

Pubblicato il 18/01/2017

N. 00184/2017REG.PROV.COLL.

N. 04322/2016 REG.RIC.



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 4322 del 2016, proposto da: Sieco s.p.a., in proprio e quale capogruppo mandataria Rti, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avvocati Vito Aurelio Pappalepore C.F. PPPVTI62S04A662Y, Giuseppe Rinaldi C.F. RNLGPP72C10B963G, con domicilio eletto presso Antonia De Angelis in Roma, via Portuense,104;

Rti Cogeir Costruzioni s.r.l., Rti Impresa del Fiume Spa, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentati e difesi dall'avvocato Vito Aurelio Pappalepore C.F. PPPVTI62S04A662Y, con domicilio eletto presso Antonia De Angelis in Roma, via Portuense,104;

contro

Aro Taranto N.2, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Giuseppe Misserini C.F. MSSGPP73D01L049G, con domicilio eletto presso Alfredo Placidi in Roma, via Cossèria, 2; Comune di Martina Franca, Comune di Crispiano, Comune di Laterza, Comune di Mottola, Comune di Palagianello, Comune di Statte non costituiti in giudizio;

nei confronti di

Avr s.p.a., Impresa Sangalli Giancarlo & C. s.r.l., Teorema s.p.a., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentati e difesi dagli avvocati Francesco Vagnucci C.F. VGNFNC71S12H501P, Maurizio Boifava C.F. BFVMRZ64P23F205K, con domicilio eletto presso Francesco Vagnucci in Roma, piazza San Bernardo 101; Agenzia delle Entrate, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa per legge dall'Avvocatura Gen.Le dello Stato, domiciliata in Roma, via dei Portoghesi, 12; Equitalia Sud Spa, Equitalia s.p.a., Comune di Afragola non costituiti in giudizio;

e con l'intervento di

ad opponendum: Monteco s.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Giampaolo Maria Cogo C.F. CGOGPL41P12F965C, Eugenio Mele C.F. MLEGNE44A12L860V, con domicilio eletto presso Giampaolo Maria Cogo in Roma, via Antonio Bertoloni, 1/E;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. PUGLIA - SEZ. STACCATA DI LECCE: SEZIONE III n. 00692/2016, resa tra le parti, concernente affidamento del servizio di igiene urbana raccolta e trasporto dei rifiuti urbani ed assimilati - ris.danni

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Aro Taranto N.2 e di Avr Spa e di Impresa Sangalli Giancarlo & C. Srl e di Teorema Spa e di Agenzia delle Entrate;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 15 dicembre 2016 il Cons. Oreste Mario Caputo e uditi per le parti gli avvocati Pappalepore, Misserini, Vagnucci, Stigliano Messuti, e Mele;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Sieco s.p.a., in proprio e quale mandataria RTI con Cogeir Costruzioni s.r.l., Impresa del Fiume sp.a. (d'ora in poi Sieco R.T.I.), già aggiudicataria provvisoria, ha impugnato l'esclusione (prot. n° 22 del 22 Gennaio 2016) adottata dal comune di Martina Franca, quale capofila dell'Associazione dei Comuni A.R.O./TA/2, dalla procedura aperta indetta per l'affidamento del servizio di igiene urbana, raccolta e trasporto rifiuti urbani ed assimilati nei Comuni dell'A.R.O. TA/2.

Cumulativamente, oltre ad estendere l'impugnazione agli atti connessi e conseguenti, fra i quali l'aggiudicazione del contratto disposta in via definitiva in favore di R.T.I. AVR S.p.A.-Impresa Sangalli Giancarlo & C. S.r.l.-Teorema S.p.A., ha proposto domanda di declaratoria d'inefficacia del contratto (ove stipulato) e il risarcimento in forma specifica con l'aggiudicazione dell'appalto o, in subordine, il risarcimento del danno per equivalente monetario.

Ha precisato di essere in possesso dei requisiti ritenuti viceversa assenti dalla stazione appaltante: ossia quelli di ordine generale di cui all'art. 38 primo comma lettere f) e g) del Decreto Legislativo n° 163/2006, richiesti a pena di esclusione; e, inoltre, di aver prodotto la polizza fidejussoria relativa alla cauzione provvisoria rilasciata da parte di soggetto abilitato al rilascio di garanzie nei confronti del pubblico.

