

Repubblica Italiana
REGIONE SICILIANA



Ufficio Legislativo e Legale
della Presidenza della Regione Siciliana

Prot. n. 10391 / 47/2019.11 del 08 MAG 2019 Pos. Coll. e Coord. n.2.

Oggetto: richiesta DURC e certificazione antimafia a soggetti pubblici per il rilascio di concessioni demaniali marittime. Quesito.

Assessorato del Territorio e Ambiente
Dipartimento dell'Ambiente
Area 3 – Affari legali e contenzioso
Palermo
(Rif. Prot. 24999 del 12.4.2019)

1. Con la nota in riferimento viene chiesto l'avviso dello scrivente in ordine alla eventualità che i Comuni siano assoggettati alla disciplina prevista per il rilascio del Documento Unico di Regolarità Contributiva (DURC), relativamente ai procedimenti finalizzati al rilascio delle concessioni demaniali marittime.

Si riferisce al riguardo che, con Decreto Assessoriale n. 42/Gab del 20 febbraio 2012, l'Ufficio regionale preposto a istruire le pratiche di rilascio/rinnovo di concessioni dd. mm., *“è stato onerato a richiedere il Documento Unico di Regolarità Contributiva ai soggetti che fossero tenuti ad esibirlo, a mente della vigente normativa in materia”*.

Si chiede, pertanto, di sapere se, tra tali soggetti debbano ritenersi compresi anche i Comuni, nonché tutti gli altri soggetti pubblici, *“indicando con esattezza le modalità e i criteri per l'individuazione di quelli da (non) assoggettare alla relativa verifica”*.

Nel contempo, si chiede di chiarire se *“la necessaria certificazione antimafia (richiesta ai sensi dell'art. 67 del D.lgs. n. 159/2011 e della generale normativa vigente in materia), propedeutica alla possibilità di rilasciare un titolo concessorio per aree dd. mm., debba essere richiesta o meno ai Comuni o ad altri soggetti pubblici, anche in questo caso fornendo criteri precisi per l'eventuale esclusione di quali di questi dal novero”*.

Docf

2. In relazione alla consultazione richiesta, si osserva quanto segue.

L'articolo 2 del Decreto del Ministero del Lavoro e delle politiche sociali 30.1.2015 (*Semplificazione in materia di documento unico di regolarità contributiva DURC*), in ordine alla verifica della regolarità contributiva, dispone che :

“I soggetti di cui all'art. 1 possono verificare in tempo reale, con le modalità di cui all'art. 6, la regolarità contributiva nei confronti dell'INPS, dell'INAIL e, per le imprese classificate o classificabili ai fini previdenziali nel settore industria o artigianato per le attività dell'edilizia, nonché, ai soli fini DURC, per le imprese che applicano il relativo contratto collettivo nazionale sottoscritto dalle organizzazioni, per ciascuna parte, comparativamente più rappresentative, delle Casse edili. La verifica è effettuata nei confronti dei datori di lavoro e dei lavoratori autonomi ai quali è richiesto il possesso del Documento Unico di Regolarità Contributiva (DURC) ai sensi della vigente normativa. Ai sensi dell'art. 2, comma 1, lettera h) del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, le Casse edili competenti ad attestare la regolarità contributiva sono esclusivamente quelle costituite da una o più associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro stipulanti il contratto collettivo nazionale e che siano, per ciascuna parte, comparativamente più rappresentative sul piano nazionale.

Il documento di cui all'art. 7, generato dall'esito positivo della verifica, fatte salve le esclusioni di cui all'art. 9, sostituisce ad ogni effetto il Documento Unico di Regolarità Contributiva (DURC) previsto:

- a) per l'erogazione di sovvenzioni, contributi, sussidi, ausili finanziari e vantaggi economici, di qualunque genere, compresi quelli di cui all'art. 1, comma 553, della legge 23 dicembre 2005, n. 266;*
- b) nell'ambito delle procedure di appalto di opere, servizi e forniture pubblici e nei lavori privati dell'edilizia;*
- c) per il rilascio dell'attestazione SOA”.*

Al riguardo occorre evidenziare che, benché la disposizione in parola faccia generico riferimento alle “imprese” e, conseguentemente, al “datore di lavoro” (o ai lavoratori

autonomi) ai quali venga richiesto il possesso del DURC, la norma in riferimento sembra potere estendere i propri effetti anche alle amministrazioni pubbliche, in presenza di specifici presupposti.

