

Nota a sentenza

Consiglio di Stato, sez VI, 4 agosto 2009 n 4906

Cosa fare in caso di DURC irregolare e/o omessa dichiarazione di un precedente penale.

1. Se la lex specialis indica genericamente di dichiarare l'insussistenza di una causa di esclusione, il concorrente non può essere escluso per il solo fatto della omissione formale, cioè per non aver dichiarato tutte le condanne penali o tutte le violazioni contributive; andrà escluso solo ove la stazione appaltante ritenga che le condanne o le violazioni contributive siano gravi e definitivamente accertate". Viceversa, nel caso in cui gli atti di gara chiedano al concorrente di dichiarare TUTTI i precedenti penali, "qualora il concorrente avesse omesso di dichiarare taluno di tali reati, si sarebbe potuta (N.d.R. si configura) configurare una falsa attestazione, con conseguente esclusione (n.d. r., di fatto automatica), dalla procedura di gara. In questi casi, "la causa di esclusione non è quella, sostanziale, dell'essere stata commessa una grave violazione ma anche quella, formale, di aver omesso una dichiarazione prescritta dal bando"

2. In tema di DURC, dopo il dm del 2007, una declaratoria di non regolarità contributiva è grave indizio, ai fini dell'applicazione dell'art. 38 comma 1 lett. i) del Codice degli Appalti, che sia stata commessa una violazione grave e definitivamente accertata. Escluso comunque ogni automatismo, segnatamente quanto alla valutazione di gravità, che il codice degli appalti riserva alla stazione appaltante, non essendo l'amministrazione tenuta a valutare la gravità con gli stessi parametri utilizzati dal citato dm del 2007, che non costituisce atto attuativo del codice degli appalti."

Il Consiglio di Stato con la sentenza n. 4906 resa dalla VI sezione il 4 agosto 2009 è tornato ad affrontare le problematiche:

- 1) della falsità delle dichiarazioni circa l'assenza di precedenti penali (art. 38 comma 1 lett. c dlgs 163/2006);
- 2) della falsità e/o inesattezza della dichiarazione circa la regolarità contributiva resa in sede di partecipazione ad una gara (art. 38 comma 1 lett. i) dlgs 163/2006.¹⁾

¹ **Art 38 c. 1 dlgs 163/2006** . 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:

omissis

- c) nei cui confronti è stata pronunciata sentenza di condanna passata in giudicato, o emesso decreto penale di condanna divenuto irrevocabile, oppure sentenza di applicazione della pena su richiesta, ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale, per reati gravi in danno dello Stato o della Comunità che incidono sulla moralità professionale; è comunque causa di esclusione la condanna, con sentenza passata in giudicato, per uno o più reati di partecipazione a un'organizzazione criminale, corruzione, frode, riciclaggio, quali definiti dagli atti comunitari citati all'articolo 45, paragrafo 1, direttiva Ce 2004/18; l'esclusione e il divieto operano se la sentenza o il decreto sono stati emessi nei confronti: del titolare o del direttore tecnico se si tratta di impresa individuale; del socio o del direttore tecnico, se si tratta di società in nome collettivo; dei soci accomandatari o del direttore tecnico se si tratta di società in accomandita semplice; degli amministratori muniti di potere di rappresentanza o del direttore tecnico se si tratta di altro tipo di società o consorzio. In ogni caso l'esclusione e il divieto operano anche nei confronti dei soggetti cessati dalla carica nel triennio antecedente la data di pubblicazione del bando di gara, qualora l'impresa non dimostri di aver adottato atti o misure di completa dissociazione della condotta penalmente sanzionata; resta salva in ogni caso l'applicazione dell'articolo 178 del codice penale e dell'articolo 445, comma 2, del codice di procedura penale;

omissis

1) COME DEVE COMPORTARSI L'AMMINISTRAZIONE NEL CASO DI FALSA ATTESTAZIONE DEI REQUISITI DI CUI ALL'ART 38, COMMA 1, LETT. C): PRECEDENTE PENALE

La questione, seppur ampiamente affrontata dalla giurisprudenza, continua a rappresentare per gli operatori un momento critico in sede di verifica delle dichiarazioni relative ai requisiti di ordine generale.

La difficoltà risiede nella assenza di criteri oggettivi ed applicabili in ogni caso circa la rilevanza della condanna subita e quindi della falsità della dichiarazione resa.

