

Il requisito dell'irregolarità contributiva nelle gare pubbliche: il D.U.R.C. e il procedimento di regolarizzazione.

di Alessandra Alessandro

Data di pubblicazione: 15-5-2014

Tar Veneto, Sezione I, sentenza 8 aprile 2014, n. 486

Presidente Bruno Amoroso – Estensore Claudio Rovis

1. E' illegittima l'esclusione di una ditta da una gara di appalto, per difetto del requisito della regolarità contributiva, nel caso in cui sia stata disposta prima dello spirare del termine di 15 giorni entro cui gli enti previdenziali deputati all'emanazione del D.U.R.C. debbono attivare il procedimento di regolarizzazione mediante il quale i concorrenti possono sanare la loro posizione prima dell'emissione di un documento di irregolarità. Infatti, l'art. 31, comma 8 del D.L. 21 giugno 2013, n. 69, entrato in vigore il 22 giugno 2013, prevede che, in caso di mancanza dei requisiti per il rilascio del documento unico di regolarità contributiva (che le stazioni appaltanti debbono acquisire d'ufficio, attraverso strumenti informatici, ai fini della verifica della dichiarazione sostitutiva relativa al requisito di cui all'art. 38, comma 1, lett. i) del codice dei contratti: cfr. il precedente comma 4) "gli Enti preposti al rilascio, prima dell'emissione del D.U.R.C. (...) invitano l'interessato (...) a regolarizzare la propria posizione entro un termine non superiore a quindici giorni, indicando analiticamente le cause della irregolarità".

2. A seguito dell'entrata in vigore dell'art. 31, comma 8 del D.L. 21 giugno 2013, n. 69, avvenuta il 22 giugno 2013, che ha modificato (per incompatibilità) la prescrizione dell'art. 38 del D.Lgs. n. 163 del 2006, deve ritenersi che il requisito della regolarità contributiva debba sussistere in capo alle ditte partecipanti ad una gara di appalto non già al momento della presentazione della domanda di ammissione alla procedura ad evidenza pubblica, bensì al momento di scadenza del termine di quindici giorni assegnato dall'Ente previdenziale alla ditta interessata per la regolarizzazione della posizione contributiva.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto****(Sezione Prima)**

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 417 del 2014, proposto da:

Ecoambiente Societa' Cooperativa, rappresentato e difeso dagli avv. Alessandro Calegari, Nicola Creuso, con domicilio presso l'intestato Tribunale ai sensi dell'art. 25 del DLgs n. 104/2010;

contro

Veritas S.p.A., rappresentato e difeso dagli avv. Franco Zambelli, Annamaria Tassetto, con domicilio eletto presso Franco Zambelli in Venezia-Mestre, via Cavallotti, 22; I.N.P.S. Roma;

nei confronti di

Adigest S.r.l., rappresentato e difeso dagli avv. Simone Uliana, Giampaolo Mazzola, con domicilio presso l'intestato Tribunale ai sensi dell'art. 25 del DLgs n. 104/2010;

per l'annullamento

del provvedimento di esclusione, assunto in data 06.02.2014 dalla Commissione di gara - Servizio di pulizia delle spiagge nel Comune di Chioggia - istituita presso la Società Veritas s.p.a., della ricorrente società cooperativa Ecoambiente; dell'atto della medesima Commissione del 12.02.2014 di <definizione della graduatoria ed individuazione aggiudicatario provvisorio>; del documento Unico di Regolarità Contributiva, per la parte di formazione dell'Istituto Nazionale della Previdenza Sociale - Sede di Rovigo - n. 27382646, reso in data 09.12.2013, nella parte in cui si attesta che la ditta ricorrente, alla data del 11.11.2013, <non risultava regolare con il versamento dei contributi>; nonché di ogni atto annesso, connesso o presupposto;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Veritas S.p.A. e di Adigest S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 3 aprile 2014 il dott. Claudio Rovis e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

considerato

che, preliminarmente, il Collegio ritiene di aderire all'orientamento espresso, da ultimo, da TAR Lecce 7.11.2013 n. 2258 che ha ritenuto sussistere la giurisdizione amministrativa in merito all'impugnazione del DURC sulla base della considerazione che tale atto - interno alla fase procedimentale di verifica dei requisiti di ammissione dichiarati dal partecipante ad una gara e, quindi, impugnabile non già autonomamente, ma unitamente al provvedimento conclusivo della fase stessa - inerisce al procedimento amministrativo di aggiudicazione di un appalto (SS.UU. 9 febbraio 2011 n. 3169; CdS, V, 11.5.2009 n. 2874);