In tal senso si è espresso il Ministero del Lavoro, della Salute e delle Politiche Sociali (atto di interpello 9/2009)¹ il quale, aderendo ad un orientamento giurisprudenziale del Consiglio di Stato², ha affermato che *“nel campo dei contratti pubblici si assiste, in particolare sulla scorta dei principi di carattere comunitario, ad una tendenziale parificazione dei soggetti privati e pubblici, con conseguente inammissibilità di situazioni di disparità di trattamento non adeguatamente giustificate. In tale contesto, pertanto, sembrerebbe incongruo prevedere l’obbligo di presentazione della certificazione di regolarità contributiva unicamente in capo ai soggetti privati, con esclusione di quelli pubblici che decidano di partecipare a procedure di evidenza pubblica (...)”*.

Analogamente, l’INPS³ ha sottolineato che *“il Documento Unico di Regolarità Contributiva deve essere richiesto anche per le amministrazioni pubbliche, qualora le risorse ad esse erogate da altre amministrazioni non configurino semplici trasferimenti, ma finanzino specifiche progettualità”*.

A tal proposito è stato osservato⁴ che *“l’elemento di discriminazione viene ad essere individuato nell’elaborazione specifica prodotta dall’amministrazione pubblica, oggetto di una selezione e, quindi, di un confronto con le proposte di altri soggetti pubblici e privati. L’interpretazione riferita alla specifica verifica della regolarità contributiva ricalca la posizione più volte espressa dalla giurisprudenza amministrativa in ordine al doppio ruolo che le amministrazioni pubbliche possono avere nella relazione con le altre amministrazioni nella resa dei servizi”*.

Come evidenziato dal Consiglio di Stato, le amministrazioni hanno la possibilità di concorrere a procedure selettive, poiché il concetto di operatore economico-prestatore di servizi delineato dall’ordinamento comunitario deve essere interpretato in senso ampio e viene meno solo a fronte di rapporti regolati da specifiche disposizioni.

¹ Cfr. nota Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali prot. 25/I/0002598 del 20.2.2009.

² Cfr. C.d.S. V sez., n. 5767 del 21.11.2014.

³ Cfr. messaggio n. 9502/2014

⁴ Cfr. Prof. Alberto Barbiero - DURC – Sole24Ore on line.

Posta tale ampia premessa, e con specifico riferimento al primo quesito oggetto di consultazione, si ritiene che le medesime considerazioni possano trovare applicazione nei riguardi di quanto previsto al D.A. 42/Gab del 20 febbraio 2012, relativamente al rilascio di concessioni dd. mm., e ciò anche se l'articolo 2 del medesimo provvedimento faccia espresso riferimento all'irregolarità contributiva dell'*impresa* e non, più genericamente, al concessionario.

3. Quanto alla definizione⁵ di "pubblica amministrazione", si osserva che, quanto meno sotto il profilo oggettivo, mancando una espressa definizione legislativa in tal senso, dottrina e giurisprudenza hanno elaborato indici di riconoscimento della natura pubblica di un ente, che possono così riassumersi:

- esistenza di un sistema di controlli pubblici;
- partecipazione dello Stato o di un altro ente pubblico alle spese di gestione;
- costituzione su iniziativa pubblica;
- esistenza di un potere di direzione in capo ad un ente pubblico;
- ingerenza del controllo pubblico sulle nomine di vertice.

