

ESCLUSIONE DALLA GARA D'APPALTO PER VIOLAZIONE DEGLI OBBLIGHI CONTRIBUTIVI PREVIDENZIALI ED ASSISTENZIALI: IL GIUDIZIO SULLA "GRAVITÀ" DELLA VIOLAZIONE E LA CONFIGURABILITÀ DI UNA FALSA DICHIARAZIONE IN CASO DI BANDO GENERICO, ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI ED INTERVENUTE MODIFICHE NORMATIVE

dell'Avv. Andrea Pistilli

Brevi note circa l'esclusione dalla gara d'appalto ai sensi dell'art. 38 co. 1 lett. i) del d. lgs. n. 163/2006 in considerazione della normativa vigente e delle pronunce giurisprudenziali

Brief notes about the exclusion from the tender in accordance with art. 38 paragraph 1 letter. i) of the Legislative Decree no. n. 163/2006 in the light of current legislation and court rulings

Sommario: 1 Premessa. 2. I requisiti generali. 3. La valutazione della "gravità" della violazione contributiva: orientamenti giurisprudenziali. 4. Il contenuto della dichiarazione di inesistenza di violazioni contributive in caso di bando generico: configurabilità o meno di una falsa dichiarazione. 5. Il d.l. n. 70 del 13.5.2011 e la modifica del co. 2 dell'art. 38: riflessi sull'esclusione per violazioni contributive. 6. La pronuncia del Consiglio di Stato, in adunanza Plenaria, del 4.5.2012 n. 8.

1. Premessa.

Secondo la lett. i) del primo comma dell'art. 38 del d. lgs. 163/2006 (in seguito, codice dei contratti pubblici) 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".

Tale disposizione offre lo spunto per analizzare alcune questioni più volte poste all'attenzione del Giudice amministrativo.

La prima, su cui la giurisprudenza da tempo si interroga, riguarda la possibilità per la stazione appaltante di valutare discrezionalmente la gravità delle violazioni contributive (definitivamente accertate) del concorrente al fine di disporre l'esclusione dalla gara, ovve-

ro, se la stessa, per i medesimi fini, possa soltanto constatare - con automatismo valutativo circa la gravità - le risultanze del d.u.r.c..

Altra questione riguarda il contenuto della dichiarazione di insussistenza di violazioni contributive in caso di bando generico e la configurabilità di una falsa dichiarazione per violazioni non gravi.

2. I requisiti generali.

Premessa necessaria per affrontare le questioni innanzi esposte, è quella di analizzare, seppur brevemente, i requisiti di ordine generale di cui all'art. 38 co. 1 del codice dei contratti pubblici¹, comunemente definiti "cause

¹ Su tali requisiti, in generale: R. Proietti, in *Codice dell'appalto pubblico*, a cura di S. Baccarini, G. Chiné, R. Proietti, Milano, 2011, pag. 451 e ss.; R. De Nictolis, in *Manuale dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture*, Roma, 2010, pag. 397 e ss.; F. Mascia, in *Codice dei contratti pubblici*, a cura di A. Maggio e G. Steri, 2009, pag. 276 e ss.; L. Ponzzone, *Requisiti di ordine generale e di idoneità professiona-*

di esclusione” in quanto determinanti l’esclusione dalla procedura di gara se non posseduti dall’impresa partecipante.

Tali requisiti, i quali mirano a garantire che il concorrente sia solvibile nonché moralmente e professionalmente affidabile, si differenziano dai requisiti di ordine speciale (afferenti alla capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa dell’impresa) poiché mentre quest’ultimi sono parametrati alle prestazioni oggetto del contratto, e sono variabili in funzione del tipo e del valore della prestazione, essi sono uguali per tutte le gare di appalto - sia di lavori che di servizi e di forniture - a prescindere dall’importo e dal tipo di prestazione da svolgere².

I requisiti generali devono essere posseduti dal partecipante alla scadenza del termine per la presentazione delle offerte - o delle domande di partecipazione nel caso di procedure ristrette - e per tutto lo svolgimento della procedura di affidamento, sino alla stipula del contratto, pena l’esclusione ovvero la mancata stipulazione.

