

Publicato il 08/06/2022

N. 01554/2022 REG.PROV.COLL.
N. 00606/2021 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia

sezione staccata di Catania (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 606 del 2021, proposto da Beta Studio S.r.l. (capogruppo mandataria del Costituendo Raggruppamento con Hypro S.r.l., Artec Associati S.r.l., Ia.Ing S.r.l.), rappresentata e difesa dall'avvocato Francesco Pullano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Commissario di Governo contro il Dissesto Idrogeologico nella Regione Siciliana e responsabile unico del procedimento, rappresentati e difesi dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Catania, domiciliataria in Catania, Via Vecchia Ognina 149;

Comune di Catania, rappresentato e difeso dall'avvocato Leonardo Arcidiacono, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Etatec Studio Paoletti S.r.l., Hydrodata S.p.A., Technital S.p.A., Ominiservice Engineering S.r.l., Studio Majone Ingegneri e Associati, C.D.G. Ingegneria S.r.l., Vams Ingegneria S.r.l., Studio Galli Ingegneria S.r.l., Leonardo

Consorzio Europeo per l'Ingegneria e l'Architettura

SGI Studio Galli Ingegneria S.r.l., rappresentata e difeso dagli avvocati Valerio Catenacci e Roberto Viglietta, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

a) del provvedimento del responsabile unico del procedimento n. 62 in data 12 marzo 2021, con cui è stata disposta l'esclusione dalla procedura di gara di tale raggruppamento ed è stata approvata la nuova graduatoria in relazione alla procedura di gara per “opere di mitigazione del rischio idraulico lungo l'asta del Canale Buttaceto a valle dell'immissione del Collettore Pluviale B” (CUP D65B17000750006 - CIG 8407896F42); b) del provvedimento di presa d'atto e di approvazione della graduatoria e dell'aggiudicazione n. 677 in data 8 aprile 2021 del Commissario di Governo contro il Dissesto Idrogeologico nella Regione Siciliana, con cui la procedura è stata aggiudicata in favore del raggruppamento con mandataria la ETATEC STUDIO PAOLETTI S.r.l. nonché per la condanna dell'Amministrazione intimata al risarcimento del danno.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 1 dicembre 2021 il dott. Daniele Burzichelli;

Viste le conclusioni scritte od orali delle parti come in atti e da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

La società mandataria del costituendo raggruppamento “Beta Studio S.r.l. - HYpro S.r.l.- IA.ING. S.r.l. - Artec Associati S.r.l.”, chiedendo anche il risarcimento del danno, ha impugnato: a) il provvedimento del responsabile unico del procedimento n. 62 in data 12 marzo 2021, con cui è stata disposta

l'esclusione dalla procedura di gara di tale raggruppamento ed è stata approvata la nuova graduatoria in relazione alla procedura di gara per "opere di mitigazione del rischio idraulico lungo l'asta del Canale Buttaceto a valle dell'immissione del Collettore Pluviale B" (CUP D65B17000750006 - CIG 8407896F42); b) il provvedimento di presa d'atto e di approvazione della graduatoria e dell'aggiudicazione n. 677 in data 8 aprile 2021 del Commissario di Governo contro il Dissesto Idrogeologico nella Regione Siciliana, con cui la procedura è stata aggiudicata in favore del raggruppamento con mandataria la ETATEC STUDIO PAOLETTI S.r.l..

Nel ricorso, per quanto in questa sede interessa, si rappresenta in punto di fatto quanto segue: a) come risulta dal verbale n. 7 in data 12 febbraio 2021, il raggruppamento ricorrente aveva formulato l'offerta economicamente più vantaggiosa, conseguendo un punteggio di 80,9993; b) con l'impugnato provvedimento n. 62 in data 12 marzo 2021 il responsabile unico del procedimento ha disposto l'esclusione dalla procedura del raggruppamento interessato per difetto della regolarità fiscale di cui all'art. 38, primo comma, lettera g, del decreto legislativo n. 163/2006 con riferimento alla posizione della mandante HYpro s.r.l. (al provvedimento di esclusione è stato anche allegato il risultato dell'interrogazione effettuata presso il portale AVC-Pass, da cui risulterebbe, per l'appunto, una posizione irregolare riferita all'ambito provinciale di Cosenza); c) la società mandante ha inviato alla stazione appaltante tre diverse note - in data 15 marzo, 18 marzo e 1 aprile 2021 - al fine di attestare l'assenza di irregolarità fiscali, ma tali note sono rimaste prive di riscontro; d) in data 9 aprile 2021 l'Amministrazione ha comunicato l'impugnato provvedimento n. 677 in data 8 aprile 2021, senza, tra l'altro, spendere motivazione alcuna in ordine al contenuto delle tre note inviate dalla società mandante.

