Consiglio di Stato, Sez. III, 5/3/2013 n. 1332

La ratio dell'art. 38, c. 1, lett. g), del d.lvo n. 163/2006, risponde all'esigenza di garantire l'amministrazione pubblica relativamente alla solvibilità e solidità finanziaria del soggetto con il quale essa contrae.

La ratio dell'art. 38, c. 1, lett. g), del d.lvo n. 163/2006, risponde all'esigenza di garantire l'amministrazione pubblica relativamente alla solvibilità e solidità finanziaria del soggetto con il quale essa contrae. La valutazione, con significato rigidamente preclusivo, di qualsivoglia inadempimento tributario nasce dalla esigenza di assicurare la effettività del principio di libera concorrenza, che non esplica soltanto effetti positivi sull'ampliamento della partecipazione alle pubbliche gare per le imprese presenti nel mercato, ma anche effetti positivi per la p.a., diretti a che non si configurino, a carico delle imprese, debiti tributari, che incidono oggettivamente sull'affidabilità e solidità finanziaria delle stesse e quindi sul servizio reso all'amministrazione. Con la conseguenza che deve essere, di volta in volta, in concreto indagata la situazione relativa all'assolvimento degli obblighi di pagamento di imposte e di tasse per accertarne la rilevanza, mirando la verifica ad appurare la globale regolarità sul piano tributario di ciascuna impresa partecipante alla gara quale eventuale contraente con la p.a., coincidente con la sottesa correttezza delle scritture contabili e del conseguente pagamento di ogni correlata prestazione imposta, che si renda a tal fine dovuta, capace di accreditare anche sotto questo particolare aspetto una regolare gestione finanziaria e la conseguente solvibilità della impresa. Peraltro è opinione largamente condivisa in giurisprudenza che costituisca in sé motivo di esclusione dalla gara il fatto che l'autodichiarazione presentata dalla concorrente, al fine della dimostrazione della posizione di regolarità fiscale, sia risultata non veritiera.

Materia: appalti / requisiti di partecipazione

N. 01332/2013REG.PROV.COLL.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza)
ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 6389 del 2012, proposto da:
Cosmopol Srl in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Donato Pennetta, con domicilio eletto presso Nicola Petracca in Roma, via Ennio Quirino Visconti n.20;

contro

Azienda Sanitaria Locale Caserta in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Massimo Lacatena, con domicilio eletto presso l' Ufficio di Rappresentanza della Regione Campania in Roma, via Poli, n.29;
Agenzia delle Entrate - Direzione Provinciale di Caserta in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliata in Roma, via dei Portoghesi, n.12;
Agenzia delle Entrate - Direzione Provinciale di Caserta - Ufficio Territoriale di Caserta;

nei confronti di

Istituto di Vigilanza Privata Cooperativa Terra di Lavoro a r.l. in proprio e quale mandataria costituenda Ati in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Eliseo Laurenza, con domicilio eletto presso Angela Fiorentino in Roma, via Tibullo 10;
Ati-Istituto di Vigilanza Privata Soc.Coop. Lavoro e Giustizia a r.l.;

