

DENUNCIA
ALLA COMMISSIONE DELLE COMUNITA' EUROPEE RIGUARDANTE
ADEMPIMENTI DEL DIRITTO COMUNITARIO

1. Cognome e nome del denunciante:

Istituto Etico per l'Osservazione e la Promozione degli Appalti (IEOPA)

L'IEOPA è un'organizzazione *non profit* che ha come scopo la professionalizzazione degli attori strategici che, a vario titolo, gravitano nell'alveo dei procedimenti ad evidenza pubblica. In particolare: svolge attività di formazione e ricerca, nonché assistenza, consulenza e vigilanza in favore di Pubbliche Amministrazioni, imprese e soggetti privati coinvolti nell'ambito del settore degli affidamenti degli appalti pubblici; organizza corsi, convegni e seminari su materie giuridiche ed economiche, per aggiornamenti in materia di appalti ed efficienza amministrativa; edita e pubblica testi scientifici e di attualità; promuove, assiste ed interviene nei giudizi volti alla tutela dei cittadini per la trasparenza e la corretta esecuzione degli appalti pubblici.

2. Eventualmente rappresentato da:

Avv. Francesco A. Caputo, Fondatore e Presidente IEOPA

3. Nazionalità:

Italiana

4. Indirizzo o sede sociale:

Via Ugo Ojetti, n. 114 – 00137 Roma

5. Telefono/telefax/e-mail:

06.8540107/06.8549708/segretariato@ieopa.it

6. Settore – sede di attività:

Attività di formazione - Via Ugo Ojetti, n. 114 – 00137 Roma

7. Stato membro o organismo pubblico che secondo il denunciante non ha ottemperato al diritto comunitario:

ITALIA

8. Descrizione circostanziata dei fatti contestati:

RICOSTRUZIONE DI FATTO

La vicenda da cui si prende spunto è esplicativa per dare conto all'intestata Commissione di un generale andamento applicativo dell'art. 38, comma 1, lett. i), D.Lgs. 163/06 nell'ambito delle procedure ad evidenza pubblica dello Stato membro Italia. In particolare, nel caso di specie, l'auto-dichiarazione di regolarità in materia di contributi previdenziali ed assistenziali resa in uno alla domanda partecipativa dal concorrente, poi risultato aggiudicatario della

commessa, è stata *ex post* verificata a mezzo dell’Autorità certificante con il rilascio del Durc (Documento Unico Regolarità Contributiva). Epperò esso documento – che a dir dei Giudici del TAR Lazio è “certificazione” che “*in quanto proveniente da ente pubblico, s’impone come prova fidefaciente e non può essere contestata se non davanti alla competente Autorità giudiziaria*” – può, come nella fattispecie in esame, non essere sufficiente ad attestare l’insussistenza di insolvenze a far tempo sin dal momento dell’originaria autodichiarazione del concorrente, in guisa che l’ammissione alla gara focalizzi in quel momento la regolarità del requisito, sicché dover pretendere, chi ne ha interesse, il relativo controllo a quella data, in guisa della “regolarità” dell’autodichiarazione al momento della partecipazione alla gara.

Questo nell’ottica in cui il procedimento di affidamento di una pubblica commessa, per come congegnato dal Legislatore italiano in sede di recepimento delle Direttive 17/2004/CE e 18/2004/CE, prevede alcune specifiche fasi procedurali che possono essere così sintetizzate:

- 1) presentazione delle domande di partecipazione, in uno alla autodichiarazione di sussistenza dei requisiti prescritti (fra cui la dichiarazione di regolarità in materia di contributi previdenziali ed assistenziali);
- 2) definizione del *sub* procedimento volto ad individuare gli offerenti ammessi alla gara a seguito della verifica della documentazione amministrativa (presenza e regolarità autodichiarazioni);
- 3) definizione dei lavori della Commissione giudicatrice e conclusione della fase di propria competenza con l’aggiudicazione provvisoria;
- 4) *spatium* temporale di verifica dell’operato della Commissione giudicatrice da parte della Stazione aggiudicatrice, e provvedimento di aggiudicazione definitiva a cura di quest’ultima;
- 5) declaratoria di efficacia dell’aggiudicazione definitiva, a seguito della verifica dei requisiti autodichiarati dall’aggiudicatario, per tramite di certificazioni degli Organi all’uopo deputati.

RICOSTRUZIONE DI DIRITTO

A) La Direttiva comunitaria 2004/18/CE, all’art. 45, rubricato “*Situazione personale del candidato o dell’offerente*”, individua al primo comma una serie di requisiti che devono necessariamente essere posseduti dagli operatori economici al momento della partecipazione ad una gara pubblica e, al secondo comma, una ulteriore serie di requisiti la cui “necessarietà”

viene rimessa ai singoli Stati membri, che possono quindi valutare se considerarli sufficienti a determinare l'esclusione della partecipazione all'appalto di ogni operatore economico.