che l'art. 31, VIII comma del DL n. 69 del 2012, entrato in vigore il 22.6.2013, prevede che in caso di mancanza dei requisiti per il rilascio del documento unico di regolarità contributiva (che le stazioni appaltanti debbono acquisire d'ufficio, attraverso strumenti informatici, ai fini della verifica della dichiarazione sostitutiva relativa al requisito di cui all'art. 38, I comma, lett. "i" del codice dei contratti: cfr. il precedente IV comma) "gli Enti preposti al rilascio, prima dell'emissione del DURC (...) invitano l'interessato (...) a regolarizzare la propria posizione entro un termine non superiore a quindici giorni, indicando analiticamente le cause della irregolarità";

che, dunque, la citata disposizione - che stabilisce che gli enti previdenziali deputati all'emanazione del DURC debbono attivare un procedimento di regolarizzazione mediante il quale i concorrenti ad una procedura concorsuale che fossero privi del requisito della regolarità contributiva possono sanare la loro posizione prima dell'emissione di un documento di irregolarità - ha modificato (per incompatibilità) la prescrizione dell'art. 38 del DLgs n. 163/2006 laddove il requisito della regolarità contributiva, necessario per la partecipazione alle gare pubbliche, è stato pacificamente inteso che deve sussistere al momento della presentazione della domanda di ammissione alla procedura: dovendosi ora, invece, ritenere che il predetto requisito deve sussistere al momento di scadenza del termine quindicennale assegnato dall'Ente previdenziale per la regolarizzazione della posizione contributiva;

che, ciò stante, il DURC n. 27382646 emanato dall'INPS il 9.12.2013 è illegittimo per errore di fatto qualora si riferisca al debito di € 2.354,00 (saldo l'11.11.2013, contestualmente alla presentazione dell'offerta) ed è illegittimo per violazione dell'art. 31 del DL n. 69/2013 qualora si riferisca al debito di € 646,00 (peraltro pagato spontaneamente dall'interessata il 29.11.2013) e va, comunque, annullato;

che va conseguentemente annullato, per illegittimità derivata, il provvedimento di esclusione dell'odierna ricorrente, in quanto trae giustificazione e fondamento esclusivamente dal DURC testè riscontrato illegittimo;

che, peraltro, il ricorso è fondato anche alla stregua del secondo motivo di gravame con cui viene denunciata la violazione del combinato disposto dagli artt. 38, I comma, lett. "i" e II comma del DLgs n. 163/2006 (che escludono i soggetti "che hanno commesso violazioni gravi, definitivamente accertate, alle norme in materia di contributi previdenziali e assistenziali, secondo la legislazione italiana", intendendosi "gravi le violazioni ostative al rilascio del documento unico di regolarità contributiva di cui all'articolo 2, comma 2, del decreto-legge 25 settembre 2002, n. 210, convertito, con modificazioni, dalla legge 22 novembre 2002, n. 266") e 8, III comma del DM 24.10.2007 (che, relativo alle "cause non ostative al rilascio del DURC" prevede che "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 (...) fermo restando l'obbligo di versamento del predetto importo entro i trenta giorni successivi al rilascio del DURC"): ebbene, atteso che l'omesso pagamento di € 646,00 si riferiva al mese di settembre 2013 (relativamente al quale la società ricorrente avrebbe dovuto corrispondere € 16.599,00, mentre aveva pagato € 15.953,00: cfr. il mod F24 e la dichiarazione asseverata 28.3.2014, in atti), è "ictu oculi" evidente che lo scostamento tra il dovuto ed il versato è inferiore alla soglia del 5%: con la conseguenza che l'INPS era tenuta a rilasciare un DURC di regolarità contributiva;

che, dunque, per le suesposte considerazioni il ricorso è fondato e va accolto;

che le spese possono essere compensate in ragione della particolarità della controversia, escluso il contributo unificato che va posto a carico delle parti resistenti;

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla gli atti impugnati.

