

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 26/02/2016

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/37857-la-verifica-dei-requisiti-degli-operatori-economici-nelle-procedure-di-affidamento-delle-concessioni-e-degli-appalti-di-lavori-forniture-e-servizi-con-particolare-riferimento-al-d-u-r-c-ed-alle-c>

Autore: Valboa Umberto

La verifica dei requisiti degli operatori economici nelle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, con particolare riferimento al D.U.R.C. ed alle connesse problematiche

La verifica dei requisiti degli operatori economici nelle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, con particolare riferimento al D.U.R.C. ed alle connesse problematiche.

L'attuale normativa in materia di affidamento di concessioni e appalti prevede una serie di controlli a carico delle stazioni appaltanti in merito a requisiti di ordine generale, di idoneità professionale, qualificazione (per gli appalti di lavori pubblici) e capacità economico finanziaria e tecnico professionale negli appalti di servizi e forniture.

Il requisito di idoneità professionale¹ viene sostanzialmente accertato attraverso una certificazione rilasciata dalla CCIA dalla quale emergono una serie di dati inerenti la tipologia di attività esercitata, dati fiscali dell'impresa / ditta (partita Iva, sede legale etc.), dati anagrafici e fiscali del legale rappresentante nonché tutta una serie di dati inerenti la consistenza della ditta/società, es. bilanci, atto costitutivo etc.

In materia di esecuzione di lavori pubblici si pone l'esigenza di verifica della qualità, della professionalità e della correttezza per i soggetti esecutori di lavori di un certo rilievo. Pertanto, il legislatore² ha previsto che l'accertamento del predetto requisito venga effettuato da organismi di diritto privato, appositamente autorizzati dall'Autorità. denominati SOA. Tali organismi operano nel rispetto di un principio di imparzialità ed indipendenza di giudizio e svolgono funzione di natura pubblicistica nell'esercizio della loro attività per cui si applicano in caso di false attestazioni gli artt. 476 (Falsità materiale commessa dal pubblico ufficiale in atti pubblici) e 479 (Falsità ideologica commessa dal pubblico ufficiale in atti pubblici) del codice penale.³

Il codice degli appalti⁴ prevede, altresì, la necessità di comprovare la capacità finanziaria ed economica delle imprese concorrenti, in riferimento agli appalti di forniture o servizi nonché la capacità tecnica e professionale dei fornitori di beni e dei prestatori di servizi⁵ attraverso una serie di modalità che variano a seconda della natura, della quantità o dell'importanza e dell'uso delle forniture o dei servizi.

In ogni caso le stazioni appaltanti (cd. SA) relativamente alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi sono tenute ad una serie di controlli in ordine alle verifiche di requisiti di ordine generale la cui

¹ Art. 39 Decreto Legislativo 12 aprile 2006, n. 163 codice dei contratti pubblici di lavori, servizi, forniture: "1. I concorrenti alle gare, se cittadini italiani o di altro Stato membro residenti in Italia, possono essere invitati a provare la loro iscrizione nel registro della camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura o nel registro delle commissioni provinciali per l'artigianato, o presso i competenti ordini professionali. Si applica la disposizione dell'articolo 38, comma 3. "

² Art. 40 D.Lgs. 12 aprile 2006 n.163 cit. rubricato "Qualificazione per eseguire lavori pubblici" prevede che "1. I soggetti esecutori a qualsiasi titolo di lavori pubblici devono essere qualificati e improntare la loro attività ai principi della qualità, della professionalità e della correttezza. Allo stesso fine i prodotti, i processi, i servizi e i sistemi di qualità aziendali impiegati dai medesimi soggetti sono sottoposti a certificazione, ai sensi della normativa vigente."

³ Trattasi di reati che la c.d. **fede pubblica documentale**, ovvero la fiducia e la sicurezza che la legge attribuisce a documenti determinati.

⁴ Art. 41 D.Lgs cit. "(Capacità economica e finanziaria dei fornitori e dei prestatori di servizi) 1. Negli appalti di forniture o servizi, la dimostrazione della capacità finanziaria ed economica delle imprese concorrenti può essere fornita mediante uno o più dei seguenti documenti:

a) dichiarazione di almeno due istituti bancari o intermediari autorizzati ai sensi del decreto legislativo 1 settembre 1993, n. 385;
b) bilanci o estratti dei bilanci dell'impresa, ovvero dichiarazione sottoscritta in conformità alle disposizioni del d.P.R. 28 dicembre 2000 n. 445;
c) dichiarazione, sottoscritta in conformità alle disposizioni del d.P.R. 28 dicembre 2000 n. 445, concernente il fatturato globale d'impresa e l'importo relativo ai servizi o forniture nel settore oggetto della gara, realizzati negli ultimi tre esercizi."