per la riforma

della sentenza breve del T.A.R. CAMPANIA - NAPOLI SEZIONE I n. 03482/2012,
Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Azienda Sanitaria Locale Caserta e di Agenzia delle Entrate - Direzione Provinciale di Caserta e di Istituto di Vigilanza Privata Coop.Terra di Lavoro a r.l. in proprio e quale Mandataria Costituenda Ati;
Viste le memorie difensive;
Visti tutti gli atti della causa;
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 29 gennaio 2013 il Cons. Roberto Capuzzi e uditi per le parti gli avvocati Pennetta, Panariello su delega di Lacatena, Laurenza e dello Stato Bacosi;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. L'Istituto di Vigilanza Privata Cooperativa Terra di Lavoro a r.l. e l'Istituto di Vigilanza Privata Soc. Coop. Lavoro e Giustizia a r.l., già aggiudicatari provvisori in a.t.i. della procedura aperta bandita dalla Asl di Caserta per l'affidamento del servizio di vigilanza armata, in cui si era collocata al secondo posto la società Cosmopol, contestavano gli atti di revoca dell'aggiudicazione provvisoria e la definitiva aggiudicazione alla società Cosmopol a seguito della verifica della documentazione per la partecipazione alla gara in relazione al mancato possesso del requisito di cui all'art. 38, co. 1, lett. g) del d. lgs. n. 163 del 2006, per effetto di violazioni definitivamente accertate rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse alla data di scadenza del termine per la presentazione delle offerte, risultanti dalle certificazioni rilasciate dall'Agenzia delle Entrate di Caserta.
Rilevavano gli Istituti ricorrenti che i debiti tributari avrebbero formato oggetto di rateizzazione ancor prima della sopravvenuta transazione fiscale e che il ricorso alla transazione fiscale, stipulata ai sensi dell'art. 182-ter della legge fallimentare, per il pagamento in misura ridotta e/o dilazionata dei debiti tributari, compresi quelli non iscritti a ruolo, al fine di superare uno stato di crisi di liquidità, non comportava la sussistenza di alcuna violazione definitivamente accertata e non faceva venir meno il requisito di cui alla lett. g) del citato art. 38.
In sintesi, sostenevano che la revoca della aggiudicazione provvisoria per irregolarità fiscale era illegittima e non aveva motivo di essere disposta.
Il Tar disponeva incombenti istruttori con ordinanza n. 862 del 20/6/2012 dai quali risultava una complessa situazione debitoria della società che comunque era stata ammessa al pagamento rateale ed alla transazione fiscale.
Il Tar quindi accoglieva il ricorso annullando la revoca della aggiudicazione provvisoria e l'aggiudicazione alla Cosmopol, con declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente stipulato con la Cosmopol.
Il primo giudice rilevava che sia la concessione della rateizzazione del debito tributario, sia la successiva stipula di una transazione fiscale, che comunque presupponevano un accordo tra il contribuente e l'amministrazione erariale escludevano che il concorrente interessato potesse essere considerato in situazione di irregolarità fiscale.
Né risultavano rilevanti, ai fini della decisione della controversia, circostanze che ancora non si erano concretizzate, quali il consolidamento del carico tributario non iscritto a ruolo, ovvero la conclusione della procedura di omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti, o l'istanza di modifica dell'accordo per il peggioramento della crisi aziendale.
2. Nell'atto di appello la soc. Cosmopol assume che fosse mendace quanto dichiarato dalla ati Coop Terra Lavoro con riferimento alle dichiarazioni di regolarità fiscale al momento del deposito della documentazione per la partecipazione alla gara (6 ottobre 2011) e fosse del pari mendace quanto dichiarato dalla stessa nel ricorso introduttivo in ordine all'ammontare del debito dovuto nei confronti dell'erario che non ammontava a 1.800.000 come da essa asserito ma addirittura ad euro 10.352.980, una cifra enorme considerato il bilancio aziendale con una situazione di irregolarità risalente all'anno 2005. Queste dichiarazioni mendaci avrebbero influenzato in maniera determinante il convincimento del primo giudice inducendolo in errore.
Inoltre l'appellante assume la inesistenza di alcun accordo transattivo alla data di presentazione dell'offerta in merito alla differenza tra euro 10.352.980 vantati dall'Erario ed accertati come debito dalla Agenzia delle Entrate ed euro 1.800.000 riconosciuti dalla Coop. Terra e Lavoro.
Rileva ancora la società Cosmopol la mancata omologazione e quindi la inefficacia dell'accordo transattivo ex art. 182 ter legge fallimentare che comunque non è mai stato rispettato dalla debitrice, circostanze queste che rendevano del tutto inadempiente la Coop. Terra Lavoro sotto il profilo della regolarità fiscale e quindi

