

**Oggetto: CONSIGLIO DI STATO, SEZ. IV – ordinanza 29
settembre 2015 n. 4542**

Il consiglio di Stato con l'ordinanza in epigrafe ha rimesso alla decisione dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato la questione se l'articolo 38 del codice dei contratti nella parte in cui prevede, al comma 1, lettera i), 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: ... i) 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»*, sia o meno interpretato nel senso che, nel caso in cui la dichiarazione sostitutiva resa dagli offerenti sulla base di un DURC in corso di validità si sia rilevata in contrasto con le risultanze negative del DURC richiesto in sede di controllo dalla stazione appaltante, l'esclusione dalla gara possa disporsi senza che prima sia attivato il procedimento di regolarizzazione.

Ciò in quanto fino a questa ordinanza la giurisprudenza del Consiglio di Stato è stata ondivaga.

Un primo orientamento prevalente afferma che: 1. per l'accertamento del requisito, oggetto di dichiarazioni sostitutive degli offerenti, debba aversi riguardo al DURC richiesto dalla stazione appaltante in sede di controlli, con riferimento, appunto, all'esatta data della domanda di partecipazione, con conseguente insufficienza, ai fini della prova, di eventuali DURC in possesso degli offerenti ed ancora in corso di validità. un secondo, più recente ma ancora minoritario orientamento afferma invece che l'obbligo degli Istituti previdenziali di invitare l'interessato alla regolarizzazione sussiste anche ove la richiesta sia fatta in sede di verifica dalla stazione appaltante.

La Sezione IV ha, da ultimo, dubitato della compatibilità comunitaria dell'impianto normativo sopra riportato, così come interpretato ed

applicato dalla giurisprudenza prevalente, ravvisando, per quanto qui specificatamente rileva, un possibile contrasto con l'art. 45 della direttiva 18/2004.

L'ordinanza ha poi evidenziato che questi dubbi potrebbero essere risolti con l'entrata in vigore del D.M. 30 gennaio 2015 pubblicato nella G.U. del 1° giugno 2015 <http://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2015/07/20/15A05469/sq> con il quale ha trovato definitiva attuazione la disciplina di cui all'art. 4, rubricato «Semplificazioni in materia di Documento Unico di Regolarità Contributiva», del D.L. 20 marzo 2014, n. 34. <http://www.normattiva.it/atto/caricaDettaglioAtto?atto.dataPubblicazioneGazzetta=2014-03-20&atto.codiceRedazionale=14G00046¤tPage=1>

Si coglie l'occasione di fare un breve riepilogo degli aspetti normativi inerenti traendoli dal contesto dell'ordinanza.

Con il citato D.M. 30 gennaio 2015 ha trovato definitiva attuazione la disciplina di cui all'art. 4, rubricato «Semplificazioni in materia di Documento Unico di Regolarità Contributiva», del decreto legge 20 marzo 2014, n. 34, convertito con modificazioni dalla legge 16 maggio 2014, n. 78. L'art. 4 cit. ha previsto forme obbligatorie di interrogazione della banca dati centrale valevoli per qualunque soggetto, pubblico o privato, generanti risposta in tempo reale; ha chiarito che detta "interrogazione assolve all'obbligo di verificare la sussistenza del requisito di ordine generale di cui all'articolo 38, comma 1, lettera i), del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163...." (cfr. art. 4 comma 3).

IL DM 30 gennaio 2015, ha poi previsto, all'art. 4, che "1. Qualora non sia possibile attestare la regolarità contributiva in tempo reale l'INPS, l'INAIL e le Casse edili trasmettono tramite PEC, all'interessato o al soggetto da esso delegato ai sensi dell'art. 1 della legge 11 gennaio 1979, n. 12, l'invito a regolarizzare con indicazione analitica delle cause

di irregolarità rilevate da ciascuno degli Enti tenuti al controllo. 2. L'interessato, avvalendosi delle procedure in uso presso ciascun Ente, può regolarizzare la propria posizione entro un termine non superiore a 15 giorni dalla notifica dell'invito di cui al comma 1. L'invito a regolarizzare impedisce ulteriori verifiche e ha effetto per tutte le interrogazioni intervenute durante il predetto termine di 15 giorni e comunque per un periodo non superiore a 30 giorni dall'interrogazione che lo ha originato. 3. La regolarizzazione entro il termine di 15 giorni genera il Documento in formato «pdf» di cui all'art. 7 " (relativo all'attestazione di regolarità).

