



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 613 del 2007, proposto da:
Edilmassa S.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. Giuseppe Vernacchio, con
domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Giuseppina Abbate in Firenze, via
Cavour 39;

contro

Provincia di Pistoia, rappresentata e difesa dagli avv.ti Lucia Coppola e Paola
Pupino, con domicilio eletto presso la Segreteria del T.A.R. Toscana in Firenze, via
Ricasoli 40;

nei confronti di

Varvarito Lavori S.r.l., rappresentata e difesa dagli avv.ti Raffaele Izzo, Diego
Vaiano, Paolo Vaiano ed Alessandro Vinci Orlando, con domicilio eletto presso lo
studio dell'avv. Monica Passalacqua in Firenze, via XX Settembre 60;

per l'annullamento

della determinazione n. 384 prot. n. 40850 del 15.03.2007, con la quale, richiamati i
verbali di gara dei giorni 28.11 – 30.11 e 01.12.2006, è stata disposta l'esclusione

della società ricorrente, prima classificata e l'aggiudicazione dell'appalto a corpo e a misura per l'adeguamento della S.R. n. 435 Lucchese nel Comune di Pescia (PT), alla società controinteressata Varvarito Lavori srl, atto comunicato a mezzo nota prot. n. 41225 del 16.03.2007, anticipata via fax in data 19.03.2007 e pervenuta in data 21.03.2007;

nonchè, per quanto di ragione, per l'annullamento di tutti i provvedimenti amministrativi richiamati, in quanto presupposti, conseguente, collegati o comunque connessi.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Provincia di Pistoia e della controinteressata Varvarito Lavori S.r.l.;

Visto il ricorso incidentale della controinteressata;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 3 marzo 2011 il dott. Pierpaolo Grauso e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso notificato il 14 e depositato il 24 aprile 2007, la Edilmassa S.r.l. – premesso di aver partecipato alla gara indetta dalla Provincia di Pistoia, con bando pubblicato il 13 ottobre 2006, per l'affidamento dei lavori di adeguamento della S.R. n. 435 Lucchese nel tratto interessante il Comune di Pescia, da aggiudicarsi secondo il criterio del massimo ribasso – esponeva di essersi resa aggiudicataria dell'appalto grazie all'offerta di un ribasso del 21,35%, come constatato dalla commissione aggiudicatrice nella seduta del 1 dicembre 2006. Nella successiva fase di verifica dei requisiti di partecipazione, cui l'efficacia dell'aggiudicazione era

subordinata, la stazione appaltante aveva peraltro chiesto ad essa ricorrente alcuni chiarimenti in merito all'attestazione a suo carico, proveniente dall'Agenzia delle Entrate di Perugia, di irregolarità fiscali definitivamente accertate per l'importo di 91.316,81 euro; la richiesta era stata tempestivamente riscontrata attraverso la dimostrazione dell'avvenuto sgravio della quasi totalità delle imprese imposte, fatta eccezione per l'importo di 4.950,03 euro, afferente ad una cartella esattoriale relativa a somme pretese dall'amministrazione finanziaria a titolo di IRAP per l'anno 1999, il cui atto di accertamento non era stato, tuttavia, mai notificato all'interessata. Con nota del 31 gennaio 2007, la Provincia di Pistoia aveva preso atto dei chiarimenti, precisando di aver avuto frattanto notizia di due ulteriori, per quanto modeste, irregolarità, la cui inconsistenza era stata prontamente dimostrata da Edilmassa. Questa, ad ogni buon conto, aveva altresì provveduto a contestare la residua pretesa fiscale dinanzi al tribunale ordinario di Perugia, ottenendo la sospensione dell'efficacia della cartella esattoriale: ciononostante, con la determinazione dirigenziale n. 384 del 15 marzo 2007, in epigrafe, la Provincia di Pistoia aveva negato l'integrazione di efficacia dell'aggiudicazione, contestualmente escludendo dalla gara l'odierna ricorrente e disponendo l'aggiudicazione in favore della seconda classificata Varvarito Lavori S.r.l. di Firenze.

Per l'annullamento della menzionata determinazione n. 384/07, la Edilmassa S.r.l., sulla scorta di due motivi in diritto, intimava dunque dinanzi a questo tribunale la Provincia di Pistoia e la nuova aggiudicataria dei lavori, proponendo contestuale istanza di sospensione del provvedimento impugnato, formulando anche domanda di risarcimento dei danni.

Costituitesi in giudizio le parti intimare, che resistevano alle domande avversarie, con ordinanza del 16 – 17 maggio 2007 il collegio respingeva l'istanza cautelare. Successivamente, con atto notificato il 23 e depositato il 24 maggio 2007, la controinteressata spiegava ricorso incidentale, onde far valere quale ulteriore ed

autonoma causa di esclusione dalla gara della ricorrente principale la non veridicità delle dichiarazioni rese dalla Edilmassa in sede di presentazione dell'offerta.

