

N. 05995/2013REG.PROV.COLL.
N. 06003/2013 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 6003 del 2013, proposto da:

Ing. E. Mantovani s.p.a., in proprio e nella qualità di mandataria del costituendo R.T.I., rappresentato e difeso dall'avv. Angelo Clarizia, con domicilio eletto presso Angelo Clarizia in Roma, via Principessa Clotilde, 2;

contro

D.E.C. – Deme Environmental Contractors N.V., in proprio e nella qualità di mandataria del costituendo r.t.i., Savarese Costruzioni s.p.a., Sled Costruzioni Generali s.p.a., Iter Gestioni ed Appalti s.p.a., rappresentati e difesi dall'avv. Mario Salvi, con domicilio eletto presso Gian Marco Grez in Roma, corso Vittorio Emanuele II, 18;

nei confronti di

Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, Provveditorato Interregionale per le opere pubbliche Campania e Molise, rappresentati e difesi per legge dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliata in Roma, via dei Portoghesi, 12;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. CAMPANIA - NAPOLI: SEZIONE I n. 03726/2013, resa tra le parti, concernente affidamento dei lavori per la rimozione della colmata a mare e bonifica dei fondali dell'area marina costiera

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di D.E.C. – Deme Environmental Contractors N.V., Savarese Costruzioni s.p.a., Sled Costruzioni Generali s.p.a., Iter Gestioni ed Appalti s.p.a., e di Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti e di Provveditorato Interregionale per le opere pubbliche Campania e Molise;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 3 dicembre 2013 il Cons. Giuseppe Castiglia e uditi per le parti gli avvocati Clarizia, Abbamonte, per delega dell'Avv. Salvi, e l'Avvocato dello Stato Giacobbe;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con bando del 23 dicembre 2009, il Provveditorato interregionale per le opere pubbliche Campania e Molise ha indetto una procedura ristretta per l'affidamento della progettazione esecutiva, coordinamento della sicurezza in fase di progettazione e realizzazione dei lavori necessari per la rimozione della colmata a mare e la bonifica dei fondali dell'area marina costiera del sito di interesse nazionale Bagnoli-Coroglio.

All'esito della gara (24 ottobre 2011), l'appalto è stato aggiudicato al r.t.i. costituito dalle società Ing. E. Mantovani s.p.a., So.Co.Str.Mo. s.r.l. e Giustino Costruzioni s.p.a.

L'aggiudicazione definitiva (12 giugno 2012) è stata impugnata dal raggruppamento concorrente, capeggiato dalla D.E.C. – Demi

Environmental Contractors N.V., con ricorso che il T.A.R. della Campania, sez. I, ha accolto con sentenza 17 luglio 2013, n. 3726, dopo avere respinto la domanda incidentale di sospensione.

Il Tribunale regionale ha considerato assorbente la censura secondo cui una delle partecipanti al r.t.i. aggiudicatario (la Giustino Costruzioni) sarebbe stata priva del necessario requisito della regolarità fiscale, sussistente alla data della presentazione dell'offerta (al pari di quello della regolarità contributiva), ma successivamente venuto meno per l'emersione di una serie di pendenze fiscali, attestate dall'Agenzia delle entrate in data con certificazione del 14 giugno 2012.

Da tale certificazione emergerebbe l'avvenuta notifica alla Giustino Costruzioni di:

- cinque cartelle, per l'importo complessivo di euro 1.442.171,63, per le quali esisterebbe un piano di rateizzazione;
- due ulteriori cartelle, l'una per un importo di euro 185,53 (notificata il 17 gennaio 2007) e l'altra per un importo di euro 42.874,30 (notificata il 10 marzo 2011).

In disparte la verifica del rispetto del piano di rateizzazione e la trascurabile entità dell'importo richiesto con la cartella notificata nel 2007, sarebbe determinante l'accertata pendenza di un debito fiscale superiore a 40.000 euro. La violazione rileverebbe di per sé - ai sensi dell'art. 38, comma 1, lett. g), del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 (c.d. codice dei contratti pubblici; d'ora in poi: codice) - e non lascerebbe spazio ad alcun apprezzamento discrezionale dell'Amministrazione in ordine alla gravità del fatto e all'elemento psicologico della condotta.

Contro la sentenza ha interposto appello la Ing. E. Mantovani s.p.a. - sia in proprio che nella qualità di mandatario del costituendo r.t.i. -, che ne ha anche chiesto la sospensione dell'efficacia esecutiva.