Il possesso degli stessi poi, deve essere verificato nei confronti di tutti i concorrenti, non applicandosi il c.d. controllo a campione di cui all’art. 48 del codice dei contratti, che riguarda soltanto i requisiti di carattere spe-

ciale.

Laddove la normativa comunitaria distingue tra cause di esclusione “obbligatorie” e cause di esclusione “facoltative”³, le cause previste dall’art. 38, per opinione generale, sono tutte di carattere obbligatorio. Pertanto, in presenza di una di esse sussiste l’obbligo per la stazione appaltante di escludere il concorrente (essendo venuta meno l’affidabilità morale e l’elemento fiduciario del partecipante).

Fermo restando il predetto carattere di obbligatorietà, può comunque distinguersi tra cause di esclusione rispetto alla cui esistenza la stazione appaltante compie un’attività di mera costatazione ed altre, invece, rispetto alle quali l’amministrazione è chiamata a compiere una valutazione discrezionale su alcuni elementi della fattispecie.

Non pare, ad esempio che possano esservi dubbi sulla totale vincolatività dei provvedimenti di esclusione in caso di fallimento o di altre procedure concorsuali in capo al concorrente, di cui è sufficiente che si accerti la pendenza (art. 38 co. 1 lett. a); così come pure in relazione alla presenza di condanne per uno dei reati indicati dal primo comma dell’art. 5 della dir. n. 18/2004/CE (art. 38 co. 1 lett. c)⁴.

Non parrebbero residuare spazi di valutazione nemmeno nel caso dell’avvenuta annotazione nel Casellario informatico di una dichiarazione non veritiera che l’impresa abbia reso in un’altra gara (art. 38 comma 1 lett. h).

Profili di discrezionalità, invece - o quanto meno un potere di interpretazione delle previsioni normative⁵ - sono stati riconosciuti in capo all’amministrazione, in primo luogo, in ordine alla valutazione dell’incidenza della condanna penale sull’affidabilità (moralità professionale) del concorrente (art. 38 co. 1 lett. c). A tal fine difatti, per giurisprudenza

le, in *Il nuovo codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, a cura di F. Saitta, 2008, pag. 231 e ss..

² Cfr. R. Greco, I requisiti di ordine generale, in *Trattato sui contratti pubblici*, diretto da M. A. Sandulli, R. De Nictolis, R. Garofoli, Vol. II, Milano, 2008, pag. 1271. In particolare, l’art. 38 - applicabile anche ai settori speciali (ex esclusi) per l’espresso richiamo operato dall’art. 206 del codice - si applica agli appalti sotto soglia comunitaria in base all’art. 121 del d. lgs. n. 163/2006 con riferimento ai lavori, e all’art. 124, co. 7, per quanto attiene ai servizi e alle forniture: in verità, tale ultima disposizione ha demandato al regolamento attuativo di disciplinare, secondo criteri di semplificazione rispetto alle norme dettate dal codice per gli appalti di importo superiore alle soglie comunitarie, i requisiti di idoneità morale, capacità tecnico-professionale ed economico-finanziaria che devono essere posseduti dagli operatori economici, con ciò implicitamente stabilendo che, fino a tale momento, trova integrale applicazione l’art. 38. Tuttavia, il regolamento attuativo (d.P.R. n. 207/2010), ha confermato l’applicabilità di tutti i requisiti generali previsti dall’art. 38 senza dettare, per quanto attiene gli appalti di servizi e forniture, criteri di semplificazione.

³ Dir. 2004/18/CE, art. 45.

⁴ Cfr. Greco; *I requisiti di ordine generale*, cit., pag. 1285 e seguenti.

⁵ In tale prospettiva, F. Saitta, *Moralità professionale e partecipazione alle gare (Note a margine dell’art. 12, co. 1, lett. b) d.lgs. n. 157/1995)* in *Riv. Trim. app.*, 2004, pag. 241.

costante⁶, il committente deve tenere in considerazione tutti gli elementi della fattispecie, fra cui la gravità del fatto e le modalità della sua commissione, oltre al *tempus commissi delicti*, alla sua eventuale reiterazione, nonché alle particolarità dell'oggetto dell'appalto.

