

N. 00020/2013REG.PROV.COLL.

N. 00017/2013 REG.RIC.A.P.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Adunanza Plenaria)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 17 di A.P. del 2013, proposto da:

Teknoservice Srl, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti Mario Sanino e Luigi Gili, con domicilio eletto presso il primo, in via Parioli, n. 180;

contro

Consorzio Intercomunale di Servizi Per L'Ambiente - Cisa Ciriè, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avv. Antonio Finocchiaro, Andrea Manzi, con domicilio eletto presso Andrea Manzi in Roma, via Confalonieri N. 5; Armellini Srl;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. PIEMONTE - TORINO: SEZIONE I n. 00635/2012, resa tra le parti, concernente revoca aggiudicazione del servizio raccolta e trasporto rifiuti solidi urbani nei comuni di Ciriè e San Francesco al Campo – risarcimento danni

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Consorzio Intercomunale di Servizi Per L'Ambiente - Cisa Ciriè;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 27 maggio 2013 il Cons. Francesco Caringella e uditi per le parti gli avvocati Sanino e Manzi;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. La Teknoservice s.r.l. partecipava alla procedura ristretta bandita dal Consorzio Intercomunale di Servizi per l'Ambiente (CISA) per l'affidamento quinquennale dei servizi di raccolta e trasporto dei rifiuti solidi urbani e assimilati, di raccolta differenziata e nettezza urbana nei Comuni di Ciriè e di San Francesco al Campo, procedura da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa per un importo a base d'asta di € 1.510.982,00.

Nella propria domanda di partecipazione, la predetta società dichiarava di avvalersi dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-professionale di Nuova Spurghi Jet s.r.l..

Quest'ultima società rendeva, quale impresa ausiliaria, la dichiarazione circa la sussistenza dei requisiti generali di cui all'art. 38 del codice dei contratti pubblici, dichiarando, tra l'altro, di non aver commesso violazioni, definitivamente accertate, rispetto agli obblighi relativi al pagamento di imposte e tasse.

All'esito della procedura di gara, la stazione appaltante adottava il provvedimento del 28 giugno 2013, che disponeva l'aggiudicazione provvisoria in favore della Teknoservice.

2. Il successivo 29 giugno la stazione appaltante comunicava tuttavia all'aggiudicataria l'avvio del procedimento di revoca dell'aggiudicazione provvisoria a seguito della verifica dei requisiti dichiarati dall'impresa ausiliaria Nuova Spurghi Jet. Segnatamente, da informazioni assunte presso l'Agenzia delle Entrate, era risultata l'esistenza a carico della predetta società di debiti tributari definitivamente accertati e non ancora pagati.

In particolare, secondo la comunicazione dell'Agenzia delle Entrate del 27.06.2011, risultavano a quella data insolute le seguenti cartelle esattoriali:

- cartella n. 110 2010 00110054 64, notificata il 26 marzo 2010, per € 2.338,78;
- cartella n. 110 2010 001666698 71, notificata il 17 aprile 2010, per € 4.403,89;
- cartella n. 110 2011 00059463 48, notificata il 15 febbraio 2011, per € 57.378,00.

Nell'ambito del procedimento di revoca dell'aggiudicazione, Teknoservice presentava due memorie di controdeduzioni (il 4.11.2011 e il 07.11.2011) nelle quali rappresentava che:

- le prime due cartelle esattoriali erano già state oggetto di un accordo di rateazione con l'Amministrazione finanziaria intervenuto prima della pubblicazione del bando di gara e prima della dichiarazione ex art. 38 resa dall'impresa ausiliaria, la quale, allo stato, era in regola con il pagamento dei ratei;
- la terza cartella era stata notificata all'impresa ausiliaria in corso di gara, dopo che l'impresa aveva presentato la dichiarazione ex art. 38 (la quale, pertanto, non poteva essere ritenuta non veritiera); la stessa cartella, inoltre, aveva formato oggetto di una richiesta di rateazione formulata dall'interessata in data 30.03.2011 e accolta da Equitalia in data 4 luglio 2011 con accordo di rateazione perfezionatosi prima dell'aggiudicazione definitiva

3. Con provvedimento del consiglio di amministrazione n. 48 del 14 luglio 2011, CISA disponeva la revoca dell'aggiudicazione provvisoria disposta in favore di Teknoservice s.r.l. e aggiudicava definitivamente la gara in favore della società Armellini s.r.l.