La circolare del Ministero del Lavoro (n. 19/2015) ha da ultimo chiarito, in funzione applicativa, che *"le Amministrazioni aggiudicatrici procederanno, pertanto, a decorrere dal 1° luglio 2015, alla verifica delle dichiarazioni sostitutive con le stesse modalità di cui all'articolo 6 del DM restando preclusa, pertanto, dalla medesima data, come precisato nella circolare ministeriale, la possibilità per le Amministrazioni in fase di richiesta di specificare la data nella quale ciascuna dichiarazione è stata resa. Ciò stante l'obbligo generale di invito alla regolarizzazione, previsto dall'art. 4 del DM, anche ai fini di qualificare come "definitivamente accertate" le violazioni gravi alle norme in materia di contributi previdenziali ai sensi dell'art. 38, comma 1 lettera i), del D.Lgs. n. 163/2006".*

Dunque, dal primo luglio (data di entrata in vigore del DM 30 gennaio 2015 giusto quanto previsto dall'art. 10 comma 5 della medesima fonte), in ragione delle nuove previsioni normative e delle modalità applicative, il concetto di definitivo accertamento (proprio dell'ordinamento previdenziale) è subordinato all'invito a regolarizzare anche se l'interrogazione sia compiuta dalla stazione appaltante in funzione di verifica.

. 04542/2015 REG.PROV.COLL.

N. 07484/2015 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

ORDINANZA DI RIMESSIONE ALL'ADUNANZA PLENARIA

sul ricorso numero di registro generale 7484 del 2015, proposto da:

Cavecon Srl, Greco Srl, entrambe in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentati e difesi dall'avv. Marco Di Lullo, con domicilio eletto presso Di Lullo Marco Studio in Roma, viale Parioli N.180;

contro

Consorzio Stabile Grandi Opere Scarl, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in proprio e in qualità di mandataria dell'Ati con Mas Costruzioni di Carucci Marco; ,

nei confronti di

Anas Spa, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituito in giudizio.

per la riforma

della sentenza del T.A.R. CALABRIA - CATANZARO :SEZIONE I n. 00903/2015, resa tra le parti, concernente aggiudicazione appalto lavori di manutenzione straordinaria per la fornitura e posa in opera di giunti e contestuale rifacimento delle testate delle solette di impalcato sui viadotti presenti tra il km 243+521 ed il km 353+450 - provincia di Cosenza

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 17 settembre 2015 il Cons. Giulio Veltri e uditi per le parti l'avvocato Marco Di Lullo;

FATTO

Con bando del 18 luglio 2014 l'ANAS s.p.a. indiceva una procedura di gara per l'affidamento dei lavori di manutenzione straordinaria per la fornitura e posa in opera di giunti e contestuale rifacimento delle testate delle solette di impalcato sui viadotti presenti tra il km 243+521 ed il km 353+450 in provincia di Cosenza.

Partecipavano alla procedura sia la Cavecon (risultata seconda in graduatoria) sia l'Associazione Temporanea d'Imprese, Consorzio Stabile Grandi Opere s.c.a.r.l. - MAS Costruzioni

(risultata prima), dichiarando la regolarità della rispettiva posizione contributiva.

Con provvedimento prot. CCZ-0031753-I del 22 settembre 2014 la Stazione Appaltante aggiudicava definitivamente l'appalto all'ATI Consorzio Stabile Grandi Opere s.c.a.r.l. - MAS Costruzioni, subordinando l'efficacia e l'esecutività dell'aggiudicazione alla verifica del possesso dei requisiti dichiarati dal concorrente in sede di gara.

