



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 4493 del 2009, proposto da:
Caliendo Costruzioni S.r.l., rappresentato e difeso dagli avv. Mario Caliendo, Paolo
Cantile, con domicilio eletto presso Tommaso Cantile in Roma, via F. Grandi;

contro

Ministero dei Lavori Pubblici, Costruzioni Operamolla S.a.s. di Margherita di
Savoia; Autorita' Vigilanza Sui Contratti Pubbl.Lavori, Serv.Fornit., rappresentato
e difeso dall'Danilo Del Gaizo, domiciliata per legge in Roma, via dei Portoghesi,
12; Comune di Andria, rappresentato e difeso dall'avv. Giuseppe Di Bari, con
domicilio eletto presso Enzo Augusto in Roma, viale Mazzini 73 Sc. B Int. 2;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. PUGLIA - BARI: SEZIONE I n. 00995/2009, resa tra le
parti, concernente APPALTO LAVORI DI SMALTIMENTO ACQUE
METEORICHE - RIS.DANNI -.

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Autorita' Vigilanza Sui Contratti Pubbl.Lavori, Serv.Fornit. e di Comune di Andria;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 11 maggio 2010 il Cons. Marco Lipari e uditi per le parti gli avvocati Casertano, su delega dell' avv. Cantile, l' avv. dello stato Fedeli, e Di Bari;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, la società ricorrente in primo grado e odierna appellante, impugnava i provvedimenti con i quali il Comune di Andria aveva disposto la revoca dell'aggiudicazione provvisoria in suo favore e la contestuale aggiudicazione definitiva in favore della controinteressata, Costruzioni Operamolla s.a.s., in relazione all'appalto per i lavori di smaltimento delle acque meteoriche in prossimità degli edifici scolastici di via Paganini, in Andria.

In particolare, l'interessata impugnava la comunicazione del Comune di Andria del 04.12.2007 prot. n. 88877 notificata il 6.12.2007; la determina dirigenziale n. 2129 del 26.11.2007, notificata il 6.12.2007, concernente la revoca dell'aggiudicazione provvisoria nei confronti della ricorrente e l'aggiudicazione a titolo definitivo dell'appalto a favore della controinteressata, con l'escussione della cauzione provvisoria.

A seguito di opposizione notificata dalla controinteressata Costruzioni Operamolla s.a.s., ai sensi dell'art. 10 del D.P.R. 24 novembre 1971 n. 1199, la Caliendo Costruzioni s.r.l. notificava alle controparti un rituale atto di trasposizione in sede giurisdizionale e si costituiva mediante deposito dinanzi al TAR, in data 3.7.2008.

Successivamente, la ricorrente di primo grado impugnava, mediante motivi aggiunti notificati il 5.9.2008, gli ulteriori atti della procedura (note del Comune di Andria prot. n. 79801 del 30.10.2007, prot. n. 80331 del 31.10.2007 e prot. n. 78310 del 25.10.2007, della comunicazione alla Procura della Repubblica di Trani del 12.12.2007, del contratto stipulato con la Costruzioni Operamolla s.a.s. in data 18.6.2008, della consegna dei lavori in data 30.7.2008, del D.M. 24 ottobre 2008, della comunicazione del Comune di Andria del 12.8.2008, dei certificati rilasciati dall'Agenzia delle Entrate di Aversa e dalla Cassa Edile, della circolare del Ministero del Lavoro n. 5 del 2008).

Con la sentenza appellata, il TAR, in accoglimento dell'eccezione preliminare sollevata dalla difesa della controinteressata, dichiarava inammissibile il gravame, in base al rilievo che il ricorso straordinario sarebbe stato notificato alla società Costruzioni Operamolla oltre il termine di centoventi giorni, decorrenti dalla conoscenza legale del provvedimento impugnato.

A dire della pronuncia, “per esplicita ammissione contenuta nell'epigrafe del ricorso, il provvedimento gravato è stato notificato alla Caliendo Costruzioni s.r.l. in data 6.12.2007, sicché il termine di centoventi giorni era spirato il 4.4.2008.”

“La relata di notifica in calce al ricorso straordinario, compilata dall'ufficiale giudiziario di Aversa, reca la data del 7.4.2008 e, d'altra parte, la ricorrente non ha fornito prova documentale di aver consegnato anteriormente l'atto all'ufficiale giudiziario.”