In estrema sintesi i punti fermi sono questi:

- L'art. 38, comma 1 lett. c) dlgs 163/2006 prevede ipotesi di esclusione automatica (ad esempio corruzione) dalle procedure di gara ed ipotesi in cui l'esclusione dipende dalla valutazione, da compiersi caso per caso, dalla stazione appaltante.
- Le omissioni rilevanti riguardano anche:
 - i. Le condanne accompagnate dal beneficio della non menzione;
 - ii. Le condanne per reati estinti, nel caso in cui non sia stata pronunciata da parte dell'Autorità Giudiziaria provvedimento di estinzione.

Il vero problema, si è detto, è rappresentato dai casi in cui il precedente penale riguardi un reato in relazione al quale la norma richiede una valutazione di incidenza della moralità professionale da compiersi a cura della stazione appaltante.

Si è detto anche che l'art. 38, comma 1 lett. c) dlgs 163/2006 prevede:

- a) **ipotesi di esclusione pressoché automatica dalle procedure di gara** (è comunque causa di esclusione la condanna, con sentenza passata in giudicato, per uno o più reati di partecipazione a **un'organizzazione criminale, corruzione, frode, riciclaggio, quali definiti dagli atti comunitari** citati all'articolo 45, paragrafo 1, direttiva Ce 2004/18.²)

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;

² **Art. 45, paragrafo 1, della direttiva Ce 2004/18 - 1. È escluso dalla partecipazione ad un appalto pubblico il candidato o l'offerente condannato, con sentenza definitiva di cui l'amministrazione aggiudicatrice è a conoscenza; per una o più delle ragioni elencate qui di seguito:**

a) *partecipazione a un'organizzazione criminale, quale definita all'articolo 2, paragrafo 1, dell'azione comune 98/773/GAI del Consiglio*

b) *corruzione, quale definita rispettivamente all'articolo 3 dell'atto del Consiglio del 26 maggio 1997 ed all'articolo 3, paragrafo 1, dell'azione comune 98/742/GAI del Consiglio;*

c) *frode ai sensi dell'articolo 1 della convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee;*

d) *riciclaggio dei proventi di attività illecite, quale definito all'articolo 1 della direttiva 91/308/CEE del Consiglio del 10 giugno 1991 relativa alla prevenzione dell'uso del sistema finanziario a scopo di riciclaggio dei proventi di attività illecite.*

- b) Ipotesi di valutazione soggette a valutazione discrezionale da parte della stazione appaltante (reati gravi in danno dello Stato o della Comunità che incidono sulla moralità professionale)

Gli Stati membri precisano, in conformità del rispettivo diritto nazionale e nel rispetto del diritto comunitario, le condizioni di applicazione del presente paragrafo. (omissis).

Per la soluzione dei casi pratici è utile alla stazione appaltante anche la lettura delle seguenti norme, richiamate dall'art. 45 cit.

Si veda, ad esempio, quanto segue.

L'art. 2 paragrafo 1, dell'azione comune 98/773/GAI del Consiglio, rilevante ai fini della interpretazione ed applicazione della lett. a) dell'art 45 della direttiva Ce 2004/18 prevede che "1. Per agevolare la lotta contro le organizzazioni criminali, ciascuno Stato membro si impegna, secondo la procedura di cui all'articolo 6, a fare in modo che una o entrambe le condotte descritte successivamente siano punibili con sanzioni penali effettive, proporzionate e dissuasive:

a) La condotta di una persona che, intenzionalmente ed essendo a conoscenza dello scopo e dell'attività criminale generale dell'organizzazione, o dell'intenzione dell'organizzazione di commettere i reati in questione, partecipi attivamente:

- alle attività di un'organizzazione criminale rientranti nell'articolo 1, anche quando tale persona non partecipa all'esecuzione materiale dei reati in questione e, fatti salvi i principi generali del diritto penale dello Stato membro interessato, anche quando i reati in questione non siano effettivamente commessi;

- alle altre attività dell'organizzazione, essendo inoltre a conoscenza del fatto che la sua partecipazione contribuisce alla realizzazione delle attività criminali dell'organizzazione rientranti nell'articolo 1.

b) La condotta di una persona consistente in un accordo con una o più persone per porre in essere un'attività la quale, se attuata, comporterebbe la commissione dei reati che rientrano nell'articolo 1, anche se la persona in questione non partecipa all'esecuzione materiale dell'attività.

