

Sull'ammissibilità della regolarizzazione in corso di gara del Durc negativo

di

Data di pubblicazione: 22-5-2015

Tar Veneto, sez. I, 23 febbraio 2015, n. 218

Presidente Amoroso; Estensore Mattei

È illegittimo il provvedimento con il quale la P.A. ha disposto la revoca dell'aggiudicazione di una gara di appalto e ha provveduto alla contestuale esclusione della ditta aggiudicataria dalla gara stessa, motivando tale scelta sul presupposto del difetto del requisito della regolarità contributiva, nel caso in cui, in presenza di un d.u.r.c. negativo emesso dall'I.N.P.S.-I.N.A.I.L., la società interessata non sia stata formalmente invitata a sanare la propria posizione contributiva, previa assegnazione di termine non superiore a quindici giorni, come stabilito dall'art. 7, comma 3, del decreto del Ministero del Lavoro 24 ottobre 2007 e dall'art. 31, comma 8, del decreto legge 21 giugno 2013, n. 69, convertito in legge 9 agosto 2013, n. 98.

**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto (Sezione Prima)**
ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero, proposto da:

..., in persona del rappresentante legale *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato ..., con domicilio eletto presso in ..;

contro

....., in persona del Presidente *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati ..., con domicilio eletto presso lo studio; ..., in persona del rappresentante legale *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati ..., con domicilio eletto presso lo studio del primo in ...

nei confronti di

..., in persona del rappresentante legale *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati ..., con domicilio eletto presso ...;

**per l'annullamento
previa sospensione dell'efficacia**

- della determinazione n. ... del con cui ha escluso la parte ricorrente dalla gara indetta per l'affidamento del servizio di integrazione socio didattica a favore degli allievi con disabilità? sensoriale per gli anni scolastici 2014/2015 e 2015/2016 per l'effetto disponendo altresì? l'escussione della cauzione provvisoria e la segnalazione all'Autorità? di Vigilanza, nonché? l'aggiudicazione in favore dell'impresa seconda classificata;

- della nota del con cui ha comunicato alla ricorrente l'avvio del procedimento di esclusione dalla gara;

- della nota resa da ... ed acquisita al protocollo al n. ... del ..., a mezzo della quale ... ha confermato la posizione di asserita irregolarità? contributiva della ricorrente assumendo che la stessa non potesse avvalersi delle misure di cui all'art. 13 bis, comma 5, del decreto legge n. 52/2012, convertito in legge n. 94/2012; del d.u.r.c. prot. n. 30364143 del 4.6.2014;

- del provvedimento in data 1.8.2014 con cui ha effettuato la comunicazione ai fini dell'inserimento della disposta esclusione nel casellario informatico;

- della determinazione del ... n. ... avente ad oggetto l'aggiudicazione definitiva della gara in favore della società? contro interessata;

- di ogni atto annesso, connesso o presupposto;

