

ed etici, come delineati dall'art. 37 del Codice Deontologico Forense nella parte in cui prevede che *“L'avvocato ha l'obbligo di astenersi dal prestare attività professionale quando questa determini un conflitto con gli interessi di un proprio assistito o interferisca con lo svolgimento di altro incarico anche non professionale”*. In tali fattispecie evidentemente occorrerà dare pronta comunicazione della situazione di conflitto di appartenenza al consiglio dell'Ordine per l'adozione delle iniziative di competenza.

Il presente parere è stato reso su delibera del Comitato Consultivo.

A.G.S. - Parere del 12 luglio 2010 prot. 228103 - avv. Stato Carmela Pluchino - AL 15682/10.

«Applicabilità della normativa in materia di Documento Unico di Regolarità Contributiva (DURC) alle acquisizioni in economia di beni, servizi e lavori ai sensi dell'art. 125 D.lgs 12 aprile 2006 n. 163 (Codice dei contratti pubblici)»

Codesta Avvocatura Distrettuale ha sottoposto alla valutazione della Scrivente la richiesta di parere avanzata dall'Università degli Studi di (omissis), relativamente alla necessità del D.U.R.C. anche per le acquisizioni in economia di beni, servizi e lavori di cui all'art. 125 del D.Lgs. 12 aprile 2006 n. 163, effettuate mediante procedure di “cottimo fiduciario”.

Al riguardo si osserva quanto segue.

L'Università, premesso che *“sta ottemperando agli adempimenti in tema di DURC risultanti dal combinato disposto: dell'art. 2, comma 1, D.L. 25 settembre 2002 n. 210, convertito dalla L. 22 novembre 2002 n. 266; dell'art. 38, c. 2 (rectius 1) lett. “i” e c. 3, dell'art. 118, c. 6, D.Lgs. 12 aprile 2006 n. 163; dell'art. 16 bis, c. 10, D.L. 29 novembre 2008 n. 185, convertito dalla L. 28 gennaio 2009 n. 2; attenendosi all'interpretazione dell'applicabilità di tali norme anche alle fattispecie contrattuali di cui all'oggetto avanzata – limitatamente al cottimo fiduciario – dal Ministero del Lavoro, della Salute e delle Politiche Sociali con nota prot. n. 25/I/0002599 del 20 febbraio 2009 in risposta a istanza di interpello n. 10/2009 avanzata dall'Università degli Studi di (omissis)”*; evidenziando l'allungamento dei tempi dei procedimenti di spesa anche di modesta entità causato dai suddetti adempimenti, a scapito dell'esigenza di maggiore celerità di cui all'art. 9, co. 1, del D.L. 1 luglio 2009 n.78, convertito dalla L. 3 agosto 2009 n. 102, ha chiesto parere in ordine all'applicabilità del succitato art. 38, co. 1 lett. “i” e co. 3, anche alle acquisizioni in economia di beni, servizi e lavori effettuate mediante procedura di “cottimo fiduciario”.

Il Ministero del Lavoro, della Salute e delle Politiche Sociali, con la nota del 20 febbraio 2009 sopra richiamata, ha chiarito che *“per quanto riguarda i contratti sotto soglia comunitaria, tra i quali rientrano le acquisizioni in economia, l’art. 121 dispone che si applicano, se non derogate, le norme della parte II del Codice. L’art.125 – che disciplina per l’appunto le acquisizioni in economia – non contiene alcuna deroga espressa all’art. 38, comma 3 (contenuto nella parte II del Codice), secondo il quale “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”; ... Tutto ciò premesso si ritiene che il DURC debba essere richiesto, senza alcuna eccezione, per ogni contratto pubblico e, dunque, anche nel caso degli acquisti in economia o di modesta entità. Rispetto a tali acquisti, evidentemente, il DURC sarà richiesto solo nel caso di cottimo fiduciario ex art. 125, comma 1 lett. b), D.Lgs. n.163/2006 – attraverso il quale le prestazioni avvengono mediante affidamento a terzi – e non anche nel caso di ricorso all’amministrazione diretta, attraverso la quale le acquisizioni “sono effettuate con materiali e mezzi propri o appositamente acquistati o noleggiati e con personale proprio delle stazioni appaltanti, o eventualmente assunto per l’occasione (...)”*.

La Scrivente ritiene condivisibile l’interpretazione offerta dal Ministero succitato per le considerazioni che seguono.

Innanzitutto, l’importo del contratto è irrilevante ai fini della verifica dei requisiti di ordine generale relativi alla materia previdenziale e consente solo una semplificazione della procedura di individuazione del contraente rispetto a quella ordinaria.

La *ratio* della normativa in materia di DURC è invero di verificare che le imprese che operano nel settore pubblico rispettino la normativa previdenziale, a prescindere dall’importo del contratto e dalla procedura di selezione adottata, nonché la trasparenza e la parità di condizioni tra i concorrenti.