E' da notare che l'art 1 richiamato dalla disposizione si riferisce a reati che sono punibili con una pena privativa della libertà o con una misura di sicurezza privativa della libertà non inferiore a quattro anni o con una pena più grave : "Ai fini della presente azione comune, per organizzazione criminale si intende l'associazione strutturata di più di due persone, stabilita da tempo, che agisce in modo concertato allo scopo di commettere reati punibili con una pena privativa della libertà o con una misura di sicurezza privativa della libertà non inferiore a quattro anni o con una pena più grave, reati che costituiscono un fine in sé ovvero un mezzo per ottenere profitti materiali e, se del caso, per influenzare indebitamente l'operato delle pubbliche autorità.

I reati di cui al primo comma includono quelli menzionati nell'articolo 2 della convenzione Europol, nonché nel suo allegato, che sono punibili con pena almeno equivalente a quella prevista al primo comma.

E' altresì da notare che i reati di cui **all'art 2 della convenzione Europol** riguardano quelli commessi per finalità di terrorismo. In particolare, detto articolo prevede che: **1** - L'obiettivo dell'Europol è di migliorare, nel quadro della cooperazione tra gli Stati membri ai sensi dell'articolo K. 1, punto 9 del trattato sull'Unione europea e mediante le misure menzionate nella presente convenzione, l'efficacia dei servizi competenti degli Stati membri e la loro cooperazione, al fine di prevenire e combattere il terrorismo, il traffico illecito di stupefacenti ed altre gravi forme di criminalità internazionale, purché esistano indizi concreti di una struttura o di un'organizzazione criminale e purché due o più Stati membri siano lesi dalle summenzionate forme di criminalità in modo tale da richiedere, considerate l'ampiezza, la gravità e le conseguenze dei reati, un'azione comune degli Stati membri. **2**. Al fine di realizzare progressivamente l'obiettivo di cui al paragrafo 1, l'Europol è incaricato, in un primo tempo, della prevenzione e della lotta contro il traffico illecito di stupefacenti e di materie nucleari e radioattive, le organizzazioni clandestine di immigrazione, la tratta degli esseri umani e il traffico di autoveicoli rubati. **3**. L'Europol si occuperà altresì, al più tardi due anni dopo l'entrata in vigore della presente convenzione, dei reati commessi o che possono essere commessi nell'ambito di attività terroristiche che si configurano in reati contro la vita, l'incolumità fisica, la libertà delle persone e i beni. Il Consiglio, deliberando all'unanimità conformemente alla procedura contemplata nel titolo VI del trattato sull'Unione europea, può decidere di incaricare l'Europol di occuparsi di queste attività di terrorismo prima del termine previsto (omissis).

La differenza tra le due categorie ha grande rilievo pratico visto che dalla stessa dipendono le scelte della stazione appaltante in merito alla esclusione dalla procedura di gara nel caso in cui un concorrente non abbia dichiarato, in sede di partecipazione, un precedente penale (sentenza di condanna, decreto penale, applicazione di pena su richiesta art. 444 c.p.p.)

a) In particolare, nel caso in cui dal certificato del casellario emerga un reato, non dichiarato, appartenente alla prima categoria (lett. a), la stazione appaltante non esercita alcun potere discrezionale o, secondo alcuni, potere discrezionale molto limitato.

La soluzione è tuttora confermata dalla giurisprudenza. Ad esempio, **può essere utilizzata per motivare il provvedimento di esclusione la sentenza del Tribunale Amministrativo della Sicilia, Palermo, sez. III 15 giugno 2009 n. 1076** che ha confermato che il primo comma, lett. c), dell'art. 38 del D.lgt. 163/2006, nel disporre che è comunque causa di esclusione la condanna per i reati di partecipazione ad un'organizzazione criminale, corruzione, frode, riciclaggio, si riferisce a **reati in relazione ai quali la stazione appaltante è priva di qualsivoglia potere discrezionale di valutazione, di modo che le sentenze di condanna per uno o più degli stessi reati comportano, quale effetto automatico, la preclusione della partecipazione ai pubblici appalti.**

Dall'assenza di potere discrezionale della stazione appaltante deriva che **i concorrenti sono sempre tenuti a dichiarare condanne e patteggiamenti per tali tipologie di reati e l'omissione sarà sempre rilevante.**

b) Diversa è la questione dei **reati gravi in danno dello Stato e della Comunità Europea che incidono sulla moralità professionali.**

Con riferimento a questa seconda tipologia di reati è stato sempre ammesso un potere discrezionale dell'ente appaltante.