Il contenuto dei motivi di gravame può sintetizzarsi come segue: a) a seguito dell'interrogazione in data 18 febbraio 2021, il portale AVC-Pass, con elaborazione in data 3 marzo 2021, ha fornito esito di irregolarità con

riferimento all'ambito provinciale di Cosenza; b) l'Amministrazione ha adottato il provvedimento di esclusione dalla procedura e di approvazione della nuova graduatoria omettendo la comunicazione di avvio del relativo procedimento e violando, quindi, le disposizioni ANAC in materia (paragrafo 3 della relazione di accompagnamento alla deliberazione n. 157/2016, il quale prevede che al concorrente debba essere assegnato un termine di venti giorni per dimostrare all'Amministrazione la propria posizione di regolarità fiscale); c) la stazione appaltante, invero, avrebbe dovuto attivare un supplemento d'istruttoria presso lo sportello dell'Agente della Riscossione competente territorialmente in relazione al domicilio fiscale della concorrente al fine di effettuare un'ulteriore verifica sulla regolarità fiscale, secondo quanto previsto dall'art. 71 del D.P.R. n. 445/2000; d) come risulta dalla documentazione trasmessa alla stazione appaltante - con particolare riferimento alla dichiarazione dell'Agenzia delle Entrate di Cosenza in data 1 aprile 2021 - non sussiste, in realtà, alcuna situazione di irregolarità fiscale (l'Agenzia delle Entrate di Cosenza si è, infatti, dichiarata incompetente quanto alla società HYpro S.r.l. e ha, comunque, specificato che, in base al riscontro dei dati presenti nel sistema informativo, non risultava alcun carico pendente definitivamente accertato); e) come emerge, invero, dagli stessi atti di gara, la società mandante ha sede legale nella Provincia di Roma - non nella Provincia di Cosenza - e, in ogni caso, sia l'Agenzia delle Entrate di Roma che l'Agenzia delle Entrate di Cosenza, così come l'Agente per la riscossione di Cosenza, hanno confermato l'assoluta ritualità e regolarità della posizione tributaria della società; f) non si comprende perché l'Amministrazione non abbia inteso formulare rituale richiesta all'Agenzia delle Entrate di Roma, sebbene debitamente sollecitata al riguardo; g) le circostanze sopra indicate depongono univocamente per la sussistenza del vizio di difetto di istruttoria e di difetto di motivazione.

Il Comune di Catania, costituitosi in giudizio, ha inizialmente eccepito il proprio difetto di legittimazione passiva, sollecitando, ad ogni buon conto,

una pronuncia di rigetto del ricorso.

Si è costituito in giudizio anche il Commissario di Governo contro il Dissesto Idrogeologico nella Regione Siciliana, chiedendo il rigetto del ricorso e osservando, in sintesi, quanto segue: a) le istanze presentate dalla società non erano idonee a consentire l'effettiva verifica sulla regolarità fiscale della società mandante; b) con nota in data 30 marzo 2021 l'ANAC ha, infatti, precisato che l'iniziale attestazione negativa avrebbe potuto essere superata solo mediante ulteriore attestazione dell'Agenzia delle Entrate riferita espressamente alla situazione dell'operatore economico alla data dell'elaborazione della richiesta originaria, mentre le note presentate dalla società mandante non si riferivano alla data di elaborazione della richiesta originaria da parte della stazione appaltante; c) nell'ambito delle procedure di aggiudicazione, a fronte di un'attestazione di irregolarità fiscale rilasciata dall'Agenzia delle Entrate, la stazione appaltante è tenuta a disporre l'esclusione del concorrente; d) l'Amministrazione ha operato la propria verifica nel rispetto delle prescrizioni di cui alla deliberazione ANAC n. 157/2016; e) avendo la stazione appaltante ricevuto in data 11 marzo 2021 l'ennesima attestazione negativa relativa alla società mandante (tenuto anche conto delle vicende relative ad altra procedura) e non essendo stata riscontrata l'istanza n. 654 in data 11 febbraio 2021 (quando erano ormai decorsi i venti giorni cui ha fatto riferimento la parte ricorrente), non poteva che disporsi l'esclusione del raggruppamento interessato; f) inoltre, la relazione di accompagnamento alla deliberazione dell'ANAC n. 157/2016 non impone alcun arresto procedimentale, né impedisce alla stazione appaltante di procedere all'immediata esclusione dell'operatore a seguito di esito negativo dell'accertamento fiscale; g) deve aggiungersi che la società mandante ha sede operativa a Cosenza e l'effettiva sussistenza di una pendenza tributaria gestita in tale sede emerge anche dai documenti depositati dalla controparte; h) occorre, poi, ribadire che le note in data 11 e 18 marzo 2021 non erano idonee a dimostrare che alla data dell'11 marzo 2021 la posizione fiscale della

mandante fosse regolare e che la stessa avesse mantenuto, senza soluzione di continuità e per tutto l'iter procedurale, il requisito di cui all'art. 80, quarto comma, del decreto legislativo n. 50/2016.