⁵ Art. 42 D.Lgs cit.

elencazione è contenuta nell'art. 38 del cd. Codice appalti. La predetta normativa, infatti, preclude sia la partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti che la stipula dei relativi contratti per gli operatori economici che ricadono in una delle fattispecie previste dalla citata normativa⁶.

Pertanto, ogni operatore economico procederà ad una specifica autocertificazione in tal senso, in base a quanto previsto dal D.P.R. 28 dicembre 2000 n. 445, fermo restando l'obbligo della stazione appaltante di procedere all'acquisizione del documento unico di regolarità contributiva (cd. DURC) nonché richiedere al competente ufficio del casellario giudiziale, relativamente ai candidati o ai concorrenti, i certificati del casellario giudiziale di cui all'articolo 21 del D.P.R. 14 novembre 2002, n. 313, oppure le visure di cui all'articolo 33, comma 1, del medesimo decreto n. 313 del 2002.

Procedendo all'esame specifico del requisito della regolarità contributiva e previdenziale occorre preliminarmente rilevare che il legislatore⁷ ha introdotto una significativa innovazione in materia attesa la possibilità del suo rilascio non solo in via telematica ma in tempo reale attraverso l'accesso ad una piattaforma informatica e ad una successiva interrogazione della stessa inserendo i dati fiscali dell'operatore

⁶ Art. 38 D.Lgs. cit. "a) che si trovano in stato di fallimento, di liquidazione coatta, di concordato preventivo, salvo il caso di cui all'articolo 186-bis del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, o nei cui riguardi sia in corso un procedimento per la dichiarazione di una di tali situazioni; b) nei cui confronti è pendente procedimento per l'applicazione di una delle misure di prevenzione di cui all'articolo 3 della legge 27 dicembre 1956, n. 1423 o di una delle cause ostative previste dall'articolo 10 della legge 31 maggio 1965, n. 575; l'esclusione e il divieto operano se la pendenza del procedimento riguarda il titolare o il direttore tecnico, se si tratta di impresa individuale; il socio o il direttore tecnico se si tratta di società in nome collettivo, i soci o il direttore tecnico se si tratta di società in nome collettivo, i soci accomandatari o il direttore tecnico se si tratta di società in accomandita semplice, gli amministratori muniti di poteri di rappresentanza o il direttore tecnico o il socio unico persona fisica, ovvero il socio di maggioranza in caso di società con meno di quattro soci, se si tratta di altro tipo di società; c) nei cui confronti è stata pronunciata sentenza di condanna passata in giudicato, o emesso decreto penale di condanna divenuto irrevocabile, oppure sentenza di applicazione della pena su richiesta, ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale, per reati gravi in danno dello Stato o della Comunità che incidono sulla moralità professionale; è comunque causa di esclusione la condanna, con sentenza passata in giudicato, per uno o più reati di partecipazione a un'organizzazione criminale, corruzione, frode, riciclaggio, quali definiti dagli atti comunitari citati all'articolo 45, paragrafo 1, direttiva Ce 2004/18; l'esclusione e il divieto operano se la sentenza o il decreto sono stati emessi nei confronti: del titolare o del direttore tecnico se si tratta di impresa individuale; dei soci o del direttore tecnico, se si tratta di società in nome collettivo; dei soci accomandatari o del direttore tecnico se si tratta di società in accomandita semplice; degli amministratori muniti di potere di rappresentanza o del direttore tecnico o del socio unico persona fisica, ovvero del socio di maggioranza in caso di società con meno di quattro soci, se si tratta di altro tipo di società o consorzio. In ogni caso l'esclusione e il divieto operano anche nei confronti dei soggetti cessati dalla carica nell'anno antecedente la data