

La regolarità contributiva: tra inammissibilità della regolarizzazione postuma e lacunosità dell'art. 80 comma 4 ultima parte del D.lgs. 50/2016

di Stefano Taddeucci

Data di pubblicazione: 27-9-2017

Va in proposito rammentata la condivisibile giurisprudenza secondo cui i requisiti di partecipazione ad una procedura selettiva devono essere posseduti alla data della domanda (ex plurimis, TAR Lombardia – Milano, Sez. III, 8 gennaio 2014, n. 11: “L’assenza del requisito della regolarità contributiva, costituendo condizione di partecipazione alla gara, se non posseduto alla data di scadenza del termine di presentazione dell’offerta, non può che comportare l’esclusione del concorrente non adempiente, non potendo valere la regolarizzazione postuma, quand’anche ricondotta retroattivamente, quanto ad efficacia, al momento della scadenza del termine di pagamento”; in relazione a controversia analoga a quella oggetto del presente giudizio cfr. Tar Milano sez. III 22 maggio 2014 n. 1330).

Con la sentenza in commento, i giudici di Palazzo Spada condividono l'orientamento della giurisprudenza secondo cui i requisiti di partecipazione ad una procedura selettiva, tra i quali il DURC, devono essere posseduti alla data della domanda.

La fattispecie della regolarizzazione dell'Impresa rispetto all'adempimento degli obblighi contributivi si inquadra nell'art. 80 comma 4 del D.lgs. 50/2016, il quale prevede quanto segue:

“Un operatore economico è escluso dalla partecipazione a una procedura d'appalto se ha commesso violazioni gravi, definitivamente accertate, rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse o dei contributi previdenziali, secondo la legislazione italiana o quella dello Stato in cui sono stabiliti. Costituiscono gravi violazioni quelle che comportano un omesso pagamento di imposte e tasse superiore all'importo di cui all'[articolo 48-bis, commi 1 e 2-bis, del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 602](#). Costituiscono violazioni definitivamente accertate quelle contenute in sentenze o atti amministrativi non più soggetti ad impugnazione. Costituiscono gravi violazioni in materia contributiva e previdenziale quelle ostantive al rilascio del documento unico di regolarità contributiva (DURC), di cui all'articolo 8 del decreto del Ministero del lavoro e delle politiche sociali 30 gennaio 2015, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 125 del 1° giugno 2015. Il presente comma non si applica quando l'operatore economico ha ottemperato ai suoi obblighi pagando o impegnandosi in modo vincolante a pagare le imposte o i contributi previdenziali dovuti, compresi eventuali interessi o multe, purché il pagamento o l'impegno siano stati formalizzati prima della scadenza del termine per la presentazione delle domande”.

In materia di DURC, pertanto, la regolarizzazione di cui parla la sentenza è rappresentata dal pagamento e/o dall'impegno vincolante al pagamento, indicato nell'ultima parte della norma sopra citata: pagamento ed impegno debbono essere stati necessariamente assunti dall'operatore economico prima della scadenza del termine di presentazione della domanda di partecipazione.

Potrebbe, tuttavia, verificarsi il seguente caso:

l'operatore ha presentato domanda di partecipazione alla procedura di appalto; soltanto dopo la scadenza del termine previsto per le domande, gli viene notificato, da parte dell' Ente di controllo (INPS/INAIL), l'accertamento del DURC negativo (irregolarità della posizione contributiva); a quel punto, egli non potrà più assumere formalmente l'impegno al pagamento del debito contributivo, concordando con l'Ente stesso termini e condizioni, in quanto è già scaduto il termine di presentazione della domanda, e quindi, in base al disposto dell'art. 80 comma 4 del Codice, dovrebbe essere escluso.

Peraltro, in un caso di questo tipo, la mancata tempestiva (entro il termine di scadenza della domanda di partecipazione alla gara) assunzione, da parte dell'operatore, dell'impegno a pagare, è dipesa non da una sua personale negligenza, bensì dal fatto che l'irregolarità del DURC gli è stata notificata soltanto dopo la suddetta scadenza: egli, se fosse venuto a conoscenza dell'irregolarità con congruo anticipo rispetto a tale termine, probabilmente si sarebbe attivato per formalizzare il proprio impegno al pagamento prima che il termine stesso venisse a maturare.

La norma contenuta nell'art. 80 comma 4 ultima parte – nell'esigere, in maniera generalizzata, che il vincolo al pagamento del debito contributivo venga assunto prima del termine di scadenza della domanda di partecipazione alla gara – non sembra voler fare alcuna distinzione tra il caso in cui la mancata assunzione del vincolo sia dipesa da una precisa scelta dell'operatore il quale, pur avendo avuto conoscenza dell'irregolarità del DURC prima che il predetto termine scadesse, ha deciso di non mettersi in regola, e quello, invece, in cui la mancata formalizzazione dell'impegno al pagamento sia dipesa, esclusivamente, dalla sfortunata coincidenza di essersi visto notificare l'accertamento negativo del DURC a pochi giorni (od istanti) dalla scadenza del medesimo termine, sì da non potere più, neanche volendo, attivarsi ai fini della regolarizzazione.

