



REPUBBLICA ITALIANA

CONSIGLIO DI GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA PER LA REGIONE SICILIANA

Adunanza delle Sezioni riunite del 24 maggio 2016

NUMERO AFFARE 00922/2015

OGGETTO:

Presidenza della Regione Siciliana - Ufficio legislativo e legale.

Ricorso straordinario al Presidente della Regione Siciliana proposto da Margi Soprana Marmi soc.coop e ditta Arcabascio Giuseppe, avverso provvedimento Assessorato regionale attività produttive n. 3250 del 21/01/2014 di diniego a subentro. Istanza di sospensione.

LA SEZIONE

Vista la relazione n. 17418/175.14.8 del 27/07/2015 con cui la Presidenza della Regione Siciliana - Ufficio legislativo e legale ha chiesto il parere del Consiglio di Giustizia Amministrativa sull'affare consultivo in oggetto;

Esaminati gli atti e udito il relatore, consigliere Elisa Maria Antonia Nuara;

Premesso

I. Con ricorso straordinario al Presidente della Regione Siciliana notificato a mezzo di raccomandata a.r in data 30 maggio 2014, la Margi Soprana Marmi soc. coop. e la ditta individuale Arcabascio Giuseppe hanno chiesto l'annullamento:

- del provvedimento n. 3250 del 21 gennaio 2014, ricevuto in data 4 febbraio 2014, con cui l'Assessorato regionale delle attività produttive ha negato l'autorizzazione al subentro della Margi Soprana Marmi soc. coop. alla ditta Arcabascio nella procedura di finanziamento pubblico;

- del provvedimento 13 gennaio 2014 n. 36/09, con cui la ditta Arcabascio è stata esclusa dalla graduatoria definitiva, mentre nella originaria graduatoria era stata collocata al n. 8;

- di tutti gli atti presupposti connessi e consequenziali.

2. In fatto, va premesso che con decreto dirigenziale 28 dicembre 2009 n. 3453 veniva approvato il bando pubblico per la concessione delle agevolazioni previste dall'art. 7 l.r 6 agosto 2009 n. 9 programma operativo Fers 2007-2013, linee di intervento 5.1.3.1 e 5.1.3.5 – investimenti produttivi e rilocalizzazione PMI aree attrezzate e infrastrutture.

Con decreto dirigenziale 18 aprile 2012 n. 1599, registrato alla Corte dei conti e pubblicato in data 16 luglio 2012 veniva approvata la graduatoria definitiva.

La ditta Arcabascio si collocava all'ottava posizione con punti 71, con un contributo di euro 998.896, 5.

Con atto notarile in data 1° agosto 2012 la ditta Arcabascio conferiva la propria azienda alla Margi Soprana Marmi soc. coop.

Conseguentemente nel mese di novembre 2012 veniva presentata all'Assessorato istanza di autorizzazione al subentro nella procedura di finanziamento.

La Regione disponeva istruttoria al fine di verificare la sussistenza in capo al subentrante dei requisiti richiesti, e accoglieva l'istanza di subentro, con decreto 13 settembre 2013 n. 1792/9, con conseguente rettifica della graduatoria.

A seguito di rifiuto di visto da parte della Corte dei conti, la Regione adottava i provvedimenti oggetto del presente ricorso, motivati dal rilievo che alla data del 1° agosto 2012, la ditta Arcabascio non sarebbe stata in regola con i contributi previdenziali, come da verifica d'ufficio alla predetta data.

3. Con il ricorso si lamenta che:

- la Regione ha ritenuto che per autorizzare il subentro occorresse verificare la regolarità contributiva del cedente l'azienda alla data della cessione;

- non avrebbe consentito a tal fine all'interessato di produrre il DURC, avrebbe invece verificato d'ufficio una (insussistente) autodichiarazione, così impedendo all'interessato di potere regolarizzare la propria posizione contributiva, così come consentito dall'art. 7 d.m 24 ottobre 2007 dall'art. 31 d.l n. 69/2013;

- paradossalmente verrebbe negato il subentro e al contempo verrebbe disposta l'esclusione dell'originario concorrente, laddove se non ci fosse stata l'istanza di autorizzazione al subentro non si sarebbe disposta la verifica del DURC alla data 1° agosto 2012:

Pertanto, si assume che la Regione avrebbe dovuto alternativamente consentire al concorrente di regolarizzare il DURC e per l'effetto autorizzare il subentro, ovvero negare il subentro ma non escludere il concorrente originario.