Spese compensate, eccetto il contributo unificato che va posto a carico dei resistenti.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Venezia nella camera di consiglio del giorno 3 aprile 2014 con l'intervento dei magistrati:

Bruno Amoroso, Presidente

Claudio Rovis, Consigliere, Estensore

Enrico Mattei, Referendario

BREVI ANNOTAZIONI

L'OGGETTO DELLA PRONUNCIA

Con la sentenza in rassegna, il Tar Veneto, in materia di gare ad evidenza pubblica, è intervenuto a ricostruire la disciplina relativa al requisito della regolarità contributiva ed allo strumento approntato dal Legislatore per il suo accertamento (il c.d. D.U.R.C.).

La sentenza viene segnalata in quanto, alla luce delle recenti modifiche dell'art. 31 del Decreto del Fare n. 69/2013, convertito dalla legge n. 98/2013, è stato introdotto il procedimento di regolarizzazione mediante il quale i concorrenti possono sanare la loro posizione contributiva prima dell'emissione di un documento di irregolarità.

Il Collegio chiarisce che il requisito della regolarità contributiva debba sussistere in capo alle ditte partecipanti ad una gara di appalto non già al momento della presentazione della domanda di ammissione alla procedura ad evidenza pubblica, bensì al momento di scadenza del termine di quindici giorni assegnato dall'Ente previdenziale alla ditta interessata per la regolarizzazione della posizione contributiva.

In ultimo, il Collegio ribadisce che il concorrente può essere escluso solo in presenza di gravi violazioni, definitivamente accertate, ai sensi dell'art. 8, comma 3, D.M. 24 ottobre 2007, chiarendo che *“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....fermo restando l'obbligo di versamento del predetto importo entro i trenta giorni successivi al rilascio del DURC”*.

IL PERCORSO ARGOMENTATIVO

Al fine di comprendere più chiaramente il percorso argomentativo compiuto dalla Prima sezione del Tar Veneto appare utile compiere una breve premessa in fatto.

A seguito dell'indizione di una gara per il servizio di pulizia delle spiagge nel Comune di Chioggia, la società ricorrente veniva esclusa in quanto non risultava in regola con il versamento dei contributi.

La società ha così posto all'attenzione del Tar Veneto l'illegittimità del provvedimento della sua esclusione derivata dall'illegittimità del documento Unico di Regolarità Contributiva, per la parte di formazione dell'Istituto Nazionale della Previdenza Sociale nella parte in cui si attesta che la ditta ricorrente non risultava regolare con il versamento dei contributi.

Preliminarmente, il Collegio si è posto il problema della sussistenza o meno della giurisdizione amministrativa nel caso in esame.

Aderendo all'orientamento espresso, da ultimo, dalla sentenza del TAR Puglia, Lecce, 7 novembre 2013, n. 2258, il Collegio ha affermato che sussiste la giurisdizione del giudice amministrativo sul presupposto che il documento unico di regolarità contributiva è un atto

interno alla fase procedimentale di verifica dei requisiti di ammissione e, pertanto, non è impugnabile autonomamente, ma solo unitamente al provvedimento conclusivo della fase stessa. Tale documento attiene al procedimento amministrativo di aggiudicazione di un appalto (SS.UU. 9 febbraio 2011, n. 3169; Cons. St., 11 maggio 2009, n. 2874).

Il Collegio, accertata la propria giurisdizione, si sofferma sull'istituto del **c.d. "preavviso di accertamento negativo"**, introdotto dal comma 8 dell'art. 31 del Decreto del Fare n. 69/2013, che impone agli Enti coinvolti nel rilascio del D.U.R.C., prima dell'emissione o dell'annullamento del Documento, di **invitare l'interessato a regolarizzare la propria posizione** assegnando, a tal fine, un termine non superiore a quindici giorni. Tutto ciò deve avvenire, per espressa previsione di legge, mediante posta elettronica certificata o, con lo stesso mezzo, per il tramite del consulente del lavoro ovvero degli altri soggetti di cui all'art. 1 della L. n. 12/1979 e che lo stesso debba sempre riportare l'indicazione analitica delle cause di irregolarità.