- per la declaratoria d'inefficacia del contratto ove *medio tempore* stipulato, con subentro nel medesimo da parte della ricorrente stessa.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di ..., .., .. .;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 gennaio 2015 il dott. Enrico Mattei e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con atto di ricorso (n.r.g. ...) ritualmente notificato e depositato, la Soc. ..., in qualità? di aggiudicataria provvisoria della procedura gara indetta da ..., con bando ..., per l'affidamento del servizio di integrazione socio didattica a favore degli allievi con disabilità? sensoriale per gli anni scolastici 2014/2015 e 2015/2016, ha adito l'intestato Tribunale per chiedere l'annullamento, previa sospensione dell'efficacia, degli atti, meglio in epigrafe riportati, a seguito dei quali e? stata esclusa dalla descritta procedura selettiva, in quanto versante in una situazione d'irregolarità? contributiva accertata con d.u.r.c. I.N.P.S.-I.N.A.I.L. di ... prot. n. ... del 16 luglio 2014,
2. Preso atto di tale situazione, rilevata in sede di verifica del possesso dei requisiti di ordine generale di cui all'art. 38 del d.lgs. n. 163/2006, la stazione appaltante, con determinazione ..., ha escluso dalla procedura di gara ... ed ha provveduto, altresì?, ad escutere la cauzione provvisoria, a segnalare detta irregolarità? all'Autorità? di Vigilanza sui Contratti ed, infine, ad aggiudicare in via provvisoria il servizio in questione alla Società? ..., in qualità? di seconda graduata.
3. Con successiva determinazione n. ..., ... ha definitivamente aggiudicato il servizio in gara a favore della società? seconda graduata, disponendo altresì? l'attivazione dello stesso in via d'urgenza, in considerazione delle difficoltà? organizzative ad esso connesse.
4. Avverso dette determinazioni, la società? ricorrente ha quindi proposto l'epigrafato ricorso, formulando la seguente, articolata, doglianza:
5. *Violazione e falsa applicazione dell'art. 31, comma 8, del d.l. n. 69/2012. Violazione e falsa applicazione della circolare I.N.P.S. n. 4072013. Violazione e falsa applicazione dell'art. 13 bis, comma 5, del d.l. n. 52/2012. Eccesso di potere per difetto di istruttoria e motivazione. Disparità? di trattamento, ingiustizia manifesta.*
6. A tale riguardo, la società? ricorrente contesta all'I.N.P.S. di aver travisato la propria posizione contributiva, quale esistente al momento della verifica del requisito di regolarità? della stessa, come auto-dichiarata in via sostitutiva nella domanda di ammissione alla gara.
7. Detto travisamento, sarebbe conseguenza della mancata considerazione da parte dell'I.N.P.S. del fatto che, sebbene al momento della data di scadenza del termine di partecipazione alla gara in questione, in capo alla società? odierna ricorrente gravasse un debito contributivo pari ad € ..., la stessa risultava, tuttavia, essere creditrice nei confronti di altra pubblica amministrazione di una somma pari ad € ..., ossia di un importo che, oltre ad essere liquido ed esigibile, come peraltro certificato dall'ente debitore, di ammontare superiore rispetto agli oneri contributivi a quella data non ancora versati.
8. In punto di diritto, la ricorrente sostiene che nel caso di specie debba trovare applicazione la disposizione di favore di cui all'art. 13-bis del d.l. n. 52/2012, convertito in legge n. 94/2012, a tenore della quale *"Il documento unico di regolarità? contributiva e? rilasciato anche il presenza di una certificazione, rilasciata ai sensi dell'articolo 9, comma 3-bis, del decreto- legge 29 novembre 2008, n. 185, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 gennaio 2009, n. 2, (...) che attesti la sussistenza e l'importo di crediti certi, liquidi ed esigibili vantati nei confronti delle*

pubbliche amministrazioni di importo almeno pari agli oneri contributivi accertati e non ancora versati da parte di un medesimo soggetto (...)”.

9. Sotto altro aspetto, il d.u.r.c. negativo emesso dall'I.N.P.S.-I.N.A.I.L. ... sarebbe illegittimo per non essere stata invitata la società ricorrente a sanare la propria posizione contributiva, previa assegnazione di termine non superiore a quindici giorni, come stabilito dall'art. 7, comma 3, del decreto del Ministero del Lavoro 24 ottobre 2007 e dall'art. 31, comma 8, del decreto legge 21 giugno 2013, n. 69, convertito in legge 9 agosto 2013, n. 98.

10. A sostegno della suesposta censura, la società ricorrente richiama la giurisprudenza di questo Tribunale, a tenore della quale deve ritenersi illegittima l'esclusione di una ditta da una gara d'appalto per difetto del requisito della regolarità? contributiva, nel caso in cui essa 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 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 una attestazione in senso negativo (cfr., al riguardo, T.A.R. Veneto, sez. I., 8 aprile 2104, n. 486).

11. ... si e? costituita in giudizio chiedendo il rigetto del ricorso per infondatezza delle censure ivi proposte.

12. Si sono, altresì?, costituiti in giudizio la società? odierna contro interessata e l'I.N.P.S., i quali, oltre a contestare nel merito le censure svolte dalla società? ricorrente, hanno rilevato il difetto di giurisdizione dell'adito Giudice amministrativo.

13. Con ordinanza ..., il Collegio ha accolto la domanda di sospensione dei provvedimenti impugnati, *“giusta la mancata applicazione della previsione di cui all'art. 31, comma 8, d.l. 69/2013, nonché? in considerazione del grave danno evidenziato dalla ricorrente”*.

14. Detta ordinanza e? stata riformata dal Consiglio di Stato con ordinanza ..., nella quale e? stato rilevato che nelle more della decisione nel merito del giudizio di primo grado, debba ritenersi *“prevalente l'interesse pubblico evidenziato dall'Amministrazione al mantenimento del servizio in atto, già? affidato alla ...”*.