Conseguenza del potere discrezionale, è che **la stazione appaltante deve sempre appurare, caso per caso, l'incidenza del precedente penale dichiarato sulla moralità professionale.**

L'**Autorità** di Vigilanza ha offerto alcune indicazioni che dovrebbero essere utili al ragionamento dell'ente. Secondo l'Autorità, occorre infatti valutare l'elemento psicologico (reato colposo o doloso), la gravità del fatto (entità della pena), tempo trascorso, eventuali recidive. Utile è, ad esempio, la lettura delle **determinazioni n. 16/23 del 5 dicembre 2001, n. 13 del 15 luglio 2003).**

Determinante è anche la norma violata. Per fare un esempio, un omicidio colposo commesso per violazione delle norme del Codice della Strada avrà un'incidenza sulla moralità professionale diversa e tendenzialmente minore rispetto ad un omicidio colposo commesso per la violazione delle norme in materia di sicurezza sui luoghi di lavoro.

Quindi, nel caso in cui il grave reato venga dichiarato l'amministrazione deve "limitarsi" a verificare l'incidenza sulla moralità professionale, senza ipotizzare altre cause di esclusione.

Viceversa, nel caso in cui il precedente relativo al "grave reato in danno dello Stato o della comunità Europea" non sia dichiarato dal concorrente che partecipa

alla gara, la giurisprudenza aveva spesso affermato la sussistenza dei presupposti per l'esclusione del concorrente medesimo per falsa attestazione, senza che a tale fine occorresse alcuna valutazione discrezionale circa l'incidenza del precedente penale sulla moralità professionale del concorrente (Cfr ad esempio Tar Piemonte, sez. II, 17 settembre 2007 n. 2955).

L'orientamento giurisprudenziale appena richiamato è tuttavia mutato nel corso del 2009. La sentenza in commento si colloca quindi all'interno di questo nuovo orientamento giurisprudenziale.

L'articolato contenzioso esaminato dalla sentenza del Consiglio di Stato aveva, tra l'altro, ad oggetto anche la richiesta di annullamento del provvedimento di esclusione adottato dalla stazione appaltante la quale, tuttavia, aveva motivato la decisione esclusivamente sulla base della omessa dichiarazione circa un precedente illecito contravvenzionale (omessa consegna di prospetto paga di cui alla l. 4/1953, in concreto punito con l'ammenda di cinquemila lire, depenalizzato dal 1994), senza alcuna valutazione discrezionale circa l'incidenza del reato medesimo.

La decisione del Consiglio di Stato ha confermato il più recente orientamento secondo il quale **l'esclusione non può operare in modo automatico.**

L'assenza di automatismi non opera però sempre ed in maniera indiscriminato: dipende dal contenuto degli atti di gara.

In particolare occorre distinguere i casi in cui il bando di gara o comunque gli atti di gara:

- indichino genericamente di dichiarare l'insussistenza di un causa di esclusione ai sensi dell'art. 38 dlgs 163/2006 dai casi in cui
- indichino di dichiarare tutti i reati per i quali fossero intervenute sentenze di condanna passate in giudicato o applicazione della pena a richiesta ex art 444 c.p.p.

Se la lex specialis indica genericamente di dichiarare l'insussistenza di una causa di esclusione, il concorrente, che abbia riportato condanne penali potrebbe dirsi legittimato a compiere, a sua volta, una valutazione di gravità/non gravità del proprio precedente penale.

In altre parole, un bando di gara generico **demanda, quanto meno "in prima battuta", al concorrente il giudizio circa l'incidenza sulla affidabilità morale e professionale di eventuali reati commessi, consentendogli di scegliere cosa dichiarare e cosa non dichiarare.**

Quindi, se il concorrente dovesse ritenere che il precedente penale che lo riguarda non è grave, potrebbe liberamente scegliere di non menzionarlo nella autocertificazione presentata per partecipare alla gara.

In una simile ipotesi, precisa il Consiglio di Stato, ***"il concorrente non può essere escluso per il solo fatto della omissione formale, cioè per non aver dichiarato tutte le condanne penali o tutte le violazioni contributive"***

Il concorrente, andrà ***"escluso solo ove la stazione appaltante ritenga che le condanne o le violazioni contributive siano gravi e definitivamente accertate"***.