4. Con la sentenza appellata i Primi Giudici hanno respinto il ricorso proposto avverso detto provvedimento in una con gli atti consequenziali e connessi, ivi compresi la nota prot. n. 2348 del 20 luglio 2011, con cui CISA aveva comunicato la revoca dell'aggiudicazione provvisoria, la nota prot. n. 2537, 4 agosto 2011, con cui CISA aveva rigettato l'istanza di annullamento in autotutela della suddetta aggiudicazione e la nota prot. n. 2538, 4 agosto 2011, con cui CISA aveva dichiarato efficace l'aggiudicazione definitiva dell'appalto ad Armellini s.r.l., il bando e il capitolato speciale d'appalto.

5. La Teknoservice ha proposto appello con il quale ha contestato gli argomenti posti a fondamento del *decisum* di primo grado.

La stazione appaltate si è costituita in giudizio chiedendo la reiezione del ricorso.

Le parti hanno affidato al deposito di apposite memorie l'ulteriore illustrazione delle rispettive tesi difensive.

6. Ai fini della soluzione della questione di diritto relativa alla portata dell'art. 38, comma 1, lett. g), del codice dei contratti pubblici, la quinta Sezione di questo Consiglio ha deferito con apposita ordinanza la soluzione della controversia al vaglio dell'Adunanza Plenaria ai sensi dell'art. 99 del codice del processo amministrativo.

DIRITTO

1. La questione rimessa all'Adunanza Plenaria riguarda l'individuazione dell'esatta portata del concetto di definitività dell'accertamento della violazione tributaria, ex art. 38, comma 1, lett. g, del codice dei contratti pubblici, laddove vengano in rilievo meccanismi di rateizzazione o dilazione del debito tributario ai sensi dell'art. 19 del d.P.R. 29 settembre 1973, n. 602 e di norme analoghe (cfr. la sospensione amministrativa della riscossione di cui all'art. 39 del medesimo DPR n. 602/1973).

2. Deve essere, in via preliminare, riepilogato il quadro normativo che regola la fattispecie sottoposta all'esame dell'Adunanza Plenaria.

L'articolo 38, comma 1, lettera g, del codice dei contratti pubblici stabilisce che *“sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, né possono essere affidatari di subappalti, e non possono stipulare i relativi contratti i soggetti.... che hanno commesso violazioni gravi, definitivamente accertate, rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse, secondo la legislazione italiana o quella dello Stato in cui sono stabiliti”*.

Il d.l. 13 maggio 2011, n. 70, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 2011, n. 106, ha dettato un parametro quantitativo cui ancorare l'elemento della gravità della violazione (*“si intendono gravi le violazioni che comportano un omesso pagamento di imposte e tasse per un importo 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”*).

Su altro fronte, il d.l. 2 marzo 2012, n. 16, convertito in legge 26 aprile 2012, n. 44, è intervenuto fornendo una definizione normativa di “definitività” dell'accertamento (art. 1, comma 5, modificativo del comma 2 dell'art. 38 cit.: *“costituiscono violazioni definitivamente accertate quelle relative all'obbligo di pagamento di debiti per imposte e tasse certi, scaduti ed esigibili”*), e, al contempo, regolando le situazioni poste in essere precedentemente all'entrata in vigore dello stesso decreto (art. 1, comma 6 : *“Sono fatti salvi i comportamenti già adottati alla data di entrata in vigore del presente decreto dalle stazioni appaltanti in coerenza con la previsione contenuta nel comma 5”*).

