



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

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 1301 del 2011, proposto da:

SPOSATO CARMELO e GUERRISI VINCENZO, rappresentati e difesi dagli avv. Andrea Greco e Rodolfo Romeo, con domicilio eletto presso Studio Legale Romeo in Roma, via Lutezia, n. 5;

contro

PROVINCIA DI REGGIO CALABRIA, in persona del Presidente della Giunta provinciale in carica, rappresentata e difesa dall'avv. Domenico Barresi, con domicilio eletto presso la Segreteria del Consiglio di Stato in Roma, p.za Capo di Ferro 13;

COMUNE DI CONDOFURI; STAZIONE UNICA APPALTANTE PROVINCIALE DI REGGIO CALABRIA; GE.COS. S.R.L.; ognuno in persona del proprio rispettivo legale

rappresentante in carica, non costituiti in giudizio;

per la riforma

della sentenza breve del T.A.R. CALABRIA - SEZ. STACCATA DI REGGIO CALABRIA, n. 1315 del 15 novembre 2010, resa tra le parti, concernente ESCLUSIONE DALLA PROCEDURA DI APPALTO DEI LAVORI DI RECUPERO DELLA CHIESA DI SAN GIOVANNI BATTISTA IN GALLICIANÒ - RIS.DANNI;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Provincia di Reggio Calabria;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 7 febbraio 2012 il Cons. Carlo Saltelli e udito per gli appellanti l'avvocato Romeo;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

FATTO

1. La Provincia di Reggio Calabria, quale stazione unica appaltante in gestione associata per il Comune di Condofuri, indiceva per il giorno 21 ottobre 2009 una gara mediante procedura aperta per l'affidamento dei “Lavori di recupero e restauro della Chiesa di San Giovanni Battista in Gallicianò – completamento con II lotto funzionale”, per un importo complessivo di €. 498.000,00, oltre IVA (di cui €. 14.940,00 non soggetti a ribasso d’asta), da aggiudicarsi al

prezzo più basso, inferiore a quello posto a base d'asta, determinato mediante ribasso sull'elenco prezzo, ai sensi dell'articolo 82, comma 2, lett. a), del D. Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, con esclusione automatica delle offerte anomale.

All'esito della gara risultava aggiudicataria provvisoria l'impresa DE.FRA.CAR Impianti di F.sco Caracciolo s.a.s., in avvalimento con SIMA Edilizia di Giovanni Siclari & C. s.n.c., con un ribasso del 32,999%, e, secondo classificato il R.T.I. tra Guerrisi Costruzioni s.n.c. e Edil Costruzioni di Sposato Carmela, con un ribasso del 22,85%.

A seguito dei controlli sulle dichiarazioni rese in sede di gara, essendo emerse gravi irregolarità, sia l'aggiudicataria provvisoria che il R.T.I. secondo classificato venivano esclusi dalla gara, quest'ultimo, in particolare, per l'irregolarità della posizione fiscale della mandante Edil Costruzioni di Sposato Carmelo (giusta comunicazione prot. 265754 del 23 dicembre 2009 della stazione appaltante): pertanto con determina n. 5 del 23 febbraio 2010 del Comune di Condofuri, l'appalto in questione veniva aggiudicato definitivamente alla GE.COS. s.r.l. Generali Costruzioni (che aveva offerto un ribasso percentuale del 19,264%).

2. I signori Carmelo Sposato e Vincenzo Guerrisi, nella rispettiva qualità di legali rappresentanti della ditta individuale Edil Costruzione di Sposato Carmelo e della Guerrisi Costruzioni s.n.c., con ricorso giurisdizionale notificato il 23/24 febbraio 2010

chiedevano al Tribunale amministrativo regionale per la Calabria, sezione distaccata di Reggio Calabria, l'annullamento dell'esclusione dalla gara, lamentandone l'illegittimità per eccesso di potere sotto il profilo dell'illogicità, difetto assoluto di presupposto e di istruttoria (primo motivo), violazione e/o falsa applicazione dell'art. 38, comma primo, lett. g), del D. Lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (secondo motivo), violazione e falsa applicazione del combinato disposto dell'art. 3 e 10 della legge 7 agosto 1990, n. 241 e difetto di motivazione (terzo motivo) ed ancora violazione e/o falsa applicazione dell'art. 33 del D. Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, nonché della Convenzione e del conseguente regolamento interno alla Stazione Unica Appaltante ed incompetenza di quest'ultima (quarto motivo).

In sintesi, secondo i ricorrenti, il debito erariale del sig. Carmelo Sposato, la cui mancata dichiarazione aveva determinato l'esclusione dalla gara, non poteva considerarsi ostativo alla partecipazione alla gara sia perché ne era stata richiesta (ed accordata dai competenti uffici finanziari) la rateizzazione ai fini del suo pagamento, sia perché esso era relativo ad altro soggetto giuridico, la Edil Costruzioni s.n.c.; peraltro il mancato pagamento di detto debito non era mai stato contestato, né notificato al sig. Sposato da parte degli uffici finanziari o dal concessionario della riscossione, così che esso non poteva neppure essere considerato definitivo; il provvedimento impugnato, infine, non solo era del tutto privo di adeguata motivazione in ordine alle ragioni che giustificavano il rigetto delle osservazioni e

controdeduzioni svolte sul punto da essi ricorrenti, per quanto era stato assunto direttamente dalla Stazione appaltante, senza essere stato neppure ratificato o controfirmato dal responsabile del procedimento del Comune di Condofuri.

Con successivi motivi aggiunti veniva impugnato anche il provvedimento di aggiudicazione definitiva, denunciandosene l'illegittimità per eccesso di potere e difetto assoluto del presupposto (primo motivo) e per violazione e/o falsa applicazione dell'art. 33 del D. Lgs. 12 aprile 2006, n. 163 nonché della Convenzione e del conseguente regolamento interno alla Stazione unica appaltante ed incompetenza di quest'ultima; veniva anche formulata domanda di risarcimento del danno asseritamente subito.

3. Il Tribunale amministrativo regionale per la Calabria, sezione staccata di Reggio Calabria, con la sentenza n. 1315 del 15 novembre 2010, nella resistenza dell'Amministrazione provinciale di Reggio Calabria e della controinteressata Ge.Cos. s.r.l., ha respinto il ricorso ed i motivi aggiunti, ritenendo legittimi il provvedimento di esclusione dalla gara ed la conseguente aggiudicazione definitiva dell'appalto all'impresa controinteressata: ciò in quanto dalla documentazione prodotta era emerso che il sig. Carmelo Sposato era stato socio di maggioranza ed amministratore unico della società di persone Edil Costruzioