

N. 00907/2012REG.PROV.COLL.

N. 02055/2011 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 2055 del 2011, proposto da:
Provincia Autonoma di Trento, rappresentata e difesa dall'avv. Paolo Stella Richter, con domicilio
eletto presso il suo studio in Roma, viale Giuseppe Mazzini, 11;

contro

Impresa Boniatti Fabrizio, rappresentata e difesa dagli avv. Mario Maccaferri e Stefano Vinti, con
domicilio eletto presso l'avv. Stefano Vinti in Roma, via Emilia n. 88;

nei confronti di

Impresa Voltolini Danilo & C. S.n.c.;

per la riforma

della sentenza del T.R.G.A. - DELLA PROVINCIA DI TRENTO n. 00003/2011, resa tra le parti,
concernente AFFIDAMENTO LAVORI DI STRAORDINARIA MANUTENZIONE DI
SICUREZZA PRESSO L'ISTITUTO PROFESSIONALE BARELLI DI LEVICO TERME E
NUOVA ASSEGNAZIONE AL SECONDO IN GRADUATORIA.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Impresa Boniatti Fabrizio;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 ottobre 2011 il Cons. Paolo Giovanni Nicolo' Lotti e
uditi per le parti gli avvocati Stella Richter e Palatucci, per delega dell'Avv. Vinti;

FATTO

Il Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa del Trentino Alto Adige, Sede di Trento, con la
sentenza 12.1.2011, n. 3 ha accolto il ricorso proposto dall'odierno appellato per l'annullamento
della determinazione del sostituto Dirigente dell'Agenzia per i servizi della Provincia autonoma di
Trento n. 2, del 26.1.2010, con la quale è stato disposto "di annullare, per i motivi espressi in
premessa, l'affidamento a cottimo dei lavori di straordinaria manutenzione per l'adeguamento alle
normative di sicurezza dell'istituto Professionale Opera Barelli di Levico Terme, disposto a favore
dell'impresa Boniatti Fabrizio", "di procedere ad affidare al concorrente secondo in graduatoria,
ossia all'impresa Voltolini Danilo e C. S.n.c., avente sede in via Nazionale, 45 a Grigno (TN),

frazione Tezze, i lavori in oggetto" e "di provvedere agli altri adempimenti previsti dalla normativa vigente, nell'ipotesi in cui si sia riscontrata la sussistenza di dichiarazioni non veritiere".

La vicenda trae origine dall'affidamento a cottimo fiduciario, con confronto concorrenziale tra otto imprese, dei lavori di straordinaria manutenzione per l'adeguamento alle normative di sicurezza dell'Istituto professionale Opera Barelli di Levico Terme, per un importo a base d'asta pari a € 107.437,04 con il criterio del prezzo più basso, mediante offerta a prezzi unitari, di cui alla lettera d'invito di data 21 agosto 2009 da parte dell'Agenzia per i servizi della Provincia autonoma di Trento.

Il TAR fondava la sua decisione rilevando che, in sede di verifica delle dichiarazioni rese dall'aggiudicataria, al momento della presentazione dell'offerta, risultava che l'Agenzia delle Entrate di Trento aveva rilasciato certificazione riguardante la regolarità fiscale dell'impresa Boniatti, con la quale aveva attestato la pendenza di una cartella esattoriale insoluta dal 10.7.2009 per un importo di € 1.461,80.

L'Amministrazione procedente ha avviato il procedimento di annullamento dell'affidamento dei lavori secondo il disposto della lettera g) dell'art. 38 del Codice Appalti.

Nel corso del procedimento di annullamento dell'aggiudicazione la ricorrente in primo grado ha dimostrato di aver presentato istanza di sgravio all'Agenzia delle Entrate; tuttavia, pur alla luce della pendenza dell'istanza di sgravio, la violazione degli obblighi tributari si doveva considerare definitivamente accertata alla data del 7.9.2009, come precisato con nota del 12.11.2009 dell'Agenzia delle Entrate, quanto meno per quanto riguarda gli importi che non erano stati oggetto di sgravio.

