

Publicato il 25/11/2019

N. 00726/2019 REG.PROV.COLL.
N. 00432/2019 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 le Marche

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 432 del 2019, proposto da Modimar S.r.l., quale capogruppo mandataria del costituendo raggruppamento tecnico di professionisti, e Acquatecno S.r.l., quale mandante del costituendo r.t.p., in persona dei legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentate e difese dagli avvocati Arturo Cancrini e Francesco Vagnucci, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Autorità di Sistema Portuale del Mare Adriatico Centrale - Ancona, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa *ex lege* dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Ancona, domiciliata presso la sede della stessa, in Ancona, piazza Cavour, 29;

nei confronti

Rina Consulting S.p.A., Arcoengineering S.r.l., Studio Zoppi Ingegneria & Associati, Rosario Pavia, Giuseppe Viola, non costituiti in giudizio;

per l'annullamento

previa l'adozione delle opportune misure cautelari:

- della determina del 27.8.2019, comunicata con nota prot. n. 004947 del 30.8.2019, con cui l'Autorità di Sistema Portuale del Mare Adriatico Centrale ha disposto l'esclusione del RTP Modimar S.r.l. dalla gara per "l'affidamento del servizio tecnico inerente la redazione ed il supporto tecnico specialistico per l'approvazione del Piano Regolatore di Sistema Portuale";
- in parte qua e nei limiti dell'interesse, del documento istruttorio del 26.8.2019 con cui il RUP ha ritenuto provata la presenza di violazioni fiscali gravi e definitivamente accertate a carico della Acquatecno S.r.l.;
- di tutti gli atti presupposti, connessi e conseguenti, ancorché non conosciuti, ivi incluse, occorrendo, le richieste di chiarimenti di cui alle note prot. PAR-003259-12_06_2019 del 12.6.2019 e prot. PAR-004330-25_07_2019 del 25.7.2019;

con conseguente declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente nelle more stipulato con l'illegittimo aggiudicatario e per la condanna dell'Ente intimato a risarcire il danno cagionato alla ricorrente in forma specifica, mediante annullamento degli atti impugnati, con conseguente riammissione in gara del r.t.p. Modimar S.r.l. e aggiudicazione nei confronti del medesimo della commessa oggetto di causa, e con riserva di chiedere, in separato giudizio, il ristoro per equivalente monetario dei danni che dovesse patire il ricorrente in conseguenza degli illegittimi provvedimenti impugnati.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Autorità di Sistema Portuale del Mare Adriatico Centrale - Ancona;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 20 novembre 2019 il dott. Tommaso Capitano e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Il r.t.p. capeggiato da Modimar S.r.l. (del quale, in veste di mandante, fa parte anche la società Acquatecno S.r.l.) ha partecipato alla procedura ad evidenza pubblica indetta dall'Autorità di Sistema Portuale del Mare Adriatico Centrale per l'affidamento del servizio tecnico inerente la redazione ed il supporto tecnico specialistico per l'approvazione del piano regolatore di Sistema Portuale e, all'esito della valutazione delle offerte, è risultato collocato al primo posto della graduatoria finale.

Al fine di procedere al definitivo affidamento del servizio, la stazione appaltante avviava il procedimento di verifica dei requisiti dichiarati in sede di gara dal r.t.p. e, al riguardo, con nota del 12 giugno comunicava che nel corso delle predette verifiche, condotte per mezzo della piattaforma AVCPASS, era emerso che Acquatecno S.r.l. era risultata irregolare in ordine al requisito della regolarità fiscale. L'Autorità chiedeva pertanto alla società, ove ne ricorressero i presupposti, di produrre, entro i successivi 20 giorni un'attestazione sostitutiva della comunicazione con esito negativo elaborata dal sistema AVCPASS in data 6 giugno 2019.