La causa, infine, veniva discussa nel merito e decisa come da dispositivo nella pubblica udienza del 3 marzo 2011, preceduta dal deposito di documenti ad opera dell'amministrazione resistente.

DIRITTO

Come riferito in narrativa, l'impugnazione principale è rivolta nei confronti della determinazione dirigenziale n. 384, assunta dalla Provincia di Pistoia il 15 marzo 2007 e recante il diniego di (integrazione dell'efficacia dell')aggiudicazione e l'esclusione della ricorrente Edilmassa S.r.l. dalla gara per l'affidamento dei lavori di adeguamento della S.R. n. 435, con contestuale aggiudicazione all'impresa seconda classificata, la controinteressata Varvarito Lavori S.r.l.. La determinazione impugnata si fonda sull'accertamento, a carico dell'aggiudicataria, di una violazione degli obblighi relativi al pagamento di imposte e tasse consistente nel mancato versamento di importi dovuti a titolo di IRAP per l'anno 1999, come tale ostativa alla partecipazione alla procedura ai sensi dell'art. 38 co. 1 lett. g) del D.Lgs. n. 163/06.

Avverso la medesima determinazione n. 384/07 ha, peraltro, proposto gravame incidentale la controinteressata per la parte in cui l'amministrazione precedente non avrebbe preso in considerazione, quale ulteriore causa di esclusione, la non veridicità delle dichiarazioni rese dalla ricorrente principale in sede di presentazione dell'offerta, avuto riguardo non soltanto alle pregresse pendenze fiscali, ma anche all'esistenza, a carico del legale rappresentante della Edilmassa, di un decreto penale di condanna per il reato di cui all'art. 2 D.L. n. 463/83.

Sebbene il ricorso incidentale appaia idoneo, almeno in astratto, a produrre effetti "paralizzanti", il collegio ritiene di esaminare con priorità quello principale,

esercitando una valutazione in termini di economia processuale conforme all'insegnamento del Cons. Stato, A.P., 10 novembre 2008, n. 11.

Con il primo motivo di ricorso, la Edilmassa S.r.l. deduce che la stazione appaltante avrebbe errato nel non attribuire la giusta considerazione alla scarsa attendibilità delle attestazioni fornite dall'Agenzia delle Entrate in merito alla sua posizione, nonché alla sopravvenuta sospensione, ad opera del giudice ordinario, degli effetti dell'unica cartella esattoriale non oggetto di sgravio, relativa oltretutto ad atto di accertamento mai ritualmente notificato. Dalla pendenza dell'opposizione giurisdizionale avverso la cartella esattoriale la ricorrente fa discendere, d'altro canto, la non definitività della pretesa tributaria azionata nei suoi confronti, talché non potrebbe ritenersi integrata la mancanza dei requisiti di partecipazione alla gara richiesti dall'art. 38 D.Lgs. n. 163/06. Inoltre, ad avviso della ricorrente il regolare assolvimento degli obblighi fiscali e contributivi, ancorché rientrante fra i requisiti di ordine generale, costituirebbe pur sempre una significativa componente del requisito di capacità economico-finanziaria, che la Provincia avrebbe nella specie ritenuto di poter sindacare *a posteriori* in violazione dell'art. 48 co. 2 D.Lgs. n. 163/06 cit., del D.P.R. n. 34/00 e della legge di gara, che rimette all'attestazione SOA la dimostrazione del requisito in questione.

Con il secondo motivo è denunciato, invece, il difetto di motivazione dell'atto impugnato, con riferimento alla mancata esposizione delle ragioni che avrebbero consentito alla Provincia di disattendere il giudizio espresso dal giudice ordinario attraverso il provvedimento di sospensione della cartella esattoriale.

I motivi sono infondati.

L'art. 38 co. 1 lett. g) del D.Lgs. n. 163/06 stabilisce che sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, né possono essere affidatari di subappalti, e non possono stipulare i relativi contratti i soggetti che hanno commesso 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. Come chiarito dalla giurisprudenza, il requisito della regolarità fiscale può considerarsi sussistente, ai fini della partecipazione alla gara, quando a carico dell'impresa concorrente non risultino contestate violazioni tributarie mediante atti ormai definitivi per decorso del termine di impugnazione, ovvero, in caso di impugnazione, qualora la relativa pronuncia giurisdizionale sia passata in giudicato; o ancora quando, in caso di violazioni tributarie accertate, la pretesa dell'amministrazione finanziaria risulti, alla data di richiesta della certificazione, integralmente soddisfatta anche mediante definizione agevolata (cfr. Cons. Stato, sez. V, 20 aprile 2010, n. 2213).

