



N. 1458/2009

Reg. Dec.

N. 8326 Reg. Ric.

Anno 2008

R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta)
ha pronunciato la seguente

D E C I S I O N E

Sul ricorso r.g.n.8326/2008 proposto in appello da Anas spa,
in persona del l.r.p.t., rappresentata e difesa dalla Avvocatura
Generale dello Stato, presso i cui uffici domicilia in Roma alla
via dei Portoghesi n.12,

contro

Sammarco Giuseppe Costruzioni srl, in persona del l.r.p.t.,
rappresentata e difesa dagli avvocati Alfredo Gualtieri e
Demetrio Verbaro, con domicilio eletto in Roma alla via Ovidio
n. 10 presso lo studio Rosati Bei Anna,

e nei confronti di

Emmedue srl in persona del l.r.p.t., non costituitasi,

per l'annullamento

della sentenza n.1138 del 2008 del TAR Calabria- Catanzaro
depositata in data 29 luglio 2008 notificata in data 1 agosto
2008, con la quale è stato accolto il ricorso proposto da
Sammarco srl avverso la revoca della aggiudicazione prot.
n.3416- P del 6 febbraio 2008, della conseguente
aggiudicazione successivamente disposta a favore della società

Emmedue srl, ove occorra del bando di gara, nonché per la dichiarazione di nullità, annullamento, inefficacia o disapplicazione dell'eventuale contratto nel frattempo stipulato.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Sammarco srl;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visto il dispositivo di sentenza n. 78 dell'11/2/09;

Relatore alla udienza pubblica del 10 febbraio 2009 il Consigliere Sergio De Felice;

Uditi l'avv. Verbaro e l'avv. dello Stato Stigliano;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue;

FATTO

Con ricorso proposto innanzi al Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria la società Sammarco srl agiva avverso la revoca della aggiudicazione della quale era stata destinataria in gara per lavori relativi alla c.d statale di Serre da aggiudicarsi al criterio del prezzo più basso a base di gara ex articolo 82 codice contratti pubblici.

Avendo l'Anas spa provveduto al controllo dei requisiti dichiarati in sede di gara con particolare riguardo alla regolarità contributiva, la suddetta società sarebbe risultata non in regola alla data del 17 dicembre 2007.

La revoca era motivata sulla base del fatto che in sede di verifica alla data del 17 dicembre 2007 la società sarebbe

stata non in regola con il versamento dei contributi INPS-INAIL- Cassa edile, come da nota del 22 gennaio 2008, mentre alla data della domanda di partecipazione del 10 dicembre 2007 aveva dichiarato la propria regolarità contributiva, sulla scorta del DURC rilasciato alla stessa società in data 20 novembre 2007, che scadeva, sulla base della circolare del Ministero Lavoro e Previdenza sociale 30.1.2008, n.5, in data 20 dicembre 2007, mentre il periodo di gara terminava in data 18 dicembre 2007.

Nei fatti pertanto la domanda di partecipazione era del 10 dicembre 2007, la concorrente dichiarava di essere in regola con le dovute contribuzioni (INPS- INAIL- Cassa edile) e produceva DURC rilasciato in data 20 novembre 2007 che, in base all'art. 7 DM 24 ottobre 2007, coprendo un periodo di validità fino al 20 dicembre 2007, copriva il periodo di gara chiusasi in data 18 dicembre 2007.

All'esito negativo della successiva verifica, in data 16 gennaio si avvisava dell'avvio del procedimento di revoca della aggiudicazione definitiva; l'Anas si basava su un nuovo DURC del 10 gennaio 2008, dal quale risultava che la impresa in questione non risultava regolare con il versamento alla data del 17 dicembre 2007.

La impresa in data 30 gennaio 2008 faceva pervenire all'Anas una nota con la quale precisava che era in regola con i doveri contributivi, ma che gli enti certificatori, tranne l'Inail, non erano in grado di pronunciarsi sulla regolarità a causa di

problemi telematici. In data 11 febbraio 2008 la società faceva pervenire altra certificazione durc dalla quale risultava la regolarità contributiva alla data del 17 dicembre 2007. A questo punto l'Anas sospendeva la revoca e chiedeva ai tre enti previdenziali di confermare il contenuto della nota dell'11 febbraio 2008.