“Ne discende l'irricevibilità del ricorso straordinario e la conseguente inammissibilità del presente ricorso, tenuto conto che l'avvenuta trasposizione in sede giurisdizionale non elide i profili di inammissibilità dell'originario ricorso amministrativo (così Cons. Stato, sez. V, 25 marzo 1991 n. 357).”

“Sono altresì inammissibili i motivi aggiunti proposti in corso di causa, atteso il nesso di accessorietà con il ricorso originario.”

L'appello proposto dalla Società Caliendo è fondato, nella sola parte in cui contesta la pronuncia di inammissibilità del ricorso introduttivo del giudizio.

In linea di fatto, non è esatta l'affermazione che il provvedimento gravato mediante il ricorso straordinario sia stato notificato all'interessata in data 6.12.2007, con la conseguenza che il termine di centoventi giorni sarebbe scaduto il 4.4.2008.

Infatti, la data del 6 dicembre 2007, pure riportata nell'atto di ricorso, indica solo il momento in cui l'atto di revoca è stato spedito all'interessata, mentre l'atto impugnato è pervenuto nella sfera giuridica del suo destinatario, determinandone la conoscenza legale, in data 11 dicembre 2007, come chiaramente attestato dalla ricevuta di ritorno della effettuata spedizione, prodotta in giudizio,

In ogni caso, poi, ai fini della tempestività del ricorso (giurisdizionale o straordinario) deve considerarsi la data in cui la parte interessata consegna l'atto all'ufficiale giudiziario o, comunque, avvia il procedimento di notifica, mentre non rileva la successiva data in cui la notifica si perfeziona per il destinatario.

Nel caso di specie risulta appurato che il ricorrente abbia consegnato l'atto all'ufficiale giudiziario proprio in data 4 aprile 2008, ossia entro il prescritto termine decadenziale di centoventi giorni. La tempestività della notifica del ricorso alla parte controinteressata, quindi, deve essere senz'altro riconosciuta, anche nell'ipotesi in cui si dovesse ritenere che il termine sia iniziato a decorrere solo dal 6 dicembre 2007.

Ne deriva, pertanto, che il ricorso straordinario proposto dall'attuale appellante, poi trasposto in sede giurisdizionale, deve ritenersi tempestivamente notificato all'amministrazione e alla parte controinteressata. Di conseguenza, sono ammissibili anche i motivi aggiunti proposti nell'ambito del giudizio dinanzi al TAR.

Il ricorso di primo grado (e i connessi motivi aggiunti) sono però infondati nel merito.

La stazione appaltante ha basato la revoca dell'aggiudicazione provvisoria disposta in favore della ricorrente di primo grado, attuale appellante, sulla riscontrata carenza di alcuni dei prescritti requisiti di ordine generale, accertata in sede di verifica.

In particolare, la revoca si base su due distinte ragioni, ciascuna delle quali è astrattamente sufficiente per giustificare la determinazione adottata dall'amministrazione:

a) 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;" (articolo 38, comma 1, lettera g) del codice dei contratti pubblici);

b) la commissione di violazioni gravi, definitivamente accertate, alle norme in materia di contributi previdenziali e assistenziali, secondo la legislazione italiana o dello Stato in cui sono stabiliti (articolo 38, comma 1, lettera i) del codice dei contratti pubblici).

In particolare, secondo l'amministrazione comunale, in sede di verifica è emerso che, al momento della presentazione della domanda di partecipazione alla gara, l'impresa fosse debitrice di euro 365,94, per il ruolo relativo alla cartella esattoriale n. 02820030039386112, concernente il mancato pagamento dell'imposta di registro.

Sulla base della nota inviata dalla Cassa Edile, in data 7 novembre 2007, poi, è stato appurato il tardivo versamento di alcuni oneri previdenziali e contributivi, relativi ai mesi di giugno e luglio 2007. Alla data del 10 settembre 2007 (termine di scadenza per la presentazione delle offerte), l'impresa risultava ancora debitrice della somma di euro 1.416,00 per il mese di giugno e della somma di euro 883,00

per il mese di luglio. I relativi pagamenti erano stati effettuati, successivamente, in data 2 ottobre 2007.

L'appellante contesta, analiticamente, entrambe le ragioni di esclusione.

Con riguardo al riscontrato inadempimento di carattere tributario, l'appellante sostiene, in primo luogo, che si tratterebbe di una pretesa fiscale ormai prescritta. Pertanto, essendo estinta l'obbligazione tributaria in oggetto, non sussisterebbe il lamentato inadempimento.