4. Secondo l'Ufficio legislativo regionale il ricorso sarebbe inammissibile per difetto di giurisdizione e perché sarebbero stati impugnati atti non definitivi, nonché infondato nel merito.

Considerato

5. Non si condividono le eccezioni pregiudiziali sollevate dall'Ufficio legislativo.

5.1. La circostanza che il procedimento di erogazione di fondi pubblici sia una procedura di evidenza pubblica non lo rende assimilabile a un pubblico appalto e non rende applicabile il codice dei contratti pubblici, con conseguente inammissibilità del ricorso straordinario sul contenzioso relativo ai pubblici appalti.

Non vertendosi in materia di appalti pubblici, non sussiste la preclusione a proporre ricorso straordinario.

5.2. Né ha pregio l'eccezione secondo cui sarebbe impugnato un atto non definitivo.

Il provvedimento principale gravato è l'esclusione dalla graduatoria, che è provvedimento definitivo.

6. Nel merito il ricorso è fondato.

6.1. Giova innanzi tutto premettere che il provvedimento di concessione di finanziamenti pubblici, nazionali o europei, non soggiace all'applicazione del codice dei contratti pubblici (*ratione temporis* il d.lgs.n. 163/2006), e alla disciplina ivi prevista in materia di regolarità contributiva.

Per i soli pubblici appalti e concessioni (*ratione temporis*: di lavori pubblici) la disciplina vigente in relazione ai fatti di causa prescrive che la regolarità contributiva deve sussistere per tutta la durata della procedura, e che il DURC va acquisito d'ufficio, sicché è inapplicabile il procedimento di regolarizzazione previsto dall'art. 7, c.3, d.m. 24 ottobre 2007 (c.d. preavviso di DURC negativo) e, in prosieguo, dall'art. 31, c.8 d.l n. 69/2013 (in tal senso Cons. St., ad.plen., 29.2. 2016 nn. 5 e 6).

6.2. Fuori dal campo di applicazione del codice appalti, e in particolare per l'erogazione dei finanziamenti pubblici, l'art. 31, c. 8- *quater*. d.l n. 69/2013 e, già in precedenza, l'art. 1, c.553, l. n. 266/2005 (a tenore del quale: " *Per accedere ai benefici ed alle sovvenzioni comunitarie per la realizzazione di investimenti, le imprese di tutti i settori sono tenute a presentare il documento unico di regolarità contributiva* "), richiedono la regolarità contributiva al fine della erogazione del contributo.

Dispone infatti il citato art. 31, c. 8-*quater*, d.l n. 69/2013 : " *Ai fini dell'ammissione delle imprese di tutti i settori ad agevolazioni oggetto di cofinanziamento europeo finalizzate alla realizzazione di investimenti produttivi, le pubbliche amministrazioni procedenti anche per il tramite di eventuali gestori pubblici o privati dell'intervento interessato sono tenute a verificare, in sede di concessione delle agevolazioni, la regolarità contributiva del beneficiario, acquisendo d'ufficio il documento unico di regolarità contributiva (DURC)* " .

E' applicabile anche il c.8 dell'art. 31, d.l n. 69/2013, a tenore del quale: " *Ai fini della verifica per il rilascio del documento unico di regolarità contributiva (DURC), in caso di mancanza dei requisiti per il rilascio di tale documento gli Enti preposti al rilascio, prima dell'emissione del DURC o dell'annullamento del documento già rilasciato, invitano l'interessato, mediante posta elettronica certificata o con lo stesso mezzo per il tramite del consulente del lavoro ovvero degli altri soggetti di cui all'art. 1 della legge 11 gennaio 1979, n. 12, a regolarizzare la propria posizione entro un termine non superiore a quindici giorni, indicando analiticamente le cause della irregolarità* " .

Sicché, la regolarità contributiva va autodichiarata in sede di domanda di ammissione al contributo, e deve essere accertata al momento dell'erogazione.

Sia che della produzione del DURC sia onerato il concorrente, sia che lo stesso sia acquisito d'ufficio come ora prescrive l'art.31, c. 8-*quater*, d.l n. 69/2013, trova applicazione la possibilità di regolarizzazione di cui al c.8 del citato art. 31, c. 8 -*quater*, d.l n. 69/2013 (secondo quanto già prevedeva, in precedenza, l'art. 7, c.3, d.m 24 ottobre 2007).

