

Consiglio di Stato, Sez. V, 15 ottobre 2009, n. 6325

Contratti della P.A. - Gara - Requisiti di partecipazione - Requisito della regolarità fiscale richiesto a pena di esclusione dall'art. 38 comma 1 lett. g) del Codice dei contratti - Debito di entità modesta – Ininfluyente ex se.

N. 06325/2009 REG. DEC.

N. 09447/2008 REG. RIC.



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 Quinta)

ha pronunciato la presente

DECISIONE

sul ricorso numero di registro generale 9447 del 2008, proposto da: Socielett di Vanzillotta Raffaele & C. in proprio e quale capogruppo della costituenda a.t.i. con Alpin s.r.l., e da Alpin s.r.l., in proprio e quale mandante della predetta a.t.i., rappresentate e difese dall'avv. Ettore Notti, con domicilio eletto presso Antonella Martufi in Roma, via U. Tupini n. 96;

contro

Comune di Andria, rappresentato e difeso dall'avv. Giuseppe Di Bari, con domicilio eletto presso l'avv. Enzo Augusto in Roma, viale Mazzini n. 73, scala B, int. 2;

nei confronti di

Costeldati s.r.l.;

per la riforma

della sentenza 24 ottobre 2008 n. 2373 del Tribunale amministrativo regionale per la Puglia, sede di Bari, sezione prima n. 2373, resa tra le parti, concernente
AGGIUDICAZIONE LAVORI DI ATTUAZIONE PIANO DI
RISANAMENTO ACUSTICO - RIS. DANNI.

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune appellato;

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

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 23 giugno 2009 il cons. Angelica Dell'Utri e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

Col ricorso in epigrafe le imprese Socelettr s.n.c. e Alpin s.r.l., partecipanti alla costituenda a.t.i. risultata aggiudicataria provvisoria della gara indetta dal Comune di Andria per l'affidamento dei lavori di attuazione del piano di risanamento acustico dell'area urbana, hanno appellato la sentenza 24 ottobre 2008 n. 2373 del Tribunale amministrativo regionale per la Puglia, sede di Bari, sezione prima, con la quale è stato respinto il loro ricorso avverso il provvedimento dirigenziale 19 febbraio 2008 n. 269, di revoca dell'aggiudicazione provvisoria, incameramento della cauzione provvisoria e segnalazione all'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici per false dichiarazioni, gli atti connessi, compreso il bando ed il capitolato speciale, ove necessario (nella parte in cui richiede la regolarità fiscale alla data di

presentazione dell'offerta), e l'aggiudicazione in favore della Costeldati s.r.l., nonché per il risarcimento del danno.

A sostegno dell'appello hanno dedotto:

1.- Violazione della circolare dell'Agenzia delle Entrate n. 34 del 25.5.2007. Violazione art. 38 cod. appalti. Violazione dell'art. 324 c.p.c.. Omessa istruttoria, travisamento dei fatti, motivazione illogica, irragionevolezza. Violazione art. 97 Cost..

2.- Violazione dell'art. 10 del d.lgs. n. 163 del 2006 e degli artt. 7 e 8 del d.P.R. n. 554 del 1999.

3.- Violazione dell'art. 84, co. 2, 4 e 8, del d.lgs. n. 163 del 2006.

4.- Violazione degli artt. 7 e 21 della legge n. 241 del 1990. Violazione dell'art. 79 del d.lgs. n. 163 del 2006.

5.- Violazione dell'art. 12, co. 1 e 2, del d.lgs. n. 163 del 2006.

6.- Violazione della par condicio e violazione dell'art. 97 Cost.. Violazione del bando e del disciplinare in relazione alle modalità dell'offerta.

Hanno altresì ribadito la domanda risarcitoria.

Il Comune di Andria si è costituito in giudizio in data 15 dicembre 2008 e, anche con memoria del 9 giugno 2009, ha svolto controdeduzioni. Le appellanti hanno a loro volta insistito nelle rispettive tesi e richieste con memoria anch'essa in quest'ultima data.

All'odierna udienza pubblica l'appello è stato posto in decisione.