Con DURC prot. n. 31866431 del 23 settembre 2014, emesso dall'INPS in data 9 ottobre 2014, l'ente previdenziale comunicava alla Stazione Appaltante che la posizione contributiva dell'Impresa MAS Costruzioni non risultava regolare ai fini del DURC .

Il DURC richiamato, in particolare, chiariva che la posizione della MAS Costruzioni non risultava regolare in virtù: a) del mancato versamento all'INAIL dei premi assicurativi per l'anno 2014 per un importo di Euro305,92; b) del mancato versamento all'INPS dei contributi fissi 2013 per un importo di Euro 372,47.

Alla luce di quanto sopra, con note del 16.10.2014 prot. n. CCZ- 0034774-P e prot. n. CCZ-0034776-P, ANAS richiedeva, rispettivamente, all'INAIL e all'INPS, di voler chiarire se alla data di partecipazione alla procedura del 27 agosto 2014 la MAS Costruzioni avesse o meno " ...commesso una violazione grave e definitivamente accertata ... ".

In tale contesto, con nuovo DURC prot. n. 32338703 del 22.10.2014, emesso dall'INPS in data 3.11.2014, gli enti previdenziali confermavano l'irregolarità contributiva della MAS Costruzioni alla data del 27.8.2014, precisando che detta irregolarità consisteva nel mancato versamento a quella data " ... dei premi assicurativi (INAIL) per gli anni 2013-2014 per un importo di Euro 314,47 ... " e che " ... una parte del debito (E. 305,89) è stata pagata in data 24/9/2014 ... "..

Con nota del 12.10.2014, quindi, ANAS comunicava al Consorzio l'avvio del procedimento di revoca dell'aggiudicazione. Con provvedimento del 21.1.2015 revocava l'aggiudicazione disposta in favore dell'ATI Consorzio Stabile Grandi Opere e disponeva l'aggiudicazione dell'appalto in favore della società Cavecon s.r.l...

Avverso tale provvedimento, GOP proponeva ricorso al TAR. La Cavecon, a sua volta, proponeva ricorso incidentale contestando l'atto di ammissione alla gara del R.T.I. ricorrente, i verbali di gara nella parte in cui la Stazione appaltante non lo aveva escluso, il provvedimento di aggiudicazione dell'appalto in favore del medesimo R.T.I. (sebbene condizionato alla successiva verifica del possesso dei requisiti dichiarati in sede di gara), i correlati provvedimenti concernenti la relativa verifica dei requisiti, nonché, *in parte qua*, il successivo provvedimento di revoca di cui alla nota prot. CCZ-0001882-1 del 21.1.2015.

Con sentenza n. 903/2015, in epigrafe indicata, il TAR ha accolto il ricorso principale e respinto il ricorso incidentale.

Ha dapprima analiticamente ricostruito lo stato della giurisprudenza, dando atto che si è manifestato un contrasto di opinioni in ordine all'interpretazione da dare alla norma di cui all'art. 31, comma 8, del d.l. 21 giugno n. 69, convertito in legge 9 agosto 2013 n. 98, recante la rubrica "Semplificazioni in materia di DURC", che dispone: *"Ai fini della verifica per il rilascio del documento unico di regolarità contributiva (DURC), in caso di mancanza dei requisiti per il rilascio di tale documento gli Enti preposti al rilascio, prima dell'emissione del DURC o dell'annullamento del documento già rilasciato, invitano l'interessato, mediante posta elettronica certificata o con lo stesso mezzo per il tramite del consulente del lavoro ovvero degli altri soggetti di cui all'articolo 1 della legge 11 gennaio 1979, n. 12, a regolarizzare la propria posizione entro un termine non superiore a quindici giorni, indicando analiticamente le cause della irregolarità"*.