L'amministrazione quindi nel provvedimento di esclusione dovrà precisare - sulla scorta delle indicazioni fornite dall'Autorità ed alle quali si è prima fatto cenno - per quale

ragione ritiene il reato incidente sulla moralità professionale. Nel caso in cui detta motivazione manchi il provvedimento di esclusione sarà illegittimo, non potendo il giudice amministrativo sostituirsi alla p.a. nel compiere l'apprezzamento.

Trattandosi di scelta discrezionale, il giudice potrà solo valutare se le conclusioni raggiunte dalla amministrazione sono logiche e coerenti, ma non potrà colmare l'eventuale vuoto motivazionale del provvedimento.

In questi casi è certamente utile, oltre che necessario per rispettare il diritto al contraddittorio dell'impresa, avviare un procedimento amministrativo, anche breve, per raccogliere le osservazioni del soggetto interessato.

Vien poi da aggiungere che l'esclusione tuttavia non dovrebbe comportare la falsità della dichiarazione resa con quel che ne consegue con riferimento alla segnalazione del falso alla Procura della Repubblica; l'argomento non è stato tuttavia affrontato dal Consiglio di Stato.

Viceversa, nel caso in cui gli atti di gara chiedano al concorrente di dichiarare TUTTI i precedenti penali, è esclusa ogni valutazione "in prima battuta" del concorrente, ed ogni valutazione in merito alla incidenza sulla moralità professionale è demandata alla stazione appaltante.

Precisa, infatti, il Consiglio di Stato che *“qualora il concorrente avesse omesso di dichiarare taluno di tali reati, si sarebbe potuta (N.d.R. si configura) configurare una falsa attestazione, con conseguente esclusione (n.d. r., di fatto automatica), dalla procedura di gara.*

In questi casi, *“la causa di esclusione non è quella, sostanziale, dell'essere stata commessa una grave violazione ma anche quella, formale, di aver omesso una dichiarazione prescritta dal bando”*

Sul punto la sentenza non è chiarissima nel senso che lascia intendere che la vera motivazione “inattaccabile” è quella che esclude il concorrente sia per la falsa attestazione sia per la gravità del reato non dichiarato, il che, francamente, indebolisce il ragionamento condotto e, per l'effetto, non appare a chi scrive del tutto condivisibile.

2. COME COMPORTARSI IN CASO DI DURC IRREGOLARE. EFFETTI SUI REQUISITI DI CUI ALL'ART. 38 COMMA 1 LETT. I) DLGS 163/2006

L'argomento verrà trattato secondo la prospettiva della sentenza del Consiglio di Stato che si commenta.

La sentenza in commento offre interessanti spunti di riflessione con riferimento alla questione della regolarità contributiva.

Nella fattispecie esaminata dal Consiglio di Stato, il DURC presentato dalla una delle ricorrenti, in sede di partecipazione alla gara, non era risultato regolare in sede di verifica.

Nel caso specifico si trattava di un DURC rilasciato prima della entrata in vigore del dm 24 ottobre 2007.

La decisione ricostruisce la disciplina della regolarità contributiva ante dm 2007, precisando che, all'epoca, il solo fatto che il DURC non fosse regolare, non costituiva di per sé prova di una grave violazione contributiva definitivamente accertata visto e considerato che, secondo le circolari del 2005 (Inps 26 luglio 2006 n. e Inail 25 luglio 2005 n. 38) che all'epoca disciplinavano la materia, era ostativo alla dichiarazione della regolarità contributiva qualsivoglia inadempimento, a prescindere da qualsivoglia soglia di gravità, e anche le irregolarità che non fossero state ancora definitivamente accertate, perché era pendente il contenzioso amministrativo.

La decisione conclude poi il percorso affermando che, in quel contesto normativo, l'ente appaltante a fronte di un DURC che attesta la non regolarità contributiva alla data della presentazione della candidatura e alla data della presentazione della offerta, doveva accertare il tenore della irregolarità e verificare se fosse o meno grave.

Quest'ultima soluzione, si pone, per certi versi, in contrasto con l'orientamento giurisprudenziale cui si è avvezzi, in forza del quale successivamente alla entrata in vigore dell'art. 2 del d.l. d.l. 25 settembre 2008 n. 210 (così come modificato dalla legge di conversione 22 novembre 2002 n. 266), la verifica della regolarità contributiva non è più di competenza dell'ente appaltante, essendo devoluta agli enti accertatori (Inps e Inail).

