

[giustizia-amministrativa.it](https://www.giustizia-amministrativa.it)

Sito Istituzionale della Giustizia amministrativa

17-22 minuti

Pubblicato il 14/12/2018

N. 07058/2018REG.PROV.COLL.

N. 03949/2018 REG.RIC.



IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 3949 del 2018, proposto da

Bastone Salvatore s.a.s. di Bastone Stefano & C., in proprio e quale capogruppo mandataria di costituenda Ati con Icm Costruzioni s.r.l., D'Orta s.p.a. e Bastone s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Francesco Antonio Caputo, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Ugo Ogetti, n. 114;

contro

Acciona Agua s.a., in proprio e quale capogruppo mandataria di costituenda Ati con Impresa Del Fiume s.p.a., Castiglia s.r.l. ed Acciona Medio Ambiente s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Ignazio Lagrotta,

con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Lovanio, n. 16;

Impresa del Fiume s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituita in giudizio;

nei confronti

Acquedotto Pugliese s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Massimo Gentile, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Sebino, n. 29;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, sezione staccata di Lecce, Sezione Prima, n. 00672/2018, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello ed i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Acciona Agua s.a., che ha spiegato anche appello incidentale, di Acquedotto Pugliese s.p.a. e di Castiglia s.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 15 novembre 2018 il Cons. Valerio Perotti ed uditi per le parti gli avvocati Caputo, Lagrotta e Gentile;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con bandi di gara pubblicati, ex art. 220 del d.lgs. n. 163 del 2006, sulla g.u.r.i. n. 16 del 25 marzo 2015, previa determina a contrarre n. 1240 62 del 19 dicembre 2014, l'Acquedotto Pugliese s.p.a. avviava l'istituzione di altrettanti accordi-quadro di durata triennale, aventi ad oggetto l'affidamento e l'esecuzione del “*servizio di verifica ed ispezione in continuo delle opere fognarie, compresa l'attività di pronto intervento e spurgo, pulizia e lavaggi*”, del “*servizio di sanificazione delle reti fognarie o di parte di esse*” e dei “*lavori di manutenzione, a guasto o programmata, delle reti idriche e fognarie*”, da svolgersi negli abitati dei comuni del territorio di competenza della stazione appaltante, per un valore complessivo di €. 170.000.000,00 circa.

Il criterio di aggiudicazione adottato per tutte le gare indette era

quello del prezzo più basso, ai sensi dell'articolo 82, comma 3, del d.lgs. n. 163 del 2006 e dell'articolo 119 del d.P.R. n. 207 del 2010, previa verifica della congruità delle offerte anormalmente basse, secondo il procedimento disciplinato dagli articoli 86, 87 ed 88 del d.lgs. n. 163 del 2006.

In particolare, la gara relativa all'affidamento dell'ambito territoriale 8 – Provincia di Taranto, veniva aggiudicata, in via provvisoria, all'Ati avente quale mandataria l'impresa Bastone Salvatore s.a.s. con un ribasso del 36,7689%, seguita dall'Ati Acciona Agua s.a., con un ribasso percentuale del 35,00%.

All'esito delle verifiche istruttorie avviate nei confronti dell'aggiudicataria, la stazione appaltante notificava a quest'ultima, con nota prot. n. 143112 del 5 dicembre 2017, l'avvio del procedimento diretto all'adozione del provvedimento di esclusione dalla gara, per rilevate irregolarità fiscali e contributive, assegnando il termine di 10 giorni per le controdeduzioni.

All'esito dell'esame di queste ultime la stazione appaltante archiviava il procedimento di esclusione.

Con determina prot. n. 9307 del 25 gennaio 2018 veniva disposta l'aggiudicazione della gara, *"in via definitiva ed efficace"*, in favore della predetta Ati, nel contempo autorizzandone *"l'immissione immediata nel servizio, per ragioni d'urgenza[...] con decorrenza dal giorno 01/02/2018 al fine di assicurare, senza soluzione di continuità, l'espletamento del servizio che per evidenti ragioni di pubblica sanità ed igiene non può essere né interrotto né sospeso e porre fine al regime di persistente prorogatio del vigente contratto"*.

Nelle more dell'espletamento della gara, il contratto relativo alla provincia di Taranto, a fronte della scadenza originaria del contratto fissata per il 31 ottobre 2015, era stato fatto oggetto di diverse proroghe, fino al 31 gennaio 2018.