Si è costituita la Cooperativa appellata depositando ampia memoria difensiva.
Sono state depositate ulteriori memorie.
Dopo la discussione orale all'udienza di trattazione del 29 gennaio 2013 la causa è stata trattenuta dal Collegio per la decisione.
3. Deve essere esaminata in primo luogo la eccezione di sopravvenuta carenza di interesse all'appello avanzata dalla difesa dell'ati appellata facente capo alla Cooperativa Terra e Lavoro.
Questa ha sostenuto che la Asl ha inteso rinunciare alla difesa e agli effetti degli atti a suo tempo adottati ed impugnati sostituendoli definitivamente con nuovi atti, scevri dai vizi che avevano inficiato i primi. In tal senso depone la deliberazione n.1082 in data 2.8.2012 con cui la Asl ha revocato gli atti di definitiva aggiudicazione in favore dell'appellante ed ha disposto di aggiudicare la gara alle appellate Coop. Terra e Lavoro nonché il comportamento processuale della Asl che con la deliberazione n.1167 del 5.9.2012 ha conferito mandato per la costituzione nel giudizio di appello al fine di assicurare l'attività difensiva in giudizio dell'Azienda, lasciando così intendere di non volere proporre alcuna impugnativa della sentenza del Tar Campania.
Non avendo quindi parte appellante Cosmopol proposto alcuna impugnativa avverso la deliberazione n.1082 in data 2.8.2012 dovrebbe pronunziarsi la improcedibilità per sopravvenuta carenza di interesse alla decisione in quanto dall' accoglimento dell'appello l'appellante non potrebbe ricevere alcun effetto utile perdurando anche dopo il richiesto accoglimento la validità e l'efficacia della inoppugnata deliberazione di aggiudicazione definitiva a favore della appellata.
4. Tali argomentazioni non meritano accoglimento.
Al riguardo deve sottolinearsi che in primo grado la Cooperativa Terra e Lavoro aveva impugnato la deliberazione n.566/2012 con la quale la Asl Caserta aveva revocato la aggiudicazione della gara disposta a favore della Cooperativa medesima perché non in possesso del requisito di cui all'art. 38 d.lgs. 163/2006 e dall'altro aveva dichiarato la Cosmopol aggiudicataria della gara.
Il Tar nella sentenza appellata ha accolto il ricorso proposto dalla Cooperativa Terra e Lavoro annullando la deliberazione sopradetta n.566/2012 di revoca della aggiudicazione e di definitiva aggiudicazione alla Cosmopol.
L'accoglimento dell'appello quindi determina la automatica reviviscenza della delibera di aggiudicazione all'appellante annullata dal Tar con effetto caducatorio nei confronti della delibera di aggiudicazione definitiva n.1082/2012 nei confronti della appellata; la Asl infatti si è limitata a dare doverosa esecuzione alla sentenza del Tar mentre dagli atti processuali ed in particolare dalla delibera di incarico per la difesa in appello della Asl non si evincono elementi univoci per ritenere rinunciati da parte della Asl gli effetti degli atti a suo tempo adottati.
5. Venendo al merito della vicenda, rilievo centrale assume nella presente controversia, la questione relativa alla legittimità dell'esclusione dell'originaria ricorrente disposta dalla Asl per avere, la stessa, reso una dichiarazione che si assume non veritiera in merito alla regolarità fiscale, essendo emersi definitivi accertamenti di violazione di norme tributarie cui si riconnetteva un rilevante importo di debito tributario.
Va premesso che ai sensi, l'art. 38, comma 1, lett. g), del d.lvo n. 163/2006, "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".
La ratio della norma risponde all'esigenza di garantire l'amministrazione pubblica relativamente alla solvibilità e solidità finanziaria del soggetto con il quale essa contrae.
Concentrando l'esame sul concetto di "violazione definitivamente accertata" occorre ricordare che l'art. 38 citato è direttamente attuativo dell'articolo 45 della direttiva 2004/18, la quale è diretta ad accertare la sussistenza dei presupposti di generale solvibilità dell'eventuale futuro contraente della Pubblica amministrazione.
La valutazione, con significato rigidamente preclusivo, di qualsivoglia inadempimento tributario nasce dalla esigenza di assicurare la effettività del principio di libera concorrenza, che non esplica soltanto effetti positivi sull'ampliamento della partecipazione alle pubbliche gare per le imprese presenti nel mercato, ma anche effetti positivi per la pubblica amministrazione, diretti a che non si configurino, a carico delle imprese, debiti tributari, che incidono oggettivamente sull'affidabilità e solidità finanziaria delle stesse e

