

# Il DURC negli appalti pubblici e il contenzioso amministrativo

VITANTONIO LIPPOLIS<sup>1</sup>

*Sulla complessa disciplina del Documento unico di regolarità contributiva si registrano tre recenti pronunce della V Sezione del Consiglio di Stato: la [sentenza 13 luglio 2010, n. 4511](#), la [sentenza 24 agosto 2010, n. 5936](#) e la [sentenza 26 agosto 2010, n. 5968](#). Queste decisioni offrono lo spunto per fare il punto della situazione sull'articolata materia.*

## 1. Definizione, oggetto e finalità del DURC

Il DURC è il certificato che, sulla base di un'unica richiesta, attesta contestualmente la regolarità di un operatore economico<sup>2</sup> per quanto concerne gli adempimenti degli obblighi legislativi e contrattuali nei confronti dell'INPS, dell'INAIL, della Cassa Edile (con riguardo alle sole imprese appartenenti al settore edile), e degli altri eventuali gestori di forme di assicurazione obbligatoria. Difatti, proprio al riguardo il Ministero del Lavoro nella Circolare n. 5/2008 afferma che *“il DURC è una certificazione che interessa l'intera posizione contributiva aziendale che non può prescindere dalla valutazione di regolarità anche nei confronti delle altre gestioni assicurative diverse da quelle tradizionali gestite dall'INPS e dall'INAIL”*.

Sotto il profilo oggettivo il DURC nasce come certificazione unificata relativa alla regolarità dei versamenti dei contributi previdenziali, assistenziali e dei premi assicurativi obbligatori da parte delle imprese edili appaltatrici di lavori pubblici. In concreto è l'art. 2, del D.L. n. 210/2002, convertito nella Legge n. 266/2002, che ha introdotto l'obbligo di presentazione del DURC.

Lo scopo che ha indotto il legislatore ad introdurre questo nuovo strumento di verifica della regolarità è da ricondurre alla necessità di semplificare l'attività delle stesse imprese che, fino a quel momento, erano state costrette a richiedere ed esibire alle stazioni appaltanti tante attestazioni di regolarità quanti erano gli istituti che ne dovevano asseverare la regolarità contributiva. Ma il principale obiettivo che si è originariamente prefissato il legislatore tramite la disciplina in parola è certamente quello di incrementare il tasso di regolarità lavorativa presente nel settore edile che, sotto il profilo statistico, risulta essere contemporaneamente fra quelli con la più cospicua percentuale di impiego di lavoratori in “nero” e con la maggiore incidenza d'infortuni sul lavoro<sup>3</sup>.

(1) Responsabile U.O. Vigilanza 2 presso la DPL di Modena. Membro del gruppo nazionale di esperti del MLPS che si occupa di rispondere agli interpellanti. Membro del gruppo nazionale del MLPS che risponde ai quesiti in materia di DURC e di LUL. Le seguenti considerazioni sono frutto esclusivo del pensiero dell'autore e non hanno carattere in alcun modo impegnativo per l'Amministrazione.

(2) Non necessariamente di datore di lavoro si deve trattare in quanto, come si dirà meglio dopo, l'obbligo del DURC riguarda anche, ad esempio, i lavoratori autonomi privi di dipendenti.

(3) Anche secondo la sentenza n. 4035/2008 del Consiglio di Stato la funzione del documento unico di regolarità contributiva, di cui all'articolo 2 del D.L. n. 210 del 2002, è quella di attestare la regolarità negli adempimenti agli obblighi di contribuzione previdenziale, assistenziale ed assicurativa rispetto all'INPS, all'INAIL e alla Cassa Edile, cioè di contrastare l'evasione contributiva previdenziale.

Da quel momento in poi il Legislatore, constatato il favorevole impatto che ha comportato la nuova disciplina con riguardo ai diversi obiettivi perseguiti, ha operato un graduale e costante ampliamento del campo d'applicazione del DURC sia in senso oggettivo (aggiungendo all'originario settore degli appalti pubblici anche altri settori di attività economica) sia sotto il profilo soggettivo (estendendo l'originaria previsione riguardante le sole aziende appartenenti al settore edile fino ad arrivare all'attuale contesto che, in determinate circostanze, prevede l'obbligatorietà del DURC a prescindere dall'inquadramento produttivo).

## 2. Natura e caratteri del DURC negli appalti pubblici

Nonostante l'estensione del campo di applicazione dell'originaria disciplina, senza alcun dubbio il preminente ambito di utilizzo del DURC resta comunque quello relativo agli appalti pubblici. Prima di scendere, tuttavia, nella specifica trattazione della materia, conviene tracciare un sintetico quadro delle norme di riferimento.