A sostegno del proprio assunto, l'appellante deduce che la pretesa creditoria dell'amministrazione si baserebbe su una cartella di pagamento non ritualmente notificata. Infatti, a suo dire, la notifica sarebbe nulla, perché effettuata nei riguardi di soggetto non abilitato alla ricezione.

La censura non merita accoglimento.

Non risulta, infatti, che l'interessato abbia mai concretamente contestato, nelle competenti sedi contenziose, la pretesa tributaria dell'amministrazione finanziaria, diretta al pagamento del tributo. Al contrario, la parte appellante riferisce di avere provveduto, successivamente, al pagamento della somma richiesta, prestando sostanziale acquiescenza alla richiesta di pagamento.

Pertanto, nel caso di specie, l'inadempimento dell'obbligazione tributaria deve ritenersi sussistente e "definitivamente accertato", posto che il debito tributario risulta ritualmente iscritto anche al ruolo esecutivo.

Al riguardo, è sufficiente osservare che la definitività dell'accertamento consegue ad una decisione giurisdizionale o ad un atto amministrativo di accertamento tributario non impugnato e divenuto incontestabile.

Il giudice amministrativo non può sindacare, in via incidentale, la sussistenza del credito tributario, ma deve limitarsi al riscontro oggettivo della sussistenza della violazione e della sua incontestabilità.

D'altro canto, il requisito della regolarità tributaria, costituendo presupposto per la partecipazione alla procedura di affidamento, deve sussistere al momento della scadenza del termine di partecipazione ed essere mantenuto per tutto lo svolgimento della gara fino all'aggiudicazione. Pertanto, il tardivo pagamento effettuato dall'appellante non fa venire meno l'accertata carenza del prescritto requisito soggettivo della regolarità fiscale.

Sotto altro profilo, l'appellante sostiene che l'esiguità dell'importo renderebbe irrilevante l'inadempimento dell'obbligazione tributaria.

Al riguardo, tuttavia, va rilevato che l'articolo 38 del codice dei contratti pubblici, in questa parte, non richiede di accertare la gravità oggettiva dell'inadempimento tributario. Pertanto, secondo la formula della disposizione, anche una violazione quantitativamente non ampia degli obblighi tributari risulta sufficiente per determinare l'esclusione del concorrente.

La Sezione ha affermato, a tale proposito, che, 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. La norma 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) d.lg. n. 163/2006 - 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 (Consiglio Stato , sez. V, 15 ottobre 2009, n. 6325).

Con riguardo agli inadempimenti di carattere previdenziale, l'appellante espone diversi profili di gravame.

Anzitutto, l'appellante sostiene di avere dichiarato la propria regolarità contributiva sulla base della certificazione risultante dal DURC rilasciatole in data 21 agosto 2007, ancora pienamente efficace alla data di scadenza del termine per la presentazione delle offerte.

La censura è infondata. La mancata aggiudicazione, infatti, non deriva dalla valutazione di una condotta dolosa o colposa dell'impresa, in sede di dichiarazione dei requisiti di regolarità contributiva, ma rappresenta la conseguenza dell'oggettivo accertamento delle prescritte condizioni soggettive. In questa prospettiva, quindi, non rileva la circostanza che la dichiarazione resa dall'impresa si sia basata su certificazioni rilasciate, a suo tempo, dalla competente amministrazione.

Si deduce, ancora, che l'inadempimento riguarderebbe somme non particolarmente rilevanti, innestandosi nel quadro di un comportamento complessivamente rispettoso degli obblighi previdenziali.

La censura non merita condivisione. Infatti, l'inadempimento accertato, seppure riferito a due sole mensilità e poi sanato tardivamente, assume comunque una rilevanza oggettiva non trascurabile.

Al riguardo si è chiarito che la regolarità contributiva e fiscale per la partecipazione alle selezioni per l'aggiudicazione di un appalto pubblico è requisito indispensabile per la partecipazione alla gara; di conseguenza non può riconoscersi alcuna valenza alla regolarizzazione spontanea del relativo debito, intervenuta successivamente alla data di autodichiarazione di correttezza contributiva (T.A.R. Lazio Roma, sez. III, 05 marzo 2009 , n. 2279).