D’altra parte, nella Circolare INPS n. 92 del 26 luglio 2005 viene espressamente ribadito che il DURC riguarda tutti gli appalti pubblici nonché i lavori privati in edilizia soggetti al rilascio di concessione ovvero a denuncia di inizio attività (DIA).

Il Consiglio di Stato (cfr. sez. V, sentenza n. 4273 del 1° agosto 2007) ha ulteriormente sottolineato l’ampia portata del requisito di “regolarità contributiva” chiarendo che *“Non si può ritenere che il requisito di regolarità contributiva di cui all’art. 2 D.L. n. 210/2002 possa coincidere con quello di cui all’art. 75, comma 1, lett. e), del D.P.R. n. 554/1999. Quest’ultimo, infatti, facendo unicamente riferimento a gravi infrazioni debitamente accertate risultanti dai dati in possesso dell’Osservatorio dei lavori pubblici, fa emergere*

un concetto di irregolarità legata solo ad infrazioni contributive che hanno dato luogo a contenzioso e che siano state portate a conoscenza dell'Osservatorio. Il requisito, invece, previsto dall'art. 2 D.L. n. 210/2002, dispone un più ampio ambito di applicazione, prevedendo l'assenza di qualsiasi inadempienza agli obblighi previdenziali (iniziando dal mancato tempestivo pagamento delle somme dovute a seguito di dichiarazioni e denunce da parte del medesimo soggetto interessato). Tale requisito, quindi, non riferendosi solo a quelle evenienze in cui, soprattutto a seguito di accertamenti o rettifiche da parte degli enti previdenziali, possano sorgere contenziosi di non agevole e pronta definizione ovvero alle (non frequenti) ipotesi in cui si tratta di verificare le condizioni per un condono o per una rateizzazione, determina l'esclusione, dalla contrattazione con le amministrazioni, di quelle imprese che non siano corrette in relazione agli obblighi previdenziali, anche con riferimento alle ipotesi in cui non si adempia ad obblighi rispetto ai quali non vi siano ragionevoli motivi per non effettuare o comunque ritardare il pagamento".

Nè può ritenersi che tale obbligo contrasti con la *ratio* dell'articolo 125 del Codice dei contratti pubblici, volta ad introdurre elasticità nel sistema, per far fronte a situazioni di imprevedibilità, indifferibilità ed urgenza; in quanto ciò non può comunque consentire di prescindere dall'accertamento dei requisiti prescritti in materia previdenziale, pena un evidente "vulnus" alle finalità perseguite dalla relativa disciplina.

D'altra parte, il richiamo contenuto nel comma 12 del suddetto articolo 125 ai "requisiti di idoneità morale, capacità tecnico-professionale ed economico-finanziaria prescritta per prestazioni di pari importo affidate con le procedure ordinarie di scelta del contraente", richiesti all'affidatario di lavori, servizi, forniture in economia è da intendersi come comprensivo anche del requisito di "regolarità contributiva", al lume delle considerazioni che di seguito si espongono.

Come sottolineato dal TAR Lazio sez. II, nella sentenza del 5 novembre 2009, n.10877, "Sotto un profilo sistematico, va osservato che la regolarità contributiva - contrariamente a quanto sostenuto dalla ricorrente - è requisito indispensabile non solo per la partecipazione alla gara ma anche per la stipulazione del contratto (cfr. TAR Umbria 12 aprile 2006, n. 221; TAR Abruzzo, Pescara, 7 aprile 2005, n. 173; Consiglio di Stato, sez. IV, 27 dicembre 2004, n. 8215). Per conseguenza, l'impresa deve essere in regola con i relativi obblighi fin dalla presentazione della domanda e conservare tale regolarità per tutto lo svolgimento della procedura di gara... La regolarità contributiva nei confronti degli enti previdenziali costituisce, infatti, indice rivelatore della correttezza dell'impresa nei rapporti con le proprie maestranze e deve, pertanto, poter essere apprezzata in relazione a tutti i periodi durante i quali l'impresa stessa era tenuta ad effettuare i relativi versamenti (TAR Basilicata, Potenza, 27 agosto 2001, n. 667). Giova ulteriormente precisare che (cfr. TAR

Veneto sez. I 17 maggio 2007, n. 1507) soltanto l'accertamento della regolarità nel tempo del versamento dei contributi previdenziali e assistenziali e, quindi, della capacità dell'impresa di far fronte alle relative obbligazioni è idoneo a soddisfare l'interesse pubblico "primario" che viene in rilievo nelle gare d'appalto, incentrato sull'affidabilità dell'impresa concorrente attraverso l'indice rivelatore della sua più efficiente ed efficace gestione economico-produttiva (con il conseguente condivisibile rilievo secondo il quale la regolarità contributiva "...non rileva quale espressione di un mero rapporto obbligatorio tra due soggetti, ma come qualificazione soggettiva dell'impresa in termini di rispetto degli obblighi normativi e, dunque, espressione di affidabilità, costituente presupposto per la partecipazione alla procedura concorsuale": cfr. TAR Campania, Salerno, sez. I, 7 marzo 2001, n. 227).