Con nota del prot. n. 9676 del 25 gennaio 2018 veniva quindi data comunicazione a tutti i concorrenti in gara dell'intervenuta aggiudicazione in favore dell'Ati Bastone.

Avverso tale provvedimento la seconda classificata, Ati Acciona, proponeva ricorso al Tribunale amministrativo della Puglia – sede di Bari, il quale peraltro si dichiarava territorialmente incompetente

con ordinanza n. 352 del 15 marzo 2018, in favore della sede staccata di Lecce del medesimo Tribunale.

Riassunto il giudizio si costituivano sia l'Acquedotto Pugliese s.p.a. che la controinteressata Ati Bastone, contestando la fondatezza del gravame e chiedendone la reiezione.

Con la sentenza 20 aprile 2018, n. 672 il Tribunale amministrativo della Puglia – sezione staccata di Lecce, sez. I – ha accolto il ricorso, ritenendo che all'aggiudicataria facesse difetto il possesso dei requisiti di regolarità fiscale e contributiva, che devono invece essere presenti già dal momento della presentazione delle offerte e permanere per tutta la durata della procedura di gara, fino alla stipula del contratto; è stata tuttavia la domanda di aggiudicazione diretta della gara in favore della ricorrente.

Avverso tale decisione l'Ati Bastone ha interposto appello, lamentando:

1. Error in iudicando dei primi giudici per eccesso di potere giurisdizionale, atteso il travisamento dei dati tabulari di riferimento. Disapplicazione della guarentigia di persistenza del requisito controverso disposta dalla combinata lettura dell'art. 38, comma 1, lett. g) con la successiva specifica sulla qualificazione di "definizione accertata" dettata dal susseguente (e correlato) comma 2, terzo periodo, seconda parte d.lgs. 163/06. Violazione di legge per mancata considerazione dell'agevolazione prevista dall'art. 6 d.l. 193/16, convertito in l. 225/16.

2. Error in iudicando dei primi giudici per travisamento dei rilevanti dati di accertamento presupposti e del principio del (legittimo) affidamento contrattuale, alla luce della sez. IV, titolata: "Procedura", punto IV.3.6) del bando di gara, letto combinatamente all'art. 11, comma 6, secondo e terzo periodo d.lgs. 163/06.

Interruzione medio tempore del vincolo della sussistenza dell'assenza di soluzione di continuità della regolarità imposta dall'art. 38, comma 1, lett. i) d.lgs. 163/06 in capo alla mandante Bastone s.r.l.

Fideiacenza del Durc prot. n. Inail_9753763 datato 4.12.17 ed irrilevanza del Durc prot. n. Inail_9112554 datato 11.10.17, in spregio alle norme civilistiche di riferimento.

La controinteressata Acciona Agua s.a. ha resistito al gravame,

chiedendone il rigetto del gravame e spiegando a sua volta appello incidentale, così riproponendo i motivi di ricorso (e la richiesta di subentro nell'aggiudicazione della gara) non accolti dal primo giudice.

Anche Acquedotto Pugliese s.p.a. si è costituita in giudizio, concludendo per la reiezione dell'appello.

Le parti hanno illustrato con apposite memorie le proprie rispettive tesi difensive ed all'udienza del 15 novembre 2018, dopo la rituale discussione, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

Con il primo motivo di appello il RTI aggiudicatario ha dedotto che, per un verso, al momento della presentazione della domanda di partecipazione alla gara era in regola con quanto prescritto dall'art. 38, comma 1, lett. g) del d.lgs. n. 163 del 2006, e, per altro verso, che tale norma andrebbe letta in combinato disposto con il secondo comma, terzo periodo, dell'art. 38 d.lgs. n. 163 del 2006, così che cui dovrebbero intendersi, per *“definizione accertata”*, solamente quella relativa a debiti, imposte e tasse certi, scaduti ed esigibili, requisiti tutti contemporaneamente sussistenti.

Per l'effetto, solo la notifica della cartella esattoriale certificherebbe l'esigibilità del debito, di talché sino a tale momento quest'ultimo non potrebbe dirsi *“definitivamente accertato”* ai fini dell'art. 38 cit.; d'altra parte possibilità eccezionalmente concessa di usufruire, nei termini di legge (e solo all'esito di detta notifica), della c.d.