In quest'ultima categoria rientra il seguente requisito: *e) che non sia in regola con gli obblighi relativi al pagamento dei contributi previdenziali e assistenziali secondo la legislazione del paese dove è stabilito o del paese dell'amministrazione aggiudicatrice*".

Sempre la normativa comunitaria prevede che le Amministrazioni aggiudicatrici accettino, come prova sufficiente che attesti che l'operatore economico non si trovi nella situazione indicata, la presentazione di un certificato rilasciato dall'autorità competente dello Stato membro in questione.

B) Il recepimento dell'art. 45 della Direttiva 2004/18/CE è avvenuto con l'art. 38 del D.Lgs. 163/06, c.d. Codice degli Appalti pubblici.

L'art. 38, comma 1, con riferimento alla regolarità contributiva in campo previdenziale e assistenziale dei concorrenti ad una gara, appare oggi così formulato: *"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: [omissis] 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"*: di conseguenza il legislatore italiano ha ritenuto l'irregolarità contributiva causa di esclusione dalla procedura di gara.

Il possesso del requisito, sin dalla scadenza del termine per la presentazione della domanda di partecipazione, è oggetto di autocertificazione inserita nella documentazione amministrativa, ai sensi del combinato disposto degli artt. 11, comma 8 e 48, comma 2, del D.Lgs 163/06 e della costante giurisprudenza in materia (cfr., da ultimo, Consiglio di Stato, Sez. VI, 26 gennaio 2009, n. 344, la cui massima recita: *"Il requisito della regolarità contributiva, nel vigore del d.lg. n. 158 del 1995, essendo condizione di partecipazione alla gara, deve essere posseduto alla data di scadenza del termine di presentazione dell'offerta (nel caso di specie, mancava addirittura in un momento successivo all'aggiudicazione)"*).

L'art. 38, comma 3, dispone poi che ai fini della stipulazione del contratto *"resta fermo, per l'affidatario, l'obbligo di presentare la certificazione di regolarità contributiva di cui all'articolo 2, del decreto-legge 25 settembre 2002, n. 210, convertito dalla legge 22 novembre 2002, n. 266 e di cui all'articolo 3, comma 8, del decreto legislativo 14 agosto 1996, n. 494 e successive modificazioni e integrazioni"*.

Per quanto concerne la prova della regolarità medesima il Legislatore nazionale ha quindi introdotto un apposito “Documento Unico di Regolarità Contributiva” che viene rilasciato congiuntamente da Inps, Inail e Casse Edili, a seguito della richiesta dell’aggiudicatario, e assume rilievo probatorio della sussistenza dei requisiti *ex tunc* (e quindi è ritenuto sufficiente ad attestare la presenza del requisito sin dal momento dell’offerta) nonostante si limiti a “fotografare” la situazione contributiva del richiedente alla data del rilascio medesimo (e quindi a seguito dell’aggiudicazione definitiva).

Si tenga inoltre presente che il rilascio di un Durc regolare è prova dell’assenza di violazioni gravi e definitivamente accertate, mentre il rilascio di un Durc irregolare è grave indizio della sussistenza di violazioni gravi; in entrambi i casi si ritiene comunque ammissibile una valutazione discrezionale della Stazione appaltante circa la regolarità della documentazione (così a seguito del decreto del Ministero del Lavoro e della Previdenza sociale del 24 ottobre 2007).

C) La giurisprudenza italiana ha, recentemente, specificato che *“Con l’entrata in vigore del d.lgs. n. 163/2006, sono causa di esclusione solo le gravi violazioni, definitivamente accertate. Inoltre l’art. 38 d.lgs. n. 163/2006 crea anche una differenza tra la regolarità contributiva richiesta al partecipante alla gara, e la regolarità contributiva richiesta all’aggiudicatario al fine della stipula del contratto. Infatti, il concorrente può essere escluso solo in presenza di gravi violazioni, definitivamente accertate, sicché le violazioni non gravi, o ancora non definitive, non sono causa di esclusione. Invece, al fine della stipula del contratto, l’affidatario deve presentare la certificazione di regolarità contributiva ai sensi dell’art. 2, d.l. n. 210/2002; tale disposizione, a sua volta, prevede il rilascio del d.u.r.c. che attesta contemporaneamente la regolarità contributiva quanto agli obblighi nei confronti dell’I.N.P.S., dell’I.N.A.I.L. e delle Casse edili. Il d.u.r.c. regolare, poi, è requisito che accompagna l’intera fase di esecuzione del contratto, essendo necessario al fine del pagamento secondo gli stati di avanzamento e al fine del pagamento della rata di saldo dopo il collaudo”* (Consiglio di Stato, Sez. VI, 4 agosto 2009, n. 4905; successivamente ribadita dal TAR Puglia, Le, Sez. III, 16 ottobre 2009, n. 2304).

D) Posto che in via teorica la normativa italiana appare conforme alle disposizioni comunitarie, si pone un problema di contrasto tra quest’ultime e la prassi che si è venuta ad instaurare in materia di regolarità contributiva.