15. Alla pubblica udienza del giorno ..., la causa e? stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Con la presente impugnativa si pone all'esame del Collegio la legittimità? della disposta esclusione della società? ricorrente dalla procedura di gara finalizzata all'affidamento del servizio d'integrazione socio didattica della ..., in quanto versante in una situazione d'irregolarità? contributiva accertata con d.u.r.c. I.N.P.S.-I.N.A.I.L. di ... in data 16 luglio 2014, prot. n.

2. In via pregiudiziale, il Collegio deve respingere l'eccezione in rito sul difetto di giurisdizione

proposta dall'I.N.P.S. e dalla società odierna contro interessata, posto che per consolidato e condiviso orientamento giurisprudenziale, devono ritenersi rientranti nella giurisdizione del Giudice amministrativo le questioni che, come nel caso di specie, riguardano non la gravità della irregolarità accertata, bensì il carattere definitivo della stessa, costituendo la relativa attestazione, come contenuta nel documento unico di

regolarità contributiva, uno dei requisiti posti dalla normativa di settore ai fini dell'ammissione ad una procedura di evidenza pubblica, da valutarsi pertanto in sede di verifica dei requisiti di partecipazione dichiarati dal concorrente alla gara e, come tale, impugnabile unitamente al provvedimento conclusivo di aggiudicazione della stessa (cfr., *ex multis*, T.A.R. Napoli, sez. II, 19 gennaio 2015, n. 364; Cons. St., sez. V, 14 ottobre 2014, n. 5064; T.A.R. Puglia, Lecce, sez. I, 7 novembre 2013, n. 2258; Cass., sezioni unite., 9 febbraio 2011 n. 3169; Cons. St., sez. V, 11.5.2009, n. 2874).

3. Nel merito, il ricorso è suscettibile di essere accolto con particolare riferimento al profilo di doglianza con il quale si lamenta che l'impugnato d.u.r.c. negativo emesso dall'I.N.P.S.-I.N.A.I.L. di ..., sarebbe illegittimo per non essere stata invitata la società ricorrente a sanare la propria posizione contributiva, previa assegnazione di termine non superiore a quindici giorni, come stabilito dall'art. 7, comma 3, del decreto del Ministero del Lavoro 24 ottobre 2007 e dall'art. 31, comma 8, del decreto legge 21 giugno 2013, n. 69, convertito in legge 9 agosto 2013, n. 98.

4. Premette il Collegio, che nell'ambito delle procedure di evidenza pubblica, la questione circa la pretesa illegittimità del d.u.r.c. e dei conseguenti atti di gara in ragione della mancata assegnazione del termine previsto *ex lege* entro il quale la società interessata può regolarizzare la propria posizione contributiva, ancorché ciò avvenga successivamente alla presentazione dell'offerta e delle dichiarazioni *ex art. 38* del d.lgs. n. 163/2006 ivi contenute, ha dato luogo ad un acceso contrasto di giurisprudenza.

5. Secondo un primo orientamento, l'omissione dell'invito a regolarizzare la propria posizione contributiva prima del rilascio dell'attestazione del d.u.r.c. negativo rilevante, cioè al momento della presentazione dell'offerta, non determina alcuna violazione delle norme pubblicistiche che regolano lo svolgimento delle pubbliche gare, non potendo l'articolo 31 del decreto legge n. 69 del 2013, disciplinante le modalità procedurali di detto invito, trovare applicazione qualora il d.u.r.c. venga acquisito dall'ente appaltante per la verifica della sussistenza del requisito di partecipazione alla gara *ex art. 38* del d.lgs. n. 163 del 2006 (T.A.R. Emilia Romagna, Bologna, sez. I, 27 novembre 2014, n. 1153).

6. Nello specifico, deve escludersi che la carenza del preavviso di d.u.r.c. negativo determini l'inutilizzabilità del medesimo, dal momento che *“una diversa interpretazione non appare peraltro compatibile 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 (cfr., in tal senso, T.A.R. Campania, Napoli, sez. IV, 2 luglio 2014, n. 3619).