“rottamazione”, avrebbe in ogni caso comportato il venir meno di tale esigibilità. Secondo l'appellante, detto beneficio lo avrebbe reso (*recte*, avrebbe reso la sua ausiliaria) perfettamente in regola e la stazione appaltante – informata al riguardo dalla parte privata – avrebbe dovuto adoperarsi presso quella pubblica per gli opportuni scopi chiarificatori.

Il motivo non è fondato.

Va infatti confermato il generale principio (ribadito da Cons. Stato, V, 12 febbraio 2018, n. 856), dal quale non vi sono ragioni per discostarsi, secondo cui *“la definitività dell'accertamento tributario decorre non dalla notifica della cartella esattoriale – in sé, semplice atto con cui l'agente della riscossione chiede il pagamento di una somma di denaro per conto di un ente creditore, dopo aver*

informato il debitore che il detto ente ha provveduto all'iscrizione a ruolo di quanto indicato in un precedente avviso di accertamento – bensì dalla comunicazione di quest'ultimo. La cartella di pagamento (che infatti non è atto del titolare della pretesa tributaria, ma del soggetto incaricato della riscossione) “costituisce solo uno strumento in cui viene enunciata una pregressa richiesta di natura sostanziale, cioè non possiede [...] alcuna autonomia che consenta di impugnarla prescindendo dagli atti in cui l'obbligazione è stata enunciata” (ex multis, Cass., SS.UU., 8 febbraio 2008, n. 3001), laddove è l'avviso di accertamento l'atto mediante il quale l'ente impositore notifica formalmente la pretesa tributaria al contribuente, a seguito di un'attività di controllo sostanziale”.

Nel caso di specie la definitività dell'accertamento della debenza fiscale era antecedente alla notifica delle cartelle esattoriali, con conseguente carenza *ab origine* di un requisito indispensabile di partecipazione alla gara, requisito che la successiva “rottamazione” non avrebbe certo potuto ricostituire “ora per allora”.

Del resto la definitività nel caso in esame delle pretese tributarie era comprovata dall'attestazione acquisita d'ufficio dalla stazione appaltante e resa dall'Agenzia delle entrate di Roma in 14 settembre 2017, a fronte della quale la prima non aveva altra possibilità che di escludere detta società dalla gara, essendole preclusa un'autonoma valutazione della questione (ex

multis, Cons. Stato, V, 21 giugno 2012, n. 3663; V, 18 gennaio 2011, n. 789).

Con il secondo motivo di appello si sostiene invece che, non sussistendo nel periodo intercorrente tra il 1° gennaio 2017 ed il 5 dicembre 2017 alcun obbligo del concorrente nei confronti della stazione appaltante, il Durc negativo *medio tempore* (datato 11 luglio 2017) non avrebbe alcuna rilevanza ai fini della sussistenza e/o permanenza dei requisiti di partecipazione alla gara.

Nella specie infatti, poiché il termine per la presentazione delle offerte era fissato al 15 maggio 2015 (punto IV.3.4 del bando di gara) e poi prorogato al 1° giugno 15, il termine di 180 giorni di validità ed impegnatività dell'offerta era venuto a scadere il 1° dicembre 2015.

Scaduto tale termine senza che la procedura di gara si sia

conclusa, secondo la giurisprudenza invocata dall'appellante, i concorrenti sarebbero liberi da ogni impegno e quindi eventualmente anche di rifiutare l'aggiudicazione dell'appalto, senza incorrere in responsabilità da inadempimento, ferma la possibilità per l'amministrazione di proseguire la gara tra i concorrenti che abbiano invece ritenuto, anche per fatti concludenti, di mantenere ancora efficace l'offerta.

Nel caso di specie, il 4 agosto 2016, con comunicazione prot. n. 84308, la stazione appaltante aveva differito il predetto termine al 31 dicembre 2016, chiedendo ai concorrenti l'invio dei documenti e appendice di polizza fideiussoria entro il 30 agosto 2016.

La successiva comunicazione della stazione appaltante era del 5 dicembre 2017, laddove il 4 dicembre 2017 il Durc della società Bastone s.r.l. era (nuovamente) regolare.