Nel corso del contraddittorio così apertosi, Acquatecno esponeva le seguenti circostanze fattuali:

- in data 15 marzo 2019 l'amministratore unico della società deliberava di avvalersi del maggior termine per l'approvazione del bilancio al 31 dicembre 2018, ai sensi dell'art. 25 dello Statuto della società e dell'art. 2364 c.c., e ciò al fine di verificare correttamente la produzione dell'anno 2018 alla luce dell'evoluzione di alcune commesse pubbliche in corso di esecuzione;
- in data 22 marzo 2019 l'Agenzia delle Entrate notificava alla società una cartella di pagamento per un importo totale di € 204.560,53, relativa a due carichi pendenti ed ai relativi oneri di riscossione e notifica;

- in data 31 maggio 2019 veniva approvato il bilancio della società al 31 dicembre 2018, che in data 5 giugno 2019 veniva depositato presso la Camera di Commercio di Roma;
- in data 11 giugno 2019, la società, dopo aver acquisito per effetto dell'approvazione del bilancio d'esercizio l'"indice di liquidità" e l'"indice alfa", necessari ai fini della presentazione della domanda di rateizzazione, poteva presentare all'Agenzia delle Entrate l'istanza di dilazione delle somme indicate nella predetta cartella di pagamento;
- in data 12 giugno 2019, l'Autorità Portuale chiedeva al r.t.p. Modimar i chiarimenti in ordine alla irregolarità fiscale riscontrata in sede di verifica dei requisiti;
- in data 8 luglio 2019, l'Agenzia delle Entrate accoglieva la citata istanza di rateizzazione, concludendo nel senso che, una volta accolta l'istanza di rateizzazione, doveva ritenersi operante l'esimente di cui all'art. 80, comma 4, ultimo periodo, del D.Lgs. n. 50/2016 a mente del quale la causa di esclusione di cui all'art. 80, comma 4, primo periodo, non opera "*....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....*".

Con nota del 25 luglio 2019, l'Autorità Portuale riteneva non sufficienti i chiarimenti forniti da Acquatecno in quanto, a fronte della data di notifica della cartella di pagamento, l'istanza di rateizzazione è stata presentata da Acquatecno in data 11 giugno 2019 ed è stata accolta in data 8 luglio 2019, e quindi oltre i termini per l'eventuale impugnazione della predetta cartella (sessanta giorni decorrenti dalla data di notifica).

Con nota del 29 luglio 2019 Acquatecno forniva ulteriori chiarimenti alla stazione appaltante, riepilogando le ragioni che avevano portato ad uno slittamento all'11 giugno 2019 della presentazione dell'istanza di

rateizzazione e ribadendo che nella specie operava l'esimente di cui all'art. 80, comma 4, ultimo periodo, del Codice dei contratti pubblici.

2. Seguiva il provvedimento di esclusione, che le ricorrenti censurano sulla base dei medesimi argomenti spesi in sede amministrativa, specificando che:

- Acquatecno, alla data di scadenza del termine di presentazione della domanda di partecipazione (8 gennaio 2019), era pacificamente in regola con il pagamento di imposte e tasse;
- i debiti tributari di cui si è detto sono emersi solo durante lo svolgimento della gara;
- è stato possibile presentare l'istanza di rateizzazione solo dopo l'intervenuta approvazione del bilancio d'esercizio per l'anno 2018, poiché solo in quel momento era possibile verificare il valore degli indici ("indice di liquidità" e "indice alfa") necessari per la presentazione dell'istanza di dilazione;
- l'accoglimento dell'istanza determina una novazione dell'obbligazione originaria, con la conseguenza che il nuovo debito non è ancora esigibile a meno che non intervengano un nuovo atto di intimazione di pagamento di una o più rate e l'iscrizione a ruolo delle relative somme (fatti che nella specie non si sono verificati alla data di adozione del provvedimento impugnato);
- quel che rileva è che la regolarizzazione sia intervenuta spontaneamente in un momento anteriore alla verifica operata dalla stazione appaltante circa il possesso dei requisiti di partecipazione dichiarati nella domanda, circostanza che consente di fare un'applicazione temperata del noto principio secondo cui la regolarità fiscale deve essere mantenuta per tutto l'arco di svolgimento della gara e fino al momento dell'aggiudicazione. Infatti, la veridicità delle dichiarazioni rese da Acquatecno ai fini della partecipazione alla gara e la regolarizzazione chiesta e ottenuta anteriormente ai rilievi e alla richiesta di chiarimenti della stazione

appaltante consentono di ritenere soddisfatta la *ratio* del principio, che risiede nel garantire l'affidabilità dei concorrenti, senza veder compromessa la parità di trattamento, non essendosi in presenza di un'integrazione postuma dell'offerta illegittimamente assentita. Le modalità temporali con le quali la società ha agito denotano inoltre la buona fede della mandante, che ha presentato la domanda di rateizzazione il giorno prima che l'Autorità appaltante procedesse a contestarle l'irregolarità fiscale.

