

## **Gravità dell'irregolarità contributiva: il giudizio attiene al rapporto tra impresa ed Ente Previdenziale ed l'invito alla regolarizzazione non opera nel caso della verifica ex art.38 co.1 lettera i) D.Lgs. 163/2006**

*di Gianluca Angelini*

*Data di pubblicazione: 8-9-2016*

1. In tema di appalti l'assenza del requisito della regolarità contributiva e previdenziale alla data di presentazione dell'offerta costituisce causa di esclusione, 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 (1).

2. Il giudizio di gravità della irregolarità contributiva attiene al rapporto tra l'impresa e l'Ente previdenziale ed, in ogni caso, l'istituto dell'invito alla regolarizzazione (il c.d. preavviso di DURC negativo), recepito a livello legislativo dall'art. 31, comma 8, del decreto legge 21 giugno 2013, n. 69, può operare solo nei rapporti tra impresa ed ente previdenziale, ossia con riferimento al DURC chiesto dall'impresa e non anche al DURC richiesto dalla stazione appaltante per la verifica della veridicità dell'autodichiarazione resa ai sensi dell'art. 38, comma 1, lettera i) ai fini della partecipazione alla gara d'appalto (2).

(1) *Ex plurimis*, Cons. Stato, Ad.Plen. 9 dicembre 2015, n.5, Cons. Stato, Ad. Plen. 9 dicembre 2015, n.6; Cons. Stato, Ad. Plen. 20 luglio 2014, n. 8, *Consiglio di Stato, IV, 22 dicembre 2014, n. 6296* TAR Sicilia, Palermo, sez. III, 16 dicembre 2013, n. 2469,; TAR Lombardia, Milano, sez. I, 20 novembre 2013, n. 2555, ; Cons. Stato, sez. V, 17 maggio 2013, n. 2682; Consiglio di Stato, sez. VI, 13 febbraio 2013, n. 890; Consiglio di Stato, sez. V, 26 giugno 2012, n. 3738; Consiglio di Stato sez. IV, 15 settembre 2010, n. 6907.

(2) Conformi (orientamento maggioritario): Cons. Stato, Ad.Plen. 9 dicembre 2015, n.5, Cons. Stato, Ad. Plen. 9 dicembre 2015, n.6 ; Cons. Stato, Ad. Plen. 4 maggio 2012, n. 8; indirettamente anche Adunanza Plenaria, 20 agosto 2013, n. 20; Cons. Stato, Cons. Stato, IV, 12 marzo 2009 n. 1458; Cons. stato VI, 11 agosto 2009, n. 4928; 6 aprile 2010, n. 1934; 5 luglio 2010, n. 4243; sez. V, 16 settembre 2011, n.5194. Contrarie (orientamento minoritario): Cons. Stato, Sez. V, 14 ottobre 2014, n. 5064); Cons. Stato, sez. VI 16 febbraio 2015 n. 78

## Guida alla lettura

Con la sentenza in commento i Giudici di Palazzo Spada colgono l'occasione per confermare in modo deciso, per un verso, la pacificità dell'orientamento maggioritario per cui **la regolarità contributiva e fiscale deve essere mantenuta per tutto l'arco di svolgimento della gara fino al momento dell'aggiudicazione**, in ragione del principio per cui è meritevole di tutela l'esigenza della stazione appaltante di verificare l'affidabilità del soggetto partecipante alla gara fino alla conclusione della stessa, con conseguente irrilevanza di un eventuale adempimento tardivo degli obblighi contributivi e fiscali, pur se con effetti retroattivi, giacché, di covverso, la (ammissibilità della) regolarizzazione postuma si tradurrebbe in una integrazione dell'offerta, configurandosi come violazione della par condicio.

La specificità della materia del contendere, poi, offre alla Sezione la possibilità di confermare l'adesione al solco giurisprudenziale affermato dalle Adunanze Plenarie nn.5 e 6 del 2016, quando hanno espresso il principio di diritto per cui «... **L'istituto dell'invito alla regolarizzazione (il c.d. preavviso di DURC negativo), già previsto dall'art. 7, comma 3, del decreto ministeriale 24 ottobre 2007 e ora recepito a livello legislativo dall'art. 31, comma 8, del decreto legge 21 giugno 2013 n. 69, può operare solo nei rapporti tra impresa ed Ente previdenziale, ossia con riferimento al DURC chiesto dall'impresa e non anche al DURC richiesto dalla stazione appaltante per la verifica della veridicità dell'autodichiarazione resa ai sensi dell'art. 38, comma 1, lettera i) ai fini della partecipazione alla gara d'appalto**».

Sul punto, la Sezione fa proprio il percorso interpretativo seguito dalle Adunanze Plenarie appena citate che avevano avuto modo di chiarire come il principio non risulta superato dalla norma, introdotta con l'articolo 31, comma 8, del decreto legge n. 69 del 2013.