Con la conseguenza che deve essere, di volta in volta, in concreto indagata la situazione relativa all'assolvimento degli obblighi di pagamento di imposte e di tasse per accertarne la rilevanza, mirando la verifica ad appurare la globale regolarità sul piano tributario di ciascuna impresa partecipante alla gara quale eventuale contraente con la Pubblica Amministrazione, coincidente con la sottesa correttezza delle scritture contabili e del conseguente pagamento di ogni correlata prestazione imposta, che si renda a tal fine dovuta, capace di accreditare anche sotto questo particolare aspetto una regolare gestione finanziaria e la conseguente solvibilità della impresa.
Peraltro è opinione largamente condivisa in giurisprudenza che costituisca in sé motivo di esclusione dalla gara il fatto che l'autodichiarazione presentata dalla concorrente, al fine della dimostrazione della posizione di regolarità fiscale, sia risultata non veritiera.
6. Tanto premesso, venendo al caso che occupa, il primo giudice ha rilevato che alla data di presentazione delle offerte (6.10.2011) risultava l'ammissione al pagamento rateale per le cartelle emesse a carico delle imprese ricorrenti e che comunque vi era stata una transazione fiscale portante la data del 6.12.2011, quindi successiva alla presentazione delle offerte, che presupponendo un accordo tra il contribuente e l'amministrazione erariale implicava una situazione di non definitività delle irregolarità fiscali commesse. La rateizzazione, così come la stipula dell'accordo di ristrutturazione, avrebbero fatto estinguere la situazione di debito tributario: entrambe avrebbero posto il debitore nella condizione di non potere più essere considerato un soggetto che aveva commesso violazioni di natura fiscale definitivamente accertate secondo il paradigma del sopra richiamato articolo 38 del codice appalti.
7. Tali argomentazioni del primo giudice non sono condivisibili.
In primo grado erano stati disposti incombenti istruttori alla Agenzia delle Entrate la quale depositava una dettagliata relazione dalla quale si evince:
-in generale, una situazione di abnorme irregolarità fiscale se non di decozione conclamata per un coacervo di debiti, sanzioni, interessi della Coop. Terra Lavoro, incapace di rispettare gli obblighi fiscali, sia in epoca precedente alla partecipazione alla gara di appalto, sia in epoca successiva, con debiti di oltre dieci milioni di euro su un fatturato all'incirca di pari importo, debiti per i quali aveva chiesto delle rateizzazioni mai rispettate e concluso una transazione con l'erario peraltro inefficace in quanto non omologata, ed anch'essa mai rispettata sempre perdurando o anzi essendosi aggravata nel tempo la situazione di crisi;
-la mendacità di quanto dichiarato al momento di partecipazione alla gara e nel ricorso introduttivo in ordine all'ammontare del debito dovuto nei confronti dell'erario che non ammontava, come dichiarato, a euro 1.800.000, ma ammontava ad euro 10.352.980;
-la esistenza di un transazione fiscale tra la Coop. Terra Lavoro e l'erario ex art. 182 ter della legge fallimentare, R.D. 16 marzo 1942 n.267, sottoscritta solo in data 6 dicembre 2011, successiva alla data di scadenza delle offerte e della dichiarazione ex art. 38 da parte della Cooperativa appellata in sede di partecipazione alla gara;
-la previsione specifica dell'accordo di ristrutturazione del debito che lo stesso non avrebbe avuto natura novativa per cui il mancato adempimento anche di una sola delle obbligazioni assunte avrebbe determinato la risoluzione e il ripristino di tutte le originarie obbligazioni della società;
-la inefficacia dell'accordo di ristrutturazione di cui sopra in quanto mai omologato dal Tribunale di Santa Maria Capua Vetere ed in ogni caso mai rispettato;
-la successiva istanza della medesima società di modifica dell'accordo di ristrutturazione motivata dal fatto che a seguito del peggioramento della situazione aziendale "..l'azienda non è nelle condizioni di potere rispettare gli impegni finanziari scaturenti dal sottoscritto accordo".
- la esistenza alla data del 31.03.2011 di imposte IRES e IVA e IRAP sia per l'anno 2009 che 2010 e 2011, per un valore di 6 milioni di euro, pacificamente dichiarate dalla società e mai versate all'erario.
8. La lettura della relazione della Agenzia delle Entrate evidenzia che il presupposto della rateizzazione e della transazione risiedeva proprio nella definitività degli accertamenti compiuti per i quali erano stati irrogate sanzioni e calcolati interessi per debiti con l'erario pacificamente ammessi dalla società e ai quali la stessa non era tuttavia in grado di fare fronte per cui i benefici che venivano concessi, non solo non facevano venir meno l'inadempimento agli obblighi tributari ma anzi lo presupponevano avendo lo scopo di indirizzare verso forme meno invasive e sostanzialmente concordate con il contribuente l'attività di esazione. In ogni caso, pur dopo la rateizzazione e la transazione, la società non è stata in grado di far fronte a nessuna della obbligazioni assunte con sopravvenuta inefficacia di ciascuno degli accordi concordati