3. Si è costituita in giudizio l'Autorità di Sistema Portuale del Mare Adriatico Centrale, chiedendo il rigetto del ricorso.

Alla camera di consiglio del 20 novembre 2019, fissata per la trattazione collegiale della domanda cautelare, il Collegio ha dato avviso alle parti della possibilità di definire il giudizio già in questa sede (visto che il contraddittorio è integro e che non sussistono esigenze istruttorie), non riscontrando opposizioni o riserve di sorta.

4. Il ricorso non è meritevole di accoglimento, per le ragioni che si vanno ad esporre.

4.1. Nonostante il pregevole sforzo argomentativo profuso dalle ricorrenti, nel caso di specie trovano in effetti applicazione i principi affermati dal Consiglio di Stato nella sentenza n. 5139/2018, non a caso richiamata dalla intimata Autorità Portuale nella citata nota del 25 luglio 2019.

Nella prefata decisione, la Sez. V, occupandosi di vicenda assolutamente speculare a quella che ha interessato il r.t.p. Modimar (anche in quel caso, infatti, il requisito della regolarità fiscale di una delle imprese facenti parte di un'a.t.i. era venuto meno in corso di gara), ha così ricostruito la questione controversa, la quale “....*attiene, in primo luogo, alla definitività o meno delle violazioni tributarie accertate, ai sensi e per gli effetti della sussistenza del requisito di cui all'art. 38, comma 1, lett. g), del d.lgs. n. 163 del 2006 (per il quale sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento degli appalti i soggetti che “hanno commesso violazioni*

gravi, definitivamente accertate, rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse, secondo la legislazione italiana [...]”); in secondo luogo, attiene all’incidenza sulla situazione di possesso del requisito fiscale dell’istanza di rateizzazione presentata ed accolta nel termine di sessanta giorni decorrente dalla data di notificazione della cartella di pagamento.

La violazione tributaria “definitivamente accertata”, ai sensi della norma su richiamata, applicabile ratione temporis, consegue alla sentenza passata in giudicato, con la quale sia respinto il ricorso del contribuente, ovvero alla definitività dell’accertamento in sede amministrativa, per la mancata impugnazione dell’atto impositivo nel termine di sessanta giorni dalla sua conoscenza (o legale conoscibilità) da parte del contribuente, senza che, nello stesso termine, questi abbia provveduto a regolarizzare la propria posizione, soddisfacendo la pretesa dell’Amministrazione finanziaria, anche mediante definizione agevolata. Tale ultima precisazione, oltre a risultare dalla circolare dell’Agenzia delle Entrate n. 34/E del 25 maggio 2007.....è consequenziale alla necessità che la violazione tributaria, che sia stata resa nota al contribuente, sia tuttora sussistente e non (più) contestabile (cfr. Cons. Stato, V, 17 gennaio 2013, n. 261 e, di recente, id., 23 febbraio 2017, n. 849....)...”. La sentenza prosegue evidenziando che “....8.3. L’ammissione al beneficio della rateizzazione prima della scadenza del termine per l’impugnazione della cartella di pagamento ha comportato che la non abbia affatto perso il possesso del requisito della regolarità fiscale in corso di procedura, perché la pendenza debitoria in contestazione non ha acquisito il carattere della definitività prima di detta ammissione; il certificato dell’Agenzia delle Entrate del 29 giugno/4 luglio 2016 ha perciò avuto ad oggetto un debito che, portato da una cartella esattoriale emessa a seguito di controllo automatizzato delle dichiarazioni relative all’anno d’imposta

2012, alla data predetta era anche parzialmente estinto e comunque novato per il conseguimento del piano di rateizzazione.