In ambito comunitario, come meglio verrà chiarito in seguito, la definizione assume caratteri ancora più ampi in relazione alla materia degli appalti, talchè è "organismo di diritto pubblico", qualunque soggetto che, benchè formalmente privato, soddisfi specificamente bisogni di interesse generale, non avente carattere industriale o commerciale, abbia personalità giuridica, sia sottoposto all'influenza dominante dello Stato.

Può quindi concludersi che il termine pubblica amministrazione evochi sia l'attività dell'amministrare pubblico, sia gli apparati titolari di tale funzione.

"L'amministrazione pubblica si articola essenzialmente in: ministeri, agenzie amministrative, enti pubblici, autorità amministrative indipendenti, imprese con partecipazione pubblica, strutture amministrative delle Regioni, delle Province, dei Comuni e degli altri enti locali.

Regioni, Province e Comuni sono enti territoriali dotati, in base alla Costituzione, di autonomia politica. Sotto questo profilo, sono indipendenti dallo Stato.

⁵ Cfr, Giulio Parrotta, Diritto.it;

Gli enti pubblici nazionali fanno parte del concetto di amministrazione pubblica, ma non rientrano nell'amministrazione dello Stato, tanto che sono stati anche denominati 'amministrazioni parallele'. Hanno strutture eterogenee e sono dotati di personalità giuridica. Possiedono organi propri (di regola, presidente e consiglio di amministrazione), nominati dal governo, che dettano gli obiettivi e le direttive ai loro uffici. I poteri di vigilanza spettano, in genere, all'autorità di governo, che talora è titolare di poteri di direttiva. Una maggiore autonomia organizzativa e funzionale è riconosciuta agli enti pubblici che sono espressione di comunità di settore, come le camere di commercio, o svolgono attività assistite da garanzie costituzionali, come le università e le istituzioni scolastiche.

L'individuazione della natura pubblica dell'ente è stata costante oggetto di studio da parte della dottrina, che ne ha elaborato vari criteri distintivi, spesso rivelatisi inadeguati e imprecisi. Pertanto, si è ritenuto di individuare l'ente pubblico sulla base di elementi estrinseci e formali, e in particolare, nel regime giuridico, ovvero nel complesso di norme e di principi che ne regolano l'esistenza e l'attività, e nell'inserimento nella struttura amministrativa pubblica. Inoltre, con la l. n. 70/1975 (legge sul parastato), il legislatore ha dettato criteri positivi e tassativi per l'individuazione e la classificazione degli enti pubblici, stabilendo che l'istituzione o il riconoscimento degli stessi può avvenire solo tramite legge. Anche la giurisprudenza ha contribuito a enucleare alcuni elementi distintivi della natura pubblica dell'ente, attraverso l'elaborazione di indici di riconoscibilità, tra cui: la titolarità di poteri di imperio; l'istituzione da parte dello Stato o di altro ente pubblico; l'assoggettamento al controllo o all'ingerenza della Stato; la fruizione di agevolazioni o di privilegi tipici delle amministrazioni statali; il riconoscimento della cosiddetta operatività necessaria (impossibilità che i compiti attribuiti siano espletati da altro soggetto ovvero impossibilità di fallimento o di estinzione volontaria) ⁶.

Per completezza di trattazione, e seppur sommariamente, si ritiene utile declinare anche alcuni cenni in materia di "organismo di diritto pubblico", con particolare riferimento alla disciplina (nazionale e comunitaria) in materia di appalti pubblici.

L'articolo 3 del D.Lgs 18.4.2016, n. 50 (Codice dei contratti pubblici), che ha sostituito il previgente D.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (Codice dei contratti pubblici relativi a lavori,

⁶ Treccani: Pubblica Amministrazione.

servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE), come recepito dall'articolo 1, comma 1⁷, della legge regionale 12 luglio 2011, n. 12, definisce l'Organismo di diritto pubblico come "qualsiasi organismo, anche in forma societaria:

- istituito per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale;
- dotato di personalità giuridica;
- la cui attività sia finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico oppure la cui gestione sia soggetta al controllo di questi ultimi oppure il cui organo d'amministrazione, di direzione o di vigilanza sia costituito da membri dei quali più della metà è designata dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico".