Quanto alla transazione la stessa Agenzia delle Entrate di Caserta nella nota prot. n.2012/56199 del 10.5.2012 ha certificato nei confronti della impresa "le violazioni accertate rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse sono state oggetto di transazione fiscale ex art. 182 bis L.F. e di rateizzo da parte di Equitalia" e che "l'accordo di ristrutturazione del debito non ha natura novativa" ; si consentiva all'imprenditore in difficoltà di pagare in modo parziale o dilazionato i tributi accertati al fine di favorire il superamento dello stato di crisi. In ogni caso, come già rilevato, la transazione non ha mai avuto un seguito, in quanto mai omologata e non avendo eseguito la società i pagamenti alle dovute scadenze doveva considerarsi tamquam non esset.
E' evidente lo stato di indiscutibile assoluta irregolarità in cui si trovava la società al momento della presentazione dell'offerta, solo parzialmente dalla stessa dichiarata in sede di gara, con grave carenza anche rispetto agli obblighi di correttezza e lealtà che devono osservare i soggetti che contraggono con la pubblica amministrazione; conclusivamente, contrariamente a quanto ritenuto dal primo giudice, la società non poteva essere considerata adempiente rispetto agli obblighi di natura fiscale di cui all'art. 38 lettera g) del codice degli appalti.
9. L'appello quindi merita accoglimento, la sentenza del primo giudice deve essere riformata, il ricorso di primo grado respinto, la gara deve essere aggiudicata alla società Cosmopol.
10. Sussistono motivi in relazione all'andamento della vicenda per compensare le spese dei due gradi.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza)
definitivamente pronunciando in riforma della sentenza appellata, accoglie l'appello, respinge il ricorso di primo grado.
Spese compensate.
Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.
Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 29 gennaio 2013 con l'intervento dei magistrati:
Pier Giorgio Lignani, Presidente
Salvatore Cacace, Consigliere
Roberto Capuzzi, Consigliere, Estensore
Dante D'Alessio, Consigliere
Alessandro Palanza, Consigliere

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA
Il 05/03/2013

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

(da www.dirittodeiservizipubblici.it)