La *ratio* della normativa fin qui passata in rassegna risponde all'esigenza di garantire l'amministrazione pubblica in ordine alla solvibilità e alla solidità finanziaria del soggetto con il quale essa contrae.

Concentrando l'esame sul concetto di "violazione definitivamente accertata", occorre poi rammentare che l'art. 38 citato è direttamente attuativo dell'articolo 45 della direttiva n. 2004/18, norma volta ad accertare la sussistenza dei presupposti di generale solvibilità dell'eventuale futuro contraente della pubblica amministrazione (Cons. Stato, sez. III, 5 marzo 2013, n. 1332).

L'attribuzione di un effetto rigidamente preclusivo all'inadempimento fiscale legislativamente qualificato risponde all'esigenza di contemperare la tendenza dell'ordinamento ad ampliare la platea dei soggetti ammessi alle procedure di gara alla stregua del canone del *favor participationis* con la necessaria tutela dell'interesse del contraente pubblico ad evitare la stipulazione con soggetti gravati da debiti tributari che incidono in modo significativo sull'affidabilità e sulla solidità finanziaria degli stessi.

3. Tanto premesso in merito alla coordinate normative di riferimento e alla *ratio* che le ispira, si tratta di stabilire se, ai fini dell'integrazione del requisito della regolarità fiscale di cui all'art. 38 cit., sia sufficiente che, entro il termine di presentazione dell'offerta, sia stata presentata da parte del concorrente istanza di rateazione del debito tributario oppure occorra che il relativo procedimento si sia concluso con un provvedimento favorevole.

4. E' da rilevarsi che, con riguardo alla questione di diritto rimessa all'Adunanza Plenaria, l'ordinanza di remissione ha così riassunto le opzioni ermeneutiche astrattamente percorribili:

-una tesi più rigorosa ritiene che, ai fini della regolarizzazione della posizione fiscale, sia necessaria la positiva definizione del procedimento di rateazione con l'accoglimento dell'istanza del contribuente prima del decorso del termine fissato dalla *lex specialis* per la presentazione della domanda di partecipazione;

- una tesi più elastica annette rilievo già alla presentazione dell'istanza di rateazione entro il suddetto confine temporale;

-una linea interpretativa mediana ammette alla partecipazione l'impresa che abbia presentato istanza di rateizzazione, *sub condicione* della positiva definizione della procedura prima dell'aggiudicazione della gara e della conseguente stipulazione del contratto.

5. Il Collegio ritiene che la *quaestio iuris* debba essere risolta in conformità al prevalente indirizzo interpretativo affermatosi *in subiecta materia*, da ultimo confermato da questa Adunanza Plenaria con la sentenza 5 giugno 2013, n. 15.

5.1. La giurisprudenza comunitaria (cfr. Corte giust. CE, Sez. I, 09 febbraio 2007, n. 228/04 e 226/04) e quella nazionale (cfr., *ex multis*, Cons. St., sez. IV, 22 marzo 2013, n. 1633; sez. III, 5 marzo 2013, n. 1332; sez. VI, 29 gennaio 2013, n. 531; sez. V, 18 novembre 2011, n. 6084), al pari dell'Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici (cfr. determinazione 16 maggio 2012, n. 1; determinazione 12 gennaio 2010, n. 1; parere 12 febbraio 2009, n. 23; deliberazione 18 aprile 2007, n. 120), hanno anche di recente ribadito, sulla scorta di argomentazioni suscettibili di condivisione, l'adesione alla tesi più rigorosa secondo cui il requisito della regolarità fiscale può dirsi sussistente solo qualora, prima del decorso del termine per la presentazione della domanda di partecipazione alla gara di appalto, l'istanza di rateizzazione sia stata accolta con l'adozione del relativo provvedimento costitutivo.