Tale definizione ricalca la definizione di organismo di diritto pubblico data dall'articolo 1, lettera b) della direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi.

L'articolo 1, lettera b) della citata direttiva stabilisce, infatti, che per "organismo di diritto pubblico si intende qualsiasi organismo:

- istituito per soddisfare specificamente bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale, e avente personalità giuridica, e la cui attività è finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti locali o da organismi di diritto pubblico, oppure la cui gestione è soggetta al controllo di quest'ultimi, oppure il cui organo di amministrazione, di direzione o di vigilanza è costituito da membri più della metà dei quali è designata dallo Stato, dagli enti locali o da altri organismi di diritto pubblico.".

Si ritiene, tuttavia, utile sottolineare che l'organismo di diritto pubblico come sopra delineato, risulta essere nel nostro ordinamento una figura giuridica diversa e distinta da quella dell'ente pubblico che, nascendo tale per disposizione di legge, presenta caratteristiche ed un regime giuridico distinto e differente da quello dell'organismo di diritto pubblico.

4. Con riferimento all'ultimo dei quesiti sottoposti all'attenzione dello scrivente, circa la possibilità di chiedere la certificazione antimafia a Comuni ed Enti pubblici, si osserva che

⁷ Art. 1, comma 1: "A decorrere dall'entrata in vigore del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, si applicano nel territorio della Regione le disposizioni in esso contenute e le successive modifiche ed integrazioni nonché i relativi provvedimenti di attuazione, fatte comunque salve le diverse disposizioni introdotte dalla presente legge"

l'art. 83, comma 3, del D.lgs. 6.9.2011, n. 159 (Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, nonché nuove disposizioni in materia di documentazione antimafia, a norma degli articoli 1 e 2 della legge 13 agosto 2010, n. 136), dispone che:

“1. Le pubbliche amministrazioni e gli enti pubblici, anche costituiti in stazioni uniche appaltanti, gli enti e le aziende vigilati dallo Stato o da altro ente pubblico e le società o imprese comunque controllate dallo Stato o da altro ente pubblico nonché i concessionari di lavori o di servizi pubblici, devono acquisire la documentazione antimafia di cui all'articolo 84 prima di stipulare, approvare o autorizzare i contratti e subcontratti relativi a lavori, servizi e forniture pubblici, ovvero prima di rilasciare o consentire i provvedimenti indicati nell'articolo 67.

2. La disposizione di cui al comma 1 si applica ai contraenti generali di cui all'articolo 176 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, di seguito denominati «contraente generale». (199)

3. La documentazione di cui al comma 1 non è comunque richiesta:

- a) per i rapporti fra i soggetti pubblici di cui al comma 1;*
- b) per i rapporti fra i soggetti pubblici di cui alla lettera a) ed altri soggetti, anche privati, i cui organi rappresentativi e quelli aventi funzioni di amministrazione e di controllo sono sottoposti, per disposizione di legge o di regolamento, alla verifica di particolari requisiti di onorabilità tali da escludere la sussistenza di una delle cause di sospensione, di decadenza o di divieto di cui all'articolo 67;*
- c) per il rilascio o rinnovo delle autorizzazioni o licenze di polizia di competenza delle autorità nazionali e provinciali di pubblica sicurezza;*
- d) per la stipulazione o approvazione di contratti e per la concessione di erogazioni a favore di chi esercita attività agricole o professionali, non organizzate in forma di impresa, nonché a favore di chi esercita attività artigiana in forma di impresa individuale e attività di lavoro autonomo anche intellettuale in forma individuale;*
- e) per i provvedimenti, gli atti ed i contratti il cui valore complessivo non supera i 150.000 euro”.*

Per altro verso, è stato osservato⁸ che “nel nostro ordinamento giuridico il diritto penale punisce personalmente gli autori di un fatto di reato (delitto o contravvenzione) secondo

⁸ Cfr. La Marchesina Dario, “La responsabilità degli enti D.lgs. 231/2001: fondamento giuridico e problematiche generali”, in Diritto.it.

quanto disciplinato dall'art. 27, c.1 Cost. (la responsabilità penale è personale); ciò significa che di un illecito penale risponde solo ed esclusivamente il soggetto agente.