Conseguentemente, ha dedotto nei motivi d'impugnazione: violazione ed erronea applicazione degli artt. 38 lett. f), 46 e 75 Decreto Legislativo n° 163/2006; violazione ed erronea interpretazione dell'art. 45 della Direttiva 2004/18/UE; violazione dei principi di proporzionalità, ragionevolezza,

par condicio, concorrenza; violazione dell'art. 57 della Direttiva 2014/24/UE; erronea presupposizione in diritto e carenza di motivazione.

Vizi che inficerebbero per illegittimità derivata tutti gli atti cumulativamente impugnati.

2. Si sono costituiti in giudizio l'Associazione dei Comuni A.R.O. n° 2 della Provincia di Taranto e l'Agenzia delle Entrate (Direzione di Bari) concludendo per la declaratoria d'inammissibilità ed, in ogni caso, per la reiezione del ricorso.

3. Il Tribunale amministrativo per la regione Puglia, Lecce, sez. III, ha respinto il ricorso.

Delibati i motivi dedotti dall'amministrazione appaltante a sostegno dell'impugnato provvedimento di esclusione dalla gara del R.T.I. ricorrente, preso atto dell'attestato, in data 21 Gennaio 2016, dall'Agenzia delle Entrate, Direzione Provinciale di Bari, i giudici di prime cure hanno ritenuto "legittimo ed insuperabile quello - autonomamente idoneo a giustificarlo - basato sulla carenza del requisito della regolarità tributaria".

Vale a dire che, in ragione del mancato tempestivo pagamento delle rate del piano di ammortamento del debito fiscale rateizzato da parte di SI. ECO S.p.A, costituente causa di decadenza dal beneficio della rateizzazione tale da rendere immediatamente "certo, scaduto ed esigibile" e quindi "definitivamente accertato" il debito tributario, il Tribunale ha ritenuto sussistente il presupposto di fatto previsto quale causa d'esclusione di cui all'art. 38 primo comma lett. g) secondo comma del Decreto Legislativo 12 Aprile 2006 n° 163.

4. Appella la sentenza Sieco R.T.I. Resistono Aro Taranto N.2, Avr s.p.a., Impresa Sangalli Giancarlo & C. s.r.l., Teorema s.p.a. (d'ora in poi R.T.I. Avr s.p.a.), Agenzia delle Entrate. È intervenuta ad opponendum Monteco s.r.l.

5. Alla pubblica udienza del 15.12.2016 la causa, su richiesta delle parti, è stata trattenuta in decisione.

6. *In limine* va affermata la legittimazione all'intervento *ad opponendum* in appello di Monteco s.r.l. , capogruppo del raggruppamento divenuto – dopo che RTI Avr s.p.a. è stato escluso dalla gara con provvedimento impugnato ancora *sub judice* – aggiudicatario definitivo (d. 9 maggio 2016), cui non è stato notificato l'appello.

7. Col primo motivo d'appello, Sieco R.T.I. lamenta l'errore di giudizio in cui sarebbero incorsi i giudici di prime cure nel ritenere definitivamente accertata l'irregolarità tributaria nonostante l'impugnazione, innanzi alla Commissione tributaria provinciale di Bari, dell'intimazione di pagamento, della cartella esattoriale e dell'implicito provvedimento di revoca del beneficio della rateizzazione.

8. Il motivo è infondato.

8.1 Il pagamento dell'obbligazione tributaria, definitivamente accertata e quindi divenuta certa, liquida ed esigibile di cui a due distinte cartelle esattoriali, è stata rateizzato secondo il piano d'ammortamento concordato con l'ente impositivo.

Il mancato tempestivo pagamento dei ratei ha comportato, ai sensi dell'art. 3 *bis*, comma 4, d.lgs. n.462/1997, la decadenza dal beneficio della rateizzazione di un debito tributario che già al momento della presentazione dell'offerta era oggetto del procedimento di riscossione.

Le cause del ritardato pagamento, l'esiguità temporale del ritardo, l'avvenuto successivo pagamento, contrariamente a quanto dedotto da RTI appellante, non fanno venir meno il fatto oggettivo della maturata decadenza dal beneficio.