DIRITTO

Ritiene il Collegio che vi sia, allo stato, in ordine agli elementi centrali della controversia, un contrasto fra le Sezioni che richiede l'intervento chiarificatore dell'Adunanza Plenaria,

Com'è noto l'articolo 38 del codice dei contratti pubblici, che stabilisce i requisiti di ordine generale per la partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, così prevede al comma 1, lettera i):

«1. 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:

(...) i) 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».

Il comma 2 del medesimo articolo definisce il criterio di gravità delle violazioni delle norme in materia di versamento di contributi agli organismi di previdenza sociale. Esso prevede, in sostanza, che si intendono gravi le violazioni ostative al rilascio del documento unico di regolarità contributiva (in prosieguo: il «DURC»).

Le infrazioni ostative al rilascio del DURC, sono state poi definite dal decreto del Ministero del lavoro e della previdenza sociale del 24 ottobre 2007. Ai sensi dell'articolo 8, paragrafo 3, di tale decreto ministeriale:

«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 ad € 100,00, fermo restando l'obbligo di versamento del predetto importo entro i trenta giorni successivi al rilascio del DURC».

Il DURC rilasciato all'impresa ha validità trimestrale.

Ai sensi dell'art. 7, comma 3, di detto D.M., è inoltre previsto che in caso di mancanza dei requisiti di regolarità contributiva, gli Enti interessati prima di rilasciare un DURC negativo *“invitano l'interessato a regolarizzare la propria posizione entro un termine non superiore a quindici giorni”*.

Anche il d.l. n. 69 del 2013, convertito, con modificazioni, in l. n. 98 del 2013, all'art. 31, comma 8, ribadisce che *“Ai fini della verifica per il rilascio del documento unico di regolarità contributiva (DURC), in caso di mancanza dei requisiti per il rilascio di tale documento gli Enti preposti al rilascio, prima dell'emissione del DURC o dell'annullamento del documento già rilasciato, invitano l'interessato, mediante posta elettronica certificata o con lo stesso mezzo per il tramite del consulente del lavoro ovvero degli altri soggetti di cui all'articolo 1 della legge 11 gennaio 1979, n. 12, a regolarizzare la propria posizione entro un termine non superiore a quindici giorni, indicando analiticamente le cause della irregolarità”*.

A fronte di tale normativa, la giurisprudenza del Consiglio di Stato si è trovata ad affrontare casi in cui la dichiarazione sostitutiva resa dagli offerenti sulla base di un DURC in corso di validità si è rilevata in contrasto con le risultanze negative del DURC richiesto in sede di controllo dalla stazione appaltante. Nel dare soluzione a tali casi le Sezioni hanno fatto registrare contrasti interpretativi.

A) Un primo orientamento, che può dirsi prevalente nonché ribadito anche da ultimo, ritiene che: 1. per l'accertamento del requisito, oggetto di dichiarazioni sostitutive degli offerenti, debba aversi riguardo al DURC richiesto dalla stazione appaltante in sede di controlli, con riferimento, appunto, all'esatta data della domanda di partecipazione, con conseguente insufficienza, ai fini della prova, di eventuali DURC in possesso degli offerenti ed ancora in corso di validità (sul punto Cons. Stato, sez. IV, 12 marzo 2009, n. 1458; sez. V, 10 agosto 2010, n. 5556; sez. IV, 15 settembre 2010, n. 6907; sez. V, 12 ottobre 2011, n. 5531); 2. l'invito alla regolarizzazione (cd. preavviso di DURC negativo) non si applica in caso di DURC richiesto dalla stazione appaltante, atteso che, l'obbligo dell'INPS di attivare la procedura di regolarizzazione prevista dall'art. 7, comma 3, del D.M. 24 ottobre 2007 si scontra con i principi in tema di procedure di evidenza pubblica che non ammettono regolarizzazioni postume (o, detto diversamente, l'eventuale regolarizzazione postuma non sarebbe comunque idonea ad elidere il dato dell'irregolarità alla data di presentazione dell'offerta) (Cfr. Consiglio di Stato, IV, 12 marzo 2009 n. 1458; VI, 11 agosto 2009, n. 4928; 6 aprile 2010, n. 1934; 5 luglio 2010, n. 4243; sez. V, 16 settembre 2011, n. 5194; incidentalmente, anche Adunanza Plenaria, 20/2013;