Ed. in ogni caso, non può interpretarsi nel senso di subordinare il carattere definitivo della violazione previdenziale (che ai sensi dell'art. 38 d.lgs. n. 163 del 2006 rappresenta un elemento ostativo alla partecipazione alle gare d'appalto) alla condizione che l'impresa che versi in stato di irregolarità contributiva al momento della presentazione dell'offerta venga previamente invitata a regolarizzare la propria posizione previdenziale e che nonostante tale invito perseveri nell'inadempimento dei propri obblighi contributivi.

aA contrario, l'art. 31, comma 8, del decreto legge n. 69 del 2013 non ha in alcun modo modificato la disciplina dettata dall'art. 38 d.lgs. n. 163 del 2006 e, quindi, la regola del previo invito alla regolarizzazione non trovi applicazione nel caso di DURC richiesto dalla stazione appaltante ai fini della verifica delle dichiarazioni rese dall'impresa ai fini della partecipazione

alla gara.

L'istituto dell'invito alla regolarizzazione (il c.d. preavviso di DURC negativo) può, dunque, 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.

Depongono a favore di tale conclusione una pluralità di argomenti, di carattere letterale, storico e sistematico, dettati dal combinato disposto del comma 8 dell'articolo 31 e quella dei commi che lo precedono (in particolare quelli che vanno dal comma 2 al comma 7) con l'art. 255 d.lgs. 163 del 2006.

La conclusione che si trae, anche alla luce del fondamentale canone interpretativo *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*, è univoca: l'invito alla regolarizzazione è un istituto estraneo alla disciplina dell'aggiudicazione e dell'esecuzione dei contratti pubblici.

Peraltro, una modifica così rilevante (ossia, la modifica della nozione di "*definitivo accertamento*" quale fatta propria dal c.d. diritto vivente di cui è certamente espressione la sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 8 del 2012) non potrebbe discendere, in violazione della clausola dell'abrogazione esplicita, da una disposizione che non solo non lo dispone espressamente, ma che non contiene nemmeno alcun esplicito riferimento alla materia dei contratti pubblici ed è per di più inserita in un articolo che in un diverso comma (il comma 5) elenca in maniera analitica e puntuale le modifiche apportate alla disciplina dei contratti pubblici.

## **REPUBBLICA ITALIANA**

### **IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

#### **Il Consiglio di Stato**

#### **in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)**

ha pronunciato la presente

### **SENTENZA**

sul ricorso iscritto in appello al numero di registro generale 3094 del 2015, proposto da:  
Coedi S.r.l., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dall'avv.

Luigi Maria D'Angiolella, con domicilio eletto presso studio Titomanlio, in Roma Via Terenzio, n. 7;

***contro***

Comune di Caserta, in persona del sindaco in carica, rappresentato e difeso dall'avv. Giuseppe Ceceri, con domicilio eletto presso la Segreteria del Consiglio di Stato in Roma, p.za Capo di Ferro, n. 13;

***nei confronti di***

Cassa Edile di Napoli, in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avv. Mario Salvi e Nicola Salvi, con domicilio eletto presso Gian Marco Grez in Roma, corso Vittorio Emanuele II, n. 18;

***per la riforma***

della sentenza del T.A.R. CAMPANIA – NAPOLI, Sez. I, n. 96/2015, resa tra le parti, concernente l'affidamento dei lavori relativi alla realizzazione della infrastruttura viaria Casola - Valle di Maddaloni.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Caserta e della Cassa Edile di Napoli;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 23 giugno 2016 il Cons. Sandro Aureli e uditi per le parti gli avvocati Francesco Nucara, su delega dell'avvocato Luigi Maria D'Angiolella, e Pietro Quinto, su delega dell'avvocato Giuseppe Ceceri;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO e DIRITTO**

La Coedi s.r.l. appellante in questo giudizio, ha partecipato, ottenendone l'aggiudicazione, alla gara di appalto indetta dal Comune di Caserta con bando pubblicato in data 11.2.2013, avente ad oggetto la progettazione esecutiva e l'esecuzione dei lavori di completamento della infrastruttura viaria Casola - Valle di Maddaloni, per un importo a base d'asta di € 845.000,00.

Nel corso del giudizio promosso da altra concorrente (Cogienne s.r.l.) avverso la propria esclusione dalla detta gara (conclusosi con la sentenza del TAR della Campania n. 2010 del 2014) è emersa la situazione di irregolarità contributiva della società Coedi per il periodo dal 2.4.2013 al 22.7.2013, così che con provvedimento datato 1.7.2014 l'amministrazione appaltante ha escluso la Coedi dalla gara stessa, sulla base della nota della Cassa Edile della provincia di Napoli prot. n. 253/2014, confermata dalla successiva n. 40313 del 27.05.2014.