Si è a tale stregua subordinata l'ammissione alla procedura alla condizione che "l'istanza di rateizzazione sia stata accolta prima della scadenza del termine di presentazione della domanda di partecipazione alla gara e preceda l'autodichiarazione circa il possesso della regolarità, essendo inammissibile una dichiarazione che

attesti il possesso di un requisito in data futura” (Cons. Stato sez. VI n. 531/2013 cit.; vedi anche, *ex plurimis*, Cons. St., sez. V, 18 novembre 2011, n. 6084, che mette l’accento sulle condizioni di ammissione date dall’ “ottenimento della rateizzazione” o dalla “dimostrazione di aver beneficiato di un concordato al fine di una rateizzazione o di una riduzione dei debiti”).

5.2. La bontà della tesi sposata dalla giurisprudenza pressoché univoca di questo Consiglio trova riscontro nella conformazione nella disciplina dell’istituto della rateizzazione fiscale ex art. 19 del d.P.R. n. 602/1973.

5.2.1. Sul piano teleologico la rateizzazione del debito tributario è espressione del favore legislativo verso i contribuenti in temporanea difficoltà economica, ai quali viene offerta la possibilità di regolarizzare la propria posizione tributaria senza incorrere nel rischio di insolvenza. Pertanto, condizione per la concessione del beneficio è la dimostrazione dell’ obiettiva situazione di temporanea difficoltà in cui versa il debitore impossibilitato a pagare in un’ unica soluzione il debito iscritto a ruolo e, tuttavia, in grado di sopportare l’ onere finanziario derivante dalla ripartizione dello stesso debito in un numero di rate congruo rispetto alle sue condizioni patrimoniali.

5.2.2. Sul versante tecnico la rateizzazione si traduce in un beneficio che, una volta accordato, comporta la sostituzione del debito originario con uno diverso, secondo un meccanismo di stampo estintivo-constitutivo che dà la stura a una novazione dell’ obbligazione originaria (cfr. Cons. St., Sez. IV, 22 marzo 2013, n. 1633).

L’ ammissione alla rateizzazione, rimodulando la scadenza dei debiti tributari e differendone l’ esigibilità, implica quindi la sostituzione dell’ originaria obbligazione a seguito dell’ insorgenza di un nuovo rapporto obbligatorio secondo i canoni della novazione oggettiva di cui agli artt. 1230 e seguenti del codice civile.

Il risultato è la nascita di una nuova obbligazione tributaria, caratterizzata da un preciso piano di ammortamento e soggetta a una specifica disciplina per il caso di mancato pagamento delle rate.

5.2.3. La configurazione del meccanismo novativo fa sì che, nell’ arco di tempo che precede l’ accoglimento della domanda, resta in vita il debito originario, la cui esistenza è ammessa dallo stesso contribuente con la presentazione della domanda di dilazione del pagamento delle somme iscritte a ruolo.

Il debito che grava sul contribuente prima dell’ accoglimento dell’ istanza, in caso di istanza di rateizzazione non ancora accolta all’ atto della scadenza dei termini di presentazione delle domande di partecipazione, è quindi unicamente quello originario, in quanto tale certo (tanto nella sua esistenza quanto nel suo ammontare), scaduto ed esigibile nei sensi richiesti dal comma 2 dell’ art. 38 del codice dei contratti pubblici.

A sostegno dell’ assunto depone viepiù la considerazione che l’ art. 19 del d.P.R. 29 settembre 1973, n. 602, nel regolamentare l’ istituto della dilazione del pagamento, al comma 1-*quater*, pone quale unico limite all’ attività forzata dell’ agente della riscossione, una volta ricevuta la richiesta di rateazione, l’ inibizione all’ iscrizione di ipoteca ex art. 77. Ne deriva che, salva questa specifica prescrizione di favore a tutela del debitore richiedente, la presentazione dell’ istanza non incide ex se sull’ esigibilità del credito originario e sulla conseguente possibilità per il creditore pubblico di dare impulso alle procedure finalizzate alla relativa riscossione *in executivis*.

