



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

SENTENZA

sul ricorso in appello numero di registro generale 5828 del 2018, proposto da E.N.T.E.I. S.p.A Environmental Technologies International, in persona del legale rappresentante *pro-tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Andrea Abbamonte, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via degli Avignonesi, n. 5;

contro

Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato S P A, in persona del legale rappresentante *pro-tempore*, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria in Roma, via dei Portoghesi, n. 12;

nei confronti

Cooperativa Nuova San Michele, in persona del legale rappresentante *pro-tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Bice Annalisa Pasqualone, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Alfredo Placidi in Roma, via Barnaba Tortolini, n. 30;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, Sezione Seconda, n. 00586/2018, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Cooperativa Nuova San Michele e dell'Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato S P A;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 28 febbraio 2019 il Cons. Raffaele Prosperi e uditi per le parti gli avvocati Abbamonte, dello Stato Garofoli, Pasqualone;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.All'esito di una procedura aperta da svolgersi in modalità telematica indetta dall'Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato (anche IPZS) per l'affidamento del servizio di gestione operativa dell'impianto di

trattamento acque industriali reflue dello stabilimento di Foggia la Cooperativa S. Michele, collocatasi al secondo posto in graduatoria, impugnava innanzi al Tribunale amministrativo della Puglia prima l'aggiudicazione in favore della S.p.A. Entei (in uno agli atti a questa connessi, deducendo la violazione degli artt. 80, 89, 95 e 105 del decreto legislativo n. 50 del 18 aprile 2016, degli artt. 1.1, 2, 3, 4 e 5 del disciplinare di gara, dei principi d'immodificabilità dell'offerta e della *par condicio* dei concorrenti ed eccesso di potere sotto vari profili, e poi con motivi aggiunti la stessa ammissione alla gara dell'aggiudicataria, lamentando la violazione degli artt. 32 e 80 del d. lgs. n. 50 del 2016, del disciplinare di gara, degli artt. 71 e ss. del d.P.R. 445 del 2000, dell'art. 3 della legge n. 241 del 7 agosto 1990, dei principi in materia di *favor participationis* e di *par condicio* ed eccesso di potere sotto vari profili).

La S.p.A. Entei resisteva al ricorso, eccependo la tardività delle censure escludenti articolate nel ricorso principale e nei motivi aggiunti, perché notificati oltre il termine di trenta giorni decorrenti dall'ammissione dei concorrenti in gara (risultante dal verbale pubblicato sul profilo del committente il 15 novembre 2016 e comunicato alla ricorrente con nota del 25 novembre 2016, come riportato nel verbale di gara del 6 dicembre 2016) e nel merito contestava la definitività dell'accertamento fiscale sulla base del quale era stata esclusa, sostenendo di aver impugnato la cartella esattoriale davanti alla Commissione tributaria di Cagliari; deduceva inoltre l'improcedibilità per difetto d'interesse del ricorso principale e dei motivi aggiunti, avendo l'I.P.Z.S., a seguito di accoglimento dell'istanza cautelare, disposto la revoca dell'aggiudicazione.

2. Quest'ultima veniva impugnata con autonomo ricorso dinanzi allo stesso Tribunale dalla S.p.a. Entei, che ne deduceva l'illegittimità per violazione degli artt. 3, 7 e 21 *octies* della legge 241 del 1990 in connessione con gli artt. 32 e 33 del d.lgs. n. 50 del 2016 ed inoltre dell'art. 80, comma 4, del d.lgs. 50 del 2016, del giusto procedimento di legge, carenza di motivazione e sviamento.

3. L'adito tribunale con la sentenza segnata in epigrafe: riuniva i ricorsi in ragione della loro connessione oggettiva; esaminava quindi il ricorso della Coop. S. Michele, respingendo sia l'eccezione di improcedibilità sollevata dalla Entei (in quanto la determinazione dirigenziale n. 88/2017 di annullamento/revoca dell'aggiudicazione della gara all'Entei costituiva ottemperanza all'ordinanza cautelare del Tribunale amministrativo), sia quella di tardività (del ricorso e dei motivi aggiunti, in quanto il rito speciale dell'art. 120, comma 2 *bis*, c.p.a. esige il pieno rispetto della pubblicità di cui all'art. 29 del d. lgs. 50 del 2016, che nel caso di specie era mancato), ma ritenendo fondato il solo motivo concernente la grave situazione di irregolarità fiscale risultata in capo alla S.p.A. Entei (essendo pacifico che la violazione tributaria fosse di entità superiore all'importo di cui all'articolo 48 *bis*, commi 1 e 2 *bis*, del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 602; che essa costituisse causa di esclusione, ai sensi del comma 4 dell'art. 80 del decreto legislativo n. 50 del 18 aprile 2016 e che la sua definitività fosse da ricollegare all'inoppugnabilità dell'avviso di accertamento e non della cartella esattoriale, impugnabile come tale solo per vizi propri, salva l'omessa o invalida notifica dell'avviso d'accertamento [circostanza non prospettata e tanto meno provata]; ciò senza contare che la copia del ricorso alla Commissione tributaria di Cagliari avverso la cartella esattoriale

