



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 Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1683 del 2010, proposto da:
Pitagora Srl, in persona del legale rappresentante *pro tempore*,
rappresentato e difeso dall'avv. Benedetto Calpona, con domicilio
eletto presso Ignazio Bonaccorsi in Catania, via S.Maria di Betlemme,
18;

contro

Azienda Ospedaliera "Ospedali Riuniti Papardo-Piemonte" di
Messina, in persona del legale rappresentante *pro tempore*,
rappresentato e difeso dall'avv. Massimo Vallone, con domicilio eletto
presso Massimo Vallone in Catania, via Simili, 14;

nei confronti di

S.C.A.E.S. Srl, in persona del legale rappresentante *pro tempore*,
rappresentato e difeso dall'avv. Sebastiano Mangiameli, con domicilio
eletto presso Sebastiano Mangiameli in Catania, via Canfora, 135;

per l'annullamento

- del provvedimento prot. n. 15350/2054 del 17/05/2010 con il quale l'Azienda ospedaliera Ospedali Riuniti Papardo - Piemonte ha disposto l'esclusione della ricorrente dalla gara per l'affidamento dei lavori di manutenzione del patrimonio immobiliare;
- del provvedimento prot. n. 16523/2215 del 28/05/2010
- della delibera prot. n. 876 del 10/06/2010

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Azienda Ospedaliera "Ospedali Riuniti Papardo-Piemonte" di Messina e di S.C.A.E.S. Srl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 27 gennaio 2011 il Primo Referendario Agnese Anna Barone e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con il ricorso in epigrafe la società Pitagora ha impugnato il provvedimento con cui l'azienda Ospedaliera ospedali riuniti Papardo - Piemonte di Messina ha disposto l'esclusione dalla gara e la successiva decadenza dall'aggiudicazione provvisoria a causa della mancanza del requisito della regolarità contributiva accertato in esito alla verifica documentale successiva all'aggiudicazione provvisoria; parte ricorrente ha inoltre impugnato anche la delibera con cui è stata

dichiarata aggiudicataria dei lavori la società contro interessata SCAES.

In particolare, l'azienda ospedaliera - avendo rilevato l'esistenza alla data di presentazione dell'offerta (04/03/2010) di due pendenze tributarie, precisamente due avvisi di rettifica di liquidazione per imposta di registro - ha ritenuto non sussistente in capo alla società Pitagora il requisito della regolarità contributiva e ha disposto, quindi, la decadenza dall'aggiudicazione provvisoria.

Il ricorso è affidato ai seguenti motivi di ricorso:

1) violazione e falsa applicazione dell'articolo 7 legge 241/1990; omessa comunicazione dell'atto di avvio del procedimento e violazione del principio di pubblicità: parte ricorrente lamenta che l'amministrazione avrebbe illegittimamente disposto l'esclusione senza darne preventiva comunicazione.

2) violazione e falsa applicazione del bando e del disciplinare di gara; violazione e falsa applicazione dell'articolo 75 lett. g) del d.p.r. 554/1999; eccesso di potere difetto dei presupposti, per travisamento dei fatti e per erronea valutazione di documentazione; ingiustizia e illogicità manifesta: la società ricorrente ritiene che l'esclusione e la decadenza dall'aggiudicazione sarebbero state adottate in assenza del presupposto del definitivo accertamento della violazione così come richiesto dall'articolo 75 lett. g) del d.p.r. 504/1999, giacché la fase procedimentale instauratasi con la notifica degli avvisi di procedimento, non si era ancora conclusa alla data del 4 marzo 2010.

L'azienda ospedaliera e la società contro interessata si sono costituite

in giudizio per resistere al ricorso; entrambe hanno contro dedotto alle censure di parte ricorrente rilevando l'infondatezza del ricorso.

Con ordinanza n. 982/2010, sulla base di un sommario esame della vicenda ha accolto l'istanza cautelare; tuttavia, in sede di appello, il CGA con ordinanza n. 797/2010 ha accolto l'appello proposto dall'azienda ospedaliera rilevando che *"...tali avvisi sono atti impugnabili e non sembrerebbero essere stati tempestivamente impugnati; che l'avviso di liquidazione costituisce atto presupposto della consequenziale cartella esattoriale per cui la mancata impugnazione dell'avviso renderebbe impossibile contestare la pretesa tributaria in sede d'impugnativa della cartella (v. da ultimo Cass. N. 25699/2009) e che il pagamento del tributo sembrerebbe avvenuto in epoca successiva alla gara; che tali profili appaiono meritevoli di approfondimento in fatto e diritto ma che l'interesse di tutte le parti può essere conseguito con la già disposta fissazione del merito da parte del TAR..."*

Le parti hanno successivamente scambiato memorie a sostegno delle rispettive difese e alla pubblica udienza del 27 gennaio 2011, la causa è stata trattenuta in decisione, come da verbale.