In tema di appalti pubblici le principali norme di riferimento sono così catalogabili:

- Art. 2, D.L. n. 210/2002, convertito nella Legge n. 266/2002 che, di fatto, ha introdotto nel nostro ordinamento il DURC; in base a questa disposizione le imprese affidatarie di un appalto pubblico sono tenute a presentare alla Stazione appaltante il DURC a pena di revoca dell'affidamento. Sempre la stessa disposizione prevede, inoltre, che il DURC debba essere presentato anche dalle imprese che gestiscono servizi e attività in convenzione o concessione con l'ente pubblico, pena la decadenza della convenzione o la revoca della concessione stessa; il 2° comma infine ha previsto che, entro dodici mesi dalla data di entrata in vigore del decreto legge, l'INPS e l'INAIL stipulino delle convenzioni al fine del rilascio di un documento unico di regolarità contributiva;
- Art. 1, del D.M. 24/10/2007, secondo cui il DURC è richiesto ai datori di lavoro ed ai lavoratori autonomi nell'ambito delle procedure

di appalto di opere, servizi e forniture pubblici e nei lavori privati dell'edilizia;

- Art. 38, comma 1, lett. i), del D.Lgs. n. 163/2006 il quale prevede che siano esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, né possano essere affidatari di subappalti, e non possano stipulare i relativi contratti i soggetti che siano privi del DURC;
- Art. 38, comma 3, del D.Lgs. n. 163/2006 nel quale viene precisato *“resta fermo, per l'affidatario, l'obbligo di presentare la certificazione di regolarità contributiva di cui all'articolo 2, del decreto-legge 25 settembre 2002, n. 210, convertito dalla legge 22 novembre 2002, n. 266 e di cui all'articolo 3, comma 8, del decreto legislativo 14 agosto 1996, n. 494 (ora articolo 90, comma 9, del decreto legislativo n. 81 del 2008) e successive modificazioni e integrazioni”*;
- Art. 118, comma 6 e 6-bis) D.Lgs. n. 163/2006 come modificato dall'art. 3, comma 1, lett. b) e h), D.Lgs. n. 113/2007 nel quale si legge che nel subappalto, per il regolare pagamento dei S.a.l. o dello S.f.l., l'affidatario e i subappaltatori devono trasmettere all'amministrazione o ente committente il DURC; sempre la stessa disposizione prevede che negli appalti del settore edile il DURC viene rilasciato dalla Cassa Edile insieme alla verifica della congruità della incidenza della mano d'opera relativa al cantiere interessato dai lavori, di cui all'art. 1, comma 1173 e 1174 della Legge Finanziaria 2007.

Con riguardo all'accertamento della regolarità contributiva ed al supposto contrasto esistente tra le due principali norme di riferimento nell'ambito degli appalti pubblici, il Consiglio di Stato<sup>4</sup> ha già avuto modo di affermare che *“la regolarità va accertata già in capo al mero partecipante (che in ipotesi può essere affidatario) e in tale senso non può ravvedersi una contraddittorietà tra la disciplina di cui all'art. 38, comma 1 lett. i), D.Lgs. n. 163/2006 (che si rivolge ai soggetti partecipanti alle gare) e quella di cui all'art. 2, comma 1, D.L. 25 settembre 2002 (convertito*

(4) Cfr. Consiglio di Stato – Sez. V, sentenza n. 1998/2010.

dalla L. 22 novembre 2002 n. 266), che prevede la regolarità contributiva per le imprese affidatarie di appalti pubblici”.

Si fa presente, infine, che pure il pubblicando Regolamento di attuazione del Codice dei contratti<sup>5</sup>, all'art. 6, comma 2, precisa che la regolarità contributiva oggetto del DURC riguarda tutti i contratti pubblici, siano essi di lavoro, di servizi o di fornitura.

### 3. L'autocertificabilità del DURC

Una questione assai dibattuta, sia in dottrina che in giurisprudenza, è se la regolarità contributiva possa essere autocertificata dal medesimo soggetto alla quale la situazione si riferisce.

Invero si rammenta che l'art. 38, comma 2, del D.Lgs. n. 163/2006 consente, in linea di principio, al candidato o al concorrente delle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, di attestare il possesso dei requisiti necessari per la partecipazione alla gara mediante dichiarazione sostitutiva, in conformità alle disposizioni del D.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445. Il successivo comma 3 aggiunge, inoltre, che “*Ai fini degli accertamenti relativi alle cause di esclusione di cui al presente articolo, si applica l'articolo 43 del D.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445<sup>6</sup>; resta fermo, per l'affidatario, l'obbligo di presentare la certificazione di regolarità contributiva di cui all'articolo 2, del decreto-legge 25 settembre 2002, n. 210, convertito dalla legge 22 novembre 2002, n. 266 e di cui all'articolo 3, comma 8, del decreto legislativo 14 agosto 1996, n. 494*” (ora articolo 90, comma 9, del D.Lgs. n. 81/2008). Sempre in proposito si fa presente, inoltre, che l'articolo 46 (Dichiarazioni sostitutive di certificazioni) del sopra citato Testo Unico in materia di documentazione amministrativa afferma, tra l'altro, che “*Sono comprovati con dichiarazioni, anche contestuali all'istanza, sottoscritte dall'interessato e prodotte in sostituzione delle normali*

*certificazioni i seguenti stati, qualità personali e fatti: (...) p) assolvimento di specifici obblighi contributivi con l'indicazione dell'ammontare corrisposto; (...)*”.