Un'ampia discrezionalità della PA. sembra poi rintracciabile nel momento in cui essa è chiamata a valutare fattispecie di (grave) negligenza o malafede del concorrente manifestatesi in occasione di precedenti affidamenti, poiché si tratta di vicende che hanno visto coinvolta la medesima committente, e nelle quali dunque il margine di apprezzamento in ordine all'affidabilità che ci si deve attendere nell'esecuzione di un futuro contratto è particolarmente significativo (art. 38 co. 1 lett. f).

Con riferimento invece alle violazioni contributive di cui all'art. 38 comma 1 lett. i), oscillante è l'orientamento della giurisprudenza che talora ha riconosciuto alla stazione appaltante lo svolgimento di un'attività discrezionale, talaltra ha attribuito alla stessa un'attività di mera constatazione.

3. La valutazione della "gravità" della violazione contributiva: orientamenti giurisprudenziali.

Come detto, questione di primaria rilevanza è se la valutazione della gravità delle violazioni⁷ previste dalla lett. i) dell'art. 38 rientri nella discrezionalità della stazione appaltante, oppure, si riduca ad una presa d'atto delle risultanze delle certificazioni rilasciate dagli enti competenti (previdenziali ed assistenziali), relative alla regolarità contributiva delle imprese.

Al fine di esaminare tale questione, quindi, è necessario analizzare anzitutto il sistema

⁶ CdS, V, 12.4.2007, n. 1723, in www.giustizia-amministrativa.it; CdS, V, 27.4.2006, n. 2373, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁷ Secondo il CdS., VI, 4.4.2011, n. 2100, "l'uso del plurale per qualificare la condotta effrattiva delle norme sugli obblighi di contribuzione del datore di lavoro, si collega al carattere generale ed astratto del dato normativo, riferito all'ampia casistica delle violazioni che, in concorso con la connotazione di gravità, precludono la partecipazione del concorrente alla gara", pertanto, non esclude la ragionevolezza del provvedimento espulsivo la circostanza secondo cui la violazione contributiva "sia stata commessa dall'impresa una sola volta".

predisposto dal legislatore per l'accertamento della regolarità contributiva degli operatori economici.

Come noto, l'art. 2 d.l. 25.9.2002, n. 210 (convertito in legge, con modificazioni, dalla l. 22.11.2002, n. 266) e l'art. 3, co. 8, lett. b bis), d. lgs. 14.8.1996, n. 494 (come modificato dal d.lgs. 10.9.2003, n. 276) hanno introdotto nel nostro ordinamento il documento unico di regolarità contributiva (d.u.r.c.), certificato con il quale l'INPS, l'INAIL e la Cassa edile attestano la regolarità di un operatore economico per quanto riguarda il versamento dei contributi ad essi dovuti in base alla rispettiva normativa di riferimento.

Successivamente, il decreto del Ministero del lavoro e della previdenza sociale del 24 ottobre 2007 - ad oggi il principale punto di riferimento normativo in materia, assieme alla circolare esplicativa n. 5 del 30.1.2008 dello stesso Ministero - nel regolamentare le modalità di rilascio ed i contenuti del d.u.r.c., ha fissato, ai soli fini della partecipazione alle gare d'appalto, una soglia di "gravità", una vera e propria franchigia entro la quale le omissioni contributive vengono considerate non gravi e non impediscono il rilascio di un d.u.r.c. regolare (art. 8)⁸.

In particolare, secondo l'art. 8, co. 3, del decreto non osta al rilascio del d.u.r.c. una omissione contributiva caratterizzata da uno 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, da uno scostamento inferiore ad € 100,00 - fermo restando l'obbligo di versamento del predetto importo entro i trenta giorni successivi al rilascio del d.u.r.c.⁹

A seguito dell'introduzione di tale disciplina, parte della giurisprudenza ha riconosciuto che, ai fini della partecipazione alla ga-

⁸ V. Stroppiana, *Capacità economico-finanziaria e regolarità contributiva: analisi di una giurisprudenza incerta*, in *Urbanistica e Appalti*, 2008, pag. 1435.

