

LA REGOLARITÀ CONTRIBUTIVA SECONDO IL CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI

La nuova disciplina dettata dal D.Lgs. 163/06 trova nuove applicazioni nella realtà del diritto vivente man mano che il tempo passa.

E stavolta l'innovazione legislativa si impatta su uno scenario costituito da evoluti orientamenti giurisprudenziali ed amministrativi.

In materia di regolarità contributiva delle imprese concorrenti nelle procedure di affidamento di appalti pubblici vige oramai un doppio orientamento nel quale a fare da spartiacque vi è la nuova disciplina sui Contratti Pubblici che ripropone un'antica lacuna normativa.

L'evoluzione normativa e giurisprudenziale

L'art. 86, comma 10, del D.Lgs. 10/09/2003, n. 276 ha istituito il Documento Unico di Regolarità Contributiva nell'ambito dei lavori privati;

l'art. 2 del D.L. 25/09/2002 n. 210 convertito dalla L. 22/11/2002 n. 266, ha previsto l'applicazione del documento stesso negli appalti pubblici (lavori, servizi e forniture). In particolare il comma 1, del suddetto art. 2, stabilisce che *“le imprese che risultano affidatarie di un appalto pubblico sono tenute a presentare alla stazione appaltante la certificazione relativa alla regolarità contributiva a*

pena di revoca dell'affidamento”.

In materia, vigono dunque una serie di disposizioni normative:

in via generale: l'articolo 86, comma 10, d.lgs. n. 276 del 2003, l'articolo 20, comma 10, decreto legislativo n. 251 del 2004, l'art. 2 del DL 25/09/2002 n. 210 - convertito (e modificato) in L. 266/02

E in prassi, le circolari applicative Ministero lavoro del 12/07/2005, circolare INAIL n. 38/2005, le circolari INPS 92/2005 e 122/2005.

In materia di requisiti di carattere generale richiesti per la partecipazione alle gare pubbliche, disponeva l'art. 75 del DPR 554/99⁹⁹ che *“Sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento degli appalti e delle concessioni e non possono stipulare i relativi contratti i soggetti: (...)*

*e) che 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”*.

Ferma restando la non espressa menzione da parte della richiamata disposizione della posizione previdenziale contributiva dell'impresa concorrente, l'istituzione del DURC ha

⁹⁹ Oggi abrogato dall'art. 257 del Codice dei contratti pubblici

imposto di ricomprendere tale strumento fra i documenti ricognitivi di dati ufficiali in materia di “obblighi derivanti dai rapporti di lavoro” al pari di quelli emessi dall’Osservatorio dei lavori pubblici.

I due principi di “gravità” dell’infrazione e del “debito accertamento”, sono stati da ultimo puntualizzati dall’Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture¹⁰⁰: “l’espressione “debitamente accertate” non può essere letta nel senso di “definitivamente accertate”, ma sta ad indicare che dell’infrazione deve esservi stato accertamento nelle forme previste dalla normativa di settore. Questa assegna gli accertamenti alla sede amministrativa la cui attestazione appare, quindi, sufficiente a legittimare la valutazione delle stazioni appaltanti circa la gravità dell’infrazione.

(...) la “gravità” della violazione può desumersi da parte della stazione appaltante dalla specifica tipologia dell’infrazione commessa, sulla base anche del tipo di sanzione (arresto o ammenda) per essa irrogata, dall’eventuale reiterazione della condotta, del grado di colpevolezza e dalle ulteriori conseguenze dannose che ne sono derivate (es. infortunio sul lavoro) (determinazione dell’Autorità n. 13/2003)”.

Ancora in relazione all’art. 75 del Regolamento attuativo, la presenza di una situazione di regolarità contributiva per tutte le fasi della procedura di aggiudicazione è stata fatta oggetto di numerose pronunce giurisprudenziali (a più riprese anche del Consiglio di Stato) tra cui, per ultima, quella del TAR

¹⁰⁰ Deliberazione del 28/11/2006 n.89

Emilia Romagna - Bologna¹⁰¹: “Ai fini del possesso del requisito di “correttezza nei pagamenti e negli adempimenti previdenziali, assistenziali ed assicurativi”, (...) l’impresa deve essere in regola con i relativi obblighi fin dalla presentazione della domanda”.