Pertanto, con la determinazione n. 2, in data 26.1.2010, il dirigente dell'Agenzia provinciale per i servizi ha annullato l'affidamento a cottimo dei lavori di straordinaria manutenzione e disposto l'affidamento al concorrente secondo classificato nella graduatoria di gara; con la successiva nota del 5.2.2010 ha poi inviato la segnalazione dell'adottato provvedimento all'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici.

Secondo il TRGA, al momento della presentazione dell'offerta per la commessa di cui causa, ossia alla data del 7 settembre 2009, non solo l'interessata ditta non era a conoscenza delle decisioni che avrebbe assunto l'Agenzia delle Entrate in merito alla sua istanza di sgravio, ma si trovava anche in una situazione di comprensibile affidamento di essere in regola con gli obblighi tributari alla stregua sia del parere ricevuto dal proprio commercialista sia della previa richiesta di sgravio presentata all'Agenzia delle Entrate.

Inoltre, per il TRGA, la nominata preclusione alla partecipazione alla gara, integrata dalla violazione definitivamente accertata di obblighi fiscali, non sussiste in caso di cartelle meramente esecutive come quella contestata nel caso all'esame, che riguardava mancati e/o ritardati pagamenti IRAP e IVA, non essendo stata preceduta dalla notifica al contribuente di un formale avviso di accertamento, solo nel qual caso l'omessa impugnazione davanti alla commissione tributaria di competenza rende definitiva la pretesa fiscale; la riscossione tramite ruolo di somme che risultano dovute a seguito di controlli delle dichiarazioni presentate dai contribuenti e dai sostituti d'imposta effettuati con le procedure automatizzate e con il controllo formale, ai sensi degli articoli 36-bis e 36-ter del D.P.R. 29.9.1973, n. 600, costituisce titolo esecutivo per l'agente della riscossione ma, essendo formato unilateralmente da parte dell'Amministrazione creditrice, non consolida definitivamente la pretesa tributaria a favore della stessa.

Secondo l'appellante, la sentenza merita riforma.

Si costituiva l'impresa appellata chiedendo il rigetto dell'appello.

Questa Sezione, con ordinanza cautelare n. 1663 del 2011, sospendeva l'esecutività della sentenza impugnata.

All'udienza pubblica del 21 ottobre 2011 la causa veniva trattenuta in decisione.

DIRITTO

In via preliminare, deve sottolinearsi che la presente vicenda trova soluzione in un quadro normativo che, per effetto delle modifiche alla materia dei contratti pubblici introdotte dal D.L. 13 maggio 2011, n. 70 (c.d. "Decreto sviluppo") e della relativa legge di conversione (L. 12 luglio 2011, n. 106), è profondamente mutato proprio in relazione alle questioni all'attenzione del Collegio.

In particolare, nell'art. 38, comma 1, lett. g), è sempre prevista come causa di esclusione la commissione di violazioni, definitivamente accertate, rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse, secondo la legislazione italiana o quella dello Stato in cui sono stabiliti, ma è ora aggiunto che si deve trattare di violazioni gravi.

Nel novellato comma 2 dell'art. 38 vengono individuati parametri normativi di determinazione della gravità, la cui valutazione resta pertanto sottratta alla discrezionalità delle stazioni appaltanti.

In particolare, ai fini del comma 1, lett. g), si intendono gravi le violazioni che comportano un omesso pagamento di imposte e tasse per un importo superiore all'importo di cui all'art. 48-bis, comma 1 e 2-bis, D.P.R. 29 settembre 1973 n. 602.

Tale modifica è entrata in vigore il 14 maggio 2011, essendo stata introdotta dal decreto legge e non toccata dalla legge di conversione; pertanto, non si estende alle situazioni anteriori, nelle quali, dunque, il parametro della gravità non poteva fungere da elemento discriminatorio ai fini della sussistenza o meno della causa di esclusione.

Nel caso di specie, come ha già osservato la Sezione nell'ordinanza cautelare 1.7.2010, n. 3036, dalla documentazione in atti, alla data di scadenza della domanda per la partecipazione alla gara in questione, era da considerarsi definitivamente accertato in capo all'appellato un debito erariale derivante dalla mancata impugnazione (scadente il 10 luglio 2009) della cartella esattoriale n. 11220080012747442, a nulla rilevando la richiesta di autotutela e la successiva domanda di sgravio, per altro solo parzialmente accolta.