Tale esclusione è stata ritenuta corretta dal TAR per la Campania con la sentenza segnata in epigrafe: è stato infatti accertata incontestabilmente la situazione di irregolarità contributiva in cui versava la predetta Coedi nel periodo intercorso tra la data di scadenza del termine di presentazione delle offerte (2.4.2013) e quella in cui la posizione contributiva è stata regolarizzata con il pagamento delle somme dovute (22.7.2013).

In particolare, secondo il tribunale, non poteva essere escluso neppure che la Coedi s.r.l. non fosse colpevole del ritardato adempimento, per essere, secondo la tesi di parte ricorrente, imputabile all'A.S.L. di Caserta; invero a quest'ultima la società Coedi aveva chiesto (già in data 11.1.2013) di effettuare nei riguardi della Cassa Edile di Napoli, il cd. intervento sostitutivo, in ragione di un credito vantato per precedenti lavori effettuati, ma l'ammissibilità di tale intervento sostitutivo è stata esclusa dal tribunale, sia perché l'art.4 del d.P.R. del 5 ottobre 2010 n.207, che tale forma di adempimento contributivo consente, si riferisce ad una fattispecie diversa da quella oggetto di giudizio, afferente cioè alla fase di attuazione del rapporto contrattuale, e quindi successivo all'aggiudicazione e volto a tutelare i lavoratori dipendenti della ditta aggiudicataria; sia per l'inapplicabilità dell'art.13 bis del d.l. 07.05.2012, n.52, convertito con modificazione in legge 06.07.2012, n.94, che esclude le A.S.L. delle Regioni come la Regione Campania, sottoposte "a piano di rientro dai disavanzi sanitari ovvero a programmi operativi di prosecuzioni degli stessi", dalla possibilità di attestare il proprio debito ai fini del rilascio del Durc positivo in favore della ditta loro creditrice.

Il primo giudice ha inoltre escluso che spettasse all'ente appaltante (Comune di Caserta), e non all'ente previdenziale, il giudizio sulla gravità della violazione contributiva contestata, non condividendo altresì l'argomento della non obbligatorietà dell'iscrizione alla Cassa edile per i lavori oggetto dell'appalto da cui il credito verso la A.S.L. di Caserta ha tratto origine (venendo in rilievo una fornitura di kit cimiteriali con esecuzione di lavori complementari di posa in opera dei manufatti forniti).

Con l'appello in esame la Coedi s.r.l. critica la sentenza impugnata assumendo essenzialmente che il primo giudice non avrebbe tenuto conto del fatto che la Asl di Caserta avrebbe sanato l'irregolarità contributiva e che essa appellante aveva tempestivamente sollecitato quest'ultima ad effettuare tale adempimento; che in ogni caso l'inadempimento non avrebbe avuto carattere di gravità, non poteva essergli imputato e neppure era esistente al momento dell'aggiudicazione, non rilevando che lo fosse al momento della presentazione della domanda, e che infine illegittimamente la stazione appaltante non aveva trasmesso l'invito a regolarizzare l'evasione contributiva.

Sono state pertanto riproposte tutte le censure già sollevate in primo grado.

Si sono costituiti in giudizio per resistere al gravame sia il Comune di Caserta che la Cassa Edile della Provincia di Napoli, che hanno depositato memorie per contestare le censure dedotte con l'atto d'appello, del quale hanno conclusivamente chiesto il rigetto.

All'udienza di discussione del 23 giugno 2016 il gravame è stato trattenuto in decisione.

II. L'appello è infondato, potendo pertanto prescindere da ogni questione circa la legittimazione passiva della appellata Cassa Edile.

II.1. E' controversa la legittimità dell'esclusione della società appellante dalla gara indetta dal Comune di Caserta per la progettazione esecutiva e l'esecuzione dei lavori di completamento della infrastruttura viaria Casola – Valle di Maddaloni, esclusione fondata sull'irregolarità contributiva evidenziata dalla Cassa Edile di Napoli (a fronte di un DURC negativo rilasciato all'Amministrazione appaltante) e sulla asserita irrilevanza della regolarizzazione contributiva avvenuta dopo la data di scadenza del termine di presentazione della domanda di partecipazione alla gara.

II.2. Quanto al merito deve ricordarsi che l'Adunanza Plenaria di questo Consesso, con le recentissime sentenze n.5 e n.6 del 2016, ha ribadito il principio che la regolarizzazione postuma è irrilevante in caso di DURC negativo rilasciato dall'Ente assistenziale ( nella specie il versamento contributivo avrebbe dovuto essere effettuato entro e non oltre il 31.03.2013 mentre in effetti è stato effettuato in data 29.04.2013).