8.4. Evidente è la diversità della fattispecie portata all'attenzione dell'Adunanza Plenaria nel giudizio concluso con la sentenza del 5 giugno 2013, n. 15, laddove il contrasto da dirimere atteneva al rapporto tra istanza di rateizzazione e provvedimento di accoglimento ed alla rilevanza da attribuire alla prima, in mancanza del secondo, essendosi perciò affermato che "la configurazione del meccanismo novativo (id est, che consegue alla mera istanza di rateizzazione) 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". Corollario di siffatta affermazione è l'altra, contenuta nella stessa sentenza dell'Adunanza plenaria, riferita ai lavori preparatori del d.l. n. 16 del 2012 sulle semplificazioni fiscali, secondo cui è "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". Con la conseguenza che, quando, come nel caso di specie, l'istanza di rateizzazione sia stata accolta ed il piano di ammortamento sia stato avviato prima della definitività dell'accertamento fiscale, il relativo debito tributario non può essere considerato come scaduto ed esigibile.

Analogamente è a dirsi con riferimento al precedente dell'Adunanza plenaria, 20 agosto 2013, n. 20, atteso che, anche nella fattispecie ivi portata all'attenzione del Collegio, l'accordo di rateizzazione era stato concluso, non solo in pendenza di procedura, ma anche dopo il decorso del termine di definitività dell'originario debito tributario e del relativo accertamento, a differenza di quanto accaduto nel caso di specie....". Per inciso, la Sez. V ha condiviso le ragioni dell'a.t.i. di cui faceva parte

l'impresa a carico della quale era emersa la situazione debitoria, valorizzando proprio il fatto che la stessa aveva chiesto ed ottenuto la rateizzazione delle somme dovute prima della scadenza del termine di impugnazione della cartella, di talché la pretesa dell'Agenzia delle Entrate non aveva acquisito il carattere di definitività preteso dall'art. 38 del D.Lgs. n. 163/2006, essendo stata sostituita, per novazione, da una nuova obbligazione tributaria. *A contrario*, come si è visto, la Sez. V ha poi richiamato le controversie decise dall'Adunanza Plenaria con le sentenze n. 15 e n. 20 del 2013, evidenziando come in quei casi la rateizzazione era stata chiesta e concessa dopo che la pretesa tributaria aveva acquisito carattere di definitività.

4.2. Le conclusioni a cui è pervenuta la Sez. V sono applicabili anche al caso di specie, poiché vi è stata in corso di gara soluzione di continuità nel possesso, in capo alla mandante Acquatecno, del requisito della regolarità fiscale, il che, per giurisprudenza consolidata, costituisce motivo di esclusione obbligatoria del concorrente.

Infatti:

- Acquatecno ha presentato l'istanza di rateizzazione dopo che era scaduto il termine per l'impugnazione della cartella di pagamento, per il che la pretesa tributaria è divenuta inoppugnabile e quindi "definitivamente accertata" (nonché "grave" in relazione all'importo dovuto);
- la rateizzazione è stata accordata quando il procedimento di verifica in capo ai componenti del r.t.p. del possesso dei requisiti di ammissione era stato già avviato dalla stazione appaltante.

4.3. Quanto alle giustificazioni che la società ha reso in sede procedimentale e processuale in merito al ritardo nella presentazione dell'istanza, si osserva che:

- la rateizzazione dei debiti tributari non è un diritto assoluto ed incompressibile del contribuente, il che è comprovato se non altro dalla condotta osservata da Acquatecno nel caso di specie. In effetti, è stata la

stessa società ad aver motivato la decisione di posticipare l'approvazione del bilancio consuntivo dell'esercizio 2018 con la necessità di conseguire i requisiti richiesti dall'Agenzia delle Entrate per ottenere la rateizzazione;

- ma questa vicenda, che riguarda esclusivamente il rapporto tributario fra il contribuente e l'Agenzia delle Entrate, non può essere opposta alla stazione appaltante che ha indetto la gara a cui l'operatore intende partecipare nonostante la pendenza di un "precontenzioso" tributario. In questo senso, l'art. 80, comma 4, ultimo periodo, del D.Lgs. n. 50/2016, in consonanza con quanto prevede l'art. 57, comma 2, della direttiva 24/2014/UE, ha già stabilito quali sono le condizioni in presenza delle quali l'operatore a carico del quale è stato definitivamente accertato l'omesso versamento di imposte può partecipare alle procedure ad evidenza pubblica. La norma disciplina espressamente l'ipotesi ordinaria in cui la vicenda tributaria nasce e trova definizione prima della scadenza del termine di presentazione delle offerte, ma la giurisprudenza, come detto, ha colmato la lacuna con riguardo a vicende analoghe che insorgono in corso di gara;