La Cassa edile con nota del 14 febbraio 2008 rispondeva che in relazione al durc emesso in data 11 febbraio 2008, alla dicitura "è in regola" dovesse sostituirsi quella "non è in regola con i versamenti alla data del 17 dicembre 2007". L'INPS analogamente con nota del 20 febbraio 2008 rilevava che la società in questione in realtà aveva provveduto a regolarizzare la propria posizione contributiva *solo* in data 16 gennaio 2008 e quindi alla data del 17 dicembre 2007 non era da considerarsi in regola.

Il giudice di primo grado accoglieva il ricorso ritenendo che il "buco" di regolarità contributiva riguardasse pochi giorni; si faceva riferimento anche alla contraddittorietà degli enti certificatori, al fatto che si trattava di inadempimenti non gravi e che la regolarizzazione era avvenuta al più presto, alla mancanza della gravità richiesta dall'articolo 38 del codice contratti pubblici, alla possibilità della regolarizzazione successiva, consentita sia dal Consiglio di Stato che dal giudice comunitario; tutte tali circostanze, secondo il primo giudice, renderebbero non legittima la revoca della aggiudicazione definitiva.

Il giudice di primo grado riteneva inoltre applicabile *ratione temporis* il d.m. 24 ottobre 2007, che statuisce con norma di diritto positivo espressamente la possibilità di regolarizzazione entro un certo termine.

Avverso la suddetta sentenza propone appello l'Anas spa, appaltante, che deduce la ingiustizia della pronuncia, in sostanza richiamando l'articolo 38 codice contratti pubblici (sia pure evidenziando che esso si rivolgerebbe ai meri partecipanti e per i quali sarebbe prevista la esclusione in caso di commissione di violazioni gravi, definitivamente accertate, alle norme in materia di contributi previdenziali e assistenziali, secondo la legislazione italiana o dello Stato in cui sono stabiliti") e l'articolo 2 D.L. 210/2002 (richiamato dal medesimo articolo 38), che si rivolge espressamente agli affidatari.

Si sostiene in ogni caso che la impresa affidataria debba essere in regola con gli obblighi contributivi e previdenziali, mentre nella specie era chiara la irregolarità della posizione con ben due istituti su tre.

D'altronde, il medesimo articolo 38 al comma 3 conclude nel senso che "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".

L'appello deduce che la Sammarco come da attestazione della Cassa Edile di Catanzaro del 14.2.2008 alla data del 17.12.2007 non era in regola con gli adempimenti e ha regolarizzato la sua posizione solo in data 18 gennaio 2008; per l'INPS (attestazione del 20.2.2008) l'impresa "ha provveduto a regolarizzare la sua posizione contributiva il 16.1.2008, quindi al 17.12.2008 non si può considerare in regola".

Pertanto, sulla base della mancanza di regolarità contributiva dell'affidatario, la revoca della aggiudicazione era un atto dovuto, a prescindere da ogni valutazione circa la gravità o meno dell'eventuale inadempimento.

L'appellante lamenta anche la violazione del richiamato d.m. 24 ottobre 2007, pubblicato in G.U. 30.11.2007 entrato in vigore solo in data 30.12.2007 (per il quale il DURC avrebbe un mese di validità), in quanto non ancora vigente al momento dell'espletamento della gara.

Si è costituita la società Sammarco che chiede dichiararsi la inammissibilità dell'appello, in quanto non avrebbe contestato il vero motivo di revoca della aggiudicazione consistente nella eventuale "dichiarazione non veritiera", perché non era in regola con gli obblighi contributivi.

Nel merito chiede il rigetto dell'appello perché infondato.

Alla camera di consiglio del 18 novembre 2008 questa sezione, considerando ad una prima sommaria delibazione i motivi di appello degni di positiva valutazione, rinviava la causa ex

articolo 23 bis 1.1034 del 1971 alla udienza di discussione del 10 febbraio 2009.

Con memoria depositata in data 30 gennaio 2009 la impresa Sammarco ha eccepito la improcedibilità del ricorso, a causa del quasi esaurimento del rapporto perché i lavori sono stati eseguiti; ha eccepito anche la acquiescenza della amministrazione, che nel frattempo ha stipulato il contratto.

Alla udienza di discussione del 10 febbraio 2009 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. In via preliminare, il Collegio osserva che sono destituite di ogni fondamento e come tali da rigettare le eccezioni sollevate da parte appellata, relative alla improcedibilità e alla acquiescenza.

E' evidente infatti che, per il principio di *continuità* della azione amministrativa, l'amministrazione ha stipulato il contratto che, nelle more del giudizio, in presenza di sentenza esecutiva e in assenza di accoglimento della tutela cautelare, ha avuto il suo regolare svolgimento.