Tuttavia sulla questione il Ministero del Lavoro, già con lettera circolare del 14/07/2004 - alla luce dei principi ispiratori della disposizione normativa che introduce questa forma di certificazione unica - aveva, invece, ritenuto non fungibile l'attestazione proveniente dagli Istituti e dalle Casse Edili con la mera autodichiarazione del titolare dell'impresa interessata. In tal senso il Dicastero giustificava la propria preclusione al riguardo adducendo le seguenti argomentazioni:

- L'autocertificazione vanifica del tutto la finalità di contrasto al fenomeno del lavoro sommerso a cui il DURC è volto;
- L'autocertificazione non è in linea con l'obiettivo proprio della disposizione di cui all'articolo 86, comma 10, del D.Lgs. n. 276/2003 consistente nell'unificazione della procedura di attestazione della regolarità contributiva da parte delle imprese edili, indipendentemente dal fatto che le stesse siano impegnate nello svolgimento di lavori pubblici ovvero privati;
- Nell'ambito dei lavori pubblici non è possibile ricorrere all'autocertificazione operando semmai e solo con riferimento alla certificazione INPS ed INAIL l'istituto del silenzio-assenso ed essendo comunque necessaria la esplicita attestazione di regolarità rilasciata dalle Casse Edili;
- Il richiamo all'articolo 46 del D.P.R. n. 445/2000 non appare del tutto conferente alla fattispecie in esame in quanto lo stesso sembra consentire (lett. p) l'autocertificazione del versamento di somme di denaro a titolo contributivo, con l'indicazione del relativo ammontare, ma ciò non implica che tale versamento corrisponda al reale ammontare del dovuto e, quindi, alla “regolarità contributiva”;

(5) Regolamento approvato in via definitiva dal Consiglio dei Ministri in data 18/06/2010 ed in attesa di pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale.

(6) Art. 43, comma 1, D.P.R. n. 445/2000 (Accertamenti d'ufficio): “*Le amministrazioni pubbliche e i gestori di pubblici servizi non possono richiedere atti o certificati concernenti stati, qualità personali e fatti che risultino elencati all'art. 46, che siano attestati in documenti già in loro possesso o che comunque esse stesse siano tenute a certificare. In luogo di tali atti o certificati i soggetti indicati nel presente comma sono tenuti ad acquisire d'ufficio le relative informazioni, previa indicazione, da parte dell'interessato, dell'amministrazione competente e degli elementi indispensabili per il reperimento delle informazioni o dei dati richiesti, ovvero ad accettare la dichiarazione sostitutiva prodotta dall'interessato*”.

- La verifica della regolarità contributiva comporta un accertamento di ordine tecnico che non può, per sua natura, essere demandato al dichiarante, ma va effettuato necessariamente dagli Istituti e dai soggetti privati incaricati della riscossione dei contributi obbligatori.

In questo senso, qualche anno più tardi, si è pure espresso il Consiglio di Stato che, con la sentenza n. 4035 del 25/08/2008, ha confermato come debba essere razionalmente negata la possibilità di surrogare il DURC richiesto in base al bando di gara con l'autocertificazione dell'interessato o coi modelli F24 utilizzati dall'imprenditore medesimo per il pagamento dei contributi. Difatti, secondo i giudici di Palazzo Spada, l'*"autocertificazione (cioè la dichiarazione sostitutiva di certificazioni, come meglio si esprime l'art. 46 D.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445) è solo un mezzo di speditezza ed alleggerimento provvisorio dell'attività istruttoria, cioè di semplificazione delle formalità del rapporto, e non un mezzo di prova legale: sicché il suo contenuto resta sempre necessariamente esposto alla prova contraria e alla verifica ad opera della destinataria amministrazione, che è doverosa prima di procedere, all'esito della aggiudicazione, alla formalizzazione contrattuale dell'affidamento"*.

Successivamente, nuovamente interrogato al riguardo, il Ministero del Lavoro, per mezzo della risposta ad Interpello n. 6/2009, ha ribadito e chiaramente sottolineato come *"la documentazione attestante la regolarità contributiva (...) non possa essere surrogata dall'autocertificazione dell'imprenditore, ovvero dai modelli utilizzati dal medesimo per il pagamento dei contributi previdenziali"*.

Nell'ambito degli appalti pubblici, pertanto, sulla base dell'attuale orientamento, non risulta possibile da parte degli operatori economici autocertificare la regolarità contributiva ovvero presentare i modelli utilizzati dai medesimi per il pagamento dei contributi previdenziali (es. modelli F24, Emens, DM, ecc.) salvo che - come previsto dal

sopra citato art. 38, comma 2 del Codice e come meglio vedremo successivamente - non ci si trovi nella fase che precede l'inizio dei lavori (quindi dalla partecipazione alla gara sino alla fase di aggiudicazione). In quest'ultimo limitato ambito, difatti, una diversa scelta avrebbe appesantito gli oneri legati alla partecipazione alle gare di appalto e, sicuramente, avrebbe dato luogo a qualche difficoltà legata alla limitata validità del DURC.