L'appellante ricostruisce le vicende recenti della Giustino, in relazione a

procedure concorsuali in atto. La Società avrebbe a suo tempo presentato un D.U.R.C. del tutto regolare. Quanto ai debiti tributari certificati dalla Agenzia delle entrate, al momento della verifica sul possesso dei requisiti dichiarati ai fini dell'ammissione sarebbe esistito un piano di rateizzo regolarmente approvato. Di questo però - secondo il T.A.R. - non sarebbe provato il rispetto, mentre l'appellante dichiara di avere prodotto in giudizio alcune ricevute di versamento.

In realtà, il Tribunale territoriale avrebbe soprattutto valorizzato il mancato pagamento di una cartella, notificata il 10 marzo 2011, per un importo di euro 42.874,30. In relazione a questa, l'appellante deposita la ricevuta rilasciata da Equitalia Sud s.p.a. - pervenuta nella sua disponibilità solo dopo la pubblicazione della sentenza impugnata - che farebbe fede dell'avvenuto pagamento di tale importo in data 13 luglio 2011. Il T.A.R., oltre a trascurare la natura solidale dell'obbligazione tributaria, avrebbe dovuto disporre istruttoria per verificare l'esattezza in punto di fatto delle allegazioni della Mantovani, che avrebbe ottenuto con ritardo - ma senza sua colpa - le attestazioni di pagamento della cartella in questione.

La sentenza sarebbe poi errata nella parte in cui avrebbe sostanzialmente aggiudicato l'appalto, pur nella consapevolezza che il Provveditorato non avesse ancora concluso il procedimento di verifica dei requisiti, in attesa di un parere dell'Avvocatura dello Stato.

Insistendo per l'istanza cautelare, l'appellante osserva che la Giustino potrebbe comunque recedere dal r.t.i., consentendo alle rimanenti imprese di mantenere il possesso dei requisiti necessari alla stipulazione del contratto.

La D.E.C. s.p.a. si è costituita in giudizio - sia in proprio, sia quale mandataria del r.t.i. di cui è capofila - per resistere all'appello.

Riassunte le scansioni della vicenda, la Società appellata osserva che la dichiarata regolarità fiscale della Giustino Costruzioni non sussisterebbe:

- alla data della domanda di partecipazione (16 febbraio 2010) e a quella dell'offerta (2 novembre 2010) in ragione della cartella notificata nel 2007;
- in corso di gara, in ragione della cartella notificata nel 2011.

La dichiarata regolarità del D.U.R.C. non sarebbe in discussione e rimarrebbe comunque irrilevante, posto che quella che viene contestata non è la regolarità contributiva e previdenziale (che quel certificato attesta), ma la regolarità fiscale.

La ricevuta di pagamento, emessa da Equitalia e depositata in giudizio, sarebbe inammissibile (in primo grado, D.E.C. avrebbe autorizzato il deposito fuori termine solo di una memoria, che non conterrebbe alcun accenno al preteso avvenuto pagamento; la stessa Mantovani dichiarerebbe di averne avuto la disponibilità solo dopo la pubblicazione della sentenza impugnata; il T.A.R. non avrebbe dovuto disporre nessuna istruttoria). Il deposito in appello sarebbe perciò tardivo e inammissibile ex art. 104, comma 2, c.p.a., non essendo il documento indispensabile ai fini della decisione ed essendo il mancato deposito in prime cure imputabile alla controparte.

Quanto poi al diverso profilo della sentenza impugnata, censurata per avere disposto l'aggiudicazione prima di avere ricevuto il parere richiesto all'Avvocatura dello Stato, l'appellante sostiene l'infondatezza del rilievo, posto che il Provveditorato avrebbe comunicato di avere concluso il procedimento di verifica; il parere in questione avrebbe riguardato una diversa circostanza, e cioè l'avvenuta sottoposizione dell'amministratore pro tempore della Mantovani a custodia cautelare.

La D.E.C., poi:

- ripropone i motivi ritenuti assorbiti dalla sentenza di primo grado (violazione, sotto diversi profili, della normativa del codice e di quella del bando);
- spiega appello incidentale, con riguardo alla parte della sentenza che - con

riguardo alla cartella notificata nel 2007 - ha ritenuto veritiera la dichiarazione di regolarità fiscale e contributiva alla data della presentazione dell'offerta, resa dalla Giustino, e considerato "di trascurabile entità" il debito relativo, come tale non sanzionabile con l'esclusione dalla gara;

- contesta l'ammissibilità dell'ipotizzato recesso della Giustino.

