

T.A.R.Veneto, sez.I, 8 aprile 2014, n°486 – Pres.Amoroso, Est.Rovis. Sulla possibilità di regolarizzare il DURC nella fase di partecipazione alla gara.

#### **Principio di diritto**

Con la sentenza n°468 del 08.04.2014, resa ai sensi dell'articolo 60 del cod.proc.amm., il Tribunale Amministrativo regionale del Veneto ha precisato che il requisito della regolarità contributiva, necessario per la partecipazione alle gare pubbliche, deve sussistere al momento di scadenza del termine quindicinale assegnato dall'Ente previdenziale per la regolarizzazione della posizione contributiva e non al momento della presentazione della domanda di ammissione alla procedura

#### **La questione sottoposta al TAR VENETO**

Il caso sottoposto all'attenzione del Tar Veneto prende le mosse dal ricorso proposto da una società cooperativa per l'annullamento del provvedimento che statuiva la sua esclusione dalla gara per l'assegnazione del Servizio di Pulizia delle spiagge del Comune di Chioggia e del Documento Unico di Regolarità Contributivo, posto a fondamento del provvedimento di esclusione da parte della Stazione appaltante, per la parte di formazione a cura dell'INPS, laddove si attestava che la ditta ricorrente, alla data del 11.11.2013, ovvero al momento della presentazione della domanda di ammissione alla procedura “ non risultava regolare con il versamento dei contributi”

#### **La pronuncia**

Preliminarmente, il Tribunale affronta il problema della sussistenza o meno della giurisdizione amministrativa in subiecta materia.

Al riguardo, il Collegio, fornisce una risposta affermativa al quesito, aderendo in particolare all'orientamento espresso, da

ultimo, dalla sentenza n° 2258/13 del Tar Puglia, sez.Lecce, il quale ha esplicitato la sussistenza della giurisdizione amministrativa in merito all'impugnazione del DURC in considerazione del fatto che tale documento rappresenta un atto interno della fase procedimentale di verifica dei requisiti di ammissione e, pertanto, non è impugnabile autonomamente, ma solo unitamente al provvedimento definitivo, con la conseguenza che esso attiene al procedimento amministrativo di aggiudicazione di un appalto, secondo quanto chiarito, peraltro dalla giurisprudenza della supreme magistrature ( cfr Cass. S.S.U.U., 9 febbraio 2011 n°3169; C.d.S., sez.V, 11.05.2009 n.2874)

Acclarata la sussistenza della giurisdizione, il Collegio passa all'esame del merito del ricorso, affrontando il punto normativo "nodale" della vicenda.

Ed invero, i Giudici rilevano come il 22 giugno 2013 sia entrato in vigore l'articolo 31, comma 8 del DL n°69/2013.

Tale norma, nell'apportare "semplificazioni" alla disciplina del rilascio del DURC, dispone espressamente che in caso di mancanza dei requisiti per il relativo ottenimento "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".

Tale novella prevede, quindi, che gli enti previdenziali preposti al rilascio del DURC sono tenuti ad attivare un vero e proprio procedimento di regolarizzazione attraverso il quale i partecipanti ad una procedura concorsuale che si trovino ad essere *ab origine* privi del requisito della regolarità contributiva, siano messi in grado di sanare la propria posizione

prima della "certificazione" di una loro situazione di irregolarità.

Ne consegue che, ad avviso del Collegio, tale innovazione normativa di carattere "procedimentale" ha modificato (per incompatibilità sopravvenuta) la disposizione sostanziale delineata dall'articolo 38 del Codice dei Contratti (D.lgs 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"*

Il combinato disposto della norma sostanziale del Codice dei Contratti e della subentrata norma procedimentale di cui all'articolo 31, comma 8, del D.L.69/13, porta a ritenere, secondo il Collegio, che allo stato attuale, ovvero a far data dal 22.06.2013, il requisito di regolarità contributiva deve sussistere solamente al momento di scadenza del termine quindicinale che deve essere formalmente assegnato per iscritto ( a mezzo PEC all'interessato o al suo consulente del lavoro) dall'Ente previdenziale per la regolarizzazione della posizione contributiva.