DIRITTO

1.- Con verbale in data 27 novembre 2007 la costituenda a.t.i. Socelettr s.n.c. e Alpin s.r.l. è stata dichiarata aggiudicataria provvisoria della gara indetta dal Comune di Andria per l'affidamento dei lavori di attuazione del piano di risanamento acustico dell'area urbana, bandita con determinazione dirigenziale dell'11 settembre 2007. In sede di verifica dei requisiti di capacità economico-

finanziaria e tecnico-organizzativa, è emerso per la Socelettr che, come da comunicazione dell'Agenzia delle entrate di Paola, risultavano carichi pendenti per violazioni fiscali definitivamente accertate alla data di presentazione dell'offerta (14 novembre 2007), come segue:

- a.- cartella esattoriale di € 19.264,65 per l'anno d'imposta 2001, non pagata;
- b.- cartella esattoriale di € 1.794,25 per l'anno d'imposta 2003, non pagata;
- c.- contenzioso in corso per la cartella esattoriale di € 72.490,56 per recupero di credito d'imposta per l'anno 2002, definitivamente accertato, allo stato sospesa;
- d.- debiti d'imposta per l'anno 2004 per i quali sono in corso di formazione le relative cartelle.

A seguito delle osservazioni dell'interessata promosse con nota del 24 dicembre 2007, è stato richiesto all'Agenzia delle entrate di chiarire se le prime due cartelle fossero "definitivamente accertate" alla data del 14 novembre 2007 (termine di scadenza per la presentazione delle offerte).

L'Agenzia ha corrisposto comunicando che le dette cartelle erano tali all'indicata data, ma che, su istanza dell'interessata dell'11 dicembre 2007, la prima era stata sgravata e che anche la seconda risultava parzialmente sgravata in data 8 gennaio 2008 con effetto retroattivo.

Acquisite ulteriori controdeduzioni e precisazioni dell'Agenzia, ritenendosi mancante il requisito della regolarità fiscale di cui all'art. 38, lett. g), del d.lgs. n. 163 del 2006 in relazione a due violazioni tributarie definitivamente accertate alla predetta data (e tenuto anche conto dell'irrilevanza della regolarizzazione tardiva, peraltro parziale per effetto dello sgravio appunto parziale di una delle due cartelle), nonché ai sensi dell'art. 75 del d.P.R. 28 dicembre 2000 n. 445, stante la resa dichiarazione sulla sussistenza del requisito in questione, con determinazione dirigenziale 19 febbraio 2008 n. 269 è stata revocata l'aggiudicazione provvisoria in favore della stessa a.t.i. e dichiarata la sua decadenza dalla medesima

aggiudicazione, con conseguente incameramento della cauzione provvisoria e segnalazione all'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici, nonché è stata dichiarata aggiudicataria definitiva la seconda classificata Costeldati s.r.l.

Tale determinazione è stata impugnata dalle Socletr ed Alpin davanti al TAR Puglia, che ha respinto il ricorso con la sentenza n. 2373/08, appellata in questa sede.

2.- Nell'ambito del primo motivo d'appello le Società si dolgono, in sintesi, che il primo giudice, travisando il disposto del cit. art. 38, lett. g), abbia ritenuto le violazioni accertate definitivamente, quando tali non potevano considerarsi ai sensi della circolare 25 maggio 2007 dell'Agenzia delle entrate e tenuto conto che l'amministrazione avrebbe dovuto disporre lo sgravio per essere state accolte le relative impugnazioni, sicché nulla doveva essere dichiarato e nessuna dichiarazione mendace è imputabile alla Socletr. Insistono, inoltre, nell'irragionevolezza della sanzione applicata, senza valutazione della modestia dell'importo, inidoneo ad incidere sulla situazione finanziaria, sull'affidabilità morale e professionale e sul rapporto fiduciario con la stazione appaltante.

Le appellanti precisano inoltre, nella narrativa in fatto, che la prima cartella era stata oggetto di sgravio, ossia di annullamento con efficacia ex tunc, giacché il relativo carico tributario era già incluso in altra cartella oggetto di annullamento con sentenza della commissione tributaria di due anni prima, mentre il carico della seconda cartella dipendeva dalla iscrizione a ruolo di un terzo del tributo di cui alla precedente cartella in relazione alla impugnazione di quest'ultima, sicché era automaticamente caducato per effetto del venir meno della cartella principale.

