

Nessuna delle menzionate irregolarità poteva, quindi, essere considerata “definitiva” ed assumere carattere ostativo alla partecipazione alla gara.

Autore: Lazzini Sonia

Secondo le appellanti, a carico della mandante Controinteressata due sussisterebbe una causa di esclusione per presunta carenza del requisito della regolarità tributaria, sia al momento della presentazione della domanda sia in esito alla procedura di verifica dei requisiti auto dichiarati. Ciò sarebbe desumibile dal certificato dell’Agenzia delle entrate di Benevento del 12 maggio 2008, che avrebbe accertato diverse pendenze a suo carico.

Qual è il parere dell’adito giudice amministrativo di appello del Consiglio di Stato?

E’ privo di fondamento il motivo del ricorso in appello, con cui si contesta il mancato accoglimento del ricorso incidentale diretto a dimostrare la sussistenza di una causa di esclusione delle ricorrenti di primo grado.

Il Collegio ritiene, al contrario, che il giudice di primo grado abbia correttamente fatto applicazione dei condivisibili principi contenuti nella circolare n. 34/E del 25 maggio 2007, con la quale l’Agenzia delle entrate ha fornito gli indirizzi operativi ai propri uffici locali in merito alle modalità di attestazione della regolarità fiscale delle imprese partecipanti a procedure di aggiudicazione di appalti pubblici, alla luce della nuova normativa introdotta dal d. lgs. 163/2006.

Si ricorda che sulla base dell’art. 38, comma 1, lett. g) del d. lgs. 163/2006, i soggetti che abbiano commesso violazioni dei doveri relativi al pagamento di imposte e di tasse, definitivamente accertati, sono esclusi dalla partecipazione alle gare di appalto.

Secondo la menzionata circolare vi è regolarità fiscale quando, alternativamente:

- a carico dell’impresa, 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;

- in caso di violazioni tributarie accertate, la pretesa dell'amministrazione finanziaria risulti, alla data di richiesta della certificazione, integralmente soddisfatta, anche mediante definizione agevolata.

La circolare precisa inoltre che non può essere considerata irregolare la posizione dell'impresa partecipante qualora sia ancora pendente il termine di sessanta giorni per l'impugnazione (o per l'adempimento) ovvero, qualora sia stata proposta impugnazione, non sia passata ancora in giudicato la pronuncia giurisdizionale.

Facendo applicazione di tali criteri interpretativi, si osserva che la posizione della Controinteressata due non presentava accertamenti tributari "definitivi", ostativi alla sua partecipazione alla gara.

In particolare, le pendenze attestate nel certificato non avevano assunto il carattere di definitività, perché oggetto di ricorso e sospese dalla commissione tributaria (iscrizione a ruolo di € 8.760,18 e iscrizione a ruolo di € 3.194,99), o oggetto di provvedimento di sgravio con residua (ed esigua) somma da corrispondere, pagata nei termini di legge (iscrizione a ruolo di € 14.240,49, ridotta a € 329,44, poi corrisposti), o perché notificate dopo la domanda di partecipazione alla gara e pagate entro il termine di impugnazione (iscrizione a ruolo di € 2.235,66).

Nessuna delle menzionate irregolarità poteva, quindi, essere considerata "definitiva" ed assumere carattere ostativo alla partecipazione alla gara.

A cura di *****

Riportiamo qui di seguito la decisione numero 2213 del 20 aprile 2010 pronunciata dal Consiglio di Stato

N. 02213/2010 REG.DEC.

N. 05694/2009 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

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 5694 del 2009, proposto da:

Ricorrente Pietre Snc di ***** e C. e ***** due. s.r.l., rappresentate e difese dagli avv. ***** , ***** , con domicilio eletto presso ***** in Roma, via Fonteiana 65;

contro

Comune di Avellino, rappresentato e difeso dagli avv. ***** , ***** , ***** , con domicilio eletto presso ***** in Roma, via della Giuliana, 74;
La Controinteressata Costruzioni Srl e Controinteressata due Srl, rappresentate e difese dagli avv. ***** , ***** , con domicilio eletto presso ***** in Roma, via Cosseria n. 2.

per la riforma

della sentenza del T.A.R. CAMPANIA - SEZ. STACCATA DI SALERNO: SEZIONE I n. 02665/2009, resa tra le parti, concernente AFFIDAMENTO PROGETTAZIONE E REALIZZAZIONE PARCO URBANO.