7. Al contrario, secondo altra parte della giurisprudenza, puntualmente richiamata dalla ricorrente, deve ritenersi illegittima l'esclusione di una ditta da una gara d'appalto per difetto del requisito della regolarità? contributiva, nel caso in cui essa 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 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 una attestazione in senso negativo (cfr., al riguardo, Cons. St., sez. V, 14 ottobre 2014, n. 5064; T.A.R. Liguria, sez. II, 26 settembre 2014, n. 1382; T.A.R. Veneto, sez. I., 8 aprile 2104, n. 486).

8. Ritieni il Collegio di dover aderire a questo secondo orientamento, peraltro più aderente al principio di massima partecipazione alle procedure di affidamento di contratti pubblici.

9. Decisiva, in questo senso, e? la disposizione di cui all'art. 31, comma 8, del d.l. 21 giugno 2013, n. 69, entrato in vigore il 22 giugno 2013, ed applicabile *ratione temporis* alla fattispecie in esame.

10. Ed invero detta disposizione, nello stabilire che gli enti previdenziali deputati all'emanazione del d.u.r.c. debbono attivare un procedimento di regolarizzazione mediante il quale i soggetti interessati che risultassero privi del requisito della regolarità contributiva possano sanare la loro posizione prima dell'emissione di un documento di irregolarità, impone all'interprete di distinguere, per quel che le irregolarità ivi accertate rilevano nell'ambito delle procedure di evidenza pubblica, tra il carattere eminentemente vincolante del d.u.r.c. quanto al requisito della gravità? dell'irregolarità rilevata che si impone alla stazione appaltante senza possibilità di vagliarne il contenuto (cfr., in tal senso, Cons. St., ad. plen., 4 maggio 2012, n. 8), ed il diverso requisito del carattere definitivo della stessa (cfr. Cons. St., sez. V, 14 ottobre 2014, n. 5064).

11. In quest'ottica, dunque, deve essere letta ed interpretata la disposizione di cui all'art. 38, comma 1, lett. i), del d.lgs. n. 163/2006, la quale sanziona con l'esclusione dalle procedure di affidamento di contratti pubblici, le concorrenti *"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"*; norme quest'ultime, che in relazione alla questione in esame altro non sono che quelle di cui all'art. 31, comma 8, del d.l. 21 giugno 2013, n. 69, (entrato in vigore il 22 giugno 2013 e convertito in legge 9 agosto 2013, n. 98), ai sensi del quale, in tema di d.u.r.c., l'irregolarità eventualmente commessa dal punto di vista contributivo e/o previdenziale può essere attestata e, dunque, definitivamente accertata, solo dopo che *"gli Enti preposti al rilascio, prima dell'emissione del DURC o dell'annullamento del documento già rilasciato, invitano l'interessato, mediante posta elettronica certificata o con lo stesso mezzo per il tramite del consulente del lavoro ovvero degli altri soggetti di cui all'articolo 1 della legge 11 gennaio 1979, n. 12, a regolarizzare la propria posizione entro un termine non superiore a quindici giorni, indicando analiticamente le cause della irregolarità"*.

12. In definitiva, deve ritenersi che la citata disposizione abbia *“modificato (per incompatibilità) la prescrizione dell’art. 38 del D.Lgs n. 163/2006 laddove il requisito della regolarità contributiva, necessario per la partecipazione alle gare pubbliche, e? 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”* (cfr., in tal senso, T.A.R. Napoli, sez. II, 19 gennaio 2015, n. 364).

13. Conformemente alle suesposte disposizioni normative, gli enti previdenziali deputati al rilascio del contestato documento di regolarità contributiva, avrebbero dovuto consentire alla società ricorrente di regolarizzare la propria posizione contributiva entro detto termine, come peraltro effettivamente avvenuto nel caso di specie ancorché in assenza del relativo invito, avendo quest’ultima provveduto in tal senso in data antecedente rispetto alle verifiche effettuate dagli enti previdenziali suddetti.

14. Per le considerazioni che precedono, il ricorso deve essere accolto con assorbimento delle altre censure proposte.

15. Il conseguente annullamento dei provvedimenti impugnati, comporta che il servizio in contestazione debba essere affidato all’odierna ricorrente, come originariamente deliberato con il provvedimento di aggiudicazione provvisoria disposto in favore di quest’ultima.

