

Stazioni appaltanti: nessuna valutazione sul contenuto del Durc

Andrea Asnaghi *Consulente del lavoro*



Il Consiglio di Stato in Adunanza plenaria ha ribadito e chiarito in maniera definitiva la portata e valenza del Durc, escludendo qualsiasi possibilità di valutazione ulteriore da parte della stazione appaltante in merito al contenuto dello stesso

Consiglio di Stato 4.5.2012, n. 8

A seguito della decisione del Consiglio di Stato il committente pubblico non ha alcun potere, od onere, discrezionale nel valutare la «gravità» della irregolarità attestata dal Durc⁽¹⁾, al fine delle procedure di gara per l'aggiudicazione di appalti verso la pubblica amministrazione.

Se la sentenza non costituisce in sé una novità assoluta, è importante⁽²⁾ perché ripercorre alcuni contenuti della norma in maniera estremamente lucida e puntuale, dando un taglio definitivo alla questione con motivazioni articolate e coerenti.

È appena il caso di segnalare subito, peraltro, che i principi di diritto ivi enunciati estendono la portata concettuale della sentenza ben al di là del solo settore pubblico, benché sia maturata in quel contesto, rivestendo interesse ed importanza generale e meritando quindi un'attenta, anche se sintetica, disamina.

Il ricorso all'Ap del Consiglio di Stato verteva, in estrema sintesi, su un'esclusione di aggiudicazione di appalto in un settore pubblico in quanto (oltre ad altri aspetti marginali che non interessano direttamente la presente trattazione) era stata rilevata, nei confronti di un soggetto appartenente ad un Consorzio partecipante alla gara in questione, la casistica di Durc irregolare, difformemente peraltro ai requisiti dichiarati dallo stesso Consorzio in sede di partecipazione al bando.

Instauratosi il contraddittorio di rito, l'aggiudicatario aveva sollevato sul punto «Durc» alcune eccezioni di diritto, poi rimesse all'attenzione dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, che ha provveduto a dirimerle in modo convincente: il punto fondamentale riguardava l'onere, da parte dell'amministrazione aggiudicante, di accogliere le eccezioni in merito alla presunta mancanza di gravità della irregolarità certificata.

Non veniva infatti, nel caso di specie, contestato il contenuto del Durc (se ne ammetteva pertanto pacificamente la validità e veridicità) che segnalava una irregolarità contributiva quantificata in poche migliaia di euro; nel contraddittorio l'aggiudicatario aveva tuttavia fatto rilevare che:

- l'importo di scopertura non poteva certo considerarsi significativo in ordine sia alla struttura del contribuente accertato quanto, soprattutto, al valore dell'appalto di gara;

- la scopertura (che riguardava un mero ritardato pagamento di poche poste contributive) era stata in ogni caso sanata dal datore di lavoro inadempiente dopo la partecipazione alla gara ma ben prima del contraddittorio inerente all'esclusione, sede in cui era stata comprovata la sistemazione delle poste in sofferenza.

A parere dell'aggiudicatario (poi escluso dalla S.A. al termine della procedura) per poter procedere secondo la lettera della norma in materia (art. 38 del Dlgs n. 163/2006) la Stazione appaltante avrebbe dovuto rilevare «violazioni gravi, definitivamente accertate, alle norme in materia di contributi previdenziali ed assistenziali», non integrando la fattispecie in questione tali elementi, per i motivi dianzi esaminati.

La decisione del Consiglio di Stato

Di diverso parere è la sentenza in argomento, che riprende la questione in una disamina finanche evolutiva della norma (per le ragioni che *infra* esamineremo) arrivando ad enucleare fonamen-

(1) Per un esame organico dell'argomento, si veda il prezioso contributo di Danilo Papa «Durc e appalti pubblici» in *Il Punto* (Suppl. di Guida al Lavoro n. 3/2012).

(2) E difatti è stata con immediatezza segnalata dagli Enti interessati all'emissione del Durc, fra cui la Cnce (Commissione nazionale delle Casse edili) che l'ha fatta propria con la nota del 10 maggio 2012.

tali principi di diritto, desunti dalla lettura integrata delle norme pubbliche e di quelle a carattere generale, che sotto esponiamo succintamente.

1. Sono solo gli enti previdenziali i soggetti individuati dalla legge, in quanto istituzionalmente e specificamente competenti, a valutare la gravità o meno delle violazioni in materia previdenziale e contributiva; la medesima competenza specifica non può pertanto essere attribuita in alcun caso alle stazioni appaltanti che devono attenersi a quanto attestato dai predetti enti previdenziali.