Va soggiunto che l’ inidoneità della mera presentazione dell’ istanza di dilazione a soddisfare il requisito della regolarità contributiva è corroborata dalla considerazione che l’ ammissione alla rateazione non costituisce, di norma (fa eccezione l’ art. 38 del d. lgs. 31 ottobre 1990, n. 346, relativo all’ imposta di successione), atto dovuto, in quanto l’ art. 19 del d.P.R. n. 602/1973 conferisce all’ Amministrazione il potere discrezionale di valutare quell’ "obiettiva difficoltà economica" che si è in precedenza visto essere presupposto per la concessione del beneficio. Ne deriva che l’ ammissione alla procedura del concorrente che non abbia ancora

ottenuto il provvedimento favorevole, oltre a sancire una deroga atipica al principio secondo cui i requisiti di partecipazione alle gare vanno verificati al momento della scadenza dei termini fissati per la presentazione delle domande, innesterebbe nello svolgimento della procedura di evidenza pubblica il fattore di incertezza legato all'accertamento di un requisito in fieri, collegato alla variabile della valutazione discrezionale dell'amministrazione tributaria.

5.3. Le considerazioni da ultimo esposte ostano alla praticabilità anche della tesi mediana secondo cui l'istante che abbia presentato richiesta di rateazione dovrebbe essere ammesso a condizione del conseguimento del beneficio nel corso della procedura di gara.

A sostegno della soluzione in esame non può, infatti, militare in modo decisivo la valorizzazione del principio del *favor participationis*, in quanto la preferenza per un ampliamento del novero dei partecipanti non è un valore assoluto ma deve essere ricondotta nel suo alveo naturale, dato dalla sua funzione di strumento volto al conseguimento dell'obiettivo di assicurare la scelta del miglior contraente in una gara celere e trasparente alla stregua del codice dei contratti pubblici.

Il *favor admissionis* non può pertanto giustificare l'ammissione di un contraente, sprovvisto al momento della domanda del requisito della regolarità tributaria, in forza di una riserva il cui scioglimento sarebbe caratterizzato da profili di aleatorietà sia sul piano dell'an che sul versante del quando.

Il principio della certezza del quadro delle regole e dei tempi della procedura di evidenza pubblica impone, infatti, che i requisiti di partecipazione siano verificati in modo compiuto al momento della scadenza dei termini di presentazione delle domande e impedisce un'ammissione condizionata che si rifletterebbe negativamente sui valori dell'efficienza e della tempestività dell'azione amministrativa, subordinando l'aggiudicazione e la successiva stipulazione a fattori caratterizzati dagli esposti profili di imponderabilità.

5.4. L'adesione all'orientamento più rigoroso non è scalfito, ai fini che in questa sede rilevano, dalla citata novella normativa secondo cui "costituiscono violazioni definitivamente accertate quelle relative all'obbligo di pagamento di debiti per imposte e tasse certi, scaduti ed esigibili" (art. 1, comma 5, del decreto legge n. 16/2012 cit.).

Si è già osservato in precedenza che la presentazione di un'istanza di ripartizione del debito in rate, dando la stura ad un meccanismo volto alla produzione di un fenomeno novativo, non incide, alla luce della disciplina tributaria e della normativa civilistica, sulla sussistenza dei suddetti requisiti del credito nelle more della definizione della procedura.

Detto assunto è confermato dal tenore dei lavori preparatori.

In particolare, dall'esame della relazione tecnica (A.S. 3184) di accompagnamento al d.l. sulle semplificazioni fiscali si ricava come l'intenzione del legislatore fosse quella di intendere non scaduti ed esigibili i debiti per i quali sia stato "concordato un piano di rateazione" rispetto al quale il contribuente è in regola con i pagamenti. Di tenore ancor più inequivocabile è la scheda di lettura (n. 625/4) redatta dall'Ufficio Studi della Camera dei Deputati in data 15 giugno 2012 in cui si afferma che i commi 5 e 6 sono volti a non escludere dalle gare pubbliche il contribuente "ammesso alla rateizzazione" del proprio debito tributario.