DIRITTO

1. Il ricorso è infondato.
2. Vanno disattese, innanzitutto le censure articolate nel primo motivo di ricorso concernenti l'omessa comunicazione di avvio del procedimento e la violazione del principio del contraddittorio. La giurisprudenza ha, infatti, ripetutamente affermato che nelle ipotesi di decadenza o revoca dell'aggiudicazione provvisoria, non è richiesta alcuna comunicazione di avvio del procedimento, in ragione della

natura provvisoria dell'aggiudicazione provvisoria, ad effetti ancora instabili e del tutto interinali, mentre la stazione appaltante è obbligata al rispetto delle garanzie partecipative quando l'esercizio del potere di autotutela abbia ad oggetto l'aggiudicazione definitiva, in ragione della posizione di vantaggio che solo quest'ultima costituisce in capo all'impresa aggiudicataria (in questo senso, tra molte, Cons. Stato, sez. V, sez. V, 29 dicembre 2009 n. 8966; 21 novembre 2007 n. 5925 e 13 luglio 2006 n. 4426 T.A.R. Puglia Bari, sez. I, 14 settembre 2010 , n. 3459 T.A.R. Toscana Firenze, sez. I, 10 dicembre 2009 , n. 3283 T.A.R. Lazio Roma, sez. II, 09 novembre 2009 , n. 10991). In ogni caso, Il provvedimento di decadenza s'inserisce all'interno di un procedimento pendente, avviato con l'apertura delle offerte; né, un'eventuale (ed ulteriore) partecipazione procedimentale avrebbe consentito un diverso esito del procedimento, giacché l'azienda ospedaliera ha proceduto all'esclusione sulla base della semplice constatazione dell'oggettiva esistenza degli avvisi di liquidazione, regolarmente notificati alla società ricorrente in data anteriore all'indizione della gara.

3. Quanto alla natura definita di tale accertamenti, il Collegio alla luce di un approfondito esame della documentazione in atti, rileva che effettivamente la procedura di accertamento con adesione non è stata definita con il pagamento delle somme risultanti dall'accordo (cfr. verbali 21/07/2008 ove è riportato rispettivamente “...*le parti non sono più tornate a ritirare il modello F23 di pagamento* e “...*le parti non ritirano il mod. F23 di pagamento, l'adesione si ritiene negativa*”), mentre l'unica forma

di definizione dell' "accertamento per rettifica è costituita dall'adesione del contribuente alla proposta di concordato dell'ufficio ed il pagamento delle relative somme dovute, secondo quanto previsto dagli art. 2 bis e 3 d.l. 30 settembre 1994 n. 564, convertito, con modificazioni, dalla l. 30 novembre 1994 n. 656 (cfr. in tal senso: Cass. civile , sez. trib., 21 maggio 2008, n. 12885 e 24 luglio 200 , n. 10800). Di conseguenza, non essendo stata perfezionata alcuna definizione consensuale e in mancanza d'impugnazione degli avvisi di liquidazione, si deve ritenere che all'epoca di presentazione dell'offerta i debiti tributari della società ricorrente erano definitivamente accertati.

Non rileva, inoltre, la circostanza della regolarizzazione postuma. È sufficiente richiamare sul punto il consolidato orientamento giurisprudenziale secondo cui la regolarità contributiva non solo deve sussistere alla data di presentazione della domanda, ma deve conservarsi per tutto lo svolgimento della procedura ed anche durante l'esecuzione del contratto. Consiglio Stato , sez. V, 09 aprile 2010 , n. 1998; T.A.R. Lazio Roma, sez. III, 03 novembre 2010 , n. 33141). Ammettere la regolarizzazione successiva costituirebbe in senso contrario un pericoloso *vulnus* al principio della *par condicio* dei partecipanti in quanto costituirebbe la premessa per una generalizzata sanatoria di posizioni irregolari nell'ambito dei pagamenti dei tributi da parte delle imprese, nel quale l'obiettivo del legislatore è proprio quello di verificare e premiare comportamenti "virtuosi" perché conformi agli obblighi di legge (T.A.R. Campania Salerno, sez. I, 07

settembre 2010 , n. 10763).

4. Parte ricorrente, infine, nella memoria depositata il 21/07/2010, ha richiamato alcuni precedenti giurisprudenziali, anche di questo Tribunale, in base ai quali la semplice posizione contributiva irregolare, non può essere ritenuto di per sé circostanza sufficiente a cagionare l'esclusione di un'impresa da una gara d'appalto, essendo invece indispensabile che l'infrazione stessa si caratterizzi per il requisito della gravità e sia definitivamente accertata, mentre, nel caso in esame, questi aspetti, non sarebbero stati presi in sufficiente considerazione dalla stazione appaltante.

Al riguardo, il Collegio rileva che la memoria difensiva è imperniata su censure che investono il differente ambito dell'esatta nozione di "grave irregolarità contributiva" (sulla quale, peraltro, gli orientamenti della giurisprudenza non appaiono univoci), censure, quindi, che risultano irritualmente introdotte con memoria, trattandosi di motivi del tutto nuovi e autonomi rispetto ai motivi di ricorso (con i quali sono stati censurati profili attinenti esclusivamente al fatto storico dell'accertamento dell'irregolarità tributaria e della sua definitività).

5. Ne discende, per le ragioni sopra indicate, la piena legittimità dell'operato della Stazione appaltante e, pertanto, l'infondatezza del ricorso che va pertanto respinto.

6. Le spese di giudizio, in considerazione della natura della controversia e dei profili dedotti possono comunque compensarsi tra le parti costituite.

P.Q.M.

respinge il ricorso indicato in epigrafe.

Spese compensate.

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

Così deciso in Catania nella camera di consiglio del giorno 27 gennaio 2011 con l'intervento dei magistrati:

Biagio Campanella, Presidente

Salvatore Schillaci, Consigliere

Agnese Anna Barone, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 14/04/2011

IL SEGRETARIO

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