La regolarità contributiva rappresenta un requisito imprescindibile per la partecipazione alla gara. Se infatti si può condividere l’impostazione secondo cui al momento della presentazione

della domanda partecipativa è sufficiente autodichiarare il possesso del requisito medesimo, rinviando ad una fase successiva per quanto concerne la relativa prova documentale, non si può invece accettare che la prova documentale medesima sia riferita ad un momento temporale differente – e successivo – a quello della presentazione della domanda partecipativa in quanto, come si è già specificato, tutti i requisiti devono essere posseduti al momento della presentazione dell’offerta¹: non si può accettare che dal documento accertatorio non risulti se nell’intermezzo temporale tra l’autodichiarazione e la verifica della regolarità sono stati effettuati pagamenti dall’aggiudicatario a sanatoria di inadempienze precedenti all’autodichiarazione attestante la regolarità.

In questo modo, altrimenti, si verrebbe, potenzialmente, a determinare una lesione del principio della concorrenza e della *par condicio competitorum*: operatori economici non in regola sotto il profilo contributivo e assistenziale, alla data della domanda di partecipazione (e quindi privi di un requisito di partecipazione), potrebbero rinviare il pagamento delle eventuali morosità fino all’aggiudicazione dell’appalto ed effettuare la regolarizzazione nelle more della richiesta di rilascio del Durc alle competenti Autorità certificanti, avvantaggiandosi *medio tempore* della certezza dell’aggiudicazione provvisoria che poi confluirà nella definitiva.

9. Norme del diritto comunitario (trattati, regolamenti, direttive, decisioni) che, secondo il denunciante, lo Stato membro ha violato:

- Art. 45 della Direttiva 2004/18/CE
- Considerando 2 della Direttiva 2004/18/CE.

¹ Da ultimo, Consiglio di Stato, Sez. VI, 17 settembre 2009, n. 5548: “*requisiti di ammissione di gara devono inderogabilmente sussistere, in ossequio al principio di parità di trattamento e per esigenze di certezza di diritto, al momento delle presentazioni delle offerte e non già al momento dell’aggiudicazione, alla cui stregua deve farsi discendere un giudizio di sicura fondatezza del ricorso in appello*”.

10. Eventuale finanziamento comunitario (se possibile, con i riferimenti) di cui lo Stato membro in causa beneficia o potrebbe beneficiare, in relazione ai fatti contestati:

11. Eventuali contatti già presi con i servizi della Commissione:

12. Eventuali contatti già presi con altre istituzioni od organi comunitari (per esempio, commissione per le petizioni del Parlamento europeo, mediatore europeo):

13. Contatti già presi con le autorità nazionali a livello centrale, regionale o locale:

13.1. iniziative di tipo amministrativo:

13.2 azioni o ricorsi dinanzi ai Tribunali nazionali o altri procedimenti avviati:

La procedura di appalto da cui trae spunto il presente esposto è stata già oggetto di un ricorso giurisdizionale davanti al Tribunale Amministrativo Regionale (TAR) del Lazio ed è, tuttora, oggetto di giudizio di secondo grado pendente innanzi al Consiglio di Stato, volto ad ottenere la riforma della sentenza di Primo Grado (TAR Lazio, Rm, Sez. II *ter*, n. 4101/09).

Nel caso di riferimento, come appurato *per tabulas* con accesso agli atti, è emerso che a seguito dell'aggiudicazione, sono stati effettuati da parte dell'aggiudicatario dei versamenti contributivi ai fini di sanare situazioni pregresse di irregolarità e, solo successivamente, è stata formalizzata la richiesta di rilascio del Durc ai competenti organi certificanti.

Il Durc è comunque risultato regolare, in quanto al tempo della verifica non erano più pendenti violazioni, e conseguentemente l'Amministrazione ha proceduto alla stipula del contratto. Il TAR Lazio ha quindi riconosciuto la validità dell'aggiudicazione in capo alla Cooperativa aggiudicataria sulla base del Durc recante data successiva all'aggiudicazione, ritenendo che la "*certificazione in quanto proveniente da ente pubblico, s'impone come prova fidefaciente e non può essere contestata se non davanti alla competente Autorità giudiziaria*", nonostante i rilievi mossi dalla Difesa del Ricorrente in giudizio e riproposti in questa sede.

14. Eventuali documenti giustificativi ed elementi probanti a sostegno della denuncia, comprese le disposizioni nazionali pertinenti:

15. Riservatezza:

- “Autorizzo la Commissione a indicare la mia identità nei Suoi contatti con le autorità dello Stato membro contro il quale è presentata la denuncia.”
- “Chiedo alla Commissione di non indicare la mia identità nei Suoi contatti con le autorità dello Stato membro contro il quale è presentata la denuncia.”

16. Luogo, data e firma del denunciante/del rappresentante:

Roma, 2 novembre 2009

Firma
Avv. Francesco A. Caputo