Tale ulteriore attività non può tuttavia fare desumere né un comportamento acquiescente della amministrazione, che anzi ha coltivato fino in fondo le sue tutele, né una improcedibilità per sopravvenuta carenza di interesse, quasi a dare prevalenza al principio del c.d. fatto compiuto.

E' noto che la legittimità sulla scelta del c.d. "giusto contraente" non può non conservare la sua utilità giuridica

per l'amministrazione anche a contratto praticamente esaurito perché eseguito, in quanto tale legittimità, o per converso illegittimità, può e deve sortire ulteriori effetti sulla attività amministrativa consequenziale, sulla attività contrattuale e dal punto di vista patrimoniale dei soggetti coinvolti (sulla permanenza di tale tipo di interesse la giurisprudenza è talmente copiosa che non si ritiene di doverla menzionare).

2. Allo stesso modo è destituita di fondamento la eccezione di inammissibilità dell'appello basata sul fatto che l'appellante amministrazione avrebbe appuntato le sue doglianze soltanto sulla oggettiva posizione di irregolarità contributiva, nulla osservando in merito al vero motivo di esclusione, che consisterebbe in realtà nella falsità e mendacità della dichiarazione di regolarità contributiva.

Il Collegio osserva al proposito che è necessaria, ma anche sufficiente, a consentire la ammissibilità del gravame della appaltante amministrazione la concentrazione dei motivi di appello sulla oggettiva e conclamata posizione di irregolarità contributiva.

Considerato che di solito la posizione di irregolarità si accompagna ed è connessa, come nella specie, ad una dichiarata, ma fallace, dichiarazione di regolarità, il richiamo alla mendacità e falsità costituisce, ad avviso del Collegio, un ulteriore, assorbente e legittimo motivo dell'atto negativo di revoca della aggiudicazione.

3. Nel merito l'appello è fondato.

La regolarità contributiva e fiscale delle imprese partecipanti alla gara per l'aggiudicazione di appalti con la p.a. deve essere presente al momento della offerta e deve essere assicurata pure in momenti successivi alla presentazione della domanda e dell'offerta e quindi certamente fino al momento della aggiudicazione, essendo palese la esigenza per la stazione appaltante di verificare l'affidabilità del soggetto partecipante alla gara fino alla conclusione della stessa (C. Stato, IV, 31 maggio 2007, n.2876).

La necessità della regolarità è tale che il presupposto normativo consente alla amministrazione di appurare, in presenza di elementi contraddittori, la reale situazione in ordine, tra l'altro, anche alla posizione contributiva della singola ditta partecipante (C. Stato, IV, 31 maggio 2007, n.2876).

A seguito della entrata in vigore della disciplina sul certificato di regolarità contributiva, dettata dagli articoli 2, d.l. 25 settembre 2002, n.210, come modificato dalla l.conv. 22 novembre 2002 n.266, e 86 comma 10 d.lgs. 10 settembre 2003, n.276, la verifica della regolarità contributiva delle imprese partecipanti alle procedure di gara per l'aggiudicazione di appalti con la pubblica amministrazione è demandata agli istituti di previdenza, le cui certificazioni si impongono alle stazioni appaltanti, che non possono sindacarne il contenuto (Consiglio Stato, V, 23 gennaio 2008, n.147).

In materia di gare per l'aggiudicazione di lavori pubblici, dalla disciplina istitutiva del Durc (Documento unico di regolarità contributiva, rilasciato in base a convenzioni tra Inps e Inail ai sensi dell'articolo 2 comma 2 d.l. 25 settembre 2002 n.210), l'impresa che si rende aggiudicataria di un appalto deve non solo essere in regola con gli obblighi previdenziali ed assistenziali sulla stessa gravanti fin dal momento della presentazione della domanda, ma deve conservare la correttezza contributiva *per tutto lo svolgimento* del rapporto contrattuale.

Ne consegue che l'eventuale accertamento di una pendenza di carattere previdenziale o assistenziale in capo all'impresa pur dichiarata aggiudicataria dell'appalto prodottasi anche in epoca successiva alla scadenza del termine per partecipare al procedimento di scelta del contraente implica, a seconda dei casi, la *impossibilità* per l'amministrazione appaltante di *stipulare* il contratto con l'impresa medesima, ovvero la *risoluzione* dello stesso; sempre in forza di ciò, è del tutto *irrelevante un eventuale adempimento tardivo* della obbligazione contributiva quand'anche ricondotto retroattivamente, quanto ad efficacia, al momento della scadenza del termine di pagamento.