Per l'effetto, nel caso in cui, dopo l'aggiudicazione provvisoria, fosse stata acquisto un DURC irregolare, secondo il citato orientamento giurisprudenziale l'amministrazione non poteva che prenderne atto, adottando i necessari e riconsigliati adempimenti (cfr., ad esempio, Cons. di Stato, V 1 agosto 2007 n. 4273).

Va dato atto che si registravano anche orientamenti differenti (Cfr. Tar Puglia, Lecce, II 30 dicembre 2006 n. 6104), ma ciò non destava stupore visto e considerato che le circolari del 2005 facevano confluire all'interno del DURC anche violazioni non gravi o non definitivamente accertate; conseguentemente non appariva incongruo ma anzi coerente con i principi comunitari in materia consentire alla stazione appaltante una valutazione circa la gravità della irregolarità riscontrata.

Quindi ove l'orientamento espresso dal Consiglio di Stato si applicasse solo al passato, non desterebbe molte perplessità.

L'elemento peculiare della sentenza che si commenta risiede tuttavia nel fatto che il ragionamento - circa la possibilità che la stazione appaltante è legittimata a compiere valutazioni in merito al contenuto del DURC è stato esteso anche alle fattispecie successive al dm 24 ottobre 2007, ed è quindi suscettibile di spiegare effetti rilevanti anche con riferimento alle fattispecie in corso.

Si osservi, infatti, che il Consiglio di Stato afferma che, anche dopo l'entrata in vigore del dpr 24 ottobre 2007, **il DURC accerta solo le irregolarità contributive che superano una certa soglia di gravità.**

Il dm 24 ottobre 2007, testualmente, **non 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 € 100.000,** fermo restando l'obbligo del versamento del predetto importo entro i 30 giorni successivi al rilascio del DURC (cfr. anche la Circolare Inail del 5.2.2008 n. 7).

Fatte queste premesse, il Consiglio di Stato conclude tuttavia: **“picché, dopo il dm del 2007, una declaratoria di non regolarità contributiva è grave indizio, ai fini dell’applicazione dell’art. 38 comma 1 lett. i) del Codice degli Appalti, che sia stata commessa una violazione grave e definitivamente accertata. Escluso comunque ogni automatismo, segnatamente quanto alla valutazione di gravità, che il codice degli appalti riserva alla stazione appaltante, non essendo l’amministrazione tenuta a valutare la gravità con gli stessi parametri utilizzati dal citato dm del 2007, che non costituisce atto attuativo del codice degli appalti.”**

In altre parole, secondo il Consiglio di Stato potrebbero, in ipotesi, esservi delle irregolarità di poco superiori allo scostamento tollerato in sede di rilascio del DURC che l’amministrazione potrebbe, alla luce di altre circostanze, non considerare così grave da comportare la perdita dei requisiti di partecipazione.

Nella prospettiva del Consiglio di Stato , sarebbe assai poco prudente per la stazione appaltante escludere una impresa rinviando genericamente al contenuto del DURC irregolare.

Il Consiglio di Stato, di fatto, invita ad accertare la gravità della violazione, escludendo la legittimità di valutazioni al condizionale.

Il che non può che significare l’obbligo dell’ente di avviare un’attività istruttoria, in contraddittorio con l’impresa alla quale dunque dovrebbe essere assegnato un termine per prestare osservazioni.

Ad avviso di chi scrive, nel complesso, la decisione del Consiglio di Stato finisce con l’imporre un ulteriore aggravio del procedimento di utilizzazione del DURC:

Non occorrerà chiedere ed attendere il rilascio del certificato, ma in caso di irregolarità avviare un sub procedimento, di valutazione dei contenuti dello stesso.

Non si può tuttavia non osservare che una simile conclusione è conforme alla prassi relativa al DURC in fase di esecuzione del contratto.

Con l’Interpello n. 15/2009, il Ministero del Lavoro ha già avuto modo di precisare che in caso di impresa on DURC irregolare (per ragioni riconnesse ad altro cantiere) , è ammessa avviare un procedimento da parte del personale ispettivo dell’Inps, che rilascerà un verbale in cui si dà contezza della regolarità contributiva con riferimento al singolo appalto, utilizzabile dall’impresa per ottenere il pagamento degli stati di avanzamento.

Nel caso descritto dal Ministero, ogni accertamento è demandato agli enti competenti. Viceversa il Consiglio di Stato rimette ogni valutazione all’apprezzamento della stazione appaltante, lasciata sola nel valutare le irregolarità contributive.

Avv. Roberta Bertolani

Avv. Alberto Ponti