Con memoria depositata in data 23 aprile 2021 il Comune di Catania, oltre a ribadire e ulteriormente illustrare le difese già svolte, ha eccepito l'incompetenza territoriale di questa Sezione Staccata del Tribunale Amministrativo Regionale in favore della sede di Palermo.

Avuto riguardo alla formulazione di tale eccezione, il giudizio è stato rimesso al Presidente del T.A.R. della Sicilia, il quale ha indicato il T.A.R. di Catania quale giudice territorialmente competente.

Con memoria in data 26 aprile 2021 la ricorrente, nel ribadire le proprie difese, ha osservato, in particolare, che nel caso di specie doveva ritenersi sussistente la legittimazione passiva del Comune di Catania, il quale è il soggetto beneficiario dell'intervento e ciò anche tenuto conto che il responsabile unico del procedimento è un dipendente di tale Amministrazione.

Si è costituita in giudizio anche la Studio Galli Ingegneria S.r.l.

Con memoria in data 26 aprile 2021 la ricorrente ha osservato, in sintesi quanto segue: a) a differenza di quanto ritenuto dall'Amministrazione, la stazione appaltante deve formulare comunicazione preventiva all'operatore economico in ordine all'esistenza dell'irregolarità, mentre nel caso di specie si è provveduto all'esclusione diretta; b) si tratta di una violazione sostanziale in quanto gli accertamenti compiuti unilateralmente dall'Amministrazione sono consistiti in richieste formulate all'Agenzia delle Entrate di Cosenza, la quale era territorialmente incompetente; c) in ogni caso la richiesta avrebbe dovuto essere formulata, non all'Agenzia delle Entrate di Cosenza o di Roma, ma all'Agente della riscossione di Cosenza, il quale avrebbe confermato la sussistenza di una pendenza tributaria non in sofferenza; d) non può quindi contestarsi alla ricorrente di non aver dato prova della regolarità nell'intero periodo di riferimento, in quanto la stazione appaltante non ha dato corso ad

un valido procedimento di verifica, provvedendo all'esclusione immediata senza alcuna comunicazione preventiva; e) a nulla rileva, tra l'altro, la circostanza che in altra procedura di gara la ricorrente sia stata esclusa e non abbia formulato impugnazioni, trattandosi di casi e provvedimenti diversi e in quanto la circostanza della mancata impugnazione di altra esclusione non costituisce acquiescenza all'esclusione disposta nella procedura di cui si tratta.

Con memoria in data 21 maggio 2021 la ricorrente ha ribadito le proprie difese, osservando, in particolare, quanto segue: a) come risulta dalla documentazione depositata in data 19 maggio 2021, sono stati chiusi i procedimenti di verifica della regolarità fiscale attivati da altre stazioni appaltanti, le quali hanno ritualmente espletato gli accertamenti presso gli uffici finanziari competenti; b) occorre anche aggiungere che l'esclusione disposta in altra procedura non è stata impugnata in quanto l'Amministrazione avrebbe provveduto, come poi è effettivamente avvenuto con provvedimento n. 843 in data 28 aprile 2021 (versato in atti), all'annullamento in autotutela della gara.

Con memoria in data 10 novembre 2021 la ricorrente ha ulteriormente ribadito le proprie difese.

Nella pubblica udienza in data odierna la causa è stata trattenuta in decisione.

A giudizio del Collegio il ricorso è infondato per le ragioni di seguito indicate.

La stazione appaltante ha effettuato l'interrogazione in data 18 febbraio 2021 e il portale AVC-Pass, con elaborazione in data 3 marzo 2021, ha fornito esito di irregolarità con riferimento all'ambito provinciale di Cosenza.