Nella specie, il rifiuto dell'aggiudicazione e la contestuale esclusione della ricorrente Edilmassa dalla gara per cui è causa sono dipese, lo si è detto, dalla pendenza fiscale costituita dal mancato pagamento dell'importo di euro 622,85 dovuto a titolo di IRAP per l'anno 1999, rifluito, con l'aggiunta di sanzioni ed interessi, della corrispondente cartella esattoriale notificata l'8 agosto 2003; avverso detta cartella esattoriale la ricorrente ha, peraltro, proposto ricorso in opposizione ai sensi dell'art. 22 della legge n. 689/81 dinanzi al tribunale ordinario di Perugia, ottenendone la sospensione *inaudita altera parte*, e proprio da tale circostanza Edilmassa inferisce la non definitività dell'accertamento a suo carico.

In senso contrario alle affermazioni della ricorrente, è tuttavia sufficiente osservare come la situazione di inoppugnabilità della cartella esattoriale non può essere esclusa per il semplice fatto che sia stato proposto ricorso giurisdizionale avverso il provvedimento, senza attribuire alcuna rilevanza alla preclusione derivante dall'inosservanza, che emerge dagli atti, dei termini perentori di decadenza (si ricorda che la notifica della cartella in questione risale all'agosto 2003): diversamente opinando, l'esperimento dell'azione, ancorché tardivo, si risolverebbe

in un comodo espediente per eludere l'applicazione della legge (così Cons. Stato, sez. V, 23 marzo 2009, n. 1755, che, definendo altra controversia, avente ad oggetto una diversa procedura di gara cui la odierna ricorrente aveva partecipato in associazione con altra impresa, ha accertato l'irregolarità della posizione fiscale della Edilmassa, e dunque l'illegittimità della sua partecipazione alla gara, proprio a causa della pendenza determinata dalla notifica della medesima cartella esattoriale che viene in considerazione nel presente giudizio). Si aggiunga poi che, anche a prescindere dal problema della definitività dell'accertamento fiscale, l'impugnazione avverso la cartella esattoriale è stata proposta dalla Edilmassa solo in seguito alla richiesta di chiarimenti formulata dall'amministrazione procedente in sede di verifica del possesso dei requisiti dichiarati, e non può pertanto venire invocata per integrare *ex post* il requisito della pretesa regolarità fiscale: in doveroso ossequio ai principi di trasparenza e *par condicio*, quest'ultima deve essere, infatti, valutata alla scadenza del termine per la presentazione delle offerte, non potendo la eventuale regolarizzazione successiva incidere in alcun modo sul dato dell'irregolarità ai fini della singola gara (cfr., fra le altre, Cons. Stato, sez. VI, 5 luglio 2010, n. 4243; id., sez. V, n. 1755/2009, cit.).

Quanto alla asserita modestia dell'entità del debito fiscale accertato a carico della ricorrente principale, ritiene il collegio che non vi siano ragioni per discostarsi dall'indirizzo assolutamente prevalente, secondo cui la stazione appaltante non dispone di alcun potere di apprezzamento discrezionale della gravità e del sottostante elemento psicologico della violazione, in ragione dello scopo perseguito dal legislatore di garantire non solo l'affidabilità dell'offerta e, nell'esecuzione del contratto, anche la correttezza e la serietà del concorrente (cfr. Cons. Stato, sez. V, 10 agosto 2010, n. 5556). Il fatto, infine, che l'assolvimento degli obblighi fiscali possa assumere rilievo quale componente del requisito speciale di capacità economico-finanziaria non toglie che esso, in prima battuta,

rappresenti un requisito di ordine generale la cui mancanza impedisce la partecipazione alla gara a mente del citato art. 38 co. lett. g).

Alla luce delle considerazioni che precedono, deve reputarsi del tutto corretto l'operato della Provincia di Pistoia, sulla quale – una volta verificata, ai sensi di legge, la mancanza del requisito della regolarità fiscale – non gravavano ulteriori oneri motivazionali rispetto a quelli esaustivamente soddisfatti mediante la dettagliata relazione allegata al provvedimento impugnato, e da questo espressamente richiamata e recepita.

Il ricorso principale va dunque respinto anche nella domanda risarcitoria, con conseguente improcedibilità di quello incidentale.

Le spese di lite seguono la soccombenza della ricorrente Edilmassa S.r.l., e sono liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando, respinge il ricorso principale e, per l'effetto, dichiara improcedibile l'impugnazione incidentale.

Condanna la società ricorrente alla rifusione delle spese processuali, che liquida in complessivi euro 2.000,00, oltre al rimborso forfettario delle spese generali, ad I.V.A. e C.P.A. come per legge, in favore di ciascuna delle controparti resistenti

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

Così deciso in Firenze nella camera di consiglio del giorno 3 marzo 2011 con l'intervento dei magistrati:

Maurizio Nicolosi, Presidente

Bernardo Massari, Consigliere

Pierpaolo Grauso, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 11/04/2011

IL SEGRETARIO

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