

**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2996 del 2012, proposto da:

Impresa Costruzioni Ingg. Emilio e Paolo Salciccia Srl, rappresentata e difesa dall'avv. Roberto Colagrande, con domicilio eletto presso Roberto Colagrande in Roma, viale Liegi N. 35 B;

contro

Coem Costruzioni Elettromeccaniche di Maggioni Giuseppina Srl, rappresentata e difesa dagli avv. Dover Scalera, Gabriele Di Paolo, con domicilio eletto presso Gabriele Di Paolo in Roma, viale Liegi 35/B;

nei confronti di

Provincia di Pescara, rappresentata e difesa dall'avv. Sergio Della Rocca, con domicilio eletto presso Daniele Vagnozzi in Roma, viale Angelico, 103; Cassa Edile della Provincia di Latina, rappresentata e difesa dagli avv. Paola Chirulli, Stefano Vinti, con domicilio eletto presso Stefano Vinti in Roma, via Emilia N. 88; Cassa Edile Nazionale Artigianato e Industria - Cenai, rappresentata e difesa dagli avv. Federico Tedeschini, Gianmaria Covino, con domicilio eletto presso Federico Tedeschini in Roma, largo Messico, 7;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. ABRUZZO - SEZ. STACCATA DI PESCARA: SEZIONE I n. 00129/2012, resa tra le parti, concernente AFFIDAMENTO LAVORI DI SISTEMAZIONE E MIGLIORAMENTO DELLA VIABILITÀ DI COLLEGAMENTO TRA LA S.R. 602 E S.S.81

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Coem Costruzioni Elettromeccaniche di Maggioni Giuseppina Srl e di Provincia di Pescara e di Cassa Edile della Provincia di Latina e di Cassa Edile Nazionale Artigianato e Industria - Cenai;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 30 ottobre 2012 il Cons. Antonio Bianchi e uditi per le parti gli avvocati Colagrande, Di Paolo, Vagnozzi, per delega dell'Avvocato della Rocca, e Tedeschini;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con bando pubblicato il 9 maggio 2011 la Provincia di Pescara ha indetto una gara per l'affidamento dei "lavori di sistemazione e miglioramento della viabilità di collegamento tra la S.R. 602 e la S.S. 81".

All'esito della procedura risultava aggiudicataria provvisoria la Costruzioni Elettromeccaniche CO.E.M. srl (d'ora in poi Coem), mentre al secondo posto si classificava l'Impresa Costruzioni Ingg. di Emilio e Paolo Salciccia srl (d'ora in poi Costruzioni) .

La stazione appaltante procedeva quindi alle prescritte verifiche, ai sensi dell'articolo 40 del D.lgs. n.163 /2006, nel corso delle quali acquisiva un'attestazione durc rilasciata il 20.7.2011 con cui la Cassa Edile di Latina, nella cui Provincia ha sede la Coem, dichiarava che l'impresa non risultava regolare.

Poiché Coem, venuta a conoscenza dell'esistenza della suddetta attestazione negativa, aveva rappresentato alla Provincia di aver in origine aperto una posizione contributiva presso la Cassa Edile di Latina e, non avendo più commesse nella provincia di Latina, di aver effettivamente sospeso tale posizione dall'1.1. 2010 al 28.2. 2011, periodo nel quale aveva aperto una nuova posizione contributiva presso la Cenai (Cassa Edile Nazionale Artigianato e Industria), chiedeva alla Cassa una nota di precisazioni in merito alle irregolarità rilevate ed alla Cenai un certificato di regolarità alla data del 27.5.2011.

La Cassa con nota n. 8806 del 19 ottobre 2011 confermava quanto dichiarato nel durc del 29.7.2011, ribadendo altresì la insanabilità della predetta irregolarità alla luce dei precedenti giurisprudenziali, mentre il certificato richiesto alla Cenai perveniva il successivo 30.8.2011.

Completata l'istruttoria, con l'acquisizione di ulteriore attestazione negativa da parte della Cassa in data 8.9.2011, la Provincia comunicava alla Coem di aver avviato il procedimento per la sua esclusione dalla gara , con contestuale revoca dell'aggiudicazione provvisoria.

La Coem faceva pervenire le proprie osservazioni obiettando, in sintesi, di aver regolarmente corrisposto i contributi previdenziali di legge pur se ad un ente(la Cenai) diverso dalla Cassa, sicché la Provincia non poteva limitarsi a recepire il dato formale della irregolarità del durc , ma doveva verificare in via sostanziale l'eventuale infrazione e la relativa gravità.

In questo contesto, peraltro, la Coem provvedeva comunque al versamento dell'importo dovuto alla Cassa Edile di Latina, al fine di sanare la propria posizione.