Così come il ricorso tributario avverso le cartelle esattoriali notificate alla società per l'omesso tempestivo pagamento dei ratei, in quanto deducete vizi propri del solo procedimento esattivo, non incidono sulla definitività dell'obbligazione tributaria ex sé (a monte, già) certa, liquida ed esigibile (cfr., in termini, Cons. Stato, ad.plen. 20 agosto 2013 n. 20).

Dopo l'aggiudicazione provvisoria disposta in favore de RTI, verificata ex art. 48 d.lgs. n.163/2006 l'intervenuta decadenza dal beneficio della rateizzazione, correttamente la stazione appaltante ha adottato il provvedimento d'esclusione impugnato.

8.2 Né, seguendo il filo logico che intesse la trama delle censure in esame, è condivisibile evocare un'anodina categoria di "violazione tributaria transitoria" che, insussistente al momento di presentazione dell'offerta, semmai rileverebbe *sub specie* d'irregolarità ex art. 38 lett. g) d.lgs. n. 163/2006, ove concretantesi successivamente, solo al tempo dell'aggiudicazione del contratto.

In disparte la contraddizione in termini insita nel ritenere un fatto accaduto (*recte*: la violazione) ancora *in fieri*, l'argomento trascura di considerare che il debito tributario era già sussistente al momento di presentazione dell'offerta, e che il ritardato pagamento dei ratei d'ammortamento ha comportato la decadenza del beneficio della rateizzazione di un'obbligazione tributaria definitivamente accertata e già liquida ed esigibile.

8.3 Sotto altro profilo, mette conto rilevare che la regolarità contributiva, nell'economia del bando di gara mutuante la disciplina normativa, è un requisito necessario di partecipazione che deve essere posseduto dall'impresa partecipante alla procedura non solo al momento di scadenza del termine di presentazione dell'offerta ma per tutto l'arco temporale in cui s'articola il procedimento di gara (cfr., da ultimo, C.G.A. 8 febbraio 2016 n. 33).

In caso contrario, accedendo all'indirizzo patrocinato dall'appellante, la regolarizzazione postuma in corso di gara pregiudicherebbe la *par condicio* (cfr., Tar Lazio, Roma, 15 settembre 2015): dalla scansione temporale delle fasi del procedimento dipenderebbe il rilievo o meno del possesso del requisito.

La posizione soggettiva dell'offerente diverrebbe variabile dipendente del decorso (contingente) del tempo con cui si svolgono le operazioni di gara: un esito affatto antitetico ai principi di trasparenza e parità di trattamento che conformano *ab imis* le procedure concorrenziali pubbliche.

8.4 Venendo agli altri motivi d'appello, la normativa richiamata non presta il fianco ai dubbi di compatibilità con i principi comunitari già esclusi dal Tribunale e riproposti in appello.

È dirimente l'indirizzo assunto a riguardo da questa Sezione (n. 261 del 17 gennaio 2013 e n. 262 del 23 gennaio 2012) laddove, nelle fattispecie in esame, restringe (se non escludendo del tutto) i margini di valutazione riservati alla stazione appaltante, tale da scongiurare la violazione dei principi di proporzionalità o irragionevolezza sollevati dall'appellante.

Senza passare sotto silenzio l'inefficacia delle disposizioni contenute in direttive non esecutive a disciplinare situazioni giuridiche maturate, come quella che ne occupa, nel vigore del regime normativo anteriore (cfr. Cons. Stato, ad. plen., 30 luglio 2014 n. 16).

9. L'infondatezza dell'appello consente di ritenere assorbiti i residui motivi con i quali vengono riproposte le censure non esaminate dal Tar.

10. Le spese di lite del presente grado di giudizio, come liquidate in dispositivo, seguono la soccombenza.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge

Condanna Sieco R.T.I. al pagamento delle spese di lite del presente grado di giudizio in favore di Aro Taranto N.2, R.T.I. Avr s.p.a., Agenzia delle Entrate e Monteco s.r.l. che si liquidano in complessivi 10.000 (diecimila) euro, oltre diritti ed accessori di legge, da dividersi fra loro in parti uguali.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 15 dicembre 2016 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Sandro Aureli, Consigliere

Claudio Contessa, Consigliere

Luigi Massimiliano Tarantino, Consigliere

Oreste Mario Caputo, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Oreste Mario Caputo

IL PRESIDENTE
Francesco Caringella

IL SEGRETARIO