Relativamente al momento rispetto al quale l'impresa deve dichiarare la propria posizione nei confronti degli obblighi previdenziali, la recente sentenza del **Consiglio di Stato, sez. V, 26 agosto 2010, n. 5968** ha precisato che si deve avere riguardo al momento in cui viene effettivamente presentata l'offerta (e non alla successiva data di scadenza del bando), in quanto il termine "teorico" fissato dalla lex specialis per la presentazione della stessa diventa "concreto" con l'effettiva presentazione dell'offerta medesima. Secondo il Collegio giudicante, difatti, non appare ammissibile una dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorietà che attesti il requisito della regolarità contributiva in data futura rispetto a quella di presentazione della domanda.

Sempre con riguardo alla possibilità di presentare un'autocertificazione relativamente alla regolarità contributiva, si fa tuttavia presente che in alcuni ambiti territoriali (vedi ad esempio la Regione a statuto speciale Siciliana)<sup>7</sup> la legislazione locale obbliga alla presentazione del DURC già nella fase di partecipazione alla gara.

#### 4. Le fasi dell'appalto nelle quali è necessario acquisire il DURC

Lo scheletro della disciplina operativa relativa all'acquisizione del DURC da parte delle stazioni appaltanti è oggi rappresentato dalla prassi amministrativa. Più precisamente si deve far primariamente riferimento alla nota 12 luglio 2005, n. 230,

(7) Art. 19, comma 10 e seguenti, della legge 109/1994 (Legge Merloni) nel testo coordinato con la Legge Regionale n. 7/2002 e successive integrazioni e modifiche. In particolare, il comma 12-bis (aggiunto dall'art. 1, comma 12, della L.r. 29 novembre 2005, n. 16) dispone: *"Relativamente ai soli lavori pubblici di valore inferiore alla soglia comunitaria, per la partecipazione alle procedure di affidamento degli appalti e delle concessioni, i concorrenti unitamente alla documentazione prevista dalle vigenti leggi, dimostrano la regolarità contributiva mediante la produzione di certificazione rilasciata dall'INPS, dall'INAIL e dalla Cassa edile. In difetto di tale produzione i concorrenti sono esclusi dalla partecipazione a dette procedure e non possono stipulare i relativi contratti. Ai soli fini della detta partecipazione, le certificazioni hanno validità per quattro mesi dal rilascio"*.

del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali con la quale, peraltro, si approvava la circolare comune INPS (n. 92 del 26/7/2005), INAIL (n. 38 del 25 luglio 2005) e Casse edili (comunicazione n. 272 del 27 luglio 2005), avente ad oggetto il rilascio del DURC in edilizia. Per quanto riguarda, invece, le modalità per la richiesta e per il rilascio del DURC per le imprese diverse da quelle edili, il riferimento principale è oggi rappresentato dalla successiva Circolare a testo congiunto INPS-INAIL n. 122/2005.

L'intelaiatura così rappresentata è stata ulteriormente arricchita dalla giurisprudenza di merito che, in questi anni, non ha fatto mancare il suo fondamentale contributo, proprio com'è recentemente accaduto allorché il Consiglio di Stato, sez. V, con la sentenza 9 aprile 2010, n. 1998, con riferimento alle scadenze temporali alle quali è necessario dimostrare la regolarità contributiva alla Stazione appaltante, ha affermato che *“È principio consolidato quello secondo cui la regolarità contributiva è richiesta in via dinamica, vale a dire non solo per tutto lo svolgimento della gara e al momento della stipulazione del contratto, ma anche al momento della partecipazione alla gara, restando irrilevante un eventuale adempimento tardivo della relativa obbligazione”*.

### 5. La questione delle violazioni “gravi” e “definitivamente accertate”: la valenza probatoria del DURC

Una delle controversie affrontate con maggiore frequenza da parte degli organi di giurisdizione amministrativa in tema di appalti è quella relativa alla valutazione della gravità e definitività delle violazioni alle norme in materia di contributi previdenziali ed assistenziali commesse dai partecipanti alle gare.

Al riguardo giova, difatti, ricordare che l'art. 38, del D.Lgs. n. 163/2006 menziona i c.d. requisiti di ordine morale, aventi carattere generale, nel senso

che devono essere posseduti da tutti i concorrenti in qualsivoglia gara di appalto.

Essi differiscono dai requisiti c.d. speciali, che riguardano non il profilo “morale”, bensì la capacità tecnico-professionale o economico-finanziaria, e che variano a seconda del tipo di appalto e di oggetto della prestazione. Ovviamente la mancanza dei requisiti generali si traduce in altrettante cause di esclusione dalla gara.