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Avellino;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di La Controinteressata Costruzioni Srl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 16 marzo 2010 il Cons. ***** e uditi per le parti gli avvocati ***** , ***** e *****;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

1. In data 2 novembre 2007 il comune di Avellino indiceva una gara di appalto per l'affidamento della progettazione esecutiva e la realizzazione del Parco urbano dell'Autostazione con il sistema della procedura aperta e con il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Espletata la gara, con determina dirigenziale n. 1171 del 30.4.2008, l'appalto veniva aggiudicato all'ATI Cogeco.

Le imprese Controinteressata Costruzioni e Controinteressata due, raggruppate nell'ATI seconda classificata, impugnavano l'aggiudicazione davanti al Tar per la Campania, sezione di Salerno, contestando in particolare che il progetto viario offerto dall'A.T.I. aggiudicataria presentasse varianti sostanziali rispetto al progetto posto a base di gara.

L'ATI Cogeco proponeva ricorso incidentale, con il quale eccepiva la mancata esclusione dell'ATI ricorrente per violazione dell'art. 38 d. lgs. 163/2006 e dell'art. 15 del disciplinare di gara, per essere emerse a carico di quest'ultima significative pendenze tributarie con l'Agenzia delle entrate di Benevento.

Con sentenza n. 2665/09 il Tar ha respinto il ricorso incidentale e ha accolto il ricorso principale, annullando l'aggiudicazione.

Avverso tale sentenza Ricorrente Pietre Snc di ***** e C. e ***** due. s.r.l., imprese componenti l'Ati Cogeco, hanno proposto ricorso in appello per i motivi che saranno di seguito esaminati.

La Controinteressata Costruzioni Srl e Controinteressata due Srl si sono costituite in giudizio, chiedendo la reiezione del ricorso, mentre il comune di Avellino si è costituito in giudizio, chiedendo l'accoglimento dell'appello.

Questa Sezione con ordinanza n. 4439/09 ha respinto la domanda di sospensione dell'efficacia della sentenza impugnata e con successiva ordinanza istruttoria n. 105/09 ha disposto una verifica, incaricando il Provveditorato alle opere pubbliche della Campania.

Espletata la verifica, all'odierna udienza la causa è stata trattenuta in decisione.

2. L'oggetto del giudizio è costituito dalla contestazione di una procedura di gara di appalto, indetta dal comune di Avellino per l'affidamento della progettazione esecutiva e la realizzazione del Parco urbano dell'Autostazione.

Con il primo motivo le imprese appellanti deducono che il Tar avrebbe errato nel ritenere che l'offerta aggiudicataria conteneva una (non consentita) variante al progetto definitivo predisposto dalla stazione appaltante e posto a base di gara.

Le parti appellanti, sulla scorta di argomentazioni condivise dal Comune di Avellino, sostengono che le soluzioni progettuali proposte non costituiscono varianti progettuali strutturali, ma semplici soluzioni migliorative consentite esplicitamente dalla normativa di gara con riguardo proprio alla sicurezza stradale. La disciplina di gara consentiva, infatti, *expressis verbis*, "il miglioramento delle soluzioni tecniche proposte con particolare riferimento alla sicurezza stradale". Osservano al riguardo che i miglioramenti offerti, senza incidere sulle caratteristiche fondamentali del tracciato, si sono limitati a proporre, in coerenza con la disciplina di gara ed in un'ottica di approfondimento, integrazione e complementarietà con il progetto definitivo predisposto dall'amministrazione, soluzioni, appunto migliorative, volte ad accentuare il profilo della sicurezza stradale con l'adeguamento delle rotatorie e dei raggi di curvatura del tracciato viario al nuovo codice della strada., l'ottimizzazione degli spazi di archeggio, lo spostamento degli accessi interferenti, lo spostamento di attraversamenti pedonali pericolosi, l'eliminazione di pozzetti, caditoie e tombini lungo l'asse viario e, in particolare, lungo le rotatorie.