In particolare è stato precisato che l'assenza del requisito della regolarità contributiva e previdenziale alla data di presentazione dell'offerta costituisce causa di esclusione, 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.

E' stato altresì precisato che l'istituto dell'invito alla regolarizzazione (il c.d. preavviso di DURC negativo), già previsto dall'art. 7, comma 3, del decreto ministeriale 24 ottobre 2007 e ora recepito a livello legislativo dall'art. 31, comma 8, del decreto legge 21 giugno 2013, n. 69, può operare solo nei rapporti tra impresa ed ente previdenziale, ossia con riferimento al DURC chiesto dall'impresa e non anche al DURC richiesto dalla stazione appaltante per la verifica della veridicità dell'autodichiarazione resa ai sensi dell'art. 38, comma 1, lettera i) ai fini della partecipazione alla gara d'appalto.

Quanto poi all'intervento sostitutivo dell'amministrazione debitrice della ditta aggiudicataria, costituente l'aspetto che conferisce specificità alla presente controversia, va sottolineato che le deduzioni di parte appellante non assumono alcun rilievo a fronte dell'oggettiva ed incontestata circostanza che la ditta appellante, quale titolare del credito nei confronti della Asl di Caserta, non ha presentato alla Cassa Edile della Provincia di Napoli, entro il termine di presentazione della domanda di partecipazione alla gara, alcuna attestazione circa tale credito, né ha dato prova della sua certezza, liquidità ed esigibilità (cfr. decreto del Ministero dell'Economia e delle Finanze di concerto con il Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali

del 13.3.2013 e della circolare INPS del 30.1.2014, n. 16).

In forza di quanto precede, sottolineato che il giudizio di gravità della irregolarità contributiva attiene, alla stregua delle citate decisioni dell'Adunanza Plenaria di questo Consesso, al rapporto tra l'impresa e l'Ente previdenziale, tutti i motivi d'appello debbono essere respinti.

II.3. Per completezza espositiva, con riferimento ai motivi di censura sollevati in primo grado che l'appellante assume non scrutinati dal primo giudice, deve osservarsi che non sussiste l'eccepito omesso esame della dedotta violazione dell'art.7 della legge n. 241 del 1990, evidente essendo che il primo giudice ha respinto tale motivo escludendo implicitamente che gli atti del RUP correttamente erano stati trasmessi dall'Amministrazione appaltante alla società e non al suo legale che li aveva richiesti, non avendo quest'ultimo alcun titolo a riceverli.

Quanto alla censura della estraneità o comunque della non addebitabilità ad essa appellante della irregolarità contributiva che ha determinato la sua esclusione dalla gara, si rileva che le relative deduzioni risultano ampiamente ed adeguatamente confutate dalla documentazione rilasciata dalla Cassa edile della Provincia di Napoli all'Amministrazione appaltante nonché dalle considerazioni svolte in precedenza sub. II.2.

Il che vale inoltre ad escludere anche la fondatezza del successivo motivo concernente l'esistenza delle condizioni di legge per il ricorso all'intervento sostitutivo della Asl di Caserta.

Ancora in forza di quanto sopra osservato deve essere escluso ogni fondamento all'argomento sull'onere della stazione appaltante di verificare l'effettiva entità e gravità dell'irregolarità contributiva.

Diversa sorte non può essere riservata all'argomento, dal quale si fa discendere l'illegittimità dall'esclusione dalla gara, della richiesta alla Asl di Caserta di effettuare l'intervento sostitutivo (quinto motivo d'appello) inoltrata prima della scadenza del termine di presentazione della domanda di partecipazione, non essendo stata tale richiesta portata a conoscenza nelle forme dovute, come tempestivamente si sarebbe dovuto procedere, alla Cassa Edile di Napoli.

Infine, assolutamente privo di pregio è l'ultimo motivo tra quelli riproposti, con il quale si censura il comportamento dell'Amministrazione appaltante per aver ripetutamente richiesto alla stessa appellante il certificato di regolarità contributiva, non essendo possibile comprendere quale lesione sia derivata da tali criticate richieste.

III. All'infondatezza delle censure esaminate ed alla legittimità del provvedimento impugnato in primo grado consegue il rigetto anche della domanda risarcitoria.

Le spese del giudizio seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello come segnato in epigrafe lo respinge.

Condanna la parte appellante al pagamento delle spese del giudizio in favore delle parti costituite che si liquidano in €. 4000,00 (quattromila) ciascuna e così in totale €. 8.000,00 (ottomila), oltre accessori di legge.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 23 giugno 2016 con l'intervento dei magistrati:

Carlo Saltelli, Presidente

Sandro Aureli, Consigliere, Estensore

Claudio Contessa, Consigliere

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Luigi Massimiliano Tarantino, Consigliere