Si è costituito in giudizio anche il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti – Provveditorato interregionale alle opere pubbliche Campania e Molise, senza spiegare difese.

In vista della camera di consiglio del 10 settembre 2013, le parti private hanno presentato memorie.

La Mantovani:

- insiste sulla incompletezza dell'istruttoria in primo grado e sull'ammissibilità della nuova documentazione; il carattere indispensabile, che essa avrebbe, supererebbe le obiezioni circa l'imputabilità soggettiva della mancata produzione in primo grado;

- controdeduce rispetto all'appello incidentale;

- replica sul secondo motivo dell'appello (non è dato prevedere quali determinazioni potrebbe assumere l'Amministrazione una volta acquisito il parere dell'Avvocatura dello Stato);

- risponde ai motivi di ricorso dichiarati assorbiti in primo grado e riproposti in sede di appello;

- sostiene che l'eventuale recesso della Giustino sarebbe pienamente legittimo.

La D.E.C. ritiene del tutto irrilevante il documento prodotto dalla controparte, che anzi – alla luce del principio consolidato, secondo cui la regolarità fiscale deve essere mantenuta per tutto il corso della gara – confermerebbe la correttezza della sentenza di primo grado.

Con ordinanza 11 settembre 2013, n. 3484, la Sezione ha accolto la domanda cautelare, fissando la discussione del merito della causa al 3

dicembre successivo.

In vista dell'udienza pubblica, le parti hanno presentato memorie.

Mantovani:

- censura la tesi dell'irregolarità fiscale della Giustino, citando giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea e del T.A.R. Lazio; contesta poi la pertinenza delle sentenze del Consiglio di Stato richiamate dalla sentenza e dalla controparte;
- considera del tutto irrisorio, e dunque irrilevante, l'importo relativo alla cartella notificata nel 2007;
- non accetta il contraddittorio sul punto della non veridicità della dichiarazione resa dalla Giustino alla data della presentazione dell'offerta, nei termini in cui è sviluppato nella memoria di settembre della controparte.

D.E.C., dal canto suo, insiste sull'inammissibilità della nuova documentazione e ribadisce le difese svolte in precedenza.

Le parti hanno poi depositato ulteriori memorie.

All'udienza pubblica del 3 dicembre 2013, l'appello è stato chiamato e trattenuto in decisione.

DIRITTO

1. Come già detto nell'ordinanza cautelare n. 3484 del 2013, la questione preliminare riguarda l'ammissibilità e la rilevanza della documentazione in atti.

Viene in questione, evidentemente, la ricevuta rilasciata da Equitalia Sud in data 13 luglio 2011, che attesterebbe l'avvenuto pagamento del debito tributario di circa 40.000 euro di cui alla cartella esattoriale notificata il 10 marzo dello stesso anno.

L'appello si base essenzialmente su tale ricevuta. Si tratta peraltro di documento depositato solo in questa fase (il dato non è in discussione) e infatti l'appellata ne contesta l'ammissibilità.

2. L'art. 104, comma 2, esclude la possibilità di produrre nuovi documenti in appello, temperando il divieto con due eccezioni: il carattere indispensabile del documento ai fini della decisione della causa ovvero l'impossibilità, non imputabile alla parte, di produrre il documento stesso in primo grado. Si tratta di criteri alternativi e non cumulativi, che vanno quindi analizzati separatamente (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 15 marzo 2012, n. 1453; Id., 5 novembre 2012, n. 5622).

Nel caso di specie, è indubbio che la mancata presentazione in primo grado sia dovuta alla Giustino Costruzioni, dunque a una delle imprese facenti parte del raggruppamento per il quale (oltre che in nome proprio) l'appellante Mantovani agisce.

Occorre dunque valutare se il documento sia indispensabile ai fini della decisione, se cioè esso sia tale da trasformare radicalmente l'esito del giudizio, in relazione ad almeno una delle domande proposte (cfr. Cons. Stato, sez. IV, n. 1453 e n. 5622 del 2012, citate) ovvero idoneo a far emergere l'ingiustizia della prima sentenza e condurre a rovesciarne le statuizioni (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 6 giugno 2011, n. 3384).

3. Nel caso di specie, la ricevuta in questione, se astrattamente ha la potenzialità di portare a una riforma della decisione impugnata (e dunque ne può essere ammessa la produzione in questa fase), in concreto non giova comunque alla tesi della Società appellante.