⁹ Il procedimento di rilascio di tale documento è stato di recente semplificato attraverso l'introduzione al co. 10 dell'art. 16 bis del d.l. 29.11.2008 n. 185 (convertito dalla l. 28.1.2009 n. 2) dell'obbligo in capo alle stazioni appaltanti pubbliche di acquisire d'ufficio, anche attraverso strumenti informatici, il d.u.r.c. dagli istituti o dagli enti abilitati al rilascio in tutti i casi in cui è richiesto dalla legge.

ra d'appalto, la verifica della regolarità contributiva non è realmente svolta dalle stazioni appaltanti in quanto essa, di fatto, è demandata agli enti previdenziali ed assistenziali: la stazione appaltante non deve far altro che prendere atto della certificazione rilasciata da tali enti, senza poterne in alcun modo sindacare le risultanze¹⁰.

Una tale conclusione, secondo il predetto orientamento - c.d. "formalistico" - deriverebbe, peraltro, dal fatto che il d.u.r.c. assume 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'art. 2700 c.c., facente pertanto prova fino a querela di falso. Attesa la natura giuridica del durc non residuerebbe in capo alla stazione appaltante alcun margine di valutazione o di apprezzamento in ordine ai dati ed alle circostanze in esso contenute¹¹.

Altro orientamento giurisprudenziale - c.d. "sostanzialistico" - ritiene invece che le irregolarità risultanti dal d.u.r.c. debbano comunque essere valutate dalla stazione appaltante ai fini della partecipazione del privato alla procedura di affidamento. In seno ad un'interpretazione letterale dell'art. 38, comma 1, lett. i), difatti, le violazioni impedirebbero la partecipazione solo se considerate gravi dall'amministrazione in sede di accertamento¹².

¹⁰ CdS, V, 1.8.2007, n. 4273 in www.giustizia-amministrativa.it; in tal senso anche l'Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici, det.12.1.2010, n. 1, in www.avcp.it.

¹¹ CdS, VI, 6.4.2010, n. 1930, in www.giustizia-amministrativa.it; TAR Calabria - RC, 23.3.2010, n. 291, in www.giustizia-amministrativa.it; CdS, IV, 12.3.2009, n. 1458, in *Urbanistica e Appalti*, 2009, pag. 1214, con nota di Bertini, *DURC e gare d'appalto, tra dubbi e certezze*; in tal senso, vedi anche Autorità di Vigilanza sui LL.PP., det. 12.1.2010, n. 1, in www.avcp.it.

¹² CdS, IV, 15.9.2010, n. 6907, in www.giustizia-amministrativa.it; CdS, III, 29.9.2009, n. 2345, *ivi*; CdS, V, 11.5.2009, n. 2874, *ivi*; CdS, V, 1.8.2007, n. 4273, in *Urbanistica e Appalti*, 2008, pag. 202, con commento di L. De Pauli, *Requisito di regolarità contributiva e sindacato da parte delle stazioni appaltanti*.

In particolare, viene affermato da tale orientamento che una declaratoria di non regolarità contributiva contenuta nel d.u.r.c. costituisce "grave indizio" che sia stata commessa una violazione ai sensi dell'art. 38 co. 1 lett. i) ma, comunque, deve escludersi ogni automatismo valutativo da parte della stazione appaltante, la quale, è chiamata ad apprezzare in concreto la gravità della fattispecie senza, peraltro, essere vincolata ai parametri utilizzati dal citato decreto ministeriale del 2007, il quale non costituisce disposizione attuativa del codice degli appalti¹³.

Similmente è stato ritenuto che, pur essendo le risultanze del documento unico di regolarità contributiva incontrovertibili, spetti comunque alla stazione appaltante decidere se le stesse siano idonee e sufficienti anche a giustificare un giudizio in termini di gravità della violazione: ciò, in quanto un conto è la regolarità contributiva formale rimessa al potere di accertamento e di valutazione dell'Istituto previdenziale, un conto è la gravità di una violazione in materia contributiva e previdenziale ai fini dell'aggiudicazione di un contratto, che impone un'ulteriore deliberazione da parte della stazione appaltante, non poggiante solo su dati rigorosamente numerici, come invece, stabilisce il d.m. 24.10.2007¹⁴.