di pubblicazione del bando di gara, qualora l'impresa non dimostri che vi sia stata completa ed effettiva dissociazione della condotta penalmente sanzionata; l'esclusione e il divieto in ogni caso non operano quando il reato è stato depenalizzato ovvero quando è intervenuta la riabilitazione ovvero quando il reato è stato dichiarato estinto dopo la condanna ovvero in caso di revoca della condanna medesima; d) che hanno violato il divieto di intestazione fiduciaria posto all'articolo 17 della legge 19 marzo 1990, n. 55; l'esclusione ha durata di un anno decorrente dall'accertamento definitivo della violazione e va comunque disposta se la violazione non è stata rimossa; e) che hanno commesso gravi infrazioni debitamente accertate alle norme in materia di sicurezza e a ogni altro obbligo derivante dai rapporti di lavoro, risultanti dai dati in possesso dell'Osservatorio; f) che, secondo motivata valutazione della stazione appaltante, hanno commesso grave negligenza o malafede nell'esecuzione delle prestazioni affidate dalla stazione appaltante che bandisce la gara; o che hanno commesso un errore grave nell'esercizio della loro attività professionale, accertato con qualsiasi mezzo di prova da parte della stazione appaltante; g) che hanno commesso violazioni gravi, definitivamente accertate, rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse, secondo la legislazione italiana o quella dello Stato in cui sono stabiliti; h) nei cui confronti, ai sensi del comma 1-ter, risulta l'iscrizione nel casellario informatico di cui all'articolo 7, comma 10, per aver presentato falsa dichiarazione o falsa documentazione in merito a requisiti e condizioni rilevanti per la partecipazione a procedure di gara e per l'affidamento dei subappalti; 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; l) che non presentino la certificazione di cui all'articolo 17 della legge 12 marzo 1999, n. 68, salvo il disposto del comma 2; m) nei cui confronti è stata applicata la sanzione interdittiva di cui all'articolo 9, comma 2, lettera c), del decreto legislativo dell'8 giugno 2001 n. 231 o altra sanzione che comporta il divieto di contrarre con la pubblica amministrazione compresi i provvedimenti interdittivi di cui all'articolo 36-bis, comma 1, del decreto-legge 4 luglio 2006, n. 223, convertito, con modificazioni, dalla legge 4 agosto 2006 n. 248; m-bis) nei cui confronti, ai sensi dell'articolo 40, comma 9-quater, risulta l'iscrizione nel casellario informatico di cui all'articolo 7, comma 10, per aver presentato falsa dichiarazione o falsa documentazione ai fini del rilascio dell'attestazione SOA; m-ter) di cui alla precedente lettera b) che, pur essendo stati vittime dei reati previsti e puniti dagli articoli 317 e 629 del codice penale aggravati ai sensi dell'articolo 7 del decreto-legge 13 maggio 1991, n. 152, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 1991, n. 203, non risultino aver denunciato i fatti all'autorità giudiziaria, salvo che ricorrano i casi previsti dall'articolo 4, primo comma, della legge 24 novembre 1981, n. 689. La circostanza di cui al primo periodo deve emergere dagli indizi a base della richiesta di rinvio a giudizio formulata nei confronti dell'imputato nell'anno antecedente alla pubblicazione del bando e deve essere comunicata, unitamente alle generalità del soggetto che ha omesso la predetta denuncia, dal procuratore della Repubblica procedente all'Autorità di cui all'articolo 6, la quale cura la pubblicazione della comunicazione sul sito dell'Osservatorio; m-quater) che si trovino, rispetto ad un altro partecipante alla medesima procedura di affidamento, in una situazione di controllo di cui all'articolo 2359 del codice civile o in una qualsiasi relazione, anche di fatto, se la situazione di controllo o la relazione comporti che le offerte sono imputabili ad un unico centro decisionale."

