



Reg. delib. n. 16

VERBALE DI DELIBERAZIONE DEL CONSIGLIO DI AMMINISTRAZIONE

OGGETTO: PRESA D'ATTO DELLA DELIBERAZIONE DELLA GIUNTA PROVINCIALE N. 561 DD. 7/4/2015 (NUOVE DIRETTIVE IN MERITO ALL'INTERPRETAZIONE DELL'ART. 38 DEL D.LGS. N. 163/2006 - C.D. "CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI" - IN MATERIA DI REQUISITI DI ORDINE GENERALE) E MODIFICA DELIBERAZIONE DELL'OPERA UNIVERSITARIA N. 16/2011

Il giorno **29 aprile 2015** ad ore **16.00** nella sala delle Sedute dell'Opera Universitaria in seguito a convocazione disposta con avviso ai Componenti, si è riunito

IL CONSIGLIO DI AMMINISTRAZIONE

Sotto la presidenza del

	PRESIDENTE	ALBERTO MOLINARI
Presenti:	COMPONENTI	CATERINA BOSCOLO MENEGUOLO MARIA LAURA FRIGOTTO FLORITA SARDELLA FRANCESCA SARTORI CARLA STRUMENDO TOBIA RONCO
	REVISORI DEI CONTI	MARCO BERNARDIS
Assenti:	VICE PRESIDENTE COMPONENTE	FRANCESCO BOLLA ILARIA GOIO
Segretario verbalizzante:	IL DIRETTORE	PAOLO FONTANA

Il Presidente, constatato il numero legale degli intervenuti, dichiara aperta la seduta



Il Relatore comunica:

con deliberazione n. 16 di data 18 aprile 2011, il Consiglio di Amministrazione dell'Opera Universitaria approvava le *"Misure finalizzate alla semplificazione delle procedure d'appalto ad evidenza pubblica"* (emanate con deliberazione n. 1509 di data 18 giugno 2009); in particolare venivano adottate le direttive provinciali destinate alle strutture della PAT per lo svolgimento dei procedimenti amministrativi relativi agli appalti ad evidenza pubblica, finalizzate ad assicurare tempestività e snellimento delle procedure, certezza dell'attività amministrativa e omogeneità nei comportamenti della PAT, misure che non incidono sul rispetto dei principi di imparzialità, economicità, efficacia e trasparenza che sorreggono il modus operandi della Pubblica Amministrazione.

In particolare si poneva l'attenzione sul fatto che, da parte di un concorrente ad un appalto di evidenza pubblica, ai fini della partecipazione alle procedure di gara, si dovesse attestare, mediante dichiarazione sostitutiva in conformità alle disposizioni del D.P.R. 28 dicembre 2000 n. 445, il possesso dei requisiti di ordine generale tra cui:

- di non essere stato condannato per reati che incidono sulla moralità professionale (art. 38, comma 1 lett. c) del D.Lgs. n. 163/2006),
- di non avere commesso violazioni definitivamente accertate rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse (cfr. art. 38, comma 1 lett. g), del D.Lgs. n. 163/2006),
- di non avere commesso violazioni gravi, definitivamente accertate, alle norme in materia di contributi previdenziali e assistenziali (cfr. art. 38, comma 1 lett. i), del D.Lgs. n. 163/2006).

L'interpretazione dell'art. 38 del D.Lgs. n. 163/2006 è sempre stata oggetto di controversie giurisdizionali. Negli ultimi tempi, con il susseguirsi di diverse modifiche normative, il legislatore nazionale ha fissato dei paletti rigidi circa l'applicazione dei vari commi di cui si compone il citato art. 38. Tuttavia, ancor oggi in materia, residuano spazi di discrezionalità per le stazioni appaltanti che continuano ad originare contrasti giurisprudenziali e che non garantiscono decisioni amministrative uniformi.

Pertanto, la Provincia Autonoma di Trento, con deliberazione n. 561 di data. 7 aprile 2015, ha approvato le *"Nuove direttive in merito all'interpretazione dell'art. 38 del D. Lgs. n. 163/2006 (c.d. "Codice dei contratti pubblici" in materia di requisiti di ordine generale."* Tali direttive si pongono come obiettivo, in particolare, quello di fissare un metro di giudizio uniforme sull'applicazione del comma 1 lett. i) del suddetto articolo che dispone quanto segue: *"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"*.