La norma, in sostanza, sembra riservare identico trattamento punitivo (esclusione dalla partecipazione alla procedura) sia a colui che ha rifiutato di mettersi nella condizione per poter sanare l'irregolarità contributiva pur essendo nei termini per poterlo fare, sia colui che avrebbe voluto mettersi in regola, ma non ha avuto la possibilità pratica di farlo in quanto l'irregolarità del DURC gli è stata notificata troppo tardi e quindi un qualsivoglia impegno al pagamento sarebbe comunque stato intempestivo: pare di assistere, quindi, ad una sostanziale parificazione tra "l'operatore in mala fede" e "l'operatore in buona fede".

Che la norma adottata dal legislatore nazionale sembri non tenere in debito conto la differenza di situazioni, pare potersi ricavare dall'art. 57 comma 3 della Direttiva 24/2104, il quale recita quanto segue: "*Gli Stati membri possono prevedere **una deroga alle esclusioni obbligatorie***".

*di cui al paragrafo 2 nei casi in cui un'esclusione sarebbe chiaramente sproporzionata, in particolare qualora non siano stati pagati solo piccoli importi di imposte o contributi previdenziali o **qualora l'operatore economico sia stato informato dell'importo preciso dovuto a seguito della sua violazione degli obblighi relativi al pagamento di imposte o di contributi previdenziali in un momento in cui non aveva la possibilità di prendere provvedimenti in merito, come previsto al paragrafo 2, terzo comma, prima della scadenza del termine per richiedere la partecipazione ovvero, in procedure aperte, del termine per la presentazione dell'offerta***".

Ai sensi della norma comunitaria, quindi, se il soggetto è stato informato della violazione soltanto dopo la scadenza del termine previsto per le domande – ossia in un momento in cui non avrebbe comunque potuto prendere provvedimenti in merito, ossia non avrebbe utilmente potuto porre in essere, mediante l'assunzione dell' "impegno al pagamento", comportamenti riparatori volti ad eliminare o ad attenuare le conseguenze dell'illecito previdenziale – lo Stato membro può prevedere una deroga all'esclusione.

Probabilmente, quindi, una maggiore attenzione nella valutazione della diversità delle situazioni avrebbe suggerito di formulare l'ultima parte dell'art. 80 comma 4 del D.lgs. 50/2016 nel seguente modo:

" ... purchè il pagamento o l'impegno siano stati formalizzati prima della scadenza del termine per la presentazione delle domande.

Nel caso in cui l'accertamento di irregolarità del DURC sia stato notificato all'operatore prima del suddetto termine ma in tempi tali da non consentirgli l'assunzione del vincolo al pagamento, il medesimo viene ammesso con riserva, e, nel caso in cui il suddetto vincolo non venga assunto prima della proposta di aggiudicazione di cui all'art. 33 comma 1, la stazione appaltante procederà all'esclusione."

La scelta del legislatore nazionale di non operare tale distinzione – pur non essendo censurabile sotto il profilo della violazione della Direttiva comunitaria (la quale, infatti, all'art. 57 comma 3, prevede soltanto la facoltà, e non l'obbligo, dello Stato membro di contemplare una deroga all'esclusione nel caso di specie) – non appare certamente ineccepibile dal punto di vista della tutela della parità di trattamento tra concorrenti, la quale viene lesa anche quando – come nel caso in questione – vengono trattate in modo eguale (esclusione dalla procedura) situazioni soggettivamente differenti.

REPUBBLICA ITALIANA**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO****Il Consiglio di Stato****in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)****ha pronunciato la presente****SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 1251 del 2016, proposto da:

Rete Varese 1 srl, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avvocati Mario Mossali e Bruno Guglielmetti, con domicilio eletto presso lo studio Bruno Guglielmetti in Roma, via Alessandria, 129;

contro

Co.Re.Com. [Comitato regionale per le comunicazioni] Lombardia, Bravo Produzioni Televisive non costituiti in giudizio;

Ministero dello sviluppo economico - D.G.S.C.E.R.P., Agcom, in persona dei rispettivi legali rappresentanti p.t., rappresentati e difesi per legge dall'Avvocatura generale dello Stato, domiciliataria in Roma, via dei Portoghesi, 12;