Senonché, con provvedimento dirigenziale n.382.857 / 2012 la Provincia disponeva la esclusione della Coem dalla gara "in quanto i DURC richiesti sono risultati irregolari" e conseguentemente aggiudicava provvisoriamente la gara in favore di Costruzioni.

Coem proponeva quindi ricorso giurisdizionale dinanzi al Tar Pescara avverso la suddetta esclusione e la nuova aggiudicazione provvisoria, chiedendone l'annullamento.

Deduceva, in estrema sintesi, che illegittimamente la stazione appaltante non aveva valutato in modo autonomo la gravità delle violazioni riportate nel durc rilasciato dalla Cassa Edile di Latina, nè aveva apprezzato adeguatamente la circostanza che Coem avesse poi dimostrato di essere in regola con il versamento effettuato alla Cenai.

Al ricorso resistevano tutte le parti evocate in giudizio, salvo la Cenai che si costituiva aderendo alle tesi della ricorrente in punto di valenza del relativo certificato.

Il particolare la Cassa eccepiva, tra l'altro, il difetto di giurisdizione del Tar rispetto alla impugnazione del durc e, comunque, sosteneva la valenza esclusiva di quest'ultimo ai fini dell'accertamento della regolarità contributiva, siccome prescritta dal Codice degli appalti.

La Provincia e la Costruzioni controinteressata, nel ribadire la suddetta valenza esclusiva del durc, sostenevano in linea con l'orientamento giurisprudenziale contrapposto a quello invocato dalla ricorrente Coem, la correttezza dell'esclusione motivata solo in relazione al durc irregolare che, secondo l'articolo 8, comma 3, del D.M. 24.10. 2007 implicava di per sé la gravità della violazione accertata.

Con sentenza n.129/ 2012 il Tar Pescara, dopo aver riconosciuto il proprio difetto di giurisdizione in ordine alla impugnazione del durc ed estromesso dal giudizio sia la Cenai sia la Cassa Edile di Latina, ha accolto il ricorso annullando gli atti impugnati.

Avverso la predetta sentenza, Costruzioni ha quindi interposto l'odierno appello, chiedendone la riforma per quanto di interesse.

Si è costituita in giudizio la Coem, chiedendo la reiezione del gravame e spiegando altresì appello incidentale autonomo.

Si è altresì costituita in giudizio la Provincia di Pescara, chiedendo l'accoglimento dell'appello principale di Costruzioni e la reiezione di quello incidentale autonomo di Coem.

Si sono infine costituite in giudizio la Cassa Edile di Latina, chiedendo l'accoglimento dell'appello principale e la reiezione di quello incidentale autonomo, e la Cenai la quale ha chiesto il rigetto dell'appello principale ed ha spiegato altresì appello incidentale.

Con successive memorie le parti hanno insistito nelle rispettive tesi..

Alla pubblica udienza del 30 ottobre 2012 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Va esaminato in via prioritaria l'appello incidentale autonomo interposto da Coem.

2. Con due distinti mezzi di gravame, che possono essere trattati congiuntamente attesa la loro sostanziale unitarietà, l'appellante deduce l'erroneità della gravata sentenza, laddove viene declinata la giurisdizione del Tar in ordine al richiesto annullamento del durc con cui la Cassa Edile di Latina ha certificato la non regolarità contributiva dell'impresa.

Assume, al riguardo, che nell'ambito della giurisdizione esclusiva di cui è titolare in materia di appalti, il giudice amministrativo ben potrebbe sindacare anche la legittimità del durc sulla base del

quale la stazione appaltante ha assunto le proprie determinazioni in ordine all'aggiudicazione della gara.

Sostiene, quindi, l'ammissibilità del ricorso proposto in primo grado, anche nella parte in cui sono stati impugnati i durc con cui la Cassa avrebbe erroneamente attestato la sua irregolarità contributiva.

3. La censura non può essere condivisa.

Ed invero, osserva il Collegio come sotto il profilo soggettivo le Casse Edili appartengano alla categoria delle associazioni non riconosciute ex art. 36 c.c. le quali, nell'esercizio delle loro funzioni tipiche, non sono soggette di regola alla giurisdizione del giudice amministrativo.

Sotto il profilo oggettivo, poi, il documento unico di regolarità contributiva (durc), come più volte precisato dalla giurisprudenza di questo Consiglio, si sostanzia in una dichiarazione di scienza e si colloca fra gli atti di certificazione o di attestazione aventi carattere meramente dichiarativo di dati in possesso dell'ente, assistiti da pubblica fede ex articolo 2700 c.c. e facenti pertanto prova fino a querela di falso (cfr. Cons. Stato Sez. IV n.1458/ 2009; Sez. V n. 789 /2011).