Pertanto, la dichiarazione resa ai fini della gara non era veritiera con riguardo alla lett. j), del comma 1, della legge provinciale 10.9.1993, n. 6, secondo cui è escluso dalle gare chi ha commesso violazioni, definitivamente accertate, rispetto agli obblighi relativi al pagamento di imposte e tasse.

Questo a prescindere dall'applicabilità, dedotta dall'appellante del diverso testo antevigente, testualmente riportato dallo stesso bando di gara, nel quale l'esclusione dalle gare riferita alla violazione dei suddetti obblighi era disciplinata dalla lettera g), che statuiva che è escluso dalla partecipazione alle procedure di affidamento degli appalti e delle concessioni e non può stipulare i relativi contratti il concorrente che non sia in regola con gli obblighi concernenti le dichiarazioni in materia di imposte e tasse ed i conseguenti adempimenti, secondo la legislazione italiana; tale norma rievoca il previgente criterio della regolarità fiscale da cui si può prescindere, attesa l'applicazione del più stringente criterio della definitività dell'accertamento del debito erariale.

In ogni caso, nella specie, con la nota del 15.10.2009, l'Agenzia delle Entrate ha attestato la pendenza della cartella esattoriale insoluta n. 11220080012747442, per un importo di € 1.461,80 e quella cartella era stata notificata al ricorrente in data 11.5.2009.

Il fatto che l'appellato abbia (affermando di aver) consegnato al proprio commercialista per gli adempimenti di rito la cartella e che questi gli ha suggerito di non pagarla e di non impugnarla bensì di attivare la procedura di sgravio sul fondamento che gli importi richiesti erano già stati pagati in data 16.9.2008 con avviso bonario, non incide sulla ricorrenza della causa di esclusione, che non può certo rilevare sotto il profilo della buona fede o dell'affidamento.

L'eventuale erronea indicazione del commercialista può, eventualmente, essere azionata dall'appellato in termini di responsabilità professionale del commercialista, ove ne sussistano i presupposti, per non aver pensato il commercialista che con il suo suggerimento l'impresa si precludeva la possibilità di partecipare a gare d'appalto.

E' pur vero che solo il 29 ottobre l'Agenzia delle Entrate ha corrisposto alla richiesta di sgravio, disponendo il parziale sgravio di quella cartella per € 571,44 e rideterminando così l'importo dovuto in € 890,36 (interessi e sanzioni per pagamenti ritardati), che l'interessato ha provveduto a saldare nella stessa giornata.

Tuttavia, è evidente che il parziale sgravio dimostra che, in data 7.9.2009, data di presentazione della domanda dell'istante per la partecipazione al confronto concorrenziale, la contestazione di cui alla citata cartella esattoriale era da considerarsi definitivamente accertata per quanto riguarda gli importi che non sono stati oggetto di sgravio.

Dunque ricorreva palesemente la causa di esclusione che l'impresa ha contestato in primo grado e che è stata ritenuta insussistente dal TRGA.

Si deve ritenere, pertanto, che il provvedimento impugnato in primo grado non meriti le censure sollevate, tanto più che, sotto altro concorrente profilo, la mancata indicazione del debito erariale in questione non ne ha neppure consentito la eventuale valutazione da parte dell'Amministrazione appaltante, come era possibile secondo la giurisprudenza anteriore al Decreto Sviluppo.

Conclusivamente, alla luce delle argomentazioni svolte, si deve ritenere fondato l'appello, che deve essere accolto, con conseguente riforma della sentenza e reiezione del ricorso di primo grado.

Sussistono giusti motivi per compensare le spese di lite.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e in riforma dell'impugnata sentenza, respinge il ricorso di primo grado.

Compensa tra le parti le spese dei due gradi di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 21 ottobre 2011 con l'intervento dei magistrati:

Pier Giorgio Trovato, Presidente

Francesco Caringella, Consigliere

Eugenio Mele, Consigliere

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere, Estensore

Antonio Bianchi, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 20/02/2012

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)