Regione Lombardia, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Maria Emilia Moretti e Marinella Orlandi, con domicilio eletto presso lo studio Gabriele Pirocchi in Roma, Piazzale delle Belle Arti 2;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia, sezione III n. 01434/2015, resa tra le parti, concernente benefici ad emittenti televisive locali per l'anno 2012.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero dello sviluppo economico - D.G.S.C.E.R.P., della Regione Lombardia e dell'Agcom;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza del giorno 27 ottobre 2016 il consigliere Andrea Pannone e uditi per le parti l'avvocato dello Stato Paola Palmieri e gli avvocati Guglielmetti e Pirocchi per delega di Moretti;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con la sentenza appellata del TAR Lombardia n. 1434/15 del 22/06/2015 è stato rigettato il ricorso dell'odierna appellante Rete Varese 1 s.r.l. ("Rete Varese") per l'annullamento, insieme con alcuni atti connessi e/o presupposti, della delibera n. 4 del 7/03/2014 del Co.Re.Com. [Comitato regionale per le comunicazioni] Lombardia, limitatamente alla collocazione dell'emittente Telereporter, recante la graduatoria approvata dal Co.Re.Com. Lombardia, relativa all'assegnazione dei contributi alle emittenti televisive ai sensi del D.M. 5 novembre 2004 n. 292.

2. Il motivi dedotti contestano il punteggio attribuito alla Bravo Produzioni Televisive s.r.l., collocata all'11° posto con punti 884,65.

Dopo aver aggiunto 49,49 punti relativi alla media del fatturato, alla Bravo Produzioni Televisive, quale titolare dell'emittente Telereporter, sarebbero dovuti essere assegnati, al massimo, punti 469,74 punti, collocandosi così in una posizione successiva a quella della ricorrente, con 540,62 punti, che avrebbe avuto diritto al contributo.

Con la memoria depositata il 9 aprile 2015 la ricorrente ha articolato nuove censure in relazione alla regolarità della posizione INAIL risultante dal DURC, da ritenersi però inammissibili perché nuove rispetto a quanto dedotto in 1° grado.

Il ricorso è altresì infondato nel merito.

3. Quanto al primo motivo di gravame, va precisato, in punto di fatto, che ai sensi dell'art. 1, comma 4, del bando, approvato con DM 24 giugno 2013 e pubblicato sulla GURI n. 199 del 26 agosto 2013, il termine per la presentazione della domanda era stabilito nel 25 settembre 2013.

Ancora in punto di fatto va rilevato che la domanda di assegnazione dei contributi è stata presentata dalla società Bravo Produzioni Televisive s.r.l. solo per l'emittente Telereporter,

dalla stessa gestita.

Ciò precisato, va rilevato che la comunicazione dell'INPS del 13 novembre 2013, a seguito di espressa richiesta del Co.Re.Com. Lombardia in ordine alla correttezza contributiva dei soggetti partecipanti alla procedura in questione sia in relazione alla posizione contributiva complessiva sia per il periodo 1/1/2012 – 30/8/2013, ha attestato la regolarità contributiva complessiva e la regolarità contributiva per il periodo 1/1/2012 – 30/8/2013 dell'emittente Telereporter, precisando che “per il periodo dal 10/2011 al 2/2012 l'impresa è stata ammessa al beneficio della dilazione di pagamento in forma rateale” (cfr. nota 'l' della citata comunicazione).

Quanto alla Bravo Produzioni, comunque non richiedente il contributo in via diretta, la comunicazione dell'INPS ha dato conto di una posizione contributiva complessiva regolare, ma irregolare quanto al periodo 1/1/2012 – 30/8/2013, precisando che in relazione alla “attività 001 per l'anno 2012 ha denunce per gennaio, da giugno a dicembre” e in relazione alla “attività 002 per l'anno 2012 ha denunce da luglio a dicembre; la contribuzione da 7/2012 a 11/2012 è stata versata in ritardo nel 2013 anziché alle date prescritte”.

Ora, la circostanza che la società Bravo Produzioni Televisive non rientri tra i soggetti beneficiari dei contributi di cui si discute rende di per sé irrilevante la sopra riferita annotazione dell'INPS.

Invero, con riferimento al soggetto in relazione al quale il contributo è stato richiesto, ovvero l'emittente Telereporter, risulta l'attestazione della regolarità contributiva per il periodo 1/1/2012 – 30/08/2013, ovvero in data antecedente al termine di scadenza per la presentazione della domanda.

Va in proposito rammentata la condivisibile giurisprudenza secondo cui i requisiti di partecipazione ad una procedura selettiva devono essere posseduti alla data della domanda (ex plurimis, TAR Lombardia – Milano, Sez. III, 8 gennaio 2014, n. 11: “L'assenza del requisito della regolarità contributiva, costituendo condizione di partecipazione alla gara, se non posseduto alla data di scadenza del termine di presentazione dell'offerta, non può che comportare l'esclusione del concorrente non adempiente, non potendo valere la regolarizzazione postuma, quand'anche ricondotta retroattivamente, quanto ad efficacia, al momento della scadenza del termine di pagamento”; in relazione a controversia analoga a quella oggetto del presente giudizio cfr. Tar Milano sez. III 22 maggio 2014 n. 1330).

Peraltro è la stessa parte ricorrente ad invocare la pronuncia del Consiglio di Stato sez. VI, 18 marzo 2011, n. 1683, che, appunto, esprime il medesimo principio di diritto sopra enunciato.

Le deduzioni della ricorrente muovono in realtà da un errato presupposto in fatto, ovvero l'irregolarità contributiva dell'emittente Telereporter, in realtà non ravvisabile sulla base della stessa attestazione dell'INPS.

Deve precisarsi che l'essere già stata ammessa al beneficio della dilazione di pagamento degli oneri contributivi precedentemente alla scadenza del termine della presentazione della

domanda implica che debba ritenersi regolare la relativa posizione (cfr. in tale senso Ad. Plen. n. 15/2013).

Va in ogni caso aggiunto, quanto alla posizione della società Bravo Produzioni Televisive, che, come chiarito dall'interessata nel corso del procedimento e come risulta dalla documentazione versata agli atti del giudizio, in relazione all'attività di cui al codice 001 (che riguarda la società Bravo, mentre il codice attività 002 riguarda la società Telegiuria s.r.l., incorporata per fusione dalla Bravo, ma del tutto estranea alla presente controversia) e ai periodi indicati nella comunicazione dell'INPS, i pagamenti delle due posizioni contributive sono stati effettuati in data 21 gennaio 2013, quindi in data antecedente alla scadenza del termine per la presentazione della domanda di erogazione dei contributi di cui al DM n. 292/2004.

Anche in relazione alla società Bravo quindi la posizione contributiva era da ritenersi regolare alla data di presentazione della domanda.

Il primo motivo di ricorso pertanto non merita accoglimento.

4. Quanto al secondo mezzo di gravame, il Collegio ne rileva la genericità, non avendo la ricorrente esplicitato le ragioni secondo cui, a suo dire, in relazione al personale dipendente (giornalisti e altro personale) dell'emittente Telereporter, alla controinteressata avrebbe dovuto essere assegnato un punteggio inferiore a quello attribuito dal Co.Re.Com., avuto riguardo ai punteggi e ai parametri stabiliti nella tabella A del DM 292/2004.

Nel giudizio amministrativo, non è sufficiente la generica deduzione di un vizio dell'atto impugnato, ma occorre che sia precisato in concreto il profilo sotto il quale il vizio viene dedotto, indicando tutte le circostanze dalle quali possa desumersi che il vizio denunciato effettivamente sussista; deve, pertanto, ritenersi inammissibile per genericità la censura da cui non si evincano specifici elementi in base ai quali sarebbero sussistenti i dedotti vizi (ex multis T.A.R. Umbria sez. I 3 dicembre 2014 n. 591; T.A.R. Lazio – Roma sez. III, 12 settembre 2009, n. 8648).

Nel caso di specie la ricorrente si è limitata a (meramente) affermare che alla controinteressata avrebbe dovuto essere attribuito un diverso punteggio, senza articolare in concreto e con riferimento al paradigma normativo che pone le regole di valutazione dei concorrenti, in che cosa consisterebbe il vizio, sia sotto il profilo delle circostanze di fatto sia quanto alle conseguenze di diritto da trarsi.

Ad ogni buon conto il motivo, oltre che inammissibile nei termini sopra detti, si presenta altresì infondato.

Va rilevato che i dati da cui la ricorrente muove le proprie deduzioni non appaiono rispondenti a quanto dichiarato dalla controinteressata, dovendosi precisare che, ai sensi dell'art. 4 del DM 292/2004, è oggetto di valutazione il personale dipendente applicato allo svolgimento dell'attività televisiva con riferimento all'anno precedente a quello in cui è erogato il contributo. Nel caso di specie si deve quindi avere riguardo all'anno 2012.

Sulla base della domanda presentata e dei chiarimenti forniti con la nota del 15 novembre 2013, con la quale l'intero personale del gruppo societario è stato distinto tra le singole emittenti televisive, non si ricava un'erronea attribuzione del punteggio attribuito dal Cor.Re.Com. che ha tenuto conto dei giorni netti lavorati, detratti i giorni di cassa integrazione del personale in servizio nell'anno 2012 presso l'emittente Telereporter, nonché del tipo di rapporto di lavoro.

5. In conclusione, per le ragioni che precedono, il ricorso non merita accoglimento e va pertanto rigettato. Dalla reiezione della domanda di annullamento consegue il rigetto della domanda risarcitoria presentata con l'atto introduttivo del giudizio.

6. Le spese di giudizio, in relazione alla posizione delle parti rivestite nel giudizio, possono tuttavia essere compensate.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo rigetta unitamente alla domanda risarcitoria.

Spese compensate.

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