D'altro canto, la gravità dell'inadempimento sussiste anche se riferita ai parametri indicati dal Ministero del lavoro (decreto ministeriale 24 ottobre 2007). Si tratta di un atto interpretativo idoneo a chiarire le modalità esatte di applicazione della norma. Pertanto, non assume rilievo la circostanza che si tratti di atto generale adottato dopo la data di presentazione delle offerte.

Il decreto, nel regolamentare le modalità di rilascio ed i contenuti del D.U.R.C., definisce i parametri di valutazione fissando una soglia di "gravità" dell'inadempimento e limitando, di fatto, la discrezionalità delle stazioni appaltanti in ordine alla attività di verifica alle stesse demandata in merito alla sussistenza del requisito. In particolare, il decreto ministeriale ha previsto, all'articolo 8, comma 3, che, ai soli fini della partecipazione a gare di appalto, non osta al rilascio del D.U.R.C. uno scostamento non grave tra le somme dovute e quelle versate, con riferimento a ciascun Istituto previdenziale e a ciascuna Cassa edile. Scostamento non grave è considerato quello inferiore o pari al 5% tra le somme dovute e quelle versate con riferimento a ciascun periodo di paga o di contribuzione o, comunque, uno scostamento inferiore ad euro 100,00, fermo restando l'obbligo di versamento del predetto importo entro i trenta giorni successivi al rilascio del D.U.R.C.

In concreto, l'inadempimento riferito a due intere mensilità, assume senz'altro i connotati della gravità.

Secondo l'appellante, l'omessa indicazione del debito previdenziale relativo a due mensilità deriverebbe dalla circostanza che l'ente previdenziale non avrebbe tempestivamente avvisato l'interessato della esistenza del debito. Pertanto, l'omissione dovrebbe considerarsi incolpevole e, come tale, inidonea a giustificare la revoca dell'aggiudicazione.

La tesi non è condivisibile. Infatti, anche prescindendo dalla colpevolezza dell'impresa, assume rilievo, oggettivamente, l'accertata irregolarità contributiva.

L'appellante contesta anche l'escussione della cauzione, ma limitatamente al profilo della mancata verifica della asserita colpevolezza dell'omissione.

Il motivo è infondato. Infatti, ai fini della applicazione della normativa richiamata dalla stazione appaltante, è sufficiente il riscontro della carenza oggettiva dei prescritti requisiti soggettivi.

D'altro canto, le deduzioni sviluppate dall'appellante, per quanto articolate, non riescono a dimostrare l'assenza di una negligenza nella verifica della effettiva sussistenza dei requisiti di regolarità contributiva e fiscale dichiarati in sede di formulazione dell'offerta.

Con memoria di discussione (non notificata alle controparti), l'appellante ha prospettato una diversa censura, sostenendo che l'escussione della cauzione provvisoria è illegittima, perché essa sarebbe consentita solo nei casi in cui la verifica effettuata dall'amministrazione dimostri la non veridicità delle dichiarazioni relative al possesso dei requisiti speciali di qualificazione tecnica di cui all'articolo 48 del codice dei contratti), mentre essa non sarebbe consentita nelle ipotesi in cui la difformità riguardi i requisiti di carattere generale indicati dall'articolo 38.

In questi termini, peraltro, la censura, articolata per la prima volta in grado di appello, con atto successivo al ricorso, non notificato alle controparti, va considerata inammissibile.

L'appellante, poi contesta, per analoghe ragioni, la proposta di annotazione nel casellario informatico dell'Autorità di vigilanza dei contratti pubblici.

La censura è infondata e inammissibile.

Infatti, per l'amministrazione, la proposta di annotazione è doverosa, mentre l'effettiva lesione per l'interessato può derivare solo dal momento in cui l'Autorità, compiuti i necessari accertamenti, decidesse di procedere all'annotazione.

Resta intatta, quindi, la facoltà dell'appellante di proporre le proprie contestazioni nei confronti delle eventuali determinazioni adottate dall'Autorità.

In definitiva, quindi, il ricorso di primo grado, sebbene ammissibile, è infondato nel merito.

Le spese possono essere compensate.

P.Q.M.

Pronunciando sull'appello, respinge il ricorso di primo grado;

Spese compensate;

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 11 maggio 2010 con l'intervento dei Signori:

Calogero Piscitello, Presidente

Filoreto D'Agostino, Consigliere

Marco Lipari, Consigliere, Estensore

Francesco Caringella, Consigliere

Nicola Russo, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Il Segretario

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 10/08/2010

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

Il Dirigente della Sezione