6.3. Nel caso in cui il concorrente ammesso a finanziamento ceda la propria azienda ad un altro soggetto e venga chiesto il subentro di quest'ultimo, è corretto anticipare la verifica della posizione previdenziale al momento del subentro, rispetto al momento fisiologico dell'erogazione del contributo, al fine di evitare che attraverso la cessione di azienda o operazioni societarie si possa eludere la disciplina pubblicistica sui requisiti del concorrente.

Tuttavia occorrerà applicare le stesse regole che sarebbero state applicate al fine della verifica della posizione previdenziale del concorrente al momento della erogazione del contributo: va cioè consentito al concorrente, prima dell'emissione del DURC negativo, di regolarizzare la propria posizione.

Pertanto la Regione non avrebbe potuto, come ha fatto, verificare d'ufficio la posizione previdenziale del concorrente alla data del 1° agosto 2012, ma invece chiedergli di produrre il DURC, il che avrebbe consentito al concorrente di regolarizzare la propria posizione.

E' inoltre pacifico che il cessionario era in possesso di tutti i requisiti prescritti.

6.4. Giova infine considerare, sul piano sistematico, che l'ordinamento mira a conseguire l'obiettivo del pagamento effettivo dei contributi previdenziali, e che le recenti riforme consentono ampiamente la regolarizzazione e hanno ridotto la possibilità di esclusione dei concorrenti dalle procedure.

Negli stessi pubblici appalti, alla luce del sopravvenuto d.lgs. n. 50/2016:

- in fase di esecuzione del contratto, la regolarità contributiva è verificata d'ufficio da parte della stazione appaltante prima del pagamento del prezzo dell'appalto, ma in caso di DURC negativo non consegue la risoluzione del contratto di appalto, bensì il pagamento diretto dei contributi previdenziali da parte della stazione appaltante, con trattenuta dal prezzo dovuto per l'appalto (artt.30, c.5 e 105, c.9, d.lgs. n. 50/2016);

- in fase di gara, il DURC non è più acquisito d'ufficio per verificare l'autodichiarazione in gara, ma va chiesto ai concorrenti (art. 86, c.2, lett. b), d.lgs. n. 50/2016);

- in fase di gara, è causa di esclusione dalla partecipazione alla procedura la commissione di *“violazioni gravi, definitivamente accertate, rispetto agli obblighi relativi al pagamento (...)dei contributi previdenziali”* (art. 80, c.4, d.lgs. n. 50/2016). Ma costituiscono *“violazioni gravi”* non più quelle ostative al rilascio del DURC ai sensi dell'art. 8 d.m. 24 ottobre 2007 (vale a dire gli omessi versamenti con scostamenti superiori al 5% tra le somme dovute e quelle versate con riferimento a ciascun periodo di paga o di contribuzione o, comunque, uno scostamento superiore ad euro 100,00), bensì *“quelle ostative al rilascio del documento unico di regolarità contributiva (DURC) di cui all'art. 8 del decreto del Ministero del lavoro e della politiche sociali 30 gennaio 2015”* (art. 80, c.4, d.lgs. n. 50/2016), vale a dire le violazioni anche di natura penale elencate nell'allegato A al d.m 30 gennaio 2015; non vi è infatti coincidenza di contenuto tra il previgente art.8, d.m 24 ottobre 2007 e l'art. 8 d.m 30 gennaio 2015 ora richiamato dall'art. 80, c.4 d.lgs. n. 50/2016 (l'art. 8, d.m 24 ottobre 2007 corrisponde invece all'art. 3, d.m 30 gennaio 2015, che non è richiamato dall'art. 80, c.4, d.lgs. n. 50 /2016).

7. Da quanto esposto consegue l'accoglimento del ricorso con annullamento degli atti impugnati e con salvezza degli ulteriori provvedimenti dell'Amministrazione.

P.Q.M.

Il Consiglio di Giustizia Amministrativa esprime parere per l'accoglimento del ricorso con salvezza degli ulteriori provvedimenti dell'Amministrazione.

L'ESTENSORE

Elisa Maria Antonia Nuara

IL PRESIDENTE

Rosanna De Nictolis

IL SEGRETARIO

Giuseppe Chiofalo