L'art. 38 elenca alcuni requisiti (e conseguenti cause di esclusione) il cui accertamento è di tipo oggettivo che non implica alcun tipo di valutazione (si pensi, ad esempio, al fallimento, alla pendenza di un procedimento di prevenzione, ecc.); accanto ai suddetti requisiti ne esistono altri (con conseguenti cause di esclusione) il cui accertamento implica, invece, una valutazione da parte della Stazione appaltante (quali, ad esempio, la condanna per reati “gravi” incidenti sulla moralità professionale, la “grave” negligenza nell'esecuzione di precedenti contratti, ecc.).

In particolare, per la parte che qui interessa, l'art. 38, comma 1, del Codice dei contratti prevede, fra l'altro, l'esclusione *“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: (...) i) che hanno commesso violazioni gravi, definitivamente accertate, alle norme in materia di contributi previdenziali e assistenziali, secondo la legislazione italiana e dello Stato in cui sono stabiliti; (...)”*<sup>8</sup>.

Successivamente si è intromesso sull'argomento il DM 24/10/2007<sup>9</sup> il quale, come meglio si dirà nel paragrafo successivo, ha stabilito quanto segue:

- a) ai fini specifici della partecipazione a gare di appalto, viene fissata una soglia di “gravità” delle violazioni, ritenendosi le violazioni al di sotto di tale soglia di gravità non ostativa al rilascio del DURC: non si considera, in

(8) Si rammenta che già il D.P.R. n. 554/1999 recante *“Regolamento di attuazione della L. n. 109/1994 legge quadro in materia di lavori pubblici, e successive modificazioni”* c.d. Legge Merloni, all'art. 75, comma 1, lett. e) prevedeva che *“dovessero essere esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento di lavori pubblici e non potevano stipulare i relativi contratti i soggetti che, tra l'altro, “hanno commesso gravi infrazioni debitamente accertate alle norme in materia di sicurezza e a ogni altro obbligo derivante dai rapporti di lavoro, risultanti dai dati in possesso dell'Osservatorio dei lavori pubblici”*.

(9) Cfr. Art. 8, D.M. 24/10/2007.

particolare, 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 100 euro, fermo restando l'obbligo di versamento del predetto importo entro i trenta giorni successivi al rilascio del DURC;

b) la pendenza di qualsivoglia contenzioso (amministrativo o giudiziario) impedisce di ritenere il soggetto in posizione irregolare; fino alla decisione che respinge il ricorso, può essere dichiarata la regolarità contributiva.

In questo scenario normativo si pone dunque la questione se debba essere la Stazione appaltante a valutare la gravità e definitività delle violazioni contributive eventualmente commesse dai partecipanti alle gare. Dalla soluzione della problematica suindicata discende poi l'appianamento dell'ulteriore quesito legato alla possibilità, per le Stazioni appaltanti, di discostarsi dalle risultanze del DURC e la conseguente relativa valenza probatoria. Su tali questioni si possono contare, nel corso di questi ultimi anni, numerosissime pronunce che possono essere, tuttavia, sostanzialmente riassunte nei due seguenti indirizzi giurisprudenziali.

Un indirizzo maggioritario e più recente<sup>10</sup>, il quale, facendo perno sulla normativa regolatrice del DURC dettata dall'art. 2 D.L. 25 settembre 2002, n. 210 e dal successivo D.M. 24/10/2007, sostanzialmente afferma che la verifica della regolarità contributiva è competenza esclusiva degli enti previdenziali. Le motivazioni di tale scelta possono essere così compendiate:

- il procedimento di rilascio del DURC ha una sua piena autonomia rispetto al procedimento di gara ed è sottoposto a regole proprie;
- a seguito dell'entrata in vigore della disciplina sul DURC la verifica della regolarità contributiva delle imprese partecipanti alle procedure di gara è demandata agli Istituti;

- il DURC assume la valenza di una dichiarazione di scienza, da collocarsi fra gli atti di certificazione o di attestazione redatti da un pubblico ufficiale ed aventi carattere meramente dichiarativo di dati in possesso della pubblica amministrazione, assistito da pubblica fede ai sensi dell'articolo 2700 c.c., facente pertanto prova fino a querela di falso;

- attesa la natura giuridica del DURC, non residua in capo alla stazione appaltante alcun margine di valutazione o di apprezzamento in ordine ai dati ed alle circostanze in esso contenute. Pertanto la S.A. non deve far altro che prendere atto della certificazione (che è quindi vincolante) senza poter in alcun modo sindacarne le risultanze e senza poter in alcun modo giudicare se le inadempienze siano o meno gravi e debitamente accertate;

- il concetto di gravità della violazione in materia previdenziale va esteso fino a ricomprendere qualsiasi violazione degli obblighi discendenti dalle norme in materia, in quanto il legislatore vuole escludere dalla contrattazione con la P.A. quelle imprese che non siano corrette (*rectius* regolari) per quanto concerne gli obblighi previdenziali, anche, e forse soprattutto, con riferimento alle ipotesi in cui non si adempia ad obblighi rispetto ai quali non vi siano ragionevoli motivi per non effettuare o comunque per ritardare il pagamento. Si può anzi affermare che queste ultime ipotesi siano anch'esse gravi (indipendentemente dall'importo del contributo dovuto), proprio perché rivelano un atteggiamento di trascuratezza verso gli obblighi previdenziali, ritenuti probabilmente meno importanti rispetto ad altri obblighi.