Ne consegue che eventuali errori contenuti in detto documento, involgendo posizioni di diritto soggettivo afferenti al sottostante rapporto contributivo, potranno essere corretti dal giudice ordinario, o all'esito di proposizione di querela di falso, o a seguito di ordinaria controversia in materia di previdenza e di assistenza obbligatoria.

Infatti, ciò che forma oggetto di valutazione ai fini del rilascio del certificato è la regolarità dei versamenti effettuata dall'impresa iscritta presso la Cassa Edile, ed in questo ambito ciò che viene in rilievo non è certo un rapporto pubblicistico, bensì un rapporto obbligatorio previdenziale di natura privatistica.

In altri termini, il rapporto sostanziale di cui il durc è mera attestazione si consuma interamente in ambito privatistico, senza che su di esso vengano ad incidere direttamente o indirettamente poteri pubblicistici, per cui il sindacato sullo stesso esula dall'ambito della giurisdizione, ancorché esclusiva, di cui è titolare il giudice amministrativo in materia di appalti.

Correttamente, pertanto, il primo giudice ha concluso sul punto rilevando che "...essendo precluso al giudice amministrativo disporre l'annullamento del durc, questo Tribunale è privo di giurisdizione quanto all'impugnativa del certificato rilasciato dalla Cassa Edile di Latina".

4. In conclusione, l'appello incidentale autonomo interposto da Coem va respinto, siccome infondato.

5. Parimenti infondato si appalesa, poi, l'appello incidentale interposto da Cenai , mediante il quale viene dedotta l'erroneità della gravata sentenza, laddove viene disposta l'estromissione dal giudizio della Cenai stessa.

Ed invero, secondo il pacifico e costante insegnamento della giurisprudenza amministrativa, l'estromissione dal giudizio implica un accertamento negativo della legittimazione del soggetto estromesso in ordine alla pretesa sostanziale dedotta nel giudizio stesso (cfr. fra le tante: Cons. Stato Sez. VI, 4 aprile 2011, n. 2102; Sez. IV, 27/12/ 2006, n. 7877).

Orbene, una volta accertato il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo a sindacare la legittimità del durc rilasciato dalla Cassa Edile di Latina, non v'è dubbio come l'oggetto del gravame risulti limitato al solo scrutinio in ordine alla correttezza del provvedimento di esclusione della Coem dalla gara.

È tale scrutinio, non involge l'erroneità o la falsità del predetto durc né, parimenti, la valenza del certificato rilasciato da Cenai, bensì la legittimità dell'operato della stazione appaltante la quale ha ritenuto le risultanze del predetto documento automaticamente vincolanti, senza procedere quindi ad un apprezzamento autonomo in ordine alla gravità delle risultanze stesse.

Correttamente, pertanto, il primo giudice ha estromesso dal giudizio la Cenai ritenendola priva di "un interesse diretto in ordine alla pretesa sostanziale dedotta in giudizio", in quanto in alcun modo destinataria degli effetti scaturenti dalla decisione, non venendo in contestazione "la veridicità del durc rilasciato dalla Cassa Edile di Latina e l'idoneità del certificato rilasciato dalla Cassa Edile Nazionale Artigianato e Industria ad attestare l'adempimento degli oneri contributivi".

6. Passando all'esame dell'appello principale, va prioritariamente esaminata l'eccezione di improcedibilità dello stesso, per mancata impugnativa da parte di Costruzioni della aggiudicazione definitiva medio tempore disposta dalla stazione appaltante in favore di Coem.

7. Il rilievo è privo di fondamento.

Ed invero, osserva il Collegio come il provvedimento di aggiudicazione definitiva sia stato adottato dalla stazione appaltante quale atto strettamente consequenziale alla sentenza appellata, configurandolo come semplice presa d'atto della sentenza stessa, senza alcun esercizio di discrezionalità.

Ne consegue che nel caso di annullamento della sentenza appellata l'aggiudicazione definitiva, quale determinazione assunta in stretta esecuzione di quest'ultima, verrebbe automaticamente caducata in virtù del cosiddetto effetto espansivo esterno della riforma della sentenza di cui all'articolo 336, comma 2, c.p.c. , a norma del quale "la riforma o la cassazione estende i suoi effetti ai provvedimenti e agli atti dipendenti dalla sentenza riformata o cassata".

Infatti detta norma , applicabile al processo amministrativo in quanto espressione di un principio di carattere generale non contrastante con quelli propri del processo avanti alla giurisdizione amministrativa (cfr. da ultimo, Cons. Stato Sez. V ,13.06. 2012 n. 3465), comporta che "con la pubblicazione della sentenza di riforma, venga meno immediatamente l'efficacia degli atti o provvedimenti di esecuzione spontanea o coattiva della stessa, rimasti privi di qualsiasi giustificazione" (Cons. Stato Sez. III 14.12. 2011,n. 6574).