prodotta da Entei non recava né la data di notifica, né la sottoscrizione del difensore, né il timbro di deposito e non poteva quindi affermarsi che fosse stato notificato all'ente impositore e che alcuna rilevanza poteva rilevare l'accoglimento dell'istanza di rateizzazione da parte dell'Agenzia delle entrate del 13 luglio 2017, perché successiva all'aggiudicazione disposta in data 8 giugno 2017); alla stregua delle stesse considerazioni veniva respinto il ricorso della S.p.A. Entei.

4. Con rituale e tempestivo atto di appello quest'ultima ha chiesto la riforma della sentenza, sostenendone l'erroneità per violazione e falsa applicazione dell'art. 80 comma 4 del d. lgs. 50 del 2016; rivendicando di essere in regola con le norme fiscali alla stregua degli accordi con l'Agenzia delle Entrate sulla rateizzazione del dovuto ed in considerazione del ricorso alla Commissione Tributaria Provinciale di Cagliari, la cui esistenza non era stata contestata dalle parti intimare; contestando l'abnormità della revoca/annullamento in dipendenza dell'ordinanza cautelare del giudice di primo grado, avvenuta tra l'altro senza una doverosa motivazione e senza un procedimento di riesame e insistendo ancora sulla tardività ex art. 120 comma 2 *bis* c.p.a delle censure mosse dalla Cooperativa S. Michele sulla propria posizione fiscale,

La Cooperativa S. Michele e l'IPZS si sono costituiti in giudizio, sostenendo l'infondatezza dell'appello; la Cooperativa S. Michele ha dedotto anche l'inammissibilità del gravame, per la mancata impugnazione della nuova aggiudicazione della gara in suo favore disposta il 31 maggio 2018.

5. All'udienza pubblica del 28 febbraio 2019 la causa è passata in decisione.

6. Si può prescindere dall'esame della eccezione di inammissibilità del gravame sollevata dalla Cooperativa S. Michele a causa dell'omessa impugnazione della nuova aggiudicazione in suo favore poiché l'appello è infondato nel merito, fermo restando che la nuova aggiudicazione costituiva esclusivamente un atto di ottemperanza all'ordinanza cautelare del Tribunale amministrativo che aveva accolto la domanda della Cooperativa.

7. Passando all'esame del gravame, deve innanzitutto ribadirsi l'infondatezza della eccezione di tardività dei motivi aggiunti proposti in primo grado dalla Cooperativa S. Michele avverso l'ammissione della S.p.A. Entei per l'asserita violazione dei termini di cui all'art. 120 comma 2 *bis* del c.p.a.

Infatti la pronuncia del giudice di primo grado deve essere sul punto confermata, precisandosi che ai fini del termine dell'impugnazione la pubblicazione delle ammissioni e delle esclusioni deve contenere anche l'accessibilità ai relativi atti (e motivazioni), ciò affinché la tutela giurisdizionale possa essere effettivamente esercitata; nel caso di specie la pubblicazione è avvenuta in data 15 novembre 2016, ma è consistita in una mera elencazione di offerenti ammessi senza ulteriori chiarimenti, mentre l'effettiva piena conoscenza è avvenuta da parte della Cooperativa solo con la nota inviata dall'IPZS il 1° agosto 2017, successivamente all'aggiudicazione definitiva e alla stessa proposizione del ricorso principale (nota in cui sono riportate le comunicazioni dell'Agenzia delle Entrate – Direzione Provinciale di Cagliari, sull'irregolare posizione fiscale di Entei non dichiarata all'epoca della domanda).