2. In materia contributiva è il Durc (Documento unico di regolarità contributiva) l'unico attestato pubblico che certifica in modo ufficiale la sussistenza (o meno) della regolarità aziendale; il Durc deve essere considerato alla stregua di una **di-chiarazione di scienza**, assistita da fede pubblica ai sensi dell'art. 2700 c.c., facente piena prova fino a querela di falso⁽³⁾.

3. È insorto nel corso del tempo e dei dibattimenti in materia un contrasto giurisprudenziale fra due opposte tesi, l'una che sosteneva l'insindacabilità assoluta del Durc da parte delle stazioni appaltanti (nel senso di quanto esposto al punto precedente), l'altra, contemporanea alla prima, che propendeva per una «specialità» del codice appalti, per cui di fronte ad una irregolarità formale (attestata dal Durc) era rimessa alla stazione appaltante la valutazione discrezionale di indici sintomatici di gravità dell'infrazione riscontrata, suscettibili di determinare l'esclusione o meno dalla gara, anche in funzione (ad esempio) dell'entità o delle caratteristiche dell'opera o della partecipazione alla stessa del soggetto irregolare. Tale contrasto risulta ora espressamente risolto dal legislatore con il Dl n. 70/2011, in vigore dal 14 maggio 2011, a norma del quale il predetto contenuto dell'art. 38, comma 1 del codice degli appalti è integrato dal comma 2, secondo cui si considerano gravi tutte le violazioni ostative al rilascio del Durc.

3.1. A tal proposito, il Dl n. 70/2011 (la questione dibattuta era insorta in data antecedente all'entrata in vigore della predetta norma, per cui era in

dubbio l'applicabilità della stessa a fatti antecedenti, *ratione temporis*) deve intendersi disposizione che si pone in linea di continuità rispetto alla norma previgente, emanata al chiaro fine di risolvere il contrasto consolidando un orientamento già formatosi in precedenza, e quindi assumendo un carattere, per così dire, interpretativo e non già innovativo⁽⁴⁾.

4. Il codice degli appalti (pubblici) non deve essere considerato in una logica di separatezza ed autonomia, ma come una parte, seppur speciale, dell'ordinamento giuridico generale nel suo complesso, pertanto, laddove in tale ordinamento emerga una nozione di «violazione previdenziale grave», questa non può che essere unitaria e uniforme (e desunta dallo specifico settore in cui si è formata, in questo caso quello previdenziale) e pertanto applicabile senza eccezioni anche nell'ambito sottoposto alla azione regolatoria del codice degli appalti.

5. Riprendendo tutta l'evoluzione della normativa Durc, il Consiglio di Stato rileva come il Dm n. 24.10.2007, emanato in attuazione dell'art. 1, comma 1176 della legge n. 296/2006, abbia

costituito una revisione organica della disciplina di tale documento in termini generali⁽⁵⁾, tanto che dopo tale revisione può affermarsi come il Durc attesti solo irregolarità definitivamente accertate, che superino una determinata soglia di gravità (il tutto come fissato con esattezza ed autonomamente dal decreto citato). In ragione di ciò, la mancanza di regolarità contributiva attestata dal Durc comporta una «presunzione legale di gravità delle violazioni» che non può essere ulteriormente sindacabile.

Tutto ciò si esplica nel principio di diritto enunciato nella sentenza:

«ai sensi e per gli effetti dell'art. 38, comma 1, lett. i), Dlgs n. 163/2006, anche nel testo vigente anteriormente al Dl n. 70/2011, secondo cui costituiscono causa di esclusione dalle gare di appalto le gravi violazioni alle norme in materia previdenziale e assistenziale, la nozione di "violazione grave" non è

Esclusa ogni discrezionalità delle stazioni appaltanti nella valutazione della gravità delle violazioni in materia di contributi

- (3) Pertanto anche la valutazione degli enti previdenziali o comunque preposti al rilascio del Durc non potrà, in ogni caso, essere discrezionale ma attenersi strettamente ai principi stabiliti dal Dm 24.10.2007 regolante la materia.
- (4) Pertanto, discostandoci dalla questione dibattuta in sentenza, in ogni caso i principi enunciati valgono in modo assoluto dal 14 maggio 2011 in poi.
- (5) Segnatamente ricordiamo in proposito che - dopo l'azione regolatoria del Dm del 2007 - non è considerato grave e quindi ostativo al rilascio del Durc uno scostamento inferiore al 5% del debito (con un minimo di 100 euro), che parimenti la pendenza di contenzioso amministrativo o giudiziario non fa rilevare irregolarità contributiva e che, infine, riscontrando la mancanza dei requisiti di regolarità, gli Enti devono invitare (prima di emettere Durc negativo) il soggetto interessato a regolare entro 15 giorni l'inadempienza riscontrata.

rimessa alla valutazione caso per caso della stazione appaltante, ma si desume dalla disciplina previdenziale, e in particolare dalla disciplina del documento unico di regolarità contributiva; ne consegue che la verifica della regolarità contributiva delle imprese partecipanti a procedure di gara per l'aggiudicazione di appalto con la pubblica amministrazione è demandata agli istituti di previdenza, le cui certificazioni (Durc) si impongono alle stazioni appaltanti, che non possono sindacarne il contenuto».