Non v'è dubbio, pertanto, che nella specie permane integro l'interesse dell'appellante alla decisione nel merito dell'odierna controversia.

8. Nel merito l'appello è fondato sotto l'assorbente profilo di censura con cui viene dedotta l'erroneità della gravata sentenza, laddove non ha ritenuto applicabile nella specie il disposto di cui all'articolo 4 del D.L. 13 maggio 2011 n. 70 e non ha, pertanto, ritenuto vincolanti le attestazioni di irregolarità contributiva della Coem, quali risultanti dai durc rilasciati dalla Cassa Edile di Latina.

9. Ed invero, con la decisione n. 8 delle 16 aprile 2012, l'Adunanza Plenaria di questo Consiglio ha definitivamente chiarito come la valutazione di gravità o meno della infrazione previdenziale sia

riservata agli enti previdenziali e come la stessa sia, pertanto, vincolante per le stazioni appaltanti, precludendo ad esse qualsivoglia apprezzamento autonomo.

Al riguardo, ha altresì precisato come le sopravvenute disposizioni di cui al D.L. 13 maggio 2011 n. 70, si limitino "a recepire e consolidare un orientamento interpretativo già formatosi in precedenza", ponendosi pertanto "in linea di continuità, e non di innovazione, rispetto all'assetto ad essa preveggenente".

Così la medesima Adunanza, ha concluso enunciando il principio di diritto per cui "ai sensi e per gli effetti dell'articolo 38, comma 1, lettera i), d.lgs. n.163 del 2006, anche nel testo vigente anteriormente al d.l. n. 70 del 2011, secondo cui costituiscono causa di esclusione dalle gare di appalto le gravi violazioni alle norme in materia previdenziale e assistenziale, 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 irregolarità 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 sindacare il contenuto".

Ne consegue che erroneamente il primo giudice ha censurato il provvedimento di esclusione della Coem dalla gara assunto dalla stazione appaltante, sul rilievo per cui "la Provincia di Pescara ha ritenuto di non potersi discordare dalle risultanze del durc della Cassa Edile di Latina, senza svolgere quella indagine sulla gravità della violazione che la legislazione all'epoca vigente imponeva".

10. Né, al riguardo, può assumere rilievo la regolarità dei durc successivamente rilasciati dalla stessa Cassa Edile di Latina, a seguito della ripetizione delle somme originariamente dovute da parte di Coem.

Infatti, come più volte affermato dalla giurisprudenza amministrativa, la regolarità contributiva deve essere conservata nel corso di tutto l'arco temporale impegnato dallo svolgimento della procedura, non assumendo quindi valore sanante l'intervento di un adempimento tardivo da parte dell'impresa (cfr. Cons. Stato Sezione V 26.06.2012, n. 3738; Sez. IV 15.09.2010, n. 6907; 12.03.2009, n. 1458).

11. Infine, per ciò che attiene alla asserita erroneità del durc rilasciato dalla Cassa ed alla ritenuta prevalenza di quello rilasciato dalla Cenai, non può che farsi rinvio a quanto già precisato al punto 3 che precede.

Pertanto, pur se in via meramente incidentale, va rilevato al riguardo come il Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, con specifiche circolari assunte sulla base dell'attuale quadro normativo di riferimento, abbia precisato che "Eventuali certificazioni di irregolarità rilasciate da Casse edili non abilitate, pur accompagnate da certificazioni di regolarità separate da parte degli Istituti, non potranno in alcun modo sostituirsi al Documento Unico di Regolarità Contributiva (DURC), ancorché dette Casse abbiano in passato sottoscritto Accordi a livello locale ovvero abbiano in corso contenzioso e merito alla possibilità di rilasciare attestazioni di regolarità nelle more della definizione dei procedimenti" (cfr. circolari n. 8367 del 2.5.2012; n. 12 del 1.6.2012).

Anche sul piano sostanziale, quindi, il profilo risulta non probante.

12. Conclusivamente, l'appello principale è fondato e come tale da accogliere, con conseguente riforma della sentenza impugnata

13. Sussistono giusti motivi per compensare tra le parti le spese di giudizio

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta) definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, così dispone:

- respinge l'appello incidentale autonomo interposto da Coem;
- respinge l'appello incidentale interposto dalla Cenai;
- accoglie l'appello principale interposto da Costruzioni e per l'effetto, in riforma della gravata sentenza, respinge il ricorso proposto in primo grado da Coem .

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 30 ottobre 2012 con l'intervento dei magistrati:

Marzio Branca, Presidente

Manfredo Atzeni, Consigliere

Doris Durante, Consigliere

Antonio Bianchi, Consigliere, Estensore

Fabio Franconiero, Consigliere

DEPOSITATA IN SEGRETERIA il 17/05/2013.