B) Un secondo, più recente ma ancora minoritario orientamento afferma invece che l'obbligo degli Istituti previdenziali di invitare l'interessato alla regolarizzazione sussiste anche ove la richiesta sia fatta in sede di verifica dalla stazione appaltante (Cfr. Sezione V, 14 ottobre 2014, n. 5064). Ancora più chiaramente, secondo Sez.. V – sentenza 16 febbraio 2015 n. 78: *“Nel caso di gara di appalto svoltasi nella vigenza del decreto del Ministero del Lavoro del 24 ottobre 2007 e del d.l. 21 giugno 2013, n. 69, convertito, con modificazioni, in l. n. 98 del 2013, che hanno sostanzialmente modificato l'art. 38 del d.lgs. n. 163 del 2006, deve ritenersi che il requisito della regolarità contributiva sussista solo al momento di scadenza del termine di quindici giorni assegnato dall'ente previdenziale per la regolarizzazione della posizione contributiva. L'art. 31, comma 8, del d.l. n. 69 del 2013, stabilisce infatti che gli enti preposti al rilascio del DURC “invitano l'interessato, mediante posta elettronica certificata o con lo stesso mezzo per il tramite del consulente del lavoro ovvero degli altri soggetti di cui all'articolo 1 della legge 11 gennaio 1979, n. 12, a regolarizzare la propria posizione entro un termine non superiore a quindici giorni, indicando analiticamente le cause della irregolarità”. In assenza della assegnazione di tale termine, il DURC negativo eventualmente emesso deve ritenersi irrimediabilmente viziato ed è quindi inidoneo a comportare la esclusione della impresa cui è relativo, in quanto la violazione contributiva rilevata non può ritenersi definitivamente accertata”*.

Infine, la Sezione IV ha dubitato della compatibilità comunitaria dell'impianto normativo sopra riportato, così come interpretato ed applicato dalla giurisprudenza prevalente, ravvisando, per quanto qui specificatamente rileva, un possibile contrasto con l'art. 45 della direttiva 18/2004. In particolare, secondo la Sezione *“l'art. 45 individua, al paragrafo 1, alcune ipotesi che devono necessariamente comportare l'esclusione, nonché al paragrafo 2, alcune altre, e meno allarmanti ipotesi che “possono” comportare l'esclusione. Le differenze tra le due fattispecie sono relevantissime. Nell'ipotesi di esclusione obbligatoria di cui al par. 1, le stazioni appaltanti “qualora abbiano dubbi sulla situazione personale di tali candidati/offerti, possono rivolgersi alle autorità competenti per ottenere le informazioni relative alla situazione personale dei candidati o offerenti che reputino necessarie” e “se le informazioni riguardano un candidato o un offerente stabilito in uno Stato membro diverso da quello dell'amministrazione aggiudicatrice, quest'ultima può richiedere la cooperazione delle autorità competenti”.*

Diversamente, nelle minori ipotesi di cui al comma 2 “Le amministrazioni aggiudicatrici accettano come prova sufficiente che attesta che l'operatore economico non si trova in nessuna delle situazioni di cui al (...) paragrafo 2 (...) un certificato rilasciato dall'autorità competente dello Stato membro in questione”. Ed ancora “Qualora non siano rilasciati dal paese in questione o non menzionino tutti i casi previsti (...) al paragrafo 2, lettere a), b) o c), i documenti o i certificati possono essere sostituiti da una dichiarazione giurata (...)”

Riepilogando, ove ricorrano cause di obbligatoria esclusione è consentita la verifica d'ufficio, e per le imprese straniere non è ammessa alcuna dichiarazione giurata; ove ricorrano cause di facoltativa esclusione, non è consentita la verifica d'ufficio, dovendo le stazioni appaltanti limitarsi ad "accettare" le certificazioni prodotte dai partecipanti; per le imprese straniere è invece ammessa la dichiarazione giurata.