Secondo l'appellante *“nell'intercorrente periodo”* – ossia dopo il 1° dicembre 2015 – *“già oggetto di propedeutico differimento, per l'appunto, consentito dal legislatore, il rapporto fra R.T.I. aggiudicatario (e per esso, fra mandante) e Acquedotto Pugliese si interrompe proprio perché la proposta (e quindi l'offerta latamente intesa) deve rimanere già ferma per il periodo prestabilito e poi rinnovato (e non oltre). Allorché, l'Ente Appaltante si ripropone (5.12.17) il DURC è regolare”*, così che avrebbe errato il primo giudice, secondo cui il requisito *medio tempore* *“è venuto meno in corso di gara”*, poiché in quel lasso di tempo non vi sarebbe stata alcuna obbligazione che vincolasse giuridicamente le parti.

Il motivo è destituito di fondamento.

Invero, per consolidata giurisprudenza (*ex multis*, Ad. plen. 20 luglio 2015, n. 8) *“nelle gare di appalto i requisiti generali e speciali devono essere posseduti dai candidati non solo alla data di scadenza del termine per la presentazione della richiesta di partecipazione alla procedura di affidamento, ma anche per tutta la durata della procedura stessa fino all'aggiudicazione definitiva ed alla stipula del contratto, nonché per tutto il periodo dell'esecuzione dello stesso, senza soluzione di continuità”*.

Se è infatti corretto sostenere che, una volta inutilmente decorso il termine di 180 giorni senza che si sia conclusa la procedura di gara, è data facoltà ai partecipanti alla stessa di liberarsi

unilateralmente da ogni impegno assunto nei confronti della stazione appaltante in ragione di detta partecipazione, è pur vero che ciò non vale per le imprese che liberamente decidano di rimanere in gara (anche solo per fatti concludenti, non manifestando cioè un intendimento contrario), per le quali tali obblighi continuano a permanere, senza soluzione di continuità.

Nel caso di specie, da un lato il Rti appellante non aveva manifestato alcun intendimento di abbandonare la procedura, una volta scaduto il termine dei 180 giorni dalla scadenza del termine per presentare le offerte, dall'altro neppure aveva contestato che nelle more della stessa – sia pure nel periodo di proroga – fosse sopravvenuto un Durc negativo a carico di una delle società mandanti.

Né l'irregolarità nel versamento dei contributi previdenziali – circostanza di per sé automaticamente escludente in base alla legge – può trovare giustificazione sanante nell'eventualità (peraltro, tutta da dimostrare) che il debito previdenziale era eventualmente dovuto a difficoltà finanziarie conseguenti al ritardato pagamento, da parte della stessa stazione appaltante, di un credito vantato dall'impresa per certificati di pagamento relativi ai bimestri contabili maggio-giugno 2017 e relative fatture (emesse nel luglio 2017).

Venendo adesso ai motivi di appello incidentale proposti da Acciona Agua s.a., la reiezione dell'appello principale determina l'improcedibilità dei primi due di essi per sopravvenuta carenza di interesse.

Ad identiche conclusioni deve giungersi anche per il terzo e il quarto motivo, alla luce di quanto preliminarmente dedotto dall'appellante incidentale nella propria memoria difensiva del 30 ottobre 2018, avendo nelle more la stazione appaltante – che aveva affidato d'urgenza il servizio in favore dell'Ati Bastone – successivamente dichiarato inefficace il contratto stipulato ad aggiudicazione annullata con l'Ati medesima, immettendo quindi nel servizio Acciona Agua s.a. a far data dal 16 luglio 2018, stipulando il relativo contratto d'appalto.

In conclusione l'appello principale va respinto, mentre quello incidentale va dichiarato improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse.

Le spese, liquidate come da dispositivo seguono la soccombenza nei confronti di Acciona Agua s.a., mentre possono compensarsi con l'Acquedotto Pugliese S.p.A., stante che la particolarità della vicenda.

P.Q.M.

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

Dichiara improcedibile l'appello incidentale proposto da Acciona Agua s.a.

Condanna l'appellante al pagamento, in favore di Acciona Agua s.a., delle spese di lite del grado di giudizio, che liquida complessivamente in euro 4.000,00 (quattromila/00), oltre Iva e Cpa se dovuti.

Compensa integralmente tra le parti le spese del grado in relazione ad Acquedotto Pugliese s.p.a.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 15 novembre 2018 con l'intervento dei magistrati:

Carlo Saltelli, Presidente

Roberto Giovagnoli, Consigliere

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Fabio Franconiero, Consigliere

Valerio Perotti, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE

Valerio Perotti Carlo Saltelli

IL SEGRETARIO