Tuttavia ci si chiede se dal reato commesso da una persona fisica appartenente ad un ente o ad una persona giuridica possa sorgere anche una responsabilità in capo al secondo; la risposta è negativa se ci si riferisce al principio penalistico "societas delinquere non potest".

Recentemente però si è assistito ad un incremento di illeciti penali commessi da persone fisiche per favorire enti o persone giuridiche, ed è per questo che nel 2000 il parlamento ha inviato una legge di delegazione, la n. 300, al governo affinché emettesse una legge delega avente ad oggetto la disciplina della responsabilità amministrativa degli enti dipendente da reato commesso da un soggetto appartenente ad essi, il D.lgs. 231/2001.

L'efficacia soggettiva del Dlgs. 231/2001 si basa sull'ente, inteso come un'organizzazione collettiva dotata di una certa autonomia organizzativa; lo scopo di lucro e la personalità giuridica sono criteri di individuazione dei soggetti ma non operano in assoluto.

Infatti il Dlgs. 231/2001 si applica agli enti dotati di personalità giuridica, alle società e associazioni anche prive di personalità giuridica (es. le società di capitali, le società di persone, le associazioni, le fondazioni, le società cooperative e le mutue assicuratrici, i consorzi con attività esterna).

Esso invece non si applica laddove l'organizzazione non consenta di scindere la responsabilità penale della persona fisica dalla quale deriva la responsabilità dell'ente (es. l'imprenditore individuale, l'impresa familiare, i consorzi con attività interna).

Sono inoltre esclusi⁹ lo Stato, gli enti pubblici territoriali (le regioni, le province i comuni), gli enti pubblici non economici, gli enti pubblici strumentali (autorità amministrative indipendenti) e quelli che svolgono funzioni di rilievo costituzionale".

E', pertanto, evidente, che le disposizioni di cui all'art. 67 del D.lgs. 6.9.2011, n. 159 (Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, nonché nuove disposizioni in materia di documentazione antimafia, a norma degli articoli 1 e 2 della legge 13 agosto 2010, n. 136) non possano che trovare applicazione nei confronti delle "persone alle quali

⁹ Art. 1 D.lgs. 8.6.2001, n. 231:

Art. 1. Soggetti

"Il presente decreto legislativo disciplina la responsabilità degli enti per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato.

Le disposizioni in esso previste si applicano agli enti forniti di personalità giuridica e alle società e associazioni anche prive di personalità giuridica.

Non si applicano allo Stato, agli enti pubblici territoriali, agli altri enti pubblici non economici nonché agli enti che svolgono funzioni di rilievo costituzionale".

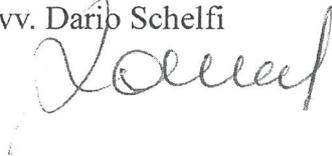
sia stata applicata con provvedimento definitivo una delle misure di prevenzione previste dal libro I, titolo I, capo II¹⁰”.

Nei termini che precedono viene resa la consultazione richiesta.

Ai sensi dell'art. 15 del regolamento approvato con D.P. Reg. 16 giugno 1998, n. 12, lo Scrivente acconsente alla diffusione del presente parere in relazione ad eventuali domande di accesso, presso codesto Dipartimento, inerenti al medesimo.

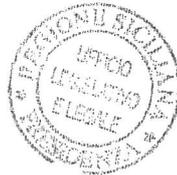
Si ricorda poi che, in conformità alla circolare presidenziale n.16586/66.98.12 dell'8 settembre 1998, trascorsi 90 giorni dalla data di ricevimento del presente parere, senza che codesta Amministrazione ne comunichi la riservatezza, lo stesso potrà essere inserito nella banca dati dello scrivente Ufficio.