Ciò significa, con riguardo all'ipotesi dell'esclusione facoltativa che in questa sede rileva, che le stazioni appaltanti, a mente della direttiva 18/2004, e contrariamente a quanto previsto dall'ordinamento italiano:

1) non possono richiedere esse stesse il DURC in luogo dell'operatore interessato, dando così dirimente rilievo alla irregolarità storica non più sussistente, ma possono al più pretendere che il candidato allegghi all'atto della domanda il DURC in corso di validità, ovvero che lo produca prima dell'aggiudicazione (questo il senso della locuzione "le amministrazioni accettano come prova sufficiente.....". Questa, nell'ordinamento italiano, non è questione di mero dettaglio poiché, l'aver previsto una richiesta d'ufficio del DURC, e l'aver posto a base dell'obbligatoria esclusione il certificato negativo acquisito d'ufficio in relazione a date pregresse (ossia la data di partecipazione), ha consentito che potessero emergere inadempienze contributive, non conosciute dall'operatore economico (il quale fa affidamento sulla validità trimestrale del DURC positivo ad egli rilasciato) o addirittura, come nel caso di specie, medio tempore sanate.

Se invece le stazioni appaltanti si limitassero ad "accettare" l'allegazione del DURC da parte dei concorrenti – così come previsto dalla direttiva - una tale anomalia non verrebbe mai in rilievo, atteso che, anche ove

soppravvenissero ipotesi di inadempienza contributiva, gli istituti previdenziali, ai sensi dell'art. 7 del DM 24 ottobre 2007, avrebbero l'obbligo di preavvisare il richiedente, dandogli possibilità di regolarizzazione nei successivi 15 giorni. Ergo, se l'operatore economico regolarizza la sua posizione, otterrà e potrà produrre una certificazione nuovamente positiva e non ostativa. L'inadempienza solo "storica" non avrebbe cioè modo di venire in rilievo, ad eccezione dei casi in cui il concorrente si rifiuti di regolarizzare. In conclusione, l'avere previsto un sistema che richiede sempre il controllo d'ufficio e storico della regolarità contributiva, senza possibilità di regolarizzazione in corso di gara, contrasta con la ratio ed il tenore dell'art. 45" (così Sez. IV, 11 marzo 2015, ord. n. 1236).

I dubbi sopra esposti dovrebbero invero dissiparsi con l'entrata in vigore del Decreto del Ministro del Lavoro e delle Politiche Sociali emanato di concerto con il Ministro dell'Economia e delle Finanze e il Ministro per la Semplificazione e la Pubblica Amministrazione il 30 gennaio 2015 , pubblicato sulla G.U. n. 125 del 1-6-2015, con il quale ha trovato definitiva attuazione la disciplina di cui all'art. 4, rubricato «Semplificazioni in materia di Documento Unico di Regolarità Contributiva», del decreto legge 20 marzo 2014, n. 34, convertito con modificazioni dalla legge 16 maggio 2014, n. 78.

L'art. 4 cit. ha previsto forme obbligatorie di interrogazione della banca dati centrale vevoli per qualunque soggetto, pubblico o privato, generanti risposta in tempo reale; ha

chiarito che detta “*l'interrogazione assolve all'obbligo di verificare la sussistenza del requisito di ordine generale di cui all'articolo 38, comma 1, lettera i), del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163....*” (cfr. art. 4 comma 3).