Il predetto comma, infatti, ha come scopo di **semplificare ulteriormente gli oneri burocratici** e di **favorire la massima partecipazione** delle imprese operanti sul mercato. Tale modifica è stata confermata, altresì, dalla successiva conversione del Decreto Fare avvenuta ad opera della L. n. 98/2013.

Ne consegue che, **il requisito della regolarità contributiva, necessario per la partecipazione alle gare pubbliche deve sussistere al momento di scadenza del termine di quindici giorni assegnato dall'Ente previdenziale per la regolarizzazione della posizione contributiva e non più al momento della presentazione della domanda di ammissione alla procedura.**

Da ultimo, viene affrontato il profilo della **gravità della violazione contributiva.**

Sul punto, a superare i contrasti giurisprudenziali, è intervenuta l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, 4 maggio 2012, n. 8, la quale ha precisato che ogni valutazione sulla gravità delle violazioni previdenziali è esclusiva competenza degli enti previdenziali e, pertanto, le stazioni appaltanti non possono avere nessun tipo di ingerenza nei contenuti del documento.

Pertanto, in accordo con la giurisprudenza dominante, il Collegio ha affermato che, ai sensi dell'art. 8, comma 3, D.M. 24 ottobre 2007, **"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 a 100 euro, fermo restando l'obbligo di versamento del predetto importo entro i trenta giorni successivi al rilascio del D.U.R.C."**.

In conclusione, il Collegio ha disposto l'annullamento per illegittimità derivata del provvedimento di esclusione della ricorrente attesa l'illegittimità del D.U.R.C. negativo, precisando, indipendentemente dalle osservazioni sul primo motivo, che in ogni caso il pagamento sanzionato fosse *ictu oculi* di gran lunga inferiore alla soglia di legge del 5%, con la conseguenza che l'INPS avrebbe comunque dovuto rilasciare un D.U.R.C. positivo.

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

La sentenza in rassegna appare interessante in quanto ricostruisce sistematicamente la normativa in materia di regolarità contributiva.

Infatti, confermando il precedente orientamento, afferma che il requisito della regolarità contributiva, necessario per la partecipazione alle gare pubbliche deve sussistere al momento di scadenza del termine quindicennale assegnato dall'Ente previdenziale per la regolarizzazione della posizione contributiva.

Pertanto, i partecipanti ad una procedura concorsuale che si trovino ad essere privi del requisito della regolarità contributiva, devono essere messi in grado di sanare la propria posizione prima dell'emissione di un documento irregolare.

In tal modo, il legislatore ha favorito una concreta regolarizzazione di eventuali inadempienze delle società concorrenti.

Tale innovazione normativa, di carattere meramente procedimentale, modificando la disposizione sostanziale di cui all'art. 38, D.Lgs. n. 163/2006 s.m.i., rende illegittimo il D.U.R.C. negativo, emesso senza aver esperito un procedimento di regolarizzazione.

Tale ricostruzione, infine, appare del tutto logica e in completa armonia con la *ratio* di semplificazione approntata in materia di D.U.R.C. dal Decreto Fare, sebbene, forse, manchi un coordinamento più concreto con il Codice degli appalti.

BIBLIOGRAFIA

F. Aperio Bella, A.G. Pietrosanti, F. Pignatiello, *Requisiti di ordine generale*, in *Manuale di diritto amministrativo. IV. I Contratti pubblici*, a cura di F. Caringella, M. Giustiniani, Dike Giuridica Editrice, Roma, 2014; F. Caringella, *Manuale di diritto amministrativo*, Dike Giuridica Editrice, Roma, 2014; R. Proietti, *Art. 38. I requisiti di ordine generale*, in *Codice dell'appalto pubblico*, a cura di S. Baccharini, G. Chiné, R. Proietti, Giuffrè, Milano, 2011; R. Greco, *I requisiti di ordine generale*, in *Trattato sui contratti pubblici*, a cura di R. De Nictolis, R. Garofoli, M.A. Sandulli, Giuffrè, Milano, 2008, 1267 ss.; A. Alessandro, *Percorso giurisprudenziale: irregolarità contributive nelle gare pubbliche: il d.u.r.c. tra giurisprudenza e art. 31 del decreto del fare n. 69/2013 convertito dalla legge n. 98/2013*, in *Rivista Il Nuovo Diritto Amministrativo*, n. 06/2013, Dike Giuridica Editrice, Roma, 2013.