Nell'aderire a quest'ultimo orientamento, il Consiglio di Stato ha di recente precisato che la previsione di un'entità minima del debito previdenziale, come prevista dal d.m. del 2007 al di sotto della quale non c'è irregolarità contributiva, ha solo lo scopo di esemplificare il procedimento di rilascio del d.u.r.c., e che, ove venisse superato il limite minimo anzidetto, la stazione appaltante dovrebbe comunque verificare la gravità o meno del debito, anche in caso di bando non specifico circa i termini della dichiarazione da rendersi all'atto della presentazione della domanda di partecipazione alla gara (CdS, IV, 24.2.2011, n.1228).

4. Il contenuto della dichiarazione di inesistenza di violazioni contributive in caso

¹³ CdS, VI, 6.4.2010, n. 1934, in www.giustizia-amministrativa.it; CdS, VI, 4.8.2009, n. 4906; TAR Marche, 12.4.2005, n. 292.

¹⁴ TAR Calabria, RC, 23.3.2010, n. 291.

di bando generico: configurabilità o meno di una falsa dichiarazione.

Altra questione rilevante è quella relativa al contenuto della dichiarazione resa in sede di gara ed alla sua eventuale declaratoria di falsità nel caso in cui il bando richieda, genericamente, di dichiarare l'insussistenza di violazioni gravi definitivamente accertate rispetto agli obblighi contributivi.

Come noto il Codice dei contratti stabilisce l'esclusione del concorrente per la falsa dichiarazione resa in merito ai requisiti (e alle condizioni rilevanti per la partecipazione alle procedure di gara) in base al combinato disposto del co. 1 lett. h) e del co. 1 *ter*¹⁵ dell'art. 38: tali disposizioni però sanzionano le false dichiarazioni rese nell'anno antecedente alla data di pubblicazione del bando di gara, risultanti dalle annotazioni nel casellario informatico.

Tali norme, quindi, si riferiscono chiaramente alle false dichiarazioni rese in gare precedenti rispetto a quella per cui si procede. Tuttavia, implicitamente, si ritiene che anche una falsa dichiarazione resa in sede di gara possa comportare l'esclusione dalla stessa dell'impresa che l'ha compiuta.

Tanto discende normalmente dalle puntuali previsioni del bando di gara ma, discende anche dal diritto comunitario¹⁶ e dal sistema dell'art. 38 (il quale impone ai concorrenti di fornire dichiarazioni veritiere, sicché la falsità va sanzionata con l'esclusione¹⁷).

Posto che le false dichiarazioni rese in sede di gara integrano autonome cause di esclu-

sione, la questione circa il contenuto della dichiarazione del concorrente e la sua eventuale declaratoria di falsità si pone con particolare riguardo a quei requisiti in riferimento alla cui esistenza sia il concorrente – ai fini della loro menzione nella dichiarazione da depositare in sede di gara - sia la stazione appaltante - in sede di verifica - è chiamato a svolgere un'attività valutativa (ad esempio rispetto alla "gravità" della condanna penale o della violazione contributiva) e non meramente accertativa (quale ad esempio l'attività svolta rispetto alla pendenza del fallimento o di altra procedura concorsuale).

Sul tema la giurisprudenza si è pronunciata più volte con riferimento alle cause di esclusione di cui alle lettere c)¹⁸ ed i)¹⁹ del comma 1 dell'art. 38, giungendo a diverse conclusioni a seconda che il bando di gara preveda genericamente una dichiarazione di insussistenza delle predette cause ovvero specifichi il contenuto della dichiarazione.

Nel primo caso - bando generico - tale giurisprudenza ha riconosciuto che il concorrente, non essendo soggetto a prescrizioni del bando, è legittimato a compiere autonomamente una valutazione di gravità/non gravità delle condanne subite e dei propri debiti contributivi, ai fini della loro menzione.

Pertanto, una eventuale incompletezza della dichiarazione - nel senso che non sarebbero state dichiarate "tutte" le condanne penali o "tutte" le violazioni contributive, anche quelle non gravi - non può essere considerata falsa e costituire di per sé causa (formale) di esclusione, atteso che il bando, per come è formulato, non impone di dichiarare qualsivoglia condanna penale o violazione.