Trasparente è, nello stesso tempo, il coordinamento della disposizione comunitaria e nazionale all'interesse pubblico secondario relativo alla più piena e penetrante tutela della posizione assicurativa previdenziale e assistenziale dei lavoratori dipendenti delle imprese assicurate alla partecipazione alle gare d'appalto, anche in una chiave volta ad assicurare l'effettività della concorrenza, che sarebbe frustrata qualora talune di esse potessero "giovarsi" della propria posizione d'irregolarità contributiva per proporre prezzi più bassi rispetto alle altre in regola, conseguendo "economie" di spese generali e gestionali proprio attraverso la violazione degli obblighi contributivi e assistenziali...".

D'altro canto, la regolarizzazione successiva non elimina l'irregolarità riscontrata e le sue conseguenze sul piano della correttezza ed affidabilità dell'impresa aggiudicataria (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 22 maggio 2007 n. 5574).

Per quanto riguarda la prospettata esigenza di celerità, si rappresenta che la recente L. n. 2/2009, all'art. 16 *bis*, co. 10 ha previsto che, in tutti i casi in cui è richiesto dalla legge, il DURC debba essere acquisito d'ufficio dalle stazioni appaltanti pubbliche. L'acquisizione può avvenire anche attraverso strumenti informatici, che dovrebbero consentire una maggiore rapidità nell'espletamento dei suddetti adempimenti.

Diversamente opinando, ossia ritenendo la non necessità del DURC nel caso delle acquisizioni in economia mediante procedura di "cottimo fiduciario", si esporrebbe la stazione appaltante al rischio di travolgimento "successivo" delle procedure espletate, in quanto per giurisprudenza consolidata le irregolarità contributive dell'aggiudicatario, seppure rilevate in epoca successiva alla presentazione della domanda di partecipazione alla gara, costituiscono elemento impeditivo per l'affidamento dell'appalto; sicchè, l'eventuale accertamento di una pendenza di carattere previdenziale o assistenziale in capo all'impresa, pur dichiarata aggiudicataria dell'appalto, emessa in epoca successiva alla scadenza del termine per partecipare alla procedura selettiva,

non può che implicare, a seconda dei casi, l'impossibilità per la stazione appaltante di stipulare il contratto con l'impresa medesima e la conseguente esclusione, ovvero la risoluzione del contratto già stipulato (cfr. Consiglio di Stato, sez. IV, 30 gennaio 2006 n. 288).

Si ritiene pertanto, secondo un'interpretazione sistematica e letterale delle disposizioni succitate, necessaria l'acquisizione e verifica del DURC anche per le acquisizioni in economia di beni, servizi e lavori, mediante procedure di "cottimo fiduciario".

Sulla questione è stato sentito il Comitato Consultivo che si è espresso in conformità in data 8 luglio 2010.

Si invita a darne comunicazione all'Amministrazione interessata.

A.G.S. - Parere del 14 luglio 2010 prot. 230688 - avv. Stato Massimo Salvatorelli - AL 24626/10.

«Patrocinio extra districtum degli avvocati e procuratori dello Stato. Proposta per l'autorizzazione alla trattazione di giudizio incidentale dinanzi alla Corte costituzionale»

1. Con nota 3 giugno 2010, nel trasmettere copia dell'ordinanza 25 maggio 2010 con la quale il TAR per l'Umbria ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 2 comma 1 e dell'art. 3 comma 1 del DPR n.1032/1973 nonché dell'art. 9 comma 1 del D.Lgs. n. 207/1947, codesto Ufficio, considerato che la controversia di merito nella quale la questione di costituzionalità è stata posta è stata trattata da Avvocato dello Stato in servizio presso la locale Avvocatura Distrettuale dello Stato, richiede se sia possibile autorizzare detto Avvocato, ai sensi dell'art. 9 della L. n. 103/79, alla trattazione della fase incidentale di legittimità costituzionale dinanzi alla Corte Costituzionale.

La formulazione del quesito deve essere intesa quale "proposta" ai sensi del comma 3 della richiamata disposizione.

2. In linea generale, quanto al patrocinio avanti la Corte Costituzionale, si osserva quanto segue.

Il citato art. 9, nell'identificare nella Circostrizione territoriale l'elemento in base al quale procedere al riparto della competenza nella trattazione dei giudizi e delle questioni consultive sottoposte all'Avvocatura Generale e alle Avvocature Distrettuali dello Stato, precisa in particolare (comma 1) che "l'Avvocatura generale dello Stato provvede alla rappresentanza e difesa delle amministrazioni nei giudizi davanti alla Corte costituzionale, alla Corte di cassazione, al Tribunale superiore delle acque pubbliche, alle altre supreme giurisdizioni, anche amministrative, ed ai collegi arbitrali con sede in Roma,