L'esegesi della disposizione porta l'interprete a focalizzarsi su due concetti basilari: da una parte, il requisito di "**gravità**" delle violazioni riscontrate in materia contributiva e, dall'altra, il requisito di "**definitività**" circa l'accertamento delle irregolarità contributive contestate ai concorrenti/aggiudicatari di una procedura di gara.

Sul primo dei due requisiti ("**gravità**"), l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (sent. n. 8 dd. 4 maggio 2012) è stata categorica circa l'attribuzione al DURC del carattere vincolante: *"...la nozione di "violazione grave" non è rimessa alla valutazione caso per caso della stazione appaltante, ma si desume dalla disciplina previdenziale, e in particolare dalla disciplina del documento unico di regolarità contributiva; ne consegue che la verifica della regolarità contributiva delle imprese partecipanti a procedure di gara per l'aggiudicazione di appalti con la pubblica amministrazione è demandata agli istituti di previdenza, le cui certificazioni (D.U.R.C.) si impongono alle stazioni Appaltanti, che non possono sindacarne il contenuto"*.

In ordine al secondo requisito ("**definitività**"), considerato che non sussiste né una disciplina normativa di dettaglio né una pronuncia dell'Adunanza Plenaria, si è in presenza di un concetto giuridico a contenuto indeterminato che va riempito.

Recentemente, il legislatore primario (con l'art. 31, comma 8, del D.L. n. 69/2013 – conv. con L. n. 98/2013) ha recepito una norma regolamentare (contenuta nel d.m. lavoro e previdenza sociale 24 ottobre 2007) che obbliga l'ente previdenziale, competente al rilascio del DURC, ad invitare l'impresa a regolarizzare la propria posizione contributiva in caso di mancanza dei requisiti richiesti.

Sulla scorta di tale novella legislativa, si sta oggi assistendo ad un contrasto giurisprudenziale in merito al momento in cui il requisito di regolarità deve sussistere e, di riflesso, in merito al momento in cui scatta la "definitività" della violazione. Da una parte, vi è l'interpretazione (*ex multis*, TAR Veneto sent. n. 486/2014, C.d.S. sent. n. 781/2015) secondo cui la nuova disposizione di legge " ... ha 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, è 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".

Dall'altra parte, vi è l'interpretazione (*ex multis*, TAR Brescia sent. n. 1206/2014) secondo la quale " ... Il Collegio ritiene di discostarsi dalla riferita impostazione, e di aderire all'indirizzo per il quale la novella introdotta con il citato D.L. 69/2013 non ha inciso sulle modalità di controllo della situazione contributiva della stazione appaltante con riferimento alle gare pubbliche, né risulta aver introdotto una sorta di sanatoria dell'impresa che al momento della scadenza del termine per la presentazione dell'offerta non si trovava in una situazione di regolarità contributiva. Come ha statuito T.A.R. Lazio Roma, sez. III – 7/7/2014 n. 7227, <<Se si accedesse alle deduzioni di parte ricorrente ... si sovvertirebbe il dato oggettivo della sussistenza dell'irregolarità contributiva ad una determinata data coincidente con la presentazione dell'offerta in sede di gara (cfr. Cons. Stato, sez. V, n. 5194/2011). La procedura di regolarizzazione, quindi, deve essere stata attivata e conclusa



prima della presentazione dell'offerta nel senso che, a quella data, l'operatore economico deve aver regolarizzato la propria posizione, non potendo la stazione appaltante attendere l'eventuale attivazione in corso di procedura (e, quindi la regolarizzazione postuma), dopo cioè la scadenza del termine di presentazione delle offerte>>. Una diversa interpretazione non risulta 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 (T.A.R. Campania Napoli, sez. IV – 2/7/2014 n. 3619, che risulta appellata)".

Tale contrasto giurisprudenziale non ha ad oggetto provvedimenti decisionali delle stazioni appaltanti, ma riguarda l'operato dell'ente previdenziale che rilascia il DURC (è detto ente, prima del rilascio di un documento contributivo irregolare, a stabilire se inoltrare o meno la richiesta di regolarizzazione al soggetto interessato). Sul punto, dunque, la stazione appaltante non ha competenza decisionale ed, essa stessa, riveste un ruolo di spettatrice passiva nell'ambito di un eventuale giudizio amministrativo.