Al riguardo la Sezione osserva che lo sgravio, consistente nell'annullamento in autotutela (dunque di per sé ex tunc) a seguito del riscontro dell'effettiva infondatezza della pretesa, non era ancora avvenuto alla data del 14 novembre 2007 fissata come termine ultimo per la presentazione delle offerte alla gara di cui

trattasi. La richiesta risulta infatti presentata successivamente, in data 11 dicembre 2007, e le cartelle sono state sgravate ancora successivamente, ossia in date 19 dicembre 2007 ed 8 gennaio 2008. Non v'è dubbio, pertanto, che al momento cui va fatto riferimento ai fini del riscontro del possesso dei requisiti di partecipazione, ossia alla prima data, entrambe le cartelle rappresentassero debiti fiscali "definitivamente accertati", in quanto non contestate e non saldate, con l'ovvia conseguenza che tali debiti avrebbero dovuto essere dichiarati dall'a.t.i. concorrente in sede di offerta, sia pure con le argomentazioni che ritenesse di esporre. Ma anche a voler accedere alla tesi del venir meno, con riferimento alla data del 14 novembre 2007, dell'irregolarità fiscale a seguito dello sgravio retroattivo, va evidenziato come tale sgravio abbia riguardato solo parzialmente la seconda cartella, il cui importo di € 1794,25 è stato rettificato per complessivi € 1317,74, restando perciò iscritto a ruolo il residuo importo di € 476,51, come risulta dal provvedimento di riliquidazione in data 8 gennaio 2008 versato in atti dalle appellanti; importo, quest'ultimo, sulla cui definitività le stesse appellanti non svolgono censure neppure in questa sede.

Inoltre, ai fini della configurabilità del requisito della regolarità fiscale non può che essere escluso ogni rilievo alla modestia dell'entità del debito definitivamente accertato, non essendo in proposito previsto da parte della stazione appaltante alcun apprezzamento discrezionale della gravità e del sottostante elemento psicologico della violazione. Il cit. art. 38, lett. g), dispone infatti che sono esclusi dalla partecipazione alle gare pubbliche coloro che "hanno commesso violazioni, definitivamente accertate, rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle imposte ..."; dunque ogni violazione, anche di importo esiguo, senza che sia consentito all'amministrazione che ha bandito la gara, e tanto meno al concorrente, valutarne la rilevanza e la buona o mala fede del contribuente, giacché tale valutazione – diversamente dalle ipotesi di cui alle lett. e) ed f) - è stata evidentemente effettuata

dal legislatore in ragione dello scopo della norma di garantire non solo l'affidabilità dell'offerta e nell'esecuzione del contratto, ma anche la correttezza e la serietà del concorrente.

In ogni caso, quindi, deve affermarsi l'oggettiva insussistenza del requisito soggettivo di ordine generale di regolarità fiscale - peraltro richiesto espressamente dal bando di gara, e ciò in perfetta conformità a legge - in capo alla Socelettr alla data del 14 novembre 2007; dal che consegue che la dichiarazione negativa della medesima Socelettr è da ritenersi sicuramente mendace.

Il motivo in parola va perciò disatteso in relazione ai profili sin qui trattati.

3.- Col secondo motivo si contesta la reiezione della censura concernente la sottoscrizione del provvedimento impugnato e degli atti sottostanti da parte del Dirigente del settore anziché del responsabile unico del procedimento, né soccorrerebbe "la dichiarazione che il RUP è la stessa persona del dirigente del settore, mancando la nomina e difettando ogni riferimento del procedimento al RUP".

A questo proposito basta osservare che, come rilevato dal TAR ed evidenziato dall'Amministrazione appellata, il dirigente del settore è stato formalmente e nominativamente designato RUP per l'intero intervento contestualmente approvato con deliberazione 2 novembre 2005 n. 179 della Giunta comunale, sicché era titolato a sottoscrivere gli atti e provvedimenti in questione, restando irrilevante, in quanto circostanza meramente formale e non incidente sotto il profilo sostanziale, che la sottoscrizione sia avvenuta con indicazione della posizione organizzativa rivestita dal sottoscrittore nell'ambito dell'Ente e non dell'affidatagli funzione di RUP.

4.- Il successivo motivo è diretto a reiterare la doglianza di primo grado con cui si deduceva che la commissione di gara fosse composta dal solo direttore del settore comunale pianificazione, con l'assistenza di due testimoni e di un segretario

verbalizzante, in violazione dell'art. 84, co. 2, 4 e 8, del d.lgs. n. 163 del 2006 che imporrebbe la presenza di esperti e non consentirebbe che della commissione facciano parte coloro che abbiano svolto altre funzioni relative al contratto del cui affidamento si tratta, come appunto il capo servizio dell'ufficio tecnico del settore pianificazione che ha curato l'istruttoria e l'approvazione del progetto e del bando. Il TAR respinto la censura nel rilievo che l'invocato art. 84 riguarda l'ipotesi in cui l'appalto debba essere aggiudicato col criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, mentre nella specie l'aggiudicazione è avvenuta al massimo ribasso, e che non ricorrono i presupposti di incompatibilità nei riguardi del capo del servizio tecnico e del capo dirigente del servizio appalti, i quali, espletando mera funzione di testimoni, non avrebbero potuto influenzare le determinazioni assunte dal seggio.