Altro indirizzo giurisprudenziale<sup>11</sup> - ormai minoritario e più risalente rispetto al precedente - mantiene al contrario un certo ambito di valutazione in capo alla Stazione appaltante, affermando che la sussistenza dei due requisiti della gravità e della definitività dell'accertamento della vio-

(10) Cfr. principalmente Cons. St., sez. V, 1/8/2007, n. 4273; sez. V, 23/10/2007, n. 5575; sez. V, 23/1/2008, n. 147; sez. IV, 12/3/2009, n. 1458; sez. V, 5/5/2009, n. 2816; sez. VI 4/8/2009, n. 4907; sez. VI 6/4/2010 n. 1934; sez. V 9/4/2010 n. 1998; sez. VI 5/7/2010 n. 4243; sez. V 24/8/2010 n. 5936; TAR Lazio, Sez. 3<sup>^</sup> ter del 24/11/2009; TAR Sardegna n. 1449/2009.

(11) Cfr. principalmente Cons. Stato, Sez. V, 24/8/2004, n. 1961; sez. VI, 27/2/2008, n. 716; sez. VI 4/8/2009, n. 4907; Sez. IV 15/09/2010 n. 6907; TAR Campania n. 51/2010; Tar Calabria n. 296/2010.

lazione vanno valutati dalla committente prima di disporre l'esclusione dalle procedure di gara.

Di seguito, in sintesi, le argomentazioni di tale orientamento:

- si riconosce l'autonomia del procedimento di rilascio del DURC rispetto al procedimento di gara affermando che, conseguentemente, la S.a. deve basarsi sulle risultanze che emergono dal DURC, prendendole come un dato di fatto inoppugnabile, ma la S.a. deve altresì valutare, innanzitutto, se sussistono procedimenti diretti a contestare gli accertamenti degli enti previdenziali riportati nel DURC, o condoni ed in secondo luogo se la violazione riportata nello stesso DURC, in relazione all'appalto o fornitura in questione o alla consistenza economica della ditta concorrente o ad altre circostanze, risulti o no "grave";
- quanto alla valutazione della "gravità" non vi è automatismo rispetto alla risultanze del DURC, in quanto il codice appalti riserva alla S.a. detto compito, non essendo l'amministrazione vincolata a valutare la gravità sulla base degli stessi parametri utilizzati dal D.M. 24/10/2007, che non costituisce atto attuativo del codice appalti.

Sull'argomento è intervenuto, ovviamente, pure il Ministero del Lavoro<sup>12</sup>, affermando che la scelta di introdurre, nel D.M. 24/10/2007, un parametro di valutazione della gravità dell'inadempimento "deriva dal fatto che il Legislatore, in più occasioni - e da ultimo con l'art. 38, comma 1 lett. i), del D.Lgs. n. 163/2006 - ha escluso dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti pubblici anche coloro "che hanno commesso violazioni gravi, definitivamente accertate, alle norme in materia di contributi previdenziali e assistenziali". La gravità dell'eventuale omissione contributiva trova quindi un fondamento oggettivo nel parametro introdotto dal Decreto limitando di fatto la possibile discrezionalità degli stessi Enti previdenziali ovvero delle stazioni appaltanti in ordine alla verifica di tale requisito".

Successivamente lo stesso Dicastero, in risposta a dei quesiti posti dalla Confcommercio di Roma, è nuovamente intervenuto in proposito con l'Interpello n. 64/2009 nel quale si afferma che la Stazione appaltante pubblica deve limitarsi ad "acquisire" dagli Istituti - ad oggi secondo le modalità definite dall'art. 16 bis, comma 10, del D.L. n. 185/2008 (conv. da L. n. 2/2009) - la certificazione di regolarità contributiva, senza esprimere alcun giudizio sulla gravità o meno delle violazioni "alle norme in materia di contributi previdenziali e assistenziali", violazioni manifestate dalla stessa procedura di certificazione.

Sul concetto di gravità e definitività delle violazioni si è recentemente<sup>13</sup> uniformata al parere ministeriale pure l'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici<sup>14</sup> la quale, in sintesi, afferma che è grave lo scostamento che, secondo quanto previsto dall'art. 8, comma 3 del DM 24/10/2007, supera il 5% tra le somme dovute e quelle versate o, comunque, non superiore a 100 euro.

Richiamando alcune decisioni del Consiglio di Stato l'AVCP aggiunge inoltre che "Il requisito della regolarità contributiva deve sussistere fin dal momento della presentazione della domanda di partecipazione (essendo irrilevanti eventuali adempimenti tardivi) e per tutta la durata della procedura di gara, fino all'aggiudicazione ed alla sottoscrizione del contratto. (...) In caso di irregolarità contributiva, la definitività dell'accertamento è insita nella circostanza che l'operatore economico ha l'obbligo di versare quanto dovuto e dichiarato, alle scadenze mensili o, comunque, periodiche di cui egli stesso è a conoscenza".