Da ultimo, è da segnalarsi che nella sentenza in argomento viene respinta dal CdS anche un'eccezione (non meno importante per i fini della presente riflessione) del consorzio aggiudicatario, in merito alla esclusione per carenza del requisito della regolarità contributiva non già del consorzio stesso ma soltanto di uno dei consorziati. Il Consi-

glio di Stato ribadisce che, pur essendo il consorzio un soggetto dotato di struttura ed identità autonoma, i soli requisiti cumulabili in capo al consorzio medesimo sono quelli di idoneità tecnica e finanziari, mentre il possesso degli altri requisiti (generalmente e morali) deve essere verificato per ciascuno dei partecipanti individuati dal consorzio, a nulla valendo (ed è un sottopunto della questione) che il consorzio abbia una facoltà, statutaria, di sostituzione della consorziata. Ammettere tali eccezioni, infatti, significherebbe dare spazio a possibili meccanismi di elusioni delle norme imperative in materia, che prevedono il rigoroso accertamento dei requisiti previsti dalla legge non solo per un obiettivo e palese fine di carattere sociale ma anche per rispettare una *par condicio* fra i concorrenti.

Il testo della nota della Cnce

CNCE - NOTA 10 MAGGIO 2012

Si fa seguito alla Comunicazione n. 463, per informare che, con l'allegata sentenza 4 maggio 2012, n. 8 (omissis), il Consiglio di Stato, in Adunanza plenaria, ha escluso ogni discrezionalità delle stazioni appaltanti nella valutazione della gravità delle violazioni in materia di contributi previdenziali e assistenziali. Il Consiglio di Stato ha infatti affermato che - ai sensi e per gli effetti dell'art. 38, comma 1, lett. i), Dlgs n. 163/2006, secondo cui costituiscono causa di esclusione dalle gare di appalto le gravi violazioni alle norme in materia previdenziale e assistenziale - la nozione di «violazione grave» non è rimessa alla valutazione caso per caso della stazione appaltante ma si desume dalla disciplina previdenziale e, in particolare, dalla disciplina del Durc; ne consegue che la verifica della regolarità contributiva delle imprese partecipanti a procedure di gara per l'aggiudicazione di appalti con la pubblica amministrazione è demandata agli istituti di previdenza, le cui certificazioni si impongono alle stazioni appaltanti, che non possono sindacarne il contenuto.

Durc e debiti del socio:

il parere della Fondazione Studi dei Consulenti del Lavoro

FONDAZIONE STUDI CONSULENTI DEL LAVORO - PARERE 17 MAGGIO 2012, N. 17

Oggetto: Durc e Srl: debiti socio non bloccano emissione.

Il quesito

Ad una Srl unipersonale con dipendenti non viene rilasciato il Durc per via dei debiti pregressi del socio, che ha avuto in passato un'attività con dipendenti come ditta individuale. Può essere questa causa di mancata emissione del Durc? Qual è il rapporto tra due soggetti giuridicamente autonomi? Quali sono le conseguenze giuridiche di una penalizzazione della società per un'omissione del socio?

Premessa

Per regolarità contributiva deve intendersi la correttezza nei pagamenti e negli adempimenti previdenziali, assistenziali ed assicurativi nonché di tutti gli altri obblighi previsti dalla normativa vigente riferita all'intera situazione aziendale (salvo le specificità previste per le Casse edili) (circolare Ministero del lavoro del 30 gennaio 2008, n. 5). L'Inps, l'Inail e la Cassa edile sono tenuti a verificare la regolarità dell'impresa sulla base della rispettiva normativa di riferimento rilevata alla data indicata nella richiesta e, ove questa manchi, alla data di redazione del certificato, purché nei termini stabiliti per il rilascio o per la formazione del silenzio assenso. Ai fini Inps un'impresa è regolare quando ricorrono le seguenti condizioni: che sussista la correttezza degli adempimenti mensili o, comunque, periodici; che si accerti che i versamenti effettuati corrispondano all'importo del saldo denunciato entro il termine, a tal fine determinato, dell'ultimo giorno del mese successivo a quello di riferimento; che non esistano inadempimenti in atto; che non