Come ripetutamente affermato dalla giurisprudenza (T.A.R. Campania, Napoli Sez. I, 3 febbraio 2022, n. 775; Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria n. 8/2012; Consiglio di Stato, Sez. V, n. 2682/2013; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. I, 9 gennaio 2020, n. 114; T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. II, 7 maggio 2021, n. 681; T.A.R. Veneto, Venezia, Sez. I, 18 marzo 2021, n. 378; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VIII, 9 marzo 2020, n. 1053; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. I, 11 novembre 2019, n. 5341; T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III, 22 gennaio 2019,

n.810; Consiglio di Stato, Sez. V, 8 aprile 2019, n. 2279; Consiglio di Stato, Sez. V, 12 febbraio 2018, n. 856; Consiglio di Stato, Sez. V, 21 giugno 2012, n. 3663; Consiglio di Stato, Sez. V, 18 gennaio 2011, n. 789; T.A.R. Campania Napoli Sez. I, 9 gennaio 2020, n. 114), in materia di gare pubbliche, le certificazioni relative alla regolarità contributiva e tributaria delle imprese partecipanti, emanate dagli organi preposti si impongono alle stazioni appaltanti che non possono in alcun modo sindacarne il contenuto, non residuando alle stesse alcun potere valutativo sul contenuto o sui presupposti di tali certificazioni: spetta, infatti, in via esclusiva all'Agenzia delle Entrate il compito di dare un giudizio sulla regolarità fiscale dei partecipanti a una gara pubblica, non disponendo la stazione appaltante di alcun potere di autonomo apprezzamento del contenuto delle certificazioni di regolarità tributaria, ciò al pari della valutazione circa la gravità o meno della infrazione previdenziale, riservata agli enti previdenziali.

La ricorrente, non ha fornito prova nel corso del procedimento o nella presente sede giurisdizionale del presunto errore materiale che, in ipotesi, sarebbe stato compiuto dalla competente Amministrazione nel rendere l'attestazione di cui si tratta, atteso che tale attestazione è stata resa in data 3 marzo 2021 e l'interessata, come risulta dalle menzionate note (e dai relativi allegati) del 15 marzo, 18 marzo e 1 aprile 2021, non ha dimostrato e documentato una posizione di regolarità fiscale al 3 marzo 2021, ma in relazione ad un'epoca - pur di poco - successiva.

Né può assumere significato il rilievo della ricorrente secondo cui l'Agenzia delle Entrate di Cosenza non sarebbe stata territorialmente competente, poiché, a prescindere da ogni altra considerazione, la stazione appaltante, come risulta dalla giurisprudenza che è stata indicata, non dispone del potere di sindacare le attestazioni che sono state rese, neppure sotto lo specifico profilo della competenza territoriale.

Tanto precisato, neppure può trovare accoglimento la censura con cui l'interessata ha lamentato l'omessa comunicazione di avvio del procedimento,

in quanto: a) a fronte di una posizione certificata di irregolarità fiscale, la stazione appaltante è obbligata a disporre l'esclusione dalla procedura, sicché la sua determinazione presenta un contenuto vincolato e la mancata comunicazione di avvio del procedimento risulta, quindi, ininfluenza ai sensi dell'art. 21-octies, secondo comma, della legge n. 241/1990; b) tale conclusione non è scalfita dal contenuto delle Linee Guida dell'ANAC, poiché, per quanto l'interlocuzione con la parte interessata sia consigliata e preferibile, l'eventuale omissione del contraddittorio procedimentale, a fronte del contenuto vincolato dell'atto, è comunque irrilevante ai sensi del citato art. 21-octies, secondo comma; c) anche a prescindere da tale rilievo, la società non ha fornito la prova che il suo apporto collaborativo avrebbe potuto condurre ad una soluzione differente, non essendo stata prodotta alcuna documentazione dalla quale risulti una posizione di regolarità fiscale alla data del 3 marzo 2021; d) pertanto, in base agli atti in possesso del Tribunale deve ritenersi che la decisione assunta dalla stazione appaltante non avrebbe potuto avere diverso contenuto dispositivo e ciò preclude, comunque, il suo annullamento ai sensi del già citato art. 21-octies, secondo comma, della legge n. 241/1990; e) la ricorrente avrebbe potuto, invece, conseguire l'annullamento della determinazione adottata dalla stazione appaltante certificando in questa sede la posizione di regolarità fiscale al 3 marzo 2021 (nonché per l'intero corso del procedimento sino alla decisione di esclusione), ma ciò non è avvenuto, sicché il ricorso non può trovare accoglimento.

Per le considerazioni che precedono il ricorso va rigettato, mentre, tenuto conto del complessivo svolgimento della vicenda, le spese di lite possono essere compensate.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia, Sezione Staccata di Catania (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso come in epigrafe proposto, lo rigetta e compensa fra le parti le spese di giudizio.

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

Così deciso in Catania nella camera di consiglio del giorno 1 dicembre 2021

con l'intervento dei magistrati:

Daniele Burzichelli, Presidente, Estensore

Giuseppa Leggio, Consigliere

Gustavo Giovanni Rosario Cumin, Consigliere

IL PRESIDENTE, ESTENSORE

Daniele Burzichelli

IL SEGRETARIO