Si ritiene anche che - a causa della *inderogabilità* e imperatività della disciplina in questione - nel caso in cui un bando di gara di appalto pubblico non preveda l'obbligo per l'impresa che risulti aggiudicataria di presentare alla stazione

appaltante la certificazione relativa alla regolarità contributiva, il medesimo bando debba intendersi *integrato* dalla prescrizione di tale obbligo di cui all'art. 2, d.l. 25 settembre 2002, n.210.

L'articolo 1 comma 1 d.l. 25 settembre 2002 n.210 (convertito con modificazioni dalla l.22 novembre 2002 n.266), ha stabilito che le imprese affidatarie di un appalto pubblico sono tenute a presentare alla stazione appaltante la certificazione relativa alle regolarità contributive a pena di revoca dell'affidamento.

Una evidente logica di economia dei mezzi giuridici conduce a interpretare la norma citata nel senso di rendere doverosa la esclusione dalla gara quante volte, come nella specie, la situazione di irregolarità sia *conclamata*, alla stregua della documentazione amministrativa in possesso dalla stazione appaltante, in uno stadio anteriore all'intervento della aggiudicazione; e tanto al fine di evitare la illogica aggiudicazione di una gara destinata ad essere oggetto di successiva ed obbligatoria autotutela alla stregua della normativa ora richiamata (Consiglio di Stato, VI; 29 ottobre 2004, n.7045).

La regolarità va accertata in capo già al mero partecipante (che in ipotesi può essere affidatario) e in tale senso non può ravvedersi una diversità di rigidità della disciplina tra partecipanti e affidatari.

La difesa dell'impresa ricorda che l'articolo 38 comma 1 lettera i) richiede la sussistenza di "violazioni gravi" e la semplice menzione nel DURC della assenza di regolarità contributiva non può condurre di per sé alla esclusione della impresa risultata non in regola anche perché il documento in questione *non specifica nulla* a proposito della definitività dell'accertamento (in tal senso parere della Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di Lavori, Servizi e Forniture n.102 dell'8 novembre 2007, che in sostanza demanda la decisione alla stazione appaltante).

In senso contrario rispetto alle posizioni difensive della impresa Sammarco va osservato che nella specie la partecipante, poi affidataria, come risulta dalle relative attestazioni, alla data del 17 dicembre 2007, coincidente con la avvenuta aggiudicazione, non era in regola né con la Cassa edile né con l'INPS.

Si tratta quindi di una irregolarità grave e sussistente già all'epoca della fase di aggiudicazione.

Non risulta inoltre la contestazione o confutazione di tali attestazioni e il DURC assume la valenza di una dichiarazione di scienza, da collocarsi fra gli atti di certificazione o di attestazione redatti da un pubblico ufficiale ed aventi carattere meramente dichiarativo di dati in possesso della pubblica amministrazione, assistito da pubblica fede ai sensi dell'articolo 2700 c.c., facente pertanto prova fino a querela di falso.

Attesa la natura giuridica del DURC, non residua in capo alla stazione appaltante alcun margine di valutazione o di apprezzamento in ordine ai dati ed alle circostanze in esso contenute.

Non risulta che per la situazione di attestata irregolarità sia stato attivato alcun tipo di tutela al fine di contestare l'accertamento (tutela che, se azionata in modo non temerario, avrebbe reso non definitivamente accertato il grave inadempimento).

Nella specie si è verificata in primo luogo una ipotesi di falsità della dichiarazione in merito alla posizione di regolarità contributiva; in secondo luogo, e in ogni caso, la posizione di irregolarità contributiva deve ritenersi acclarata, non contestata, non regolarizzabile a posteriori, non contestata in fatto, da valutarsi certamente non lieve, riguardando in quel periodo di riferimento, ben due istituti su tre.

4. Non è utile inoltre a consentire uno spazio di tollerabilità a favore della impresa Sammarco il richiamo effettuato dal primo giudice al decreto ministeriale pubblicato sulla GU del 30 novembre 2007, entrato in vigore solo in data 30 dicembre 2007 (decreto che consentirebbe un invito da parte degli istituti a regolarizzare la inadempienza contributiva con una tolleranza di quindici giorni).

Infatti, come osservato anche dal primo giudice, il decreto richiamato è efficace solo a decorrere dal 30 dicembre 2007; la aggiudicazione è avvenuta in data 17 dicembre 2007 e la gara

in tale momento è da ritenersi conclusa, né il procedimento può ritenersi ancora pendente, ai fini della applicabilità di una normativa innovativa successiva, soltanto perché al procedimento già definito nella sua sostanza è seguita una successiva e eventuale fase di verifica.