esistano note di rettifica notificate, non contestate e non pagate. L'impresa è altresì regolare quando: vi sia richiesta di rateazione per la quale la Struttura periferica competente abbia espresso parere favorevole motivato; vi siano sospensioni dei pagamenti a seguito di disposizioni legislative (ad esempio calamità naturali); sia stata inoltrata istanza di compensazione per la quale sia stato documentato il credito; via siano crediti iscritti a ruolo per i quali sia stata disposta la sospensione della cartella amministrativa o in seguito a ricorso giudiziario.

Le società di capitali

Le società a responsabilità limitata a socio unico è una società di capitali. Le società di capitali sono società definite tali in quanto in esse l'elemento del capitale ha una prevalenza concettuale e normativa rispetto all'elemento soggettivo rappresentato dai soci. La partecipazione dei soci al capitale sociale può essere rappresentata da azioni o da quote a seconda della specifica tipologia societaria.

Le caratteristiche delle società di capitali sono: personalità giuridica e autonomia patrimoniale perfetta (la società risponde soltanto con il suo patrimonio) (art. 2331 c.c.). Fanno eccezione le Sapa, dove i soci accomandanti sono obbligati soltanto nei limiti della quota del capitale sociale sottoscritta, mentre i soci accomandatari rispondono solidalmente e illimitatamente.

Con il riconoscimento della personalità giuridica, le società (di capitali e le cooperative) sono trattate, per legge, come soggetti di diritto formalmente distinte dalle persone dei soci (piena e perfetta autonomia patrimoniale). I beni conferiti dai soci diventano beni di proprietà della società: questa è titolare di un proprio patrimonio, di propri diritti e di proprie obbligazioni distinti da quelli personali dei soci. I creditori personali dei soci non possono soddisfarsi sul patrimonio sociale, né i creditori sociali possono soddisfarsi sul patrimonio personale dei soci.

L'intervento della prassi

Sul tema oggetto del quesito è intervenuta l'Inps con il messaggio 18 giugno 2010, n. 16246 con cui fornisce chiarimenti per il rilascio del Durc in relazione alla natura giuridica del richiedente.

Società di capitali

Nell'ambito delle società di capitali si tratta di persone giuridiche caratterizzate da autonomia patrimoniale perfetta, dunque, la verifica va effettuata sulla contribuzione per dipendenti e collaboratori nonché ai contributi dovuti alla gestione separata per i compensi percepiti dall'amministratore.

A nulla rileva, in conclusione, la verifica sulla posizione personale dei singoli soci, in quanto la società non risponde, ai sensi delle norme civilistiche, delle loro irregolarità contributive.

La verifica di correttezza contributiva nei casi di società deve essere operata per i soci di società in nome collettivo, per il socio accomandatario di società in accomandita semplice e per l'amministratore per la società a responsabilità limitata. Pertanto nei casi di società costituita nella forma a responsabilità limitata e quindi rientrante nella tipologia di società di capitali, caratterizzata da autonomia patrimoniale perfetta, le situazioni patrimoniali dei soci non incidono sul patrimonio sociale e quindi ai fini del rilascio della correttezza contributiva la verifica va limitata alla posizione aziendale.

Società di persone

La regolarità contributiva va rilasciata avendo cura di verificare la posizione dei lavoratori dipendenti, di eventuali collaboratori iscritti alla gestione separata e dei singoli soci iscritti alle diverse gestioni dell'Istituto, diversi dall'accomandante.

Impresa individuale

Il controllo della posizione contributiva, oltre quella dei lavoratori dipendenti e dei collaboratori iscritti alla gestione separata, va esteso alla gestione previdenziale in cui è iscritto il titolare ed eventuali suoi coadiutori.

Soluzione al quesito

Pertanto nella società di capitale, come le Srl unipersonali, nulla rileva la verifica sulla posizione personale dei singoli soci, posto che la società non risponde, ai sensi delle norme civilistiche, delle loro irregolarità contributive, ne consegue che i debiti pregressi della ditta individuale, non possono inquinare eventuali nuove società, giuridicamente distinte.

Norme di riferimento

Art. 2331 c.c.; Dlgs n. 276 del 10 settembre 2003; Legge n. 266 del 22.11.2002; Decreto 24.10.2007.

Prassi

Inps, circ. n. 92 del 26.7.2005; Inail, circ. n. 38 del 25.7.2005; Inps, msg. n. 16246 del 18.6.2010.