⁷ L'innovazione è stata introdotta dall'art. 4 del D.L. 34/14 che rimandava ad un decreto interministeriale l'adozione dei requisiti, contenuti e modalità operative del nuovo sistema.

economico da controllare (C.F. o P.I.). La suddetta innovazione, resa operativa da un decreto interministeriale⁸, ha senza dubbio contribuito a snellire e semplificare una delle attività di controllo più importanti poste a carico delle stazioni appaltanti nell'ambito del subprocedimento di verifica istruttoria che si inserisce nella procedura di acquisto di beni e servizi per i quali vi è l'obbligo delle pubbliche amministrazioni di utilizzo del mercato telematico⁹.

In merito al requisito della regolarità contributiva e previdenziale e al correlativo documento certificativo si sono profilati una serie di interventi sia dell'Inps, intervenuto in materia con varie circolari e messaggi¹⁰, tra cui si segnala il messaggio n. 5192 del 6 giugno 2014¹¹ "*DURC interno negativo*" – Modifiche e integrazioni al messaggio 2889/2014 riguardanti le modalità di invio del preavviso e la gestione delle istanze di dilazione, che della giurisprudenza amministrativa e ordinaria.

Tra le problematiche affrontate dalla giurisprudenza amministrativa relativamente al DURC vi è quella inerente l'individuazione del momento in cui la situazione di irregolarità contributiva deve ritenersi "*definitivamente accertata*". Al riguardo occorre porre in evidenza che in giurisprudenza si sono profilati due diversi orientamenti: 1) in base al primo orientamento il requisito della regolarità contributiva (*idem* per la regolarità fiscale) deve sussistere durante tutto l'arco temporale intercorrente tra la data di presentazione della domanda di partecipazione alla gara e **deve permanere per tutta la durata della stessa** per cui è irrilevante un eventuale adempimento tardivo¹²; 2) in base ad altro orientamento¹³ l'irregolarità contributiva **deve ritenersi definitivamente accertata solo nel momento di scadenza del termine di quindici giorni assegnato dall'Inps** per la regolarizzazione della posizione contributiva atteso che l'art. 31, comma 8, del decreto legge n. 69/2013 avrebbe modificato, in base a tacita abrogazione, l'art. 38 comma 1, lett. i), del codice degli appalti.

Altra problematica affrontata dalla giurisprudenza amministrativa in merito al Durc attiene alla individuazione del tipo di giurisdizione, amministrativa o ordinaria, competente a decidere controversie sorte in materia di Durc. Anche per tale problematica si sono profilati due opposti orientamenti giurisprudenziali: 1) in base al

⁸ Trattasi del Decreto 30 gennaio 2015, "*Semplificazione in materia di documento unico di regolarità contributiva*" (DURC) (in GU n.125 del 1-6-2015) adottato dal Ministro del Lavoro e delle Politiche Sociali di concerto con il Ministro dell' Economia e delle Finanze.

⁹ D.L 6 luglio 2012, n. 95 - Disposizioni urgenti per la revisione della spesa pubblica con invarianza dei servizi ai cittadini - c.d. «*Spending Review*» ha introdotto un generale obbligo di utilizzo dello strumento telematico attraverso gli strumenti di acquisto messi a disposizione da Consip S.p.A prevedendo all'art. 1 in caso di mancato utilizzo del predetto sistema una severa conseguenza "...i contratti stipulati in violazione degli obblighi di approvvigionarsi attraverso gli strumenti di acquisto messi a disposizione da Consip S.p.A. sono nulli, costituiscono illecito disciplinare e sono causa di responsabilità amministrativa...".

¹⁰ tra gli altri messaggi si segnala quello n. 6756 del 02.09.2014, in cui la Direzione Centrale Entrate dell' Inps ha chiarito 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 atteso che "... il requisito di cui al citato art. 38, comma 1,lett. i), del D.Lgs. n. 163/2006, deve ritenersi sussistente al momento in cui la dichiarazione è resa, non potendo consentirsi che lo stesso possa perfezionarsi in un momento successivo attraverso l'invito a regolarizzare previsto, diversamente, per tutte le altre ipotesi di Durc..."

¹¹ Il predetto messaggio ha chiarito alcuni aspetti delle modalità di invio del preavviso di Durc interno negativo nonché le conseguenze della richiesta di dilazioni di crediti in fase amministrativa o presso gli Agenti della riscossione.

¹² Cfr. Consiglio di Stato, Sez. IV, 23 febbraio 2015, n. 874; e 7 aprile 2015, n. 1769.

¹³ cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 14 ottobre 2014, n. 5064; e 16 febbraio 2015, n. 781.

primo orientamento¹⁴ **l'accertamento della regolarità del documento di regolarità contributiva e previdenziale, rientra nella giurisdizione del giudice amministrativo** adito per la definizione di una controversia avente ad oggetto l'aggiudicazione di un appalto pubblico. Infatti, l'accertamento della predetta regolarità si configura **quale atto interno del sub procedimento di verifica dei requisiti di ammissione dichiarati dal partecipante ad una gara** ed in quanto tale non è un atto autonomamente impugnabile per cui è necessaria la sua impugnativa unitamente al provvedimento conclusivo **di aggiudicazione di un appalto**; 2) secondo altro orientamento¹⁵ le questioni inerenti la validità del DURC riguardano **posizioni di diritto soggettivo afferenti il sottostante rapporto contributivo per cui rientrano nella giurisdizione del giudice ordinario**, in considerazione del fatto che la verifica della regolarità contributiva, delle imprese partecipanti a procedure di gara per l'aggiudicazione di appalti con la pubblica amministrazione, avviene in base ad una certificazione di competenza degli istituti di previdenza (INPS), non sindacabile dalla pubblica amministrazione - stazione appaltante.

Dr. Umberto Valboa

¹⁴ Cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 16 febbraio 2015, n. 781 e 14 ottobre 2014, n. 5064 ed 11 maggio 2009, n. 2874. Consiglio di Stato, Sez. VI, sentenza 4 maggio 2015, n. 2219).

¹⁵ Cfr. Consiglio di Stato, Sez. IV, 12 marzo 2015, n. 1321; sentenza del Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 4 maggio 2012, n. 8..