Risulta infatti dal fascicolo che:

l'aggiudicazione provvisoria della gara è stata disposta il 24 ottobre 2011 e quella definitiva il 12 giugno 2012;

la cartella esattoriale è stata notificata il 17 marzo 2011 e non è stata impugnata nei termini (il dato non è contestato);

dunque la ricevuta di Equitalia Sud riguarda il pagamento di un debito tributario ormai definitivamente accertato.

Ne consegue che vi è stato un momento della procedura in cui una delle

componenti del r.t.i. è stata priva del requisito della regolarità fiscale, cioè di un requisito che, per costante giurisprudenza, deve sussistere per tutto il corso lo svolgimento della selezione fino al momento ultimo dell'aggiudicazione, sussistendo l'esigenza per la stazione appaltante di verificare l'affidabilità del soggetto partecipante alla gara fino alla conclusione della stessa (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 15 settembre 2010, n. 6907; Id., sez. V, 6 marzo 2013, n. 1370).

Non a caso, si è pure detto che resta pertanto irrilevante anche un eventuale adempimento tardivo dell'obbligazione tributaria, seppure ricondotto retroattivamente (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 2 maggio 2011, n. 2580).

E' questo un orientamento giurisprudenziale consolidato, che va oltre le particolarità delle controversie volta a volta decise e dunque resiste alle contestazioni che – con riguardo a una ritenuta non attinenza dei precedenti richiamati – a esso muove la società Mantovani.

All'appellante neppure giova il richiamo fatto alla sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea 9 febbraio 2006, in causa n. C-226/04, la quale si limita ad affermare la competenza delle norme nazionali per “determinare fino a che momento o entro quale termine gli interessati devono aver effettuato i pagamenti corrispondenti ai loro obblighi oppure ... aver provato che le condizioni per una regolarizzazione a posteriori sono soddisfatte” (punto 31).

4. Non ha poi fondamento l'eventualità – evocata nell'appello ma, a quanto pare, non ulteriormente coltivata nelle successive memorie – che la Giustino possa comunque recedere dal r.t.i., consentendo alle rimanenti imprese di mantenere il possesso dei requisiti necessari alla stipulazione del contratto. Proprio la sentenza dell'Adunanza plenaria (15 aprile 2010, n. 2155), su cui tale possibilità dovrebbe appoggiarsi, sembra dire piuttosto il contrario (e infatti anche la parte appellata la cita a proprio sostegno). La decisione ricordata, infatti, contesta la tesi secondo la quale l'art. 94 del

decreto del Presidente della Repubblica 21 dicembre 1999, n. 554, potrebbe consentire alla stazione appaltante di considerare irrilevante, grazie al tempestivo recesso dal raggruppamento dell'impresa interessata, un impedimento che dovesse sopravvenire dopo la formulazione della domanda e nel corso della procedura di gara. E ciò in quanto, a escludere la sanabilità ex post di una situazione di oggettiva preclusione all'ammissione alla procedura, farebbe ostacolo l'insuperabile rilievo della manifesta violazione della par condicio tra i concorrenti che l'adesione alla tesi prospettata comporterebbe.

5. Il primo motivo dell'appello si palesa dunque infondato.

6. Lo stesso deve dirsi per il secondo motivo.

Diversamente da quanto assume il ricorso, il T.A.R. non ha affatto proceduto direttamente all'aggiudicazione, ma – del tutto correttamente – ha solo affermato che la propria pronuncia desse titolo all'originaria ricorrente di “aggiudicarsi l'appalto, alle condizioni di legge”. Con il che resta evidente che, ferma restando la decisione nel merito della presente controversia, è rimessa al pieno apprezzamento dell'Amministrazione la valutazione di eventuali circostanze ulteriori che possano per avventura impedire l'aggiudicazione definitiva e la stipula del contratto.

7. Dalle considerazioni che precedono, discende che l'appello è infondato e va perciò respinto.

Di conseguenza, l'appello incidentale della D.E.C. va dichiarato improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse.

La complessità della vicenda giustifica la compensazione fra le parti delle spese di lite.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, respinge l'appello principale e dichiara improcedibile l'appello incidentale;

per l'effetto, conferma la sentenza impugnata.

Compensa fra le parti le spese di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 3 dicembre 2013

con l'intervento dei magistrati:

Marzio Branca, Presidente FF

Sergio De Felice, Consigliere

Fabio Taormina, Consigliere

Francesca Quadri, Consigliere

Giuseppe Castiglia, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 13/12/2013

IL SEGRETARIO

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