Sempre nella medesima Determinazione, infine, l'Autorità - con riguardo alla valenza probatoria del DURC - continua affermando che "In presenza di un D.U.R.C. da cui emerga una irregolarità contributiva grave nel senso chiarito, le stazioni appaltanti sono tenute a prendere atto della certificazione senza poterne in alcun modo sindacare le risultanze".

(12) Cfr. Ministero del Lavoro, Circolare n. 5/2008

(13) In passato l'AVCP, con la deliberazione n. 28 del 6/2/2007, aveva affermato che il certificato DURC che attesta l'irregolarità contributiva di una impresa non comporta l'automatica revoca dell'aggiudicazione provvisoria.

(14) Cfr. AVCP, Determinazione n. 1 del 12/01/2010, pubblicata nel S.O. della Gazzetta Ufficiale n. 66 del 20/3/2010.

Con riguardo al momento nel quale considerare definitivo l'accertamento della situazione certificata dal DURC il Consiglio di Stato, con la sentenza n. 4511 del 13 luglio 2010, ha precisato che la definitività dell'accertamento, per gli effetti di cui all'art. 38, comma 1, lett. i) del D.Lgs. n. 163/2006, deve essere cristallizzata al momento della scadenza di presentazione della domanda di partecipazione alla gara in quanto diversamente rimarrebbero lese la par condicio dei partecipanti ed elementari esigenze di trasparenza, certezza giuridica ed efficienza nello svolgimento delle procedure di affidamento. Conseguentemente, qualora l'operatore economico per il quale risulti certificata una irregolarità contributiva alla data di presentazione della domanda di partecipazione alla gara, presenti dopo tale termine un eventuale ricorso, questo non potrà invalidare l'efficacia preclusiva del DURC negativo in quanto

- secondo i giudici di Palazzo Spada - se così non fosse verrebbe rimesso alla determinazione unilaterale di uno dei partecipanti alla gara alterarne lo svolgimento con la proposizione, in corso di gara, di ricorsi giurisdizionali incidenti sulla valutazione dei requisiti generali di ammissione al concorso. Ai fini, pertanto, della valutazione della definitività dell'accertamento per gli effetti dell'art. 38, comma 1 lett. i), del D.Lgs. n. 163/2006 rileva dunque unicamente che, al momento della scadenza del termine per la presentazione della domanda di partecipazione alla gara, ricorrano le seguenti circostanze:
- sia spirato il termine per l'impugnazione dell'atto di accertamento in sede amministrativa o il relativo ricorso amministrativo sia stato respinto con provvedimento definitivo;
- non sia stato proposto ricorso giurisdizionale.

Un'affermazione tanto opportuna quanto degna di nota sulla valenza probatoria del certificato, infine, è possibile riscontrare nella recentissima decisione del Consiglio di Stato Sez. V, n. 5936 del 24/8/2010, nella quale tale Autorità, nel ribadire che le Stazioni appaltanti non debbono svolgere alcuna istruttoria per verificare l'effettiva entità e gravità delle irregolarità contributive certificate, ha affermato che il DURC irregolare che non specifichi l'importo dei contributi a debito dell'operatore economico è in ogni caso idoneo a giustificare l'esclusione dell'operatore stesso dalla gara in quanto non in regola nei confronti di un Istituto. In proposito il Consiglio, difatti, fa presente che *“Deve essere semmai l'impresa interessata a contestare immediatamente le risultanze del DURC ed ottenere le eventuali rettifiche prima che venga decisa la sua esclusione dalla gara”*. Qualora, pertanto, l'impresa oggetto della verifica sulla propria regolarità contributiva ritenga di essere stata ingiustamente classificata con l'emissione di un DURC irregolare, dovrà rivolgere direttamente all'Istituto le proprie rimostranze, presentando un eventuale ricorso (o più semplicemente un'istanza di riesame) in sede amministrativa o in sede giurisdizionale civile<sup>15</sup>.

## 6. Le condizioni che consentono il rilascio e le cause non ostative al rilascio del DURC

In base a quanto prevede l'art. 5 del D.M. 24/10/2007 la regolarità contributiva è attestata dagli Istituti previdenziali qualora ricorrano le seguenti condizioni:

- correttezza degli adempimenti mensili o, comunque, periodici;

- corrispondenza tra versamenti effettuati e versamenti accertati dagli Istituti previdenziali come dovuti;
- inesistenza di inadempienze in atto.

Sempre la stessa norma fa presente, inoltre, che la regolarità contributiva sussiste anche in caso di:

- a) richiesta di rateizzazione per la quale l'Istituto competente abbia espresso parere favorevole;

(15) In merito alla competenza per la presentazione dei ricorsi avverso le risultanze dei DURC il Consiglio di Stato, Sez. V, con la Sentenza 23 gennaio 2008, n. 147 ha precisato che *“il procedimento di rilascio della certificazione di regolarità contributiva ha una sua autonomia rispetto al procedimento di gara (del resto la stessa certificazione è richiesta anche per i lavori privati, ove non si fa certo riferimento a procedimenti di gara) ed è sottoposto alle regole proprie della materia previdenziale, della cui corretta applicazione è peraltro competente a conoscere il giudice ordinario”*. L'eventuale ricorso, conseguentemente, è al cospetto di quest'ultima Autorità che andrà propriamente presentato, e non innanzi al giudice amministrativo (TAR e Consiglio di Stato).