- d'altra parte, laddove l'operatore intenda comunque partecipare alla gara egli ha sempre la possibilità di eliminare in radice il problema provvedendo al pagamento integrale delle somme accertate dall'Agenzia delle Entrate, senza cioè attendere l'esito dell'istanza di rateizzazione. A tal riguardo va aggiunto che il *favor* che l'ordinamento esprime per la massima partecipazione delle imprese alle gare ad evidenza pubblica va comparato con la necessità di evitare il *dumping* fra gli operatori del settore. Infatti l'operatore a carico del quale è stato definitivamente accertato un debito fiscale di una certa rilevanza già solo per questo si è avvantaggiato nei riguardi dei concorrenti, per cui è corretto concludere nel senso che la situazione di irregolarità va risolta tempestivamente, in modo da ripristinare una situazione di concorrenza leale;

- tutto ciò va ovviamente traguardato alla luce della *ratio* che è alla base del consolidato orientamento giurisprudenziale secondo cui i requisiti di partecipazione debbono sussistere *ab initio* e per tutta la durata della gara. Tale *ratio*, come è noto, consiste nella necessità di assicurare al committente pubblico la possibilità di stipulare il contratto e dare avvio alla sua esecuzione in qualsiasi momento della procedura, senza dover attendere che l'aggiudicatario risolva eventuali pendenze nei confronti dell'amministrazione finanziaria o degli enti previdenziali, etc.;

- e né può obiettarsi che la situazione del concorrente a carico del quale il debito fiscale viene accertato in corso di gara è oggettivamente diversa da quella dell'operatore il cui debito è stato accertato prima della scadenza del termine di presentazione delle offerte. Seppure non si può in astratto escludere che vi siano casi peculiari che impongano una diversa soluzione interpretativa, con specifico riguardo alla vicenda di Acquatecno tali peculiarità non sussistono. Infatti, se la società era venuta *aliunde* a conoscenza dell'esistenza del debito anche prima della notifica della cartella *de qua*, allora valgono le considerazioni svolte *supra* circa la necessità di evitare un *dumping* a danno degli altri concorrenti; se la società era invece in buona fede (come il Collegio non ha motivo di dubitare), allora valgono le argomentazioni esposte nella citata sentenza n. 5139/2018 del Consiglio di Stato e la considerazione per cui Acquatecno era in condizioni di eliminare la pendenza pagando integralmente, entro i sessanta giorni dalla notifica, le somme recate dalla citata cartella. In generale, però, con riguardo ai requisiti di partecipazione alle procedure ad evidenza pubblica lo stato di buona fede soggettiva del concorrente non rileva, dovendo la stazione appaltante basare le proprie determinazioni solo sulle risultanze degli atti del procedimento e fatto salvo, quando è ammesso, l'utilizzo del soccorso istruttorio. Ma se Acquatecno era in buona fede, allora non può fondatamente sostenere che solo l'avvenuta approvazione ritardata del bilancio le ha consentito di conseguire gli indici

necessari per ottenere la rateizzazione, e ciò in quanto la decisione dell'amministratore unico di posticipare la data di approvazione del bilancio di esercizio del 2018 è intervenuta prima della notifica della cartella e dunque tale decisione non era in alcun modo legata alla vicenda per cui è causa, ma motivata esclusivamente con la necessità di approvare un bilancio informato al rispetto dei principi di cui all'art. 2423, comma 2, c.c.

5. In conclusione, il ricorso va respinto, con riguardo a tutte le domande proposte.

Le spese del giudizio seguono la soccombenza e sono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per le Marche (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge e condanna le ricorrenti, in solido fra loro, al pagamento in favore dell'Autorità resistente delle spese del giudizio, che si liquidano in complessivi € 1.500,00, oltre accessori di legge.

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

Così deciso in Ancona nella camera di consiglio del giorno 20 novembre 2019 con l'intervento dei magistrati:

Sergio Conti, Presidente

Tommaso Capitanio, Consigliere, Estensore

Giovanni Ruiu, Consigliere

L'ESTENSORE
Tommaso Capitanio

IL PRESIDENTE
Sergio Conti

IL SEGRETARIO