16. Deve peraltro essere dichiarata, ai sensi dell’art. 122 del c.p.a., l’inefficacia del contratto stipulato tra l’amministrazione resistente e la controinteressata e disposto il subentro nello stesso da parte della ricorrente a far data dal trentesimo giorno successivo al deposito della presente sentenza, termine ritenuto congruo per consentire l’adozione degli accorgimenti organizzativi, atti ad evitare che la continuità dell’erogazione del servizio in questione stante la particolare condizione dei soggetti interessati in quanto portatori di disabilità sensoriale, possa venir pregiudicata e/o in qualche modo compromessa.

17. Avuto riguardo alla mancanza di un indirizzo giurisprudenziale chiaro e preciso circa la possibilità di consentire ad un partecipante ad una procedura di evidenza pubblica di regolarizzare in via definitiva la propria posizione contributiva successivamente alla presentazione dell’offerta, sussistono giusti motivi per compensare integralmente, tra le parti in causa, le spese e gli onorari del giudizio.

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. Dichiarata l’inefficacia del contratto stipulato tra l’amministrazione resistente e la società controinteressata e dispone il subentro nello stesso della società ricorrente, a far data dal trentesimo giorno successivo al deposito della presente sentenza. Compensa integralmente tra le parti in causa, le spese e gli onorari del giudizio. Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall’autorità amministrativa.

BREVI ANNOTAZIONI

1 OGGETTO DELLA SENTENZA

Il requisito della regolarità contributiva, ai sensi del combinato disposto dell'art. 38 D. Lgs 163/2006 e art. 31, comma 8 D.L. 69/2013 deve sussistere al momento della scadenza del termine di quindici giorni assegnato dall'Ente previdenziale per la regolarizzazione della posizione contributiva.

La giurisdizione in ordine alle controversie relative alla citata definitività spetta al Giudice amministrativo, e ciò in quanto la regolarità del DURC rappresenta uno dei requisiti per l'ammissione alle procedure di evidenza pubblica.

PERCORSO ARGOMENTATIVO

Con la pronuncia che si commenta il Tar Veneto ha ritenuto illegittima l'esclusione dell'impresa ricorrente disposta per carenza del requisito della regolarità contributiva.

La vicenda che ha dato origine a tale giudizio ha preso avvio dal ricorso presentato dalla società ricorrente con la quale quest'ultima ha contestato, nel richiedere l'applicazione dell'art. 13 *bis* d.l. n. 52/2012, l'avvenuto travisamento da parte dell'I.N.P.S. della propria posizione contributiva, quale esistente al momento della verifica del requisito della regolarità stessa. Invero - ha sostenuto la società - il provvedimento di esclusione si rivela illegittimo nella parte in cui l'Ente previdenziale ha omesso di considerare che, sebbene alla data di scadenza del termine di partecipazione alla gara in capo alla società gravasse un debito contributivo, la stessa risultava essere creditrice nei confronti di altra P.A. di una somma di ammontare superiore rispetto agli oneri contributivi che avevano giustificato il provvedimento di esclusione.

Sotto altro aspetto la ricorrente ha censurato il comportamento della Stazione appaltante che, in spregio dell'art. 31, comma 8 D.L. n. 69/2013, ha omesso di invitare la società ricorrente a sanare la propria posizione contributiva, previa assegnazione di un termine non superiore a quindici giorni.

Costituitasi, l'I.N.P.S. ha eccepito, tra l'altro, il difetto di giurisdizione dell'adito Giudice Amministrativo.

Il Tar adito, *in limine*, ha respinto l'eccezione in rito aderendo così a quell'orientamento giurisprudenziale, invero non del tutto consolidato, a parere del quale rientrano nella giurisdizione del G.A. le questioni che, lungi dal riguardare la gravità della irregolarità accertata (quest'ultime certamente appannaggio dell'Ente previdenziale) attengono al carattere

definitivo della stessa; e ciò in quanto la relativa attestazione contenuta nel DURC rappresenta uno dei requisiti per l'ammissione alle procedure di evidenza pubblica da valutarsi, pertanto, in sede di verifica dei requisiti di partecipazione (in termini, Cons. St., sez. V, 14 ottobre 2014, n. 5064; T.A.R. Liguria, sez. II, 26 settembre 2014, n. 1382; T.A.R. Veneto, sez. I., 8 aprile 2104, n. 486).

Una volta risolto il problema di giurisdizione, il Collegio si sofferma sulla portata dell'art. 38, co. 1, lett. i), D. Lgs. 12 aprile 2006 n. 163 e s.m.i., che sanziona con l'esclusione dalle procedure di affidamento di contratti pubblici le imprese *“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”*.