Tuttavia, la modifica normativa di cui sopra ha sollecitato la giurisprudenza amministrativa circa un ulteriore e innovativo profilo interpretativo inerente la **"definitività"** delle violazioni contributive accertate.

Con sentenza n. 5064 di data 14 ottobre 2014, il Consiglio di Stato prende spunto dalla novella legislativa (il citato D.L. n. 69/2013) per inferirne che la stessa conferma la presenza di un preciso indirizzo di politica legislativa, già immanente nel sistema, volto a favorire la massima partecipazione alle procedure di affidamento di contratti pubblici. In virtù di tale principio di massima partecipazione, la stazione appaltante, in presenza di un'irregolarità contributiva nel DURC, non può limitarsi ad una semplice presa d'atto formale di tale irregolarità, ma deve verificare in concreto il carattere "definitivo" della stessa, corrispondente ad una effettiva volontà dell'impresa inadempiente di sottrarsi ai propri obblighi contributivi (oltre alla decisione citata, si veda anche TAR Lecce sent. n. 34 di data 7 gennaio 2015, TAR Napoli sent. n. 511 di data 29 gennaio 2015, Tar Lazio-Roma ord. n. 6255 di data 4 dicembre 2014).

Sulla scorta di tali decisioni (e dopo aver acquisito, per le vie brevi, l'avallo su tale opzione interpretativa da parte dell'Avvocatura della Provincia Autonoma di Trento), si ritiene doveroso che le **stazioni appaltanti**, in presenza di DURC irregolare inoltrato dagli enti previdenziali, **effettuino una verifica di tipo sostanzialistico al fine di stabilire se la violazione debba considerarsi definitiva o meno.**

Si ritiene, infatti, che non vi sia alcuna incompatibilità tra l'accertamento dell'ente previdenziale e quello della stazione appaltante. Mentre il primo compie una verifica formale circa la "definitività" della violazione (mancanza di ricorsi, esistenza di rateizzazione, violazione scaturita da denuncia spontanea dell'impresa ecc.), la stazione appaltante realizza una verifica di tipo sostanzialistico secondo i canoni declinati *infra*.



In pratica, le stazioni appaltanti (nell'ambito dell'attività di verifica del possesso del requisito di regolarità contributiva) dovranno attestare la "definitività" della violazione contributiva risultante dal DURC (con conseguente esclusione dalla procedura di gara o decadenza dall'aggiudicazione) solo qualora la stessa abbia carattere volontario o non episodico, ossia costituisca espressione di un atteggiamento volutamente elusivo o inadempiente da parte dell'operatore economico.

A supporto dell'attività decisoria delle stazioni appaltanti, si individuano (a titolo indicativo) alcuni elementi indiziari (anche da bilanciare tra loro) da cui trarre la "definitività" o meno delle violazioni riscontrate:

- la circostanza che il concorrente abbia regolarizzato la propria posizione contributiva prima che la stazione appaltante avvii il relativo procedimento di contestazione finalizzato all'esclusione dalla gara o all'annullamento dell'intervenuta aggiudicazione;
- la circostanza che il concorrente, entro 15 giorni dalla eventuale conoscenza del DURC negativo, abbia pagato la somma dovuta;
- la circostanza che il concorrente abbia pagato la somma dovuta ancor prima della comunicazione di esito della procedura di gara cui ha partecipato;
- la circostanza che il concorrente sia o meno "recidivo" circa l'inadempimento degli oneri contributivi;
- la circostanza che il mancato pagamento sia dipeso da attività altrui (ad es. mancato o ritardato pagamento della banca delegata, nonostante la presenza di liquidità sul conto corrente del concorrente/aggiudicatario).