In caso di bando generico, dunque, l'omessa menzione può rilevare ai fini dell'esclusione soltanto ove la stazione appaltante accerti che essa riguarda condanne e violazioni gravi: ma, in tal caso verrà disposta l'esclusione del partecipante per mancanza effettiva del requisito (causa sostanziale), solo accompagnata da falsa dichiarazione.

¹⁵ Comma aggiunto dal n. 3 della lett. b) del co. 2 dell'art. 4 del d.l. 13.5.2011, n. 70.

¹⁶ La dir. 2004/18/CE, art. 45, par. 2, lett. g) prevede espressamente che possono essere esclusi coloro che si sono resi gravemente colpevoli di false dichiarazioni sulle condizioni e requisiti rilevanti per la partecipazione alla gara.

¹⁷ In tal senso si è espressa l'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici, secondo la quale "ovviamente, se la stazione appaltante riscontra, in corso di gara, una falsa dichiarazione, essa procede ciò non di meno all'esclusione. L'aver reso false dichiarazioni sul possesso dei requisiti e delle condizioni rilevanti per la partecipazione alle procedure di gara integra, infatti, una causa autonoma di esclusione" (AVCP, determinazione n. 1/2010); al riguardo, cfr. Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, sentenza n. 693/2006.

¹⁸ CdS, V, 8.9.2008 n. 4244, in www.giustizia-amministrativa.it; CdS, V, 7.10.2008 n. 4897; CdS, V, 22.2.2007 n. 945, *ivi*.

¹⁹ CdS, 4.8.2009, n. 4906 in www.giustizia-amministrativa.it.

Diversamente, quando il bando non si limita a chiedere una generica dichiarazione di insussistenza di tali cause di esclusione, ma specifica che vanno dichiarate “*tutte*” le condanne penali o “*tutte*” le violazioni contributive, l’eventuale omessa menzione di alcune condanne o violazioni, anche non gravi, assume autonoma rilevanza ai fini dell’esclusione.

In tale ipotesi, il bando esige una dichiarazione dal contenuto più ampio e più puntuale rispetto a quanto prescritto dall’art. 38 del codice degli appalti (che si riferisce esclusivamente a violazioni gravi) e l’impresa può essere esclusa non solo per aver commesso effettivamente una grave violazione (causa di esclusione sostanziale), ma anche per aver omesso una dichiarazione prescritta dal bando (causa di esclusione formale). Tali assunti giurisprudenziali sono stati fatti propri dalla quarta sezione del Consiglio di Stato (pronuncia n. 1228 del 24.2.2011) per affermare l’inconfigurabilità della falsità della dichiarazione del concorrente.

Il Collegio, difatti, ha affermato che “*il concorrente, qualora il bando di gara richieda genericamente, come nel caso di specie, una sua dichiarazione di insussistenza delle cause di esclusione di cui all’art. 38, co. 1, lett. i), del d. lgs. n. 163/2006, può essere escluso soltanto qualora la stazione appaltante sia oggettivamente certa che l’eventuale debito contributivo dichiarato sia grave e definitivamente accertato, e cioè non esistano in atti di gara elementi che possano condurre a diversa conclusione, mediante accertamenti ulteriori. Nel caso di specie, accertata la lieve entità del debito contributivo, la Corte ha ritenuto di conseguenza non falsa la dichiarazione (di insussistenza) del concorrente.*”

5. Il D.L. n. 70 del 13.5.2011 e la modifica del co. 2 dell’art. 38: riflessi sull’esclusione per violazioni contributive.

Il co. 2 dell’art. 38 del codice dei contratti pubblici, così come modificato dal d.l. n. 70/2011, c.d. decreto sviluppo - n. 4 della lett. b) co. 2 dell’art. 4, nel testo integrato dalla relativa legge di conversione (l. 12.7.2011 n. 106) - ha puntualizzato una serie di aspetti relativi a ciascuna ipotesi di esclusione dalle

gare e, con particolare riguardo alla fattispecie di cui alla lettera i) del comma 1, ha precisato che “*si intendono gravi le violazioni ostantive al rilascio del documento unico di regolarità contributiva[...]*”.