In effetti, il Collegio osserva che sull'interpretazione dell'elemento della definitività incide la novella dell'art. 31, co. 8, citato, che sancisce che l'irregolarità eventualmente commessa dal punto di vista contributivo e/o previdenziale può essere attestata e, dunque, definitivamente accertata, solo dopo che *“gli Enti preposti al rilascio, prima dell'emissione del DURC o dell'annullamento del documento già rilasciato, invitano l'interessato, mediante posta elettronica certificata o con lo stesso mezzo per il tramite del consulente del lavoro ovvero degli altri soggetti di cui all'articolo 1 della legge 11 gennaio 1979, n. 12, a regolarizzare la propria posizione entro un termine non superiore a quindici giorni, indicando analiticamente le cause della irregolarità”*.

A giudizio del Collegio, dalla lettura combinata dell'art. 38 e 31 co. 8 cit. consegue che il requisito della regolarità contributiva deve *“sussistere al momento di scadenza del termine di quindici giorni assegnato dall'Ente previdenziale per la regolarizzazione della posizione contributiva”* (in termini, Tar Napoli, sez. II, 19 gennaio 2015, n.364).

La disposizione di cui all'art. 31, comma 8, dunque, nello stabilire che gli enti previdenziali deputati all'emanazione del d.u.r.c. devono attivare un procedimento di regolarizzazione mediante il quale i soggetti interessati che risultassero privi del requisito della regolarità contributiva possano sanare la loro posizione prima dell'emissione di un documento di irregolarità, impone all'interprete di distinguere, per quel che tali irregolarità rilevano nell'ambito delle procedure di evidenza pubblica, tra il carattere eminentemente vincolante del d.u.r.c. quanto al requisito della gravità dell'irregolarità rilevata che si impone alla stazione appaltante senza possibilità di vagliarne il contenuto, ed il diverso requisito del carattere definitivo della stessa.

In quest'ottica, dunque, deve essere letta ed interpretata la disposizione di cui all'art. 38, comma 1, lett. i).

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

Varie, anche se tutte connesse a doppio filo, sono le questioni che il Collegio veneto è stato chiamato ad affrontare. Occorre considerare che, con la citata novella legislativa del 2013, la

disciplina relativa al rilascio del DURC ha subito una rilevante modifica, in forza della quale, come anticipato l'ente previdenziale - prima di rilasciare DURC negativo - deve assegnare all'impresa interessata 15 giorni per consentire alla stessa la regolarizzazione della propria posizione debitoria (ove ovviamente non regolare), di modo che solo dopo che 15 giorni siano decorsi invano, l'ente potrà rilasciare DURC negativo.

La citata disposizione del cd. "Decreto del Fare" impone una rilettura "sostanzialistica" e "costituzionalmente orientata" dell'art. 38 del D.Lgs. n. 163 del 2006; la stessa, invero, è esposta, come anticipato, a interpretazioni non univoche da parte della giurisprudenza amministrativa sotto molteplici profili.

Tuttavia, due sono gli interrogativi principali che sono stati avanzati

Ci si è chiesti, da un lato se, dalla modifica legislativa operata, il requisito della regolarità contributiva deve sussistere al momento della presentazione dell'offerta o, invece, al momento della scadenza del termine di quindici giorni assegnato dall'Ente previdenziale per la regolarizzazione della posizione contributiva; dall'altro lato se tale art. 31, co. 8 si applica anche qualora il DURC sia stato acquisito d'ufficio proprio "*per la verifica della dichiarazione sostitutiva relativa al requisito di cui all'articolo 38, comma 1, lettera i), [...]*" o se al contrario la novella del 2013 si riferisca alle sole ipotesi di DURC richiesto dall'operatore economico e non possa valere per il c.d. DURC interno.

Proprio con riferimento agli esposti quesiti, la sentenza in rassegna ha dato lealmente atto del fatto che sul punto si contendono due tesi. Secondo un primo orientamento, l'omissione dell'invito alla regolarizzazione non determina alcuna violazione delle norme pubblicistiche che regolano lo svolgimento delle pubbliche gare, non potendo l'articolo 31 citato, disciplinante le modalità procedurali di detto invito, trovare applicazione qualora il d.u.r.c. venga acquisito dall'ente appaltante per la verifica della sussistenza del requisito di partecipazione alla gara ex art. 38 del d.lgs. n. 163 del 2006.