L'attività discrezionale di cui sopra dovrà essere espressamente evidenziata nei bandi di gara o negli inviti informali a partecipare a procedure di gara. Considerato, altresì, che essendo il contenuto del presente provvedimento frutto di un'interpretazione giurisprudenziale e che le relative decisioni delle stazioni appaltanti possano risultare scriminanti in ordine alla consumazione o meno di fattispecie criminose (si pensi al reato di falsa dichiarazione in riferimento ai documenti di gara presentati), si reputa opportuno che le stesse stazioni appaltanti (anche quando ritengano, sulla base dei criteri di cui sopra, "non definitive" le violazioni riscontrate) inviino le dovute segnalazioni alle competenti Autorità giudiziarie, specificando il percorso argomentativo delle proprie scelte.

Infine, è opportuno segnalare che già in passato la Giunta Provinciale (si veda la deliberazione n. 2320 di data 15 ottobre 2010) aveva fissato delle direttive in materia, ma le stesse devono considerarsi decadute nelle parti incompatibili con quelle fissate nel presente provvedimento e con le modifiche normative sopravvenute.

Con il presente provvedimento si propone di prendere atto che le direttive riportate in premessa, che riprendono quanto riportato nella deliberazione della Giunta provinciale n. 561 di data 7.4.2015, trovano applicazione anche per i procedimenti di Opera Universitaria; che le precedenti direttive approvate con deliberazione del Consiglio di Amministrazione n. 16 di data 18 aprile 2011 sono decadute per le parti incompatibili con quelle del presente provvedimento; che le presenti



direttive perdono efficacia se, *de iure condendo*, sopravvenga una disciplina normativa con esse contrastanti o maturi un orientamento giurisdizionale consolidato e opposto (quale, ad es., una pronuncia dell'Adunanza Plenaria).

Tutto ciò premesso,

IL CONSIGLIO DI AMMINISTRAZIONE

- vista la legge provinciale 24 maggio 1991, n. 9 “Norme in materia di diritto allo studio nell’ambito dell’istruzione superiore” e s.m.;
- visto il regolamento sulle “funzioni del Consiglio di Amministrazione e gestione amministrativa del direttore” approvato con deliberazione del Consiglio di Amministrazione 26 ottobre 1998, n. 166 e deliberazione della Giunta Provinciale 4 dicembre 1998, n. 13455;
- vista la legge provinciale 10 settembre 1993, n.26 “Norme in materia di lavori pubblici di interesse provinciale e per la trasparenza negli appalti” e s.m. ed il relativo regolamento di attuazione;
- vista la legge provinciale 19 luglio 1990 n. 23 “Disciplina dell’attività contrattuale e dell’amministrazione dei beni della Provincia Autonoma di Trento” e s.m. ed il relativo regolamento di attuazione;
- visto il D.Lgs. 12 aprile 2006 n. 163 “Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE”;
- visti gli atti ed i documenti citati in premessa,
- a voti unanimi, espressi nelle forme di legge:

D E L I B E R A

- 1) di prendere atto delle direttive approvate con deliberazione della Giunta provinciale n. 561 di data 7 aprile 2015 in tema di interpretazione dell’art. 38 del D. Lgs. 163/2006 (Codice dei contratti pubblici);
- 2) di dichiarare decadute le direttive approvate con precedente deliberazione del Consiglio di Amministrazione di Opera n. 16 di data 18 aprile 2011 per le parti incompatibili con quelle approvate col presente provvedimento;
- 3) di disporre che le direttive approvate col presente provvedimento si applichino anche alle procedure di gara già in corso, qualora non siano ancora stati stipulati i relativi contratti, fino a diversa indicazione della Provincia Autonoma di Trento o sopravvenienza di una



disciplina normativa con esse contrastanti o orientamento giurisdizionale consolidato e opposto;

- 4) di dare atto che il presente provvedimento non comporta oneri a carico dell'Amministrazione.

EB/ev



Opera
Universitaria
di Trento

Adunanza chiusa ad ore 17.45

Verbale letto, approvato e sottoscritto.

IL PRESIDENTE

Prof. Alberto Molinari

IL SEGRETARIO VERBALIZZANTE

Dott. Paolo Fontana

RAGIONERIA

**DELIBERA SOGGETTA AD APPROVAZIONE DA PARTE
DELLA GIUNTA PROVINCIALE:**
DELIBERA N. _____ **DEL** _____

DELIBERA NON SOGGETTA AD APPROVAZIONE: X

Visto e approvato l'impegno sul

Trento, _____

LA RAGIONERIA