Tale argomentazione è corretta e pienamente esaustiva, pertanto va confermata ribadendosi come non sia configurabile alcuna violazione del cit. art. 84 (al quale solo è ricondotta la censura) rubricato "commissione giudicatrice nel caso di aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa", in quanto inapplicabile alla fattispecie in esame, in cui si discute di gara aggiudicata col ben diverso criterio del massimo ribasso sull'importo dei lavori posto a base della stessa gara, non comportante valutazioni propriamente tecnico-discrezionali.

5.- Il motivo seguente attiene alla reiezione delle censure di violazione degli artt. 7 e 21 della legge n. 241 del 1990 e 79 del d.lgs. n. 163 del 2006, in relazione all'omesso avviso di avvio del procedimento di revoca.

Anche a questo proposito deve ritenersi che bene il primo giudice ha ritenuto non sussistente il vizio dedotto, essendo stato assicurato il pieno contraddittorio. Infatti le concorrenti sono state ampiamente poste in grado di contraddire ai rilievi comunicati loro prima dell'adozione del provvedimento finale, oltretutto

preceduto – come si è già detto – anche da ulteriore istruttoria mediante corrispondenza con l’Agenzia delle entrate di Paola.

Né le appellanti possono essere seguite laddove riconducono l’addotta violazione alle statuizioni, ulteriori rispetto alla revoca dell’aggiudicazione provvisoria, di aggiudicazione definitiva nei confronti della Costeldati e di incameramento della propria cauzione provvisoria, peraltro senza esclusione dalla gara. Quanto alla mancata determinazione di esclusione, è chiaro che la revoca dell’aggiudicazione provvisoria altro non può voler dire che l’estromissione dalla gara dell’aggiudicatario provvisorio. Quanto all’escussione della cauzione provvisoria (ed alla segnalazione all’Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici), si tratta di conseguenze doverose, connesse automaticamente dalla legge alla violazione degli obblighi del concorrente derivanti dalla lex specialis di gara. Altrettanto è a dirsi dell’aggiudicazione in favore della concorrente seconda graduata. Non v’è perciò ragione che, oltre alle cause della revoca dell’aggiudicazione – ed implicita, ma inevitabile esclusione dalla gara -, anche tali determinazioni fossero anticipate con la comunicazione di avvio del procedimento di revoca 24 dicembre 2007 n. 93423.

6.- I successivi ed ultimi due motivi d’appello riguardano la circostanza che l’Amministrazione non avrebbe atteso i trenta giorni dall’aggiudicazione provvisoria previsti dall’art. 12, co. 1 e 2, del d.lgs. n. 163 del 2006 per pervenire all’aggiudicazione definitiva in favore della Costeldati ed il fatto che, in sede di gara, alla medesima Costeldati sia stato consentito di produrre, oltre il termine per la presentazione delle offerte, un documento risultato mancante. Inoltre nell’ambito del primo motivo si fa riferimento alla posizione della controinteressata nei riguardi degli obblighi fiscali.

Ma, una volta confermata la legittimità della revoca dell’aggiudicazione in favore delle appellanti, e dunque la loro esclusione dalla gara in parola con conseguente impossibilità di ottenere il bene della vita (affidamento dell’appalto) cui aspirano,

nessun interesse residua in capo alle medesime a svolgere contestazioni che attengano all'aggiudicazione della stessa gara in favore di terzi, sicché i motivi ed i profili di censura suaccennati (in cui peraltro si omettono specifiche deduzioni nei riguardi delle argomentazioni svolte al riguardo dal primo giudice) possono restare assorbiti.

7.- In conclusione, l'appello dev'essere respinto, rivelandosi infondato. Tuttavia, la peculiarità e novità della fattispecie in tema di sgravio fiscale, sottoposta all'esame della Sezione, consiglia la compensazione tra le parti presenti delle spese del grado.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, respinge l'appello in epigrafe.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 23 giugno 2009 con l'intervento dei Magistrati:

Cesare Lamberti, Presidente

Aniello Cerreto, Consigliere

Francesco Caringella, Consigliere

Carlo Saltelli, Consigliere

Angelica Dell'Utri, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Il Segretario

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 15/10/2009

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

Il Direttore della Sezione