IL DM 30 gennaio 2015, ha poi previsto, all'art. 4, che “*1. Qualora non sia possibile attestare la regolarità contributiva in tempo reale l'INPS, l'INAIL e le Casse edili trasmettono tramite PEC, all'interessato o al soggetto da esso delegato ai sensi dell'art. 1 della legge 11 gennaio 1979, n. 12, l'invito a regolarizzare con indicazione analitica delle cause di irregolarità rilevate da ciascuno degli Enti tenuti al controllo. 2. L'interessato, avvalendosi delle procedure in uso presso ciascun Ente, può regolarizzare la propria posizione entro un termine non superiore a 15 giorni dalla notifica dell'invito di cui al comma 1. L'invito a regolarizzare impedisce ulteriori verifiche e ha effetto per tutte le interrogazioni intervenute durante il predetto termine di 15 giorni e comunque per un periodo non superiore a 30 giorni dall'interrogazione che lo ha originato. 3. La regolarizzazione entro il termine di 15 giorni genera il Documento in formato «pdf» di cui all'art. 7 “ (ndr. ossia l'attestazione di regolarità)*

Una successiva circolare del Ministero del Lavoro (n. 19/2015) ha da ultimo chiarito, in funzione applicativa, che “*le Amministrazioni aggiudicatrici procederanno, pertanto, a decorrere dal 1° luglio 2015, alla verifica delle dichiarazioni sostitutive con le stesse modalità di cui all'articolo 6 del DM restando preclusa, pertanto, dalla medesima data, come precisato nella circolare ministeriale, la possibilità*

per le Amministrazioni in fase di richiesta di specificare la data nella quale ciascuna dichiarazione è stata resa. Ciò stante l'obbligo generale di invito alla regolarizzazione, previsto dall'art. 4 del DM, anche ai fini di qualificare come "definitivamente accertate" le violazioni gravi alle norme in materia di contributi previdenziali ai sensi dell'art. 38, comma 1 lettera i), del D.Lgs. n. 163/2006"

Dunque, dal primo luglio (data di entrata in vigore del DM 30 gennaio 2015 giusto quanto previsto dall'art. 10 comma 5 della medesima fonte), in ragione delle nuove previsioni normative e delle modalità applicative, il concetto di definitivo accertamento (proprio dell'ordinamento previdenziale) è subordinato all'invito a regolarizzare anche se l'interrogazione sia compiuta dalla stazione appaltante in funzione di verifica.

Il problema esegetico rimane però evidentemente in piedi per il periodo antecedente, ed interessa le Sezioni, nonché i TAR che, com'anzi detto, appaiono divisi.

Il collegio rimettente è dell'opinione che l'obbligo del previo avviso di regolarizzazione, previsto sin dal 2007 in via regolamentare (art. 7 del DM 24 ottobre 2007), e dal 2013 anche in forza di disposizione di legge (art. 31, comma 8, del d.l. n. 69 del 2013), deve intendersi sussistente anche per il caso di richiesta proveniente dalla stazione appaltante.

Ciò poiché, in mancanza di avviso non solo si pone nel nulla il sistema della certificazione di regolarità conseguita dal privato ed in corso di validità, in violazione del DM 24 ottobre 2007

che non distingue in punto di efficacia degli atti di certazione a seconda della natura pubblica o privata del richiedente, ma si viola il principio di affidamento dei privati, costituzionalmente e comunitariamente fondato, riconoscendo carattere di “definitività” ad una violazione previdenziale che non risulta dal DURC “privato” né è mai stata previamente comunicata al contribuente.

Con conseguente irragionevolezza complessiva della disciplina di cui all’art. 38 codice dei contratti pubblici nella parte in cui dalla sua applicazione deriva l’esclusione di offerte potenzialmente convenienti per l’amministrazione.

Né potrebbe venire, nel caso di specie, in rilievo il principio della *par condicio* endoprocedurale atteso che non si tratta di sanare *ex post* una violazione definitivamente accertata al momento della partecipazione, quanto di escludere – giova ribadirlo - il carattere di definitività per talune violazioni (sovente coincidenti in ritardi nel versamento, in erronee autoliquidazioni in via presuntiva e anticipata, o in mancate compensazioni) non risultanti dal DURC in possesso del privato né allo stesso previamente comunicati.