8. Nel merito le conclusioni raggiunte dal tribunale sulla grave irregolarità fiscale della S.p.A. Entei sono corrette e non meritano censure.

L'art. 80 del d. lgs. 50 del 206 al comma 4 stabilisce che “ *Un operatore economico è escluso dalla partecipazione a una procedura d'appalto se ha commesso violazioni gravi, definitivamente accertate, rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse o dei contributi previdenziali, secondo la legislazione italiana o quella dello Stato in cui sono stabiliti. Costituiscono gravi violazioni quelle che comportano un omesso pagamento di imposte e tasse superiore all'importo di cui all'articolo 48-bis, commi 1 e 2-bis del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 602. Costituiscono violazioni definitivamente accertate quelle contenute in sentenze o atti amministrativi non più soggetti ad impugnazione. (...) Il presente comma non si applica quando l'operatore economico ha ottemperato ai suoi obblighi pagando o impegnandosi in modo vincolante a pagare le imposte o i contributi previdenziali dovuti, compresi eventuali interessi o multe, purché il pagamento o l'impegno siano stati formalizzati prima della scadenza del termine per la presentazione delle domande*”.

In realtà prima dell'aggiudicazione definitiva, disposta l'8 giugno 2017, precisamente il 5 aprile, alla predetta S.p.A. Entei era stata notificata una cartella esattoriale per oltre €. 93.000,00 (importo superiore a quello fissato dall'art. 48-bis, commi 1, del d.p.r. 29 settembre 1973 n. 602), irregolarità fiscale perdurata almeno fino al 13 luglio 2017, allorché l'Agenzia delle Entrate, Direzione Provinciale di Cagliari ha accolto l'istanza di rateizzazione.

Detto che tale rateizzazione non poteva reintegrare l'appellante nella sua posizione di aggiudicataria, in quanto, ai sensi dell'art. 80 del codice degli appalti, l'impegno a pagare dell'operatore economico deve essere formalizzato prima della scadenza del termine per la presentazione delle domande, e che non è stata fornita alcuna prova circa l'asserita mancata o invalida notifica dell'avviso di accertamento (che solo avrebbe consentito l'ammissibilità dell'impugnazione della cartella esattoriale, impugnazione altrimenti limitata ai soli vizi propri della cartella, e che avrebbe consentito di qualificare come non definitivamente accertato il debito tributario), deve aggiungersi che effettivamente l'atto di ricorso alla Commissione tributaria prodotto in primo grado, in quanto mancante degli elementi essenziali indicati nella sentenza impugnata, non poteva essere considerato neppure quale elemento indiziario dell'effettiva impugnazione della cartella esattoriale, a nulla rilevando sul punto la mancata contestazione delle parte costituite (su cui si è appuntata l'argomentazione dell'appellante).

E' appena il caso di aggiungere che quanto rilevato dal primo giudice, secondo cui in sede di gara pubblica il requisito della regolarità fiscale può essere sussistente, pure in presenza di una violazione accertata, solo se l'istanza di rateizzazione sia stata presentata dal concorrente e sia stata accolta prima della scadenza del termine di presentazione della domanda di partecipazione alla gara, o della presentazione dell'offerta, costituisce pacifica giurisprudenza del giudice amministrativo; non è infatti sufficiente che prima della scadenza del termine di presentazione dell'offerta il contribuente abbia semplicemente inoltrato istanza di rateizzazione, occorrendo anche che, entro la predetta data, il relativo procedimento si sia concluso con un provvedimento favorevole dell'amministrazione finanziaria (Cons. Stato. V, 12 febbraio 2018, n.856).

9. Le residue censure ed eccezioni possono essere assorbite possono essere assorbite oppure divengono irrilevanti.

10. L'appello deve dunque essere respinto e le spese seguono la soccombenza e si liquidano in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna l'appellante al pagamento delle spese liquidate in complessivi €. 3.000,00 (tremila/00) oltre agli accessori di legge, se dovuti, in favore di ciascuna delle parti intimate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 28 febbraio 2019 con l'intervento dei magistrati:

Carlo Saltelli, Presidente

Umberto Realfonzo, Consigliere

Fabio Franconiero, Consigliere

Raffaele Prosperi, Consigliere, Estensore

Angela Rotondano, Consigliere

L'ESTENSORE
Raffaele Prosperi

IL PRESIDENTE
Carlo Saltelli

IL SEGRETARIO