Le ricorrenti contestano il ragionamento svolto dal Tribunale che, sulla scorta di parametri progettuali non corredati da indicazioni plano-volumetriche, misure e rilievi riferiti ad elementi certi (capisaldi quali spigoli di fabbricati, spigoli di muri o strade esistenti), ha operato un'impossibile sovrapposizione delle proposte migliorative al progetto definitivo onde desumere i fallaci corollari della disomogeneità dei due atti e, soprattutto, della violazione delle norme sulle distanze, dell'ampliamento dell'area da espropriare e dell'esorbitanza rispetto alle aree adibite dal piano urbanistico a sede stradale. In particolare, le parti ricorrenti rimarcano che, diversamente da quanto ritenuto dal Tar, la procedura di gara in esame non richiedeva la predisposizione di un progetto esecutivo, come tale sovrapponibile a quello definitivo predisposto dalla stazione appaltante, ma solo l'enucleazione di parametri progettuali che esplicitassero le soluzioni tecniche migliorative destinate ad essere successivamente ingegnerizzate ex art. 35 del D.P.R. n. 554/1999, dando vita a soluzioni tecniche da inserire nel progetto esecutivo da redigersi nel rispetto del progetto definitivo.

Le parti appellanti sottolineano, infine, che, come evincibile dalla relazione tecnica allegata all'offerta, "il progetto definitivo è stato rimodulato in funzione di imprescindibili criteri e standard di sicurezza stradale" fissati dal DM del 19.4.2006. La normativa tecnica sopravvenuta ha, infatti, previsto la modifica dei raggi di curvatura, delle larghezze delle corsie e delle isole spartitraffico, insieme all'adeguamento

delle rotatorie previste nel progetto comunale. La circostanza che detta normativa non sia vincolante per i progetti approvati in precedenza non esclude certo l'opportunità di farvi riferimento per implementare il dato centrale del tasso di sicurezza.

Al fine di decidere tali questione, con la già menzionata ordinanza istruttoria la Sezione ha disposto una verifica ai sensi dell'art. 44 del Tu n. 1054/1924, incaricando il Provveditorato alle Opere Pubbliche della Regione Campania, nella persona del Provveditore, con facoltà di subdelega.

La verifica è stata disposta per chiarire la natura e la portata delle soluzioni progettuali prospettate in sede di offerta dall'aggiudicataria, con riguardo all'incidenza di dette soluzioni rispetto al tenore del progetto definitivo posto a base di gara e, in particolare, per accertare: se dette soluzioni implicino l'insistenza del tracciato su segmenti estranei alla fascia che il PUC destina a sede stradale, la mancata osservanza delle distanze minime di cinque metri dai fabbricati esistenti, l'interferenza con l'area di sedime destinata dal PUC alla realizzazione di edifici pubblici, l'apposizione di vincoli ulteriori ad aree private non soggette alla dichiarazione di pubblica utilità, indifferibilità ed urgenza e, quindi, non comprese nel piano particellare d'esproprio.

Il Collegio ritiene che gli elementi acquisiti tramite la verifica, le cui conclusioni vanno condivise, consentono di risolvere le problematiche poste dalle appellanti.

In primo luogo, si osserva che l'art. 14 del bando di gara espressamente stabiliva che "non sono ammesse offerte in variante" e, di conseguenza, non sono corrette le considerazioni svolte dalle appellanti circa la natura della procedura che avrebbe consentito il più ampio margine di interventi modificativi in sede di offerta; infatti, la lex specialis della gara non consentiva varianti, ma solo soluzioni migliorative.

Gli elementi forniti dalla relazione della verifica consentono di accertare che l'offerta dell'aggiudicataria conteneva delle vere e proprie varianti (non consentite), e non mere soluzioni migliorative.

In particolare, tale offerta prevedeva la modifica della geometria delle rotatorie e una significativa traslazione planimetrica dell'asse stradale con conseguente modifica delle aree destinate alla realizzazione dell'intervento.

Il soggetto verificatore ha evidenziato che tale modifica ha comportato l'invasione di aree esterne alla fascia che il PUC destina alla costruenda infrastruttura e la sottrazione di suoli destinati a "residenza e terziario", comportando l'occupazione definitiva di aree non incluse nel piano particellare grafico approvato e la necessità di ulteriori vincoli ad aree private, non soggette alla dichiarazione di pubblica utilità.

Anche senza dover approfondire la questione del rispetto delle distanze minime, tali elementi integrano una variante progettuale, e non possono essere configurati come soluzione migliorativa solo perché

rispettosi del d.m. 19.4.2006 in materia di sicurezza stradale, che peraltro non risultava applicabile al progetto in questione.

