcun ricorso amministrativo o giudiziario e l'impresa versa in una delle condizioni che non consentono di certificarne la regolarità contributiva (v. in proposito l'articolo 5 del Dm 24 ottobre 2007) non sarà possibile il rilascio del Durc (per maggiori approfondimenti si rinvia alle circolari n. 5 e 34/2008)».

Prendendo spunto da questo Interpello, anche la Autorità di vigilanza con la citata determinazione 1/2010, ha concluso che: «in caso di irregolarità contributiva, la definitività dell'accertamento è insita nella circostanza che l'operatore economico, che ha regolarmente presentato la denuncia mensile delle retribuzioni soggette a contribuzione percepite dai lavoratori occupati, ha l'obbligo di versare quanto dovuto e dichiarato, alle scadenze mensili o, comunque, periodiche di cui egli stesso è a conoscenza».

Giudici divisi

Anche la giurisprudenza si è divisa nella determinazione delle modalità di gestione, da parte delle stazioni appaltanti, di una irregolarità contributiva rilevata in fase di qualificazione alla gara o in fase di verifica delle autocertificazioni prima della aggiudicazione definitiva ed efficace.

Una recentissima sentenza del Consiglio di Stato, sezione V, del 24 agosto 2010, n. 5936 (recentemente oggetto di un apposito com-

mento su questa rivista) ha disposto che la irregolarità del Durc debba comportare una immediata esclusione della impresa dalla gara d'appalto.

Il massimo organo giurisdizionale amministrativo ha, infatti, ritenuto che le stazioni appaltanti non debbano svolgere alcuna ulteriore istruttoria dopo aver rilevato la irregolarità del Durc.

La valutazione della entità e gravità deve essere effettuata esclusivamente dagli enti contributivi e la dichiarazione ha, verso le stazioni appaltanti di riferimento, «valenza giuridica di pubblica fede».

Secondo questo orientamento giudiziale, dunque, le stazioni appaltanti non sarebbero più nella libera disponibilità di valutare discrezionalmente le risultanze del certificato emesso dagli enti contributivi, ma dovrebbero assumere da essi conseguenze immediate e dirette.

Contro questo rigido orientamento esiste, peraltro, un opposto orientamento giurisprudenziale che richiede alle stazioni appaltanti la effettuazione di un autonomo contraddittorio con gli enti contributivi, volto a verificare che il certificato Durc, attestante un mancato versamento di contributi, contenga una irregolarità con caratteristiche

di gravità e definitività.

In particolare il Tar Campania, Napoli, sezione I, con sentenza dell'11 gennaio 2010, n. 51, ha disposto che: «La valutazione circa l'esistenza di gravi violazioni in materia contributiva e previdenziale come requisito generale di partecipazione alle gare costituisce oggetto di autonoma valutazione da parte della stazione appaltante, rispetto alla quale le risultanze del documento unico di regolarità contributiva si pongono come elementi indiziari, da cui non può prescindere, ma che comunque non esauriscono l'ambito di accertamento circa la sussistenza di una violazione "grave" (Consiglio di Stato, VI sezione, decisione 4 agosto 2009, n. 4907) [...]».

Conclusioni

Bisognerebbe però riflettere su cosa si debba intendere per la espressione «irregolarità [contributiva] definitivamente accertata» utilizzata dal legislatore nel codice dei contratti per identificare la causa di esclusione dalle gare d'appalto pubbliche.

Il Durc viene emesso «irregolare» dagli enti contributivi se l'appaltatore ha ommesso di pagare un contributo che l'ente contributivo

ha ritenuto essere dovuto.

Il mancato pagamento dovrà portare alla emissione di una cartella esattoriale che potrà essere pagata entro 60 giorni dalla ricezione della stessa mediante notificazione all'appaltatore, ovvero potrà essere impugnata entro 40 giorni davanti al giudice ordinario.

Nelle more della notificazione della cartella, del pagamento della medesima o della presentazione del ricorso (amministrativo o giudiziale) avverso la stessa, la irregolarità rilevata non dovrebbe però considerarsi «definitivamente accertata».

Si ritiene essere un principio costituzionalmente tutelato, che le imprese siano messe in condizione di difendersi (pagandola tempestivamente o facendo ricorso) nei confronti di una cartella esattoriale emessa prima di subire, in conseguenza di questa, sanzioni ulteriori.