Avv. Dario Schelfi



L'AVVOCATO GENERALE

Gianluigi M. Amico



¹⁰ Art. 4: oggetti destinatari

1. I provvedimenti previsti dal presente capo si applicano:

- a) agli indiziati di appartenere alle associazioni di cui all'articolo 416-bis c.p.;
- b) ai soggetti indiziati di uno dei reati previsti dall'articolo 51, comma 3-bis, del codice di procedura penale ovvero del delitto di cui all'articolo 12-quinquies, comma 1, del decreto-legge 8 giugno 1992, n. 306, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 1992, n. 356, o del delitto di cui all'articolo 418 del codice penale; (6)
- c) ai soggetti di cui all'articolo 1;
- d) agli indiziati di uno dei reati previsti dall'articolo 51, comma 3-quater, del codice di procedura penale e a coloro che, operanti in gruppi o isolatamente, pongano in essere atti preparatori, obiettivamente rilevanti, ovvero esecutivi diretti a sovvertire l'ordinamento dello Stato, con la commissione di uno dei reati previsti dal capo I del titolo VI del libro II del codice penale o dagli articoli 284, 285, 286, 306, 438, 439, 605 e 630 dello stesso codice, nonché alla commissione dei reati con finalità di terrorismo anche internazionale ovvero a prendere parte ad un conflitto in territorio estero a sostegno di un'organizzazione che persegue le finalità terroristiche di cui all'articolo 270-sexies del codice penale; (5)
- e) a coloro che abbiano fatto parte di associazioni politiche disciolte ai sensi della legge 20 giugno 1952, n. 645, e nei confronti dei quali debba ritenersi, per il comportamento successivo, che continuino a svolgere una attività analoga a quella precedente;
- f) a coloro che compiano atti preparatori, obiettivamente rilevanti, ovvero esecutivi diretti alla ricostituzione del partito fascista ai sensi dell'articolo 1 della legge n. 645 del 1952, in particolare con l'esaltazione o la pratica della violenza; (7)
- g) fuori dei casi indicati nelle lettere d), e) ed f), siano stati condannati per uno dei delitti previsti nella legge 2 ottobre 1967, n. 895, e negli articoli 8 e seguenti della legge 14 ottobre 1974, n. 497, e successive modificazioni, quando debba ritenersi, per il loro comportamento successivo, che siano proclivi a commettere un reato della stessa specie col fine indicato alla lettera d);
- h) agli istigatori, ai mandanti e ai finanziatori dei reati indicati nelle lettere precedenti. È finanziatore colui il quale fornisce somme di denaro o altri beni, conoscendo lo scopo cui sono destinati;
- i) alle persone indiziate di avere agevolato gruppi o persone che hanno preso parte attiva, in più occasioni, alle manifestazioni di violenza di cui all'articolo 6 della legge 13 dicembre 1989, n. 401, nonché alle persone che, per il loro comportamento, debba ritenersi, anche sulla base della partecipazione in più occasioni alle medesime manifestazioni, ovvero della reiterata applicazione nei loro confronti del divieto previsto dallo stesso articolo, che sono dediti alla commissione di reati che mettono in pericolo l'ordine e la sicurezza pubblica, ovvero l'incolumità delle persone in occasione o a causa dello svolgimento di manifestazioni sportive;
- i-bis) ai soggetti indiziati del delitto di cui all'articolo 640-bis o del delitto di cui all'articolo 416 del codice penale, finalizzato alla commissione di taluno dei delitti di cui agli articoli 314, primo comma, 316, 316-bis, 316-ter, 317, 318, 319, 319-ter, 319-quater, 320, 321, 322 e 322-bis del medesimo codice;
- i-ter) ai soggetti indiziati del delitto di cui all'articolo 612-bis del codice penale.

