

Parere n.142 del 11/09/2013

PREC 51/13/S

OGGETTO: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex art. 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata da AGAPE soc. cooperativa sociale “Affidamento del servizio di gestione del centro socio educativo per minori dell’ambito territoriale Alto Tavoliere- Comune di San Severo” -Importo a base di gara E. 101.228,94 – S.A.: Comune di San Severo.

Art. 38 comma 1 lett. i) del D.Lgs. n. 163/2006 – Esclusione cooperativa sociale senza dipendenti per mancanza del possesso del DURC

Il Consiglio

Vista la relazione dell'ufficio del precontenzioso

Considerato in fatto

In data 11 febbraio 2013 è pervenuta l’istanza indicata in epigrafe con la quale AGAPE soc. cooperativa sociale, in persona del suo legale rappresentante pro tempore, ha chiesto un parere in merito alla legittimità della sua esclusione disposta dalla stazione appaltante nella procedura in oggetto indicata “per mancanza del possesso del DURC”.

Risulta che la società istante ha partecipato alla gara in oggetto in qualità di mandatario della costituenda ATI con la cooperativa sociale La Casa del Cuore. Entrambe dichiaravano di essere in possesso dei requisiti di cui all’art. 38 comma 1 lett. i) del D.Lgs. n. 163/2006, ai sensi del quale sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento di contratti pubblici né possono essere affidatari e non possono stipulare i relativi contratti i soggetti “...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”.

Successivamente, in fase di acquisizione del DURC nei confronti di tutti i partecipanti alla citata procedura (cfr. verbale n. 3 di gara del 17.01.2013), la Commissione di gara rilevava a verbale l’impossibilità di procedere a tale adempimento per la Cooperativa Sociale La Casa del Cuore per omessa indicazione -nell’istanza di partecipazione- delle posizioni INPS e INAIL e conseguentemente chiedeva di far pervenire i dati necessari per potere acquisire il DURC.

Con nota prot. n. 1190 del 21.01.2013 la Coop. La Casa del Cuore dichiarava che “...essendo di nuova costituzione e non avendo personale alle proprie dipendenze, non ha posizioni assicurative INPS e INAIL aperte, in quanto non soggetta a tale obbligo”. La Commissione, pertanto, nella successiva seduta del 31.01.2013, escludeva la concorrente dalla gara in quanto priva del requisito (verbale n. 6).

In riscontro all’istruttoria procedimentale, formalmente avviata in data 20 marzo 2013, sono pervenute memorie dell’istante e della stazione appaltante, nonché della controinteressata aggiudicataria provvisoria Soc. coop. San Giovanni di Dio.

Ritenuto in diritto

La questione controversa oggetto del presente esame concerne la legittimità dell’esclusione della costituenda ATI -composta dall’istante e dalla cooperativa sociale La Casa del Cuore- per mancanza del possesso del DURC in capo alla seconda, che tuttavia aveva dichiarato che “...essendo di nuova costituzione e non avendo personale alle proprie dipendenze, non ha posizioni assicurative INPS e INAIL aperte, in quanto non soggetta a tale obbligo”.

L’art. 38 comma 1 lett. i) del D.Lgs. n. 163/2006 stabilisce che “1. 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:...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;”.

La situazione contributiva de La Casa del Cuore, che per l'assenza di personale dipendente non presenta posizioni assicurative INPS e INAIL, non rientra prima facie nell'ambito della disposizione di cui all'art. 38 comma 1 lett. i), in quanto da essa non può evincersi sic et simpliciter la sussistenza di gravi violazioni alle norme in materia di contributi previdenziali e assistenziali, cui sono correlate ex lege le preclusioni e i divieti di cui al citato art. 38.

Infatti, la medesima si è dichiarata non tenuta a tali obblighi. Conseguentemente, la stazione appaltante avrebbe dovuto verificare la veridicità di detta dichiarazione presso gli archivi INPS e INAIL.

Questa Autorità, peraltro, ha pubblicato un documento, aggiornato al 4.12.2012 e rinvenibile nel sito internet dell'Avcp, che fornisce alcune indicazioni su frequently asked questions (cd. FAQ) aventi ad oggetto il DURC, nel quale si specifica che **“D20. Qual è la disciplina applicabile in caso di imprese non soggette agli obblighi del DURC?** La dichiarazione di esonero di un'impresa dall'obbligo di iscrizione presso l'INPS e/o l'INAIL può essere resa solo dagli Istituti previdenziali in questione. Pertanto, qualora un'impresa dichiari di non essere tenuta all'iscrizione presso l'INPS e/o l'INAIL e non fornisca pertanto i relativi dati (INPS e/o INAIL), per la richiesta del DURC dovrà essere inoltrata apposita richiesta alla sede INPS/INAIL competente (in base alla sede legale del dichiarante) che dovrà rilasciare apposita dichiarazione attestante la non sussistenza dell'obbligo di iscrizione. In tale richiesta dovrà essere indicato il codice fiscale/partita IVA del soggetto e gli estremi del contratto di riferimento (tipo di contratto, data e importo, importo dei pagamenti da effettuare)”.

Tuttavia, nello stesso documento è altresì specificato che “D22. Il DURC deve essere richiesto anche per le società che non hanno dipendenti? (dal sito www.Inail.it)

Sì, a condizione che per dette società sussista l'obbligo di assicurarsi sia presso l'INAIL, che presso l'INPS. Ad esempio, le società non artigiane senza dipendenti devono assicurare i soci all'INAIL se ricorrono i presupposti previsti dalle leggi in vigore”.

Ne deriva che anche per le società che non hanno dipendenti, come nel caso che ci occupa, se sussiste l'obbligo di iscrizione presso INPS e/o INAIL (con riferimento alla posizione dei soci), il DURC deve essere richiesto dalle stazioni appaltanti per accertare la regolarità contributiva.

Nel caso di specie il Comune di San Severo, prima di procedere all'esclusione in argomento, avrebbe dovuto procedere alle verifiche di rito presso gli Enti previdenziali competenti al fine di accertare la sussistenza del detto obbligo di iscrizione, e solo successivamente al perfezionamento dell'istruttoria avrebbe dovuto, se del caso, escludere l'istante dalla gara.

In base a tutto quanto sopra considerato, pertanto

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che l'esclusione dalla gara dell'ATI Agape-La Casa del Cuore, disposta per mancanza del possesso del DURC, avrebbe dovuto essere preceduta da verifiche più puntuali della stazione appaltante in ordine alla sussistenza dell'obbligo di iscrizione presso INPS e/o INAIL dell'operatore escluso e che pertanto, essa, allo stato degli atti, si appalesa illegittima per erronea applicazione dell'art. 38 comma 1 lett. i) del D.Lgs. 163/2006.

I Consiglieri Relatori: Luciano Berarducci, Alfredo Meocci

Il Presidente: Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 26 settembre 2013

Il Segretario Maria Esposito