La derivazione di gravi conseguenze, quali la esclusione dalla gara d'appalto o addirittura la falsa dichiarazione in gara, non dovrebbe quindi dipendere, a parere mio, esclusivamente dalla emissione da parte degli enti contributivi di un rilievo di mancata corresponsione dei contributi dovuti.

V.M.

© RIPRODUZIONE RISERVATA



SETTIMANALE DI MERCATI & PROGETTI,
NORME, APPALTI

Direttore responsabile:
ELIA ZAMBONI

Coordinatore editoriale:
GIORGIO SANTILLI

edilizia@ilsole24ore.com

GRUPPO 24 ORE

Proprietario ed Editore: Il Sole 24-Ore S.p.A.
Presidente: Giancarlo Cerutti
Amministratore Delegato: Donatella Treu

REDAZIONE:

Alessandro Arona
a.arona@ilsole24ore.com
0630227602

Massimo Frontera
m.frontera@ilsole24ore.com
0630227664

Flavia Landolfi
f.landolfi@ilsole24ore.com
0630226440

Alessandro Lerbini
a.lerbini@ilsole24ore.com
0630227618

Bianca Lucia Mazzei
b.mazzei@ilsole24ore.com
0630227604

Mauro Salerno
m.salerno@ilsole24ore.com
0630227659

Valeria Uva
v.uva@ilsole24ore.com
0630227605

Registrazione Tribunale di Avezzano n. 124 del 25 luglio 1996

Sede legale: Via Monte Rosa, 91 - 20149 Milano

Amministrazione: Via Monte Rosa, 91 - 20149 Milano

Direzione, redazione: Piazza dell'Indipendenza, 23 B, C - 00185 Roma

Tel. 0630227632 - Fax 0630227649

Il Sole 24-Ore S.p.A. Tutti i diritti sono riservati. Nessuna parte di questo periodico può essere riprodotta con mezzi grafici e meccanici quali la fotocoproduzione e la registrazione. Manoscritti e fotografie su qualsiasi supporto veicolati, anche se non pubblicati, non si restituiscono.

Servizio Clienti Periodici: Via Tiburtina Valeria (S.S. n. 5) km 68,700 - 67061 Caroli (AQ). Tel. 06 oppure 023022.5680 - Fax 063022.5400 oppure 023022.5400.

Abbonamento annuale (Italia): Edilizia e Territorio (settimanale + CD-Rom delle anate): euro 199,00, per conoscere le altre tipologie di abbonamento ed eventuali offerte promozionali, contatti il Servizio Clienti (tel. 02.3022.5680 oppure 06.3022.5680; mail: servizioclienti.periodici@ilsole24ore.com).

Gli abbonamenti possono essere sottoscritti telefonando direttamente e inviando l'importo tramite assegno non trasferibile intestato a: Il Sole 24 ORE S.p.A., oppure inviando la fotocopia della ricevuta del pagamento sul c.c.p. n. 31481203. La ricevuta di pagamento può essere inviata anche via fax allo 02.3022.5406 oppure allo 06.3022.5406.

Per abbonarsi via internet consultare il sito www.shopping24.it

Arretrati e numeri singoli: 5,16 comprensive di spese di spedizione. I numeri non pervenuti potranno essere richiesti via fax al nr. 02-06/30225402; 02-06/30225406 o via email a servizioclienti.periodici@ilsole24ore.com entro due mesi dall'uscita del numero stesso.

Pubblicità: Il Sole 24 ORE Editoria Specializzata srl - Via Goito 13 - 40126 Bologna - Tel.: 051/65751

Tariffe pubblicità: Tabloid: pagina intera b/n 4.110,00, colore 6.030,00; Junior Page b/n 2.470,00, colore 3.450,00; Mezza Pagina b/n 2.080,00, colore 3.020,00; Fascicolo: seconda di copertina 7.670,00+iva, terza di copertina 6.570,00+iva; quarta di copertina 8.760,00+iva; quarto centrale 11.370,00+iva.

Stampa: Il Sole 24-Ore S.p.A. - Via Tiburtina Valeria (S.S. n. 5) km 68,700 - 67061 Caroli