- b) sospensioni dei pagamenti a seguito di disposizioni legislative;
- c) istanza di compensazione per la quale sia stato documentato il credito.

Oltre alla presenza di queste condizioni necessarie affinché venga rilasciata un'attestazione di regolarità contributiva, il D.M. 24/10/2007, ai commi 1, 2 e 4 dell'art. 8, individua alcune fattispecie che, per quanto astrattamente preclusive per l'impresa, non vanno comunque ad incidere ai fini del riconoscimento della condizione di regolarità.

In particolare, non costituisce causa ostativa al rilascio del DURC regolare:

- a) Per i crediti non ancora iscritti a ruolo:
  1. il contenzioso amministrativo per il quale non sia intervenuta la decisione che respinge il ricorso;
  2. il contenzioso giudiziario sino al passaggio in giudicato della sentenza di condanna, salvo l'ipotesi in cui l'Autorità giudiziaria abbia adottato un provvedimento esecutivo che consente l'iscrizione a ruolo delle somme oggetto del giudizio ai sensi dell'art. 24, D.Lgs. n. 46/1999.
- b) Per i crediti iscritti a ruolo:
  3. la sospensione della cartella esattoriale a seguito di ricorso amministrativo o giudiziario.
- c) Per la partecipazione a gare di appalto:
  4. il DURC può essere rilasciato anche in presenza di uno scostamento tra somme dovute e versate inferiore o pari al 5% (con riferimento a ciascun periodo di paga o di contribuzione) o comunque in presenza di uno scostamento inferiore a 100 euro, fermo restando l'obbligo di versare il deficit entro i successivi 30 giorni.
- d) Non costituisce causa ostativa al rilascio del DURC, infine, l'aver beneficiato degli aiuti di Stato specificati nel DPCM emanato ai sensi dell'art. 1, comma 1223, della Legge n. 296/2006, sebbene non ancora rimborsati o depositati in conto bloccato.

Con riferimento al punto *sub a-1)* il Ministero del lavoro<sup>16</sup> è intervenuto facendo presente che il trascorrere del tempo per la decisione di un ricorso amministrativo è considerato, già ai sensi dell'art. 6 del D.P.R. n. 1199/1971, quale decisione implicita del ricorso (c.d. silenzio rigetto), il quale ha la medesima valenza di una decisione espressa. Ne consegue che, superato il termine assegnato per la decisione, il ricorso è da intendersi respinto e, in assenza di pendenza di un ricorso giudiziario, non sarà possibile certificare la regolarità contributiva dell'impresa. Di recente, tuttavia, il Dicastero ha ritenuto necessario intervenire nuovamente sulla questione<sup>17</sup> precisando che, in virtù dell'autonomia prevista a favore dell'INPS da parte del regolamento adottato con deliberazione del proprio Consiglio di Amministrazione n. 13 del 21/5/1993, va riconosciuta, a favore dell'Istituto stesso, la possibilità di attestare la regolarità contributiva, ai fini del rilascio del DURC, fino all'adozione del provvedimento formale di decisione da parte dell'organo competente a pronunciarsi ai sensi della Legge n. 88/1989. Ne consegue che, di fatto, non vige così nei confronti dell'INPS la regola del c.d. "silenzio rigetto" nei confronti dei ricorsi amministrativi ad esso presentati. Pertanto, in presenza di un ricorso amministrativo presentato ai competenti organi INPS e fintanto che non vi sia stata la relativa decisione, la regolarità contributiva potrà essere sempre dichiarata da parte dell'Istituto.

La formulazione dell'art. 8 del Regolamento, innovando in modo sostanziale rispetto alla precedente disciplina<sup>18</sup>, ha la funzione di escludere ogni forma di valutazione in ordine ai contenuti del contenzioso, riconducendo ad un parametro oggettivo il riconoscimento della regolarità. In conclusione si può affermare dunque che, dopo l'avvento del D.M. del 2007, il DURC attesta solo le irregolarità contributive "definitivamente accertate" e solo quelle che superano una "soglia di gravità", fissata autonomamente dal citato Regolamento.

(16) Cfr. Ministero del Lavoro, Interpello n. 64/2009.

(17) Cfr. Ministero del Lavoro, nota n. 10849 del 18/06/2010.

(18) Per inciso si rammenta che, prima dell'entrata in vigore del recente Regolamento ministeriale, il riconoscimento della regolarità in presenza di ricorso amministrativo ricorreva "unicamente qualora il ricorso verta su questioni controverse o interpretative, sia adeguatamente motivato e non sia manifestamente presentato a scopi dilatori o pretestuosi" (Ministero del Lavoro, nota n. 230 del 12/07/2005).