È pertanto chiara la volontà di considerare in regola con il fisco unicamente il contribuente cui sia stata accordata la rateizzazione e la conferma del principio secondo cui la mera presentazione dell'istanza di rateazione o dilazione non rileva ai fini della dimostrazione del requisito della regolarità fiscale.

5.5. Non può infine essere valorizzato, in senso contrario alla tesi rigorosa fin qui esposta, l'argomento secondo cui sarebbe iniquo che la tardiva definizione della procedura finalizzata alla concessione della

rateazione o della dilazione si riflettesse negativamente sulla sfera giuridica dell'istante, sub specie di esclusione dalla procedura di evidenza pubblica regolate dal codice dei contratti pubblici. Si deve infatti osservare, in direzione opposta, che l'inibizione legale trova fondamento nella condizione di illiceità fiscale imputabile al concorrente e che il beneficio della rateazione è previsto da una normativa eccezionale i cui effetti favorevoli non possono superare i confini delle espresse previsioni legislative, riflettendosi nell'ammissione alla gara di un soggetto gravato da un debito tributario liquido, scaduto ed esigibile.

6. Questa Adunanza reputa in definitiva che, alla stregua delle considerazioni che precedono, debba trovare conferma l'indirizzo ermeneutico secondo cui non è ammissibile la partecipazione alla procedura di gara, ex art. 38, comma 1, lett. g, del codice dei contratti pubblici, del soggetto che, al momento della scadenza del termine di presentazione della domanda di partecipazione, non abbia conseguito il provvedimento di accoglimento dell'istanza di rateizzazione.

7. L'applicazione di tali coordinate conduce alla reiezione dell'appello, ricavandosi dagli atti di causa che per una delle cartelle esattoriali prese in considerazione dalla stazione appaltante con riferimento alla posizione dell'impresa ausiliaria la rateazione si è perfezionata in data 4 luglio 2011, con accordo di rateazione intervenuto solo nel corso della procedura di gara.

Il consolidato e condivisibile principio giurisprudenziale che richiede la permanenza del possesso del requisito in parola nel corso di tutta la procedura di gara, dimostra l'infondatezza degli argomenti difensivi volti a mettere l'accento sulla duplice peculiarità cronologia che connota la vicenda, in ragione, per un verso, della sopravvenienza della notifica della cartella esattoriale in parola rispetto alla data di scadenza dei termini fissati dalla *lex specialis* per la presentazione delle offerte e, per altro verso, della definizione della procedura di rateazione in un torno di tempo anteriore alla revoca dell'aggiudicazione provvisoria.

Alla favorevole valutazione della doglianza tesa a stigmatizzare la mancanza valutazione dell'effettiva gravità della gravità della violazione fiscale si oppone la considerazione che il requisito della gravità è stato innovativamente introdotto, in epoca posteriore alla pubblicazione della *lex specialis*, dal citato d.l. 13 maggio 2011, n. 70, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 2011, n. 107, in una con il rilievo che, nella specie, l'ammontare del debito fiscale oggetto di accertamento, pari a 57.378,00 euro, consente *ictu oculi* la qualificazione del relativo inadempimento in termini di effettiva gravità.

9. L'appello deve essere, in definitiva, respinto.

La complessità della questione di diritto affrontata giustifica la compensazione delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Adunanza Plenaria)

definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 27 maggio 2013 con l'intervento dei magistrati:

Riccardo Virgilio, Presidente

Pier Giorgio Lignani, Presidente

Stefano Baccharini, Presidente

Pier Giorgio Trovato, Presidente

Paolo Numerico, Presidente

Marzio Branca, Consigliere

Aldo Scola, Consigliere

Vito Poli, Consigliere

Francesco Caringella, Consigliere, Estensore

Maurizio Meschino, Consigliere

Nicola Russo, Consigliere

Salvatore Cacace, Consigliere

Bruno Rosario Polito, Consigliere

IL PRESIDENTE

L'ESTENSORE

IL SEGRETARIO

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 20/08/2013

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

Il Dirigente della Sezione