Le conclusioni della verifica, qui condivise, non sono state peraltro contrastate in modo adeguato dall'appellante e dal comune di Avellino.

In definitiva, come correttamente accertato dal Tar, deve ritenersi che l'offerta dell'aggiudicataria avrebbe dovuto essere esclusa perché contenente non consentite varianti al progetto.

3. E' privo di fondamento anche il secondo motivo del ricorso in appello, con cui si contesta il mancato accoglimento del ricorso incidentale diretto a dimostrare la sussistenza di una causa di esclusione delle ricorrenti di primo grado.

Secondo le appellanti, a carico della mandante Controinteressata due sussisterebbe una causa di esclusione per presunta carenza del requisito della regolarità tributaria, sia al momento della presentazione della domanda sia in esito alla procedura di verifica dei requisiti auto dichiarati. Ciò sarebbe desumibile dal certificato dell'Agenzia delle entrate di Benevento del 12 maggio 2008, che avrebbe accertato diverse pendenze a suo carico.

Il Collegio ritiene, al contrario, che il giudice di primo grado abbia correttamente fatto applicazione dei condivisibili principi contenuti nella circolare n. 34/E del 25 maggio 2007, con la quale l'Agenzia delle entrate ha fornito gli indirizzi operativi ai propri uffici locali in merito alle modalità di attestazione della regolarità fiscale delle imprese partecipanti a procedure di aggiudicazione di appalti pubblici, alla luce della nuova normativa introdotta dal d. lgs. 163/2006.

Si ricorda che sulla base dell'art. 38, comma 1, lett. g) del d. lgs. 163/2006, i soggetti che abbiano commesso violazioni dei doveri relativi al pagamento di imposte e di tasse, definitivamente accertati, sono esclusi dalla partecipazione alle gare di appalto.

Secondo la menzionata circolare vi è regolarità fiscale quando, alternativamente:

- a carico dell'impresa, 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;
- in caso di violazioni tributarie accertate, la pretesa dell'amministrazione finanziaria risulti, alla data di richiesta della certificazione, integralmente soddisfatta, anche mediante definizione agevolata.

La circolare precisa inoltre che non può essere considerata irregolare la posizione dell'impresa partecipante qualora sia ancora pendente il termine di sessanta giorni per l'impugnazione (o per l'adempimento) ovvero, qualora sia stata proposta impugnazione, non sia passata ancora in giudicato la

pronuncia giurisdizionale.

Facendo applicazione di tali criteri interpretativi, si osserva che la posizione della Controinteressata due non presentava accertamenti tributari "definitivi", ostativi alla sua partecipazione alla gara.

In particolare, le pendenze attestate nel certificato non avevano assunto il carattere di definitività, perché oggetto di ricorso e sospese dalla commissione tributaria (iscrizione a ruolo di € 8.760,18 e iscrizione a ruolo di € 3.194,99), o oggetto di provvedimento di sgravio con residua (ed esigua) somma da corrispondere, pagata nei termini di legge (iscrizione a ruolo di € 14.240,49, ridotta a € 329,44, poi corrisposti), o perché notificate dopo la domanda di partecipazione alla gara e pagate entro il termine di impugnazione (iscrizione a ruolo di € 2.235,66).

Nessuna delle menzionate irregolarità poteva, quindi, essere considerata "definitiva" ed assumere carattere ostativo alla partecipazione alla gara.

4. In conclusione, il ricorso in appello deve essere respinto.

Alla soccombenza delle società dell'ATI appellante seguono le spese di giudizio in favore delle imprese controinteressate, mentre ricorrono i presupposti per la compensazione delle spese nei confronti del comune di Avellino, non avendo questi impugnato la sentenza qui confermata.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, respinge il ricorso in appello indicato in epigrafe.

Condanna l'appellante alla rifusione, in favore delle imprese controinteressate, delle spese di giudizio, liquidate nella complessiva somma di Euro 4.000,00, oltre *** e ****, compensando le spese con il Comune di Avellino.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 16 marzo 2010 con l'intervento dei Signori:

*****, Presidente FF

Filoreto *****, Co*****
Co*****

Es*****
Consigliere

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE

Il Segretario

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 20/04/2010

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

Il Dirigente della Sezione

<https://www.diritto.it/nessuna-delle-menzionate-irregolarita-poteva-quindi-essere-considerata-definitiva-ed-assumere-carattere-ostativo-alla-partecipazione-alla-gara/>