Ed in particolare il TAR Puglia - Lecce nella ormai nota decisione n. 6104¹⁰² ha affermato che: “La regolarità contributiva è requisito indispensabile per la partecipazione alle gare ad evidenza pubblica; ciò significa che l’impresa deve essere in regola con i relativi obblighi fin dal momento della presentazione della domanda, mentre sono irrilevanti eventuali adempimenti tardivi. La sussistenza del predetto requisito può essere desunta dal cd. DURC (...)”.

Tuttavia, si precisa che “La sussistenza del requisito può essere desunta dal DURC ma la semplice menzione nel DURC dell’assenza della regolarità contributiva non è sufficiente ai fini dell’esclusione dell’impresa mancando l’accertamento della gravità e della definitività”.

La sentenza della Corte di Giustizia del 9 febbraio 2006

Se tale orientamento si allontana dalla norma di cui all’art. 75 del Regolamento, esso risulta in linea con la decisione della Corte di Giustizia del 9 febbraio 2006 n. 127¹⁰³, secondo cui l’inadempimento agli obblighi di contribuzione in favore dei lavoratori deve essere stato “definitivamente accertato” in base alle procedure

¹⁰¹ Sentenza 15 gennaio 2007 n. 3

¹⁰² T.A.R. per la Puglia, Lecce, sez. II, 30 dicembre 2006, n. 6104

¹⁰³ Nei procedimenti riuniti C-226/04 e C-228/04

previste dal singolo Stato membro.

Le domande di pronuncia pregiudiziale vertono sull'interpretazione dell'art. 29, primo comma, lett. e) e f), della direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE.

L'art. 29, inserito nel capitolo 2 del titolo VI della direttiva, intitolato «Criteri di selezione qualitativa», prevede:

“Può venir escluso dalla partecipazione ad un appalto qualunque prestatore di servizi il quale:

- e) non abbia adempiuto obblighi riguardanti il pagamento dei contributi di sicurezza sociale conformemente alle disposizioni legislative del paese in cui è stabilito o di quello dell'amministrazione;”*

(...) *Questa disposizione non contiene una definizione della nozione «non aver adempiuto i suoi obblighi».*

Al di là della problematica già risolta a livello nazionale circa il *termine* di regolarizzazione contributiva (al momento della presentazione della domanda di partecipazione alla gara e per tutte le fasi della procedura di selezione ivi compresa la stipula del contratto di appalto), il problema che rimane in piedi è quello relativo al valore delle opposizioni all'ingiunzione di regolarizzazione contributiva che legittima l'emissione di un DURC negativo.

Ha affermato la Corte che *“gli effetti della presentazione di un ricorso amministrativo o giurisdizionale sono strettamente collegati all'esercizio e alla salvaguardia dei diritti fondamentali relativi alla tutela giurisdizionale, il cui rispetto è anch'esso assicurato dall'ordinamento giuridico comunitario. Una normativa*

nazionale che ignorasse totalmente gli effetti della presentazione di un ricorso amministrativo o giurisdizionale sulla possibilità di partecipare ad una procedura di aggiudicazione di appalto rischierebbe di violare i diritti fondamentali degli interessati.

Tenuto conto di questo limite, spetta quindi all'ordinamento giuridico nazionale determinare se la presentazione di un ricorso amministrativo o giurisdizionale comporti effetti che obbligano l'amministrazione aggiudicatrice a considerare che il candidato interessato è in regola con i suoi obblighi, finché non sia emessa una decisione definitiva, ai fini della sua ammissione alla procedura di aggiudicazione di appalto, a condizione che un tale ricorso sia presentato entro il termine indicato” precedentemente.

A livello nazionale (anche con l'entrata in vigore del Codice dei contratti pubblici) non esistendo una definizione di *“accertamento definitivo”*, si manifesta, sul punto, una lacuna normativa.

Conclude così la Corte: *“Occorre quindi risolvere le questioni poste nel senso che l'art. 29, primo comma, lett. e) e f), della direttiva non si oppone ad una normativa o ad una prassi amministrativa nazionali in base alle quali un prestatore di servizi che, alla data di scadenza per la presentazione della domanda di partecipazione alla gara, non ha adempiuto, effettuando integralmente il pagamento corrispondente, i suoi obblighi in materia di contributi previdenziali e di imposte e tasse, può regolarizzare la sua situazione successivamente*

- in forza di misure di condono fiscale o di sanatoria adottate dallo Stato,*

o

- in forza di un concordato al fine di una rateizzazione o di una riduzione dei debiti, o
- mediante la presentazione di un ricorso amministrativo o giurisdizionale,

a condizione che provi, entro il termine stabilito dalla normativa o dalla prassi amministrativa nazionali, di aver beneficiato di tali misure o di un tale concordato, o che abbia presentato un tale ricorso entro questo termine”.