Tale giurisprudenza ha chiarito che "*il 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*" precisando pertanto che lo stesso "*deve sussistere al momento della scadenza del termine per la presentazione delle domande di ammissione alla procedura e permanere fino alla stipula del contratto*"(Tar Bari, 1221/2014; Tar Salerno 875/2014).

Al contrario, secondo altra parte della giurisprudenza, deve ritenersi illegittima l'esclusione di una ditta da una gara d'appalto per difetto del requisito della regolarità contributiva, nel caso in cui essa 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 un procedimento di regolarizzazione, mediante il quale i concorrenti che fossero privi del requisito della regolarità contributiva possono sanare la loro posizione prima dell'emissione di una attestazione in senso negativo.

Autorevole dottrina, nel criticare la giurisprudenza che nega l'applicabilità del meccanismo

della regolarizzazione del durc negativo in sede di gara, sostiene che tale orientamento finisce per addurre inconvenienti che possono, al più, dimostrare la “inopportunità” dell’applicazione di detta regolarizzazione in sede di gara, ma che non possono indurre a ritenere (in assenza di apposita eccezione prevista a livello legislativo) che il generale meccanismo della regolarizzazione, pur essendo applicabile - come ammette “*expressis verbis*” parte della giurisprudenza - in sede di stipula del contratto, pagamento degli stati avanzamento lavori o delle prestazioni relative a servizi e forniture, di certificato di collaudo, di certificato di regolare esecuzione o di certificato di verifica di conformità, non è poi invece applicabile in sede di gara e di aggiudicazione.

E così, tale secondo orientamento, nel valorizzare i principi di ragionevolezza e proporzionalità, ha ritenuto che se la disciplina specifica per il rilascio del DURC prevede che esso possa essere negativo solo dopo l’apposita assegnazione alle imprese di un termine breve di regolarizzazione, non è dato capire per quale superiore ragione una siffatta disciplina non debba poi valere anche in sede di gare pubbliche e debba, quindi, determinare l’espulsione dal mercato di operatori che la normativa comunitaria tende, invece, sotto ogni profilo a tutelare.

In tal senso, d’altra parte, depongono anche esigenze di coerenza interna alla normativa sui contratti pubblici, ove si consideri che questa - all’art. 6, comma 8 del D.P.R. n. 207/2010 - mostra di essere particolarmente tollerante con chi ha già stipulato un contratto con la Pubblica amministrazione, prevedendo l’ipotesi di risoluzione solo nel caso di ben due DURC negativi consecutivi. Ragionando in questi termini dovrebbe ragionevolmente ritenersi che l’impianto complessivo dell’istituto risultante dagli innesti del 2013 è orientato alla individuazione di una disciplina omogenea da valere per tutte le ipotesi in cui il DURC sia richiesto perché le imprese possano beneficiare di determinati effetti di legge.

Il dibattito, tuttavia, può dirsi tutt’altro che sopito e a testimonianza di tali incertezze si inserisce la recentissima ordinanza 1236/2015 con cui la IV Sez. del Consiglio di Stato ha sollevato, proprio con riferimento alle medesime problematiche sottese alla sentenza in commento, questione di pregiudizialità comunitaria trasmettendo la questione, ai sensi dell’art. 267 TFUE, alla Corte di Giustizia dell’Unione europea ponendo alla Corte di Giustizia tale quesito: “*se l’art. 45 della direttiva 18/2004, letto anche alla luce del principio di ragionevolezza, nonché gli artt. 49, 56 del TFUE, ostino ad una normativa nazionale che, nell’ambito di una procedura d’appalto sopra soglia, consenta la richiesta d’ufficio della certificazione formata dagli istituti previdenziali (DURC) ed obblighi la stazione appaltante a considerare ostativa una certificazione dalla quale si evince una violazione contributiva pregressa ed in particolare sussistente al momento della partecipazione, tuttavia non conosciuta dall’operatore economico - il quale ha partecipato in forza di un DURC positivo in corso di validità - e comunque non più sussistente al momento dell’aggiudicazione o della verifica d’ufficio*”.

BIBLIOGRAFIA

F. Caringella, M. Giustiniani, *Manuale di diritto amministrativo. IV. I contratti pubblici*, Ed. Dike, 2014, pp. 556 ss.;

F. Caringella, M. Giustiniani, *Codice dei contratti pubblici*, Ed. Dike, 2015.