In relazione alla questione da ultimo cennata, il Collegio per completezza di esposizione ed al fine di meglio specificare gli ambiti esegetici rilevanti, ritiene di dover farsi carico di quanto recentemente affermato dall’Adunanza Plenaria di questo Consiglio nella decisione n. 8 dell’anno in corso, con la quale è

stata risolta una controversia relativa ad una procedura di appalto di servizi in cui era emersa ed era stata posta in discussione una temporanea interruzione della validità di una SOA (nella specie nella categoria OG 1) per un breve periodo (dal 31 luglio 2011 al 22 settembre dello stesso anno) interruzione che si sarebbe verificata in dipendenza dell'esegesi, controversa tra le parti, della disposizione transitoria di cui all'art. 357 del D.P.R. 5 ottobre 2010 n. 357.

In tale circostanza l'Adunanza Plenaria dopo aver risolto il quesito esegetico circa il citato art. 357 nel senso che per le categorie cosiddette non variate necessitava la verifica triennale e che quindi si era verificato l'anzidetto iato temporale, ha di seguito affrontato anche il secondo quesito nel quale all'Adunanza era stato chiesto di decidere se la carenza di continuità dell'attestazione del requisito di qualificazione nella categoria OG 1 in capo ad una impresa ausiliaria fosse in grado di comportare o meno l'esclusione dalla gara del R.T.I. risultato aggiudicatario.

L'Adunanza, nella specie, ha ribadito il principio, peraltro già affermato nelle precedenti decisioni della stessa Adunanza *ex professo* richiamate (nn. 1/2010; 4/2011; 8 e 27/2012; 15 e 20/2013; 10/2014) secondo cui nelle gare di appalto per l'aggiudicazione di contratti pubblici, i requisiti generali e speciali devono essere posseduti dai candidati, non solo alla data di scadenza del termine per la presentazione della richiesta

di partecipazione alla procedura di affidamento, ma anche per tutta la durata della procedura stessa fino all'aggiudicazione definitiva ed alla stipula del contratto, nonché per tutto il periodo dell'esecuzione dello stesso, senza soluzione di continuità.

Orbene, ritiene il collegio che il consolidatissimo principio di cui si è appena trattato non possa essere validamente richiamato per la risoluzione della questione esegetica oggi sottoposta.

La tesi del Collegio, nonché quella di parte della giurisprudenza in premessa citata, non giunge ad ammettere la sanatoria di un'irregolarità grave, sussistente al momento della partecipazione o emersa in pendenza della gara, ma si limita piuttosto a rilevare che, essendo il concetto di gravità e definitività della violazione contributiva o fiscale - richiamato in funzione ostativa dall'art. 38 del codice dei contratti pubblici - ormai rimesso all'ordinamento previdenziale per il tramite della disciplina generale sul rilascio del DURC (sul punto, chiaramente A.P. n. 8/2012), è quell'ordinamento che occorre guardare per verificare se effettivamente la violazione vi sia e se essa sia definitiva. Ed in proposito, non v'è dubbio alcuno che quell'ordinamento è esplicito nel prevedere che il DURC non può certificare come "definitiva" un'irregolarità, se non previo invio di "avviso di regolarizzazione" all'impresa.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta) non definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, ne dispone il deferimento all'adunanza plenaria del Consiglio di Stato.

Allo stato respinge la domanda cautelare proposta dall'appellante.

Manda alla segreteria della sezione per gli adempimenti di competenza, e, in particolare, per la trasmissione del fascicolo di causa e della presente ordinanza al segretario incaricato di assistere all'adunanza plenaria.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 17 settembre 2015 con l'intervento dei magistrati:

Riccardo Virgilio, Presidente

Nicola Russo, Consigliere

Raffaele Potenza, Consigliere

Andrea Migliozi, Consigliere

Giulio Veltri, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 29/09/2015

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)

Al Dirigente della Ripartizione

Affari Generali, Legale e Contratti

Al Responsabile Area Affari Legali e Contratti

Al Responsabile Ufficio Appalti

i