A seguito di tale modifica, dunque, sembra che la discrezionalità riconosciuta alla stazione appaltante da gran parte della giurisprudenza rispetto alla valutazione della gravità delle violazioni contributive sia venuta meno o, quantomeno, sia stata di gran lunga ridimensionata. Difatti, considerato che la disposizione vigente dalla quale si desumono le violazioni ostantive al rilascio del durc è l’art. 8, co. 3, del d.m. del 24.10.2007, la stazione appaltante appare oggi vincolata ad escludere il partecipante alla gara nel caso in cui accerti l’esistenza di una violazione contributiva caratterizzata da uno scostamento superiore al 5% tra le somme dovute e quelle versate con riferimento a ciascun periodo di paga o di contribuzione o, comunque, da uno scostamento pari o superiore ad € 100,00.

Non solo. Poiché i parametri ai quali la stazione appaltante deve attenersi sono gli stessi che regolano il rilascio del durc, di fatto la PA., al fine di disporre l’esclusione, non potrà far altro che prendere atto delle risultanze delle certificazioni rilasciate dagli enti previdenziali ed assistenziali, senza poterle sindacare. Tale restrittiva interpretazione, sembra essere avvalorata dalla *ratio* che ha mosso la modifica del co. 2 dell’art. 38 e che si evince dalla Relazione illustrativa al decreto sviluppo, ove si legge che le modifiche sono state apportate “*con l’obiettivo di contenere la discrezionalità delle stazioni appaltanti nonché di ridurre il contenzioso relativo alla fase di affidamento*”.²⁰

Peraltro, se è vera tale linea interpretativa, la modifica introdotta produce sicuramente effetti sulla valutazione di gravità/non gravità che il concorrente - secondo la giurisprudenza in commento - è legittimato a compiere, in caso di bando generico, rispetto ai propri debiti contributivi.

Difatti, anche nel caso in cui il bando di gara preveda genericamente una dichiarazione

²⁰ Relazione illustrativa al d.d.l., n. 4357, di conversione del d.l. n. 70/2011 presentato alla Camera dei Deputati dal Governo il 13.5.2011, in www.camera.it.



ne di insussistenza delle violazioni contributive, il concorrente, per effetto del nuovo comma 2 dell'art. 38, dovrà provvedere alla dichiarazione tenendo conto dei parametri di gravità previsti dal d.m. del 24 ottobre 2007.

6. La pronuncia del Consiglio di Stato, in adunanza Plenaria, del 4.5.2012 n.8.

L'interpretazione dinanzi esposta trova conferma nella pronuncia del Consiglio di Stato, in adunanza Plenaria, n. 8 del 14.5.2012 che, tenendo conto dei precedenti orientamenti giurisprudenziali e delle intervenute modifiche normative, ha fatto definitivamente luce sulla causa di esclusione in questione e, in particolare, sulla nozione di "violazione grave". Ha osservato, difatti, l'Adunanza Plenaria che se prima del d.m. del 2007 poteva essere dubbio se vi fosse o meno automatismo nella valutazione di gravità delle violazioni previdenziali da parte della stazione appaltante, dopo il predetto decreto risulta chiaro che la valutazione di gravità o meno della infrazione previdenziale è riservata agli enti previdenziali e che essa è vincolante per le stazioni appaltanti. Tanto, alla luce non solo di considerazioni relative ai compiti degli enti previdenziali (istituzionalmente e specificamente competenti a valutare la gravità o meno delle violazioni previdenziali) o alla na-

tura del durc (quale documento pubblico assistito da fede pubblica privilegiata *ex art. 2700 c.c.* e facente piena prova fino a querela di falso), già enunciate dalla precedente giurisprudenza, ma anche (e soprattutto) in considerazione dell'esigenza di assicurare nell'ordinamento giuridico unitarietà ed uniformità di significato alla nozione di "violazione previdenziale grave", che non può che essere rimessa all'autorità preposta al rispetto delle norme previdenziali. Dopo la novella legislativa del 2011, poi, secondo la Plenaria resta definitivamente chiarito che la mancanza di durc comporta una presunzione legale *iuris et de iure* di gravità delle violazioni previdenziali. A seguito di tali considerazioni, dunque, il Consesso ha affermato il principio di diritto secondo cui la nozione di "violazione grave" non è rimessa alla valutazione caso per caso della stazione appaltante, ma si deduce 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 appalti 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".

«.....GA.....»