In tema di affidamento di un appalto di lavori pubblici, la produzione di un durc, entro il periodo di sua efficacia, è utile non solo al fine della partecipazione alla gara, ma è anche idoneo a comprovare la posizione di regolarità o irregolarità contributiva di cui all'articolo 75 dpr 554/1999; pertanto, una volta che il legislatore abbia normato lo spazio temporale entro il quale un durc deve ritenersi valido (nella specie copriva fino alla fase di aggiudicazione e non era consentita una regolarità successiva), la sua efficacia vale sotto tutti i profili per i quali viene in rilievo nell'ambito di una gara.

Né può darsi per scontata la applicazione del sopravvenuto decreto ministeriale.

Per il procedimento amministrativo manca una normativa generale che regoli, come in altri ordinamenti (per esempio, quello tedesco), la normativa applicabile in relazione alle varie fasi procedurali (iniziativa, istruttoria, decisoria e integrativa della efficacia) stabilendo il perimetro di applicabilità della normativa innovativa sopravvenuta (del c.d. nuovo diritto).

Tale disciplina esiste invece nel diritto penale (e si ritiene applicabile anche al processo penale) all' articolo 2 codice

penale, la c.d. *iperretroattività* del diritto penale più favorevole e la applicabilità del diritto più sfavorevole solo per il futuro; il principio è desumibile nel diritto tributario, in quanto la nuova normativa è sempre legata alla capacità contributiva *attuale* (articolo 53 Costituzione); esiste nel diritto sostanziale civile, nel quale la legge, salvi casi espressi, non dispone che per l'avvenire (articolo 11 delle preleggi), mentre nel diritto processuale ai sensi del medesimo articolo 11 si intende applicabile immediatamente il diritto nuovo ai processi ancora pendenti, proprio perché non ancora esauriti.

Con riguardo alla efficacia delle sentenze di annullamento della Corte Costituzionale è principio consolidato che siano intangibili i rapporti coperti dal giudicato o da ritenersi esauriti, mentre sono soggetti alla caducazione i rapporti cosiddetti pendenti.

Per il procedimento amministrativo la legge si limita a disciplinare il termine di conclusione del procedimento all'articolo 2 della legge 241 del 1990, ma non la disciplina applicabile *ratione temporis* in relazione alle fasi procedurali.

Tuttavia, vale il generale principio *tempus regit actum* sulla base del quale la opinione comune ritiene che la nuova normativa non sia invocabile quando il procedimento abbia già *esaurito sostanzialmente* la fase più significativa dal punto di vista sostanziale, come nella specie è avvenuto con la aggiudicazione della gara.

Il procedimento amministrativo è regolato dal principio *tempus regit actum* (su tale principio *ex plurimis* Consiglio di Stato, IV, 8.6.2007, n.3027) e ciò comporta che la legittimità di un provvedimento va valutata in relazione alle norme vigenti al tempo in cui lo stesso è adottato, in relazione agli interessi sostanziali tutelati in quella fase del procedimento (nella specie dalla fase delle offerte alla fase decisoria e conclusiva dell'avvenuta aggiudicazione).

Conclusivamente, non era invocabile il decreto ministeriale successivo, in merito alla concessione di un termine di tollerabilità per la regolarizzazione.

5.Per le considerazioni sopra svolte, l'appello va accolto e, in riforma della impugnata sentenza, va respinto il ricorso proposto in primo grado.

Sussistono giusti motivi per disporre tra le parti la compensazione delle spese di giudizio del doppio grado.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, sezione quarta, definitivamente pronunciando sul ricorso indicato in epigrafe, così provvede:

accoglie l'appello e, in riforma della impugnata sentenza, respinge il ricorso proposto in primo grado. Spese compensate.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dalla autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del 10 febbraio
2009, con l'intervento dei magistrati:

Giovanni Vacirca	Presidente
Luigi Maruotti	Consigliere
Armando Pozzi	Consigliere
Antonino Anastasi	Consigliere
Sergio De Felice	Consigliere, est.
L'ESTENSORE Sergio De Felice	IL PRESIDENTE Giovanni Vacirca

IL SEGRETARIO
Rosario Giorgio Carnabuci

Depositata in Segreteria

Il 12/3/2009

(Art. 55, L. 27.4.1982, n. 186)

Per il / Il Dirigente

Dott. Giuseppe Testa