Contrastante con tale orientamento sostanzialistico vi è da ultimo quello adottato dall’Autorità: “si ritiene che il DURC costituisce “certificazione” idonea ad attestare, ai fini dell’esclusione dalle gare d’appalto ed alla stipula del relativo contratto, l’irregolarità contributiva nell’ambito del più generico disposto regolamentare in ordine al mancato adempimento agli obblighi derivanti dal rapporto di lavoro. (...) Occorre inoltre richiamare - in ordine alle eccezioni sollevate al riguardo dall’impresa - l’orientamento giurisprudenziale prevalente (Cons. Stato 27/12/2004, n. 8215 e 20/09/2005, n. 4817) ai sensi del quale l’impresa deve essere in regola con i relativi obblighi fin dalla presentazione della domanda e sono irrilevanti eventuali adempimenti tardivi, anche se i loro effetti, dal punto di vista della disciplina dell’obbligazione, retroagiscono al momento della scadenza del termine di pagamento”.

Il Codice dei contratti pubblici

L’art. 38 del D.Lgs. 163/06 stabilisce 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”.

Salvo poi affermare che: “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 e successive modificazioni e integrazioni “ pena l’inibizione alla stipula del contratto d’appalto.

Se da una parte si richiede (nella fase di selezione ed in quella di affidamento) una gravità e definitività dell’accertamento sostanziale dell’irregolarità contributiva, dall’altra si dà (nella fase di affidamento) valenza ad un criterio formalistico basato sull’esito positivo del procedimento di emissione del DURC.

La sfida ad un orientamento progressista imbocato dalla giurisprudenza di merito nazionale negli ultimi mesi (primo tra tutti quello del TAR Puglia - Lecce) ed in linea con quello Europea (oggi soltanto sfiorato) richiederà di colmare una lacuna normativa con l’ausilio dei principi generali dell’ordinamento e dell’azione amministrativa.

La (o le) soluzioni para legislative adottabili

La definitività dell’accertamento dell’ir-regolarità contributiva è la chiave del problema.

Non potendosi ignorare le istanze comunitarie contenute nella richiamata decisione della Corte di Giustizia, si dovrà trovare in tale senso una soluzione alla prospettata lacuna normativa.

Paradossalmente, nell'adottare un'accezione formalistica della *definitività*, ci si troverebbe in una situazione di *empasse* nella prassi quotidiana: una cartella di pagamento emessa su iscrizione a ruolo da parte di un Ente previdenziale, ancorchè impugnata dinanzi al Giudice del Lavoro e con conseguente fissazione della prima udienza (anche di sospensione della stessa) a distanza di un anno dal deposito del ricorso, legittimerebbe l'emissione di DURC negativi che inibiscono all'operatore opponente la partecipazione alle gare pubbliche.

In un'ottica maggiormente sostanzialistica e di maggior tutela del concorrente ingiunto, non va sottaciuto il rischio (più che paventato) di un patologico ricorso alle opposizioni di cartelle di pagamento o ai verbali di accertamento ispettivo a fini meramente dilatori degli effetti dannosi di una mancanza dei requisiti generali di cui all'art. 38 del Codice in capo all'operatore stesso.

Tuttavia la gravosità del problema richiede una severa scelta di campo. La soluzione preferibile sarebbe quella conforme ai principi di certezza del diritto e di diritto alla tutela giurisdizionale, tendente, oggi più che mai, a non addossare le carenze strutturali del "sistema giustizia" e le conseguenti lungaggini degli accertamenti definitivi sull'operatore economico.

Sul punto potrebbe soccorrere un adeguato impiego del procedimento cautelare (ex art. 21, comma 8 Legge

Tar) e dell'applicazione della sua cognizione sommaria per formulare un primo vaglio sulla fondatezza delle pretese del ricorrente; ciò comporterebbe subordinare l'esito dell'accertamento (semi-definitivo) della mancanza del requisito di cui all'art. 38 del Codice degli appalti, ad un'ordinanza cautelare di natura giudiziale, in attesa di un'auspicata copertura della lacuna menzionata.

Francesco GISMONDI