Tale nuovo assetto normativo, prosegue il TAR Veneto rende *ex se* illegittimo il "Durc negativo" impugnato dalla società ricorrente sia per errore di fatto qualora si riferisca al debito saldato in data 11.11.2013, contestualmente alla presentazione dell'offerta; sia per violazione dell'articolo 31 del DL 69/2013 qualora si riferisca ad un'ulteriore quota di debito, peraltro saldata spontaneamente dalla società ricorrente il 29.11.13.

Ne consegue, quindi, l'annullamento per illegittimità derivata del provvedimento di esclusione della ricorrente, in quanto

fondato in via esclusiva sul predetto, illegittimo, DURC negativo.

Peraltro il TAR, a conclusione del proprio ragionamento giuridico, rileva la fondatezza anche del secondo motivo di ricorso con il quale la società ricorrente ha denunciato la violazione del combinato disposto degli articoli 38, comma 1, lettera i e 38, comma 2, del Codice dei Contratti, che escludono i soggetti “ che hanno commesso violazioni gravi, definitivamente accertate, alle norme in materia di contributi previdenziali ed assistenziali, secondo la legislazione italiana”, atteso che si intendono “*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*”)”.

Posto il quadro normativo sopra esposto ed in particolare la specifica individuazione dei valori-soglia, superati i quali, le violazioni acquisiscono il carattere di “gravità” ostativo al rilascio del DURC, il Collegio ha rilevato come l’omesso pagamento “sanzionato” nel caso di specie era “*icto oculi*” di gran lunga inferiore alla soglia del 5%, con la conseguenza che, a prescindere dalle dirimenti osservazioni operate in ordine alla prima censura, l’INPS sarebbe comunque stata tenuta a rilasciare il documento di regolarità contributiva

### **Riflessioni conclusive**

La sentenza in esame fornisce spunti interessanti in ordine alla ricostruzione sistematica della normativa in materia di regolarità contributiva.

Al riguardo, se da una parte può apparire logica ed aderente al principio generale del “favor participationis” sotteso ad ogni procedura concorsuale, la ricostruzione operata dal Tar Veneto, d'altro canto non può, tuttavia, essere trascurato l'aspetto, solo marginalmente toccato dalla pronuncia in esame, per cui, allo stato attuale, resta pienamente vigente la norma sostanziale “madre” (l'articolo 38 del Codice dei Contratti) che disciplina una tempistica diversa da quella fissata dal citato articolo 31 del D.L.69/13, convertito con modificazioni dalla legge 98/13.

Ed invero, da un punto di vista strettamente sistematico, la soluzione interpretativa, diversamente da quanto statuito con la pronuncia in esame, dovrebbe privilegiare il disegno fissato dalla normativa sostanziale e non quello enucleato da norme “tampone” inseriti in decreti omnibus.

Resta comunque, e tale dato è incontrovertibile, l'accoglimento del ricorso in esame per l'acclarata violazione del combinato disposto degli articoli 38, comma 1, lettera i e comma 2 del D.gls 163/2006, per insussistenza, nel caso di specie, del requisito della violazione “grave”.

Ed infatti, fermo restando il dato letterale imprescindibile delle citate disposizioni normative, sul punto, la Corte Europea di Giustizia, con la sentenza C-358/2012 del 10 luglio 2014 ha ritenuto che, in materia di appalti pubblici, sia legittima la previsione contenuta nella normativa italiana dell'esclusione, dalla procedura di aggiudicazione della gara, dell'impresa non in regola con il pagamento dei contributi previdenziali, una

volta superata una determinata soglia, definita «grave», e cioè di importo superiore sia a 100 euro che al 5% delle somme dovute.

Da segnalare, tuttavia, per completezza di trattazione, la sentenza n° 3334 del 12 giugno 2014, con la quale il TAR Campania-Napoli, sez.IV. in contrasto con i principi enucleati nella sentenza del TAR Veneto, ha precisato che la regolarità contributiva rappresenta un *“requisito indispensabile non solo per la partecipazione alla gara ma anche per la stipulazione del contratto (cfr. T.A.R. Umbria 12 aprile 2006, n. 221, Cons. Stato, Sez. IV, 27 dicembre 2004, n. 8215), così che l'impresa deve essere in regola con i relativi obblighi fin dalla presentazione della domanda e conservare tale regolarità per tutto lo svolgimento della procedura di gara”*.

Ed invero, precisa il collegio campano, la norma in contestazione *“deve ritenersi operante per il solo DURC cd. interno, ossia quello confezionato dall'INPS per il riconoscimento di benefici o sgravi contributivi alla ditta (e che ha una validità temporale inferiore o pari a 30 giorni) e non anche per il documento relativo alla verifica requisiti per partecipazione alle gare di appalto”*.

Un diverso orientamento, infatti, comporterebbe *“una rilevante modifica – peraltro in maniera tacita per incompatibilità sopravvenuta – alla disposizione sostanziale dell'art. 38 del Codice dei Contratti (D. Lgs. n. 163/2006) per il quale è pacificamente acclarato che il requisito della regolarità contributiva necessario per la partecipazione alle gare pubbliche debba essere posseduto dai concorrenti sin dalla data di presentazione della domanda di ammissione alla procedura”*.

Inoltre, si determinerebbe una incompatibilità *“con i principi di tutela dell’interesse pubblico alla scelta di un contraente affidabile e della par condicio tra le imprese concorrenti, in quanto comporterebbe la possibilità di partecipare in ogni caso alle gare per le imprese in stato di irregolarità contributiva, potendo poi fidare sulla possibilità di sanare la propria posizione dopo il preavviso di DURC negativo da parte dell’INPS, con evidente violazione della ratio della disposizione, che nella regolarità contributiva dell’impresa vuole apprezzare non solo un dato formale, ma un dato di affidabilità complessiva della ditta partecipante alla gara”*.

Peraltro, conclude il TAR Campania, con la pronuncia del 9 febbraio 1996 (cause riunite C-226/04 e C-228/04) la Corte di giustizia europea ha evidenziato che *“la sussistenza del requisito della regolarità fiscale e contributiva (che, pure, può essere regolarizzato in base a disposizioni nazionali di concordato, condono o sanatoria) deve comunque essere riguardata con riferimento insuperabile al momento ultimo per la presentazione delle offerte, a nulla rilevando una regolarizzazione successiva la quale, pertanto, non potrà in alcun modo incidere sul dato dell’irregolarità ai fini della singola gara (Cons. St., sez. VI, 5 luglio 2010, n. 4243)”*.

Da ultimo, si segnala che l’Inps, con il messaggio 6756 del 2 settembre 2014, ha deciso di attenersi all’orientamento espresso dalla Direzione Generale per l’attività ispettiva del Ministero del Lavoro, con **nota del 19 agosto 2014, Prot. 37/0014591/MA007.A001**, successivo, quindi, alla pronuncia in esame, secondo cui, *“in assenza di un più uniforme orientamento giurisprudenziale, gli Istituti possono continuare ad operare come di consueto effettuando una verifica della*

*regolarità contributiva alla data di presentazione della autodichiarazione”.*

Quindi, l'ente previdenziale chiarisce che i DURC, per la verifica di autodichiarazione, continueranno ad essere definiti sulla base della situazione contributiva riferita alla data in cui la dichiarazione, da parte dell'interessato, è stata resa.

L'unica eccezione sarà rappresentata dalla previsione che disciplina il rilascio del Durc, in presenza di certificazione dei crediti, ai sensi dell'art. 13 bis, comma 5, del decreto legge 7 maggio 2012, n. 52 convertito, con modificazioni, dalla legge 6 luglio 2012, n. 94, che prevede, in presenza di una certificazione di uno o più crediti resa dalle amministrazioni statali, dagli enti pubblici nazionali, dalle Regioni, dagli enti locali e dagli enti del Servizio Sanitario Nazionale, che attesti la sussistenza e l'importo di crediti certi, liquidi ed esigibili almeno pari agli oneri contributivi accertati e non ancora versati, gli Istituti previdenziali e le Casse edili sono tenuti ad attestare la regolarità contributiva.

Avv. Claudio Sabatino nato a Cittadella (PD), il 27.12.1980, residente in via S. Pietro, 31, 35013 Cittadella, studio in Cittadella, Stradella delle Cucine Economiche, 15, [claudio.sabatino@email.it](mailto:claudio.sabatino@email.it);

→ [p.e.c.claudio.sabatino@ordineavvocatipadova.it](mailto:p.e.c.claudio.sabatino@ordineavvocatipadova.it),

tel 0495975495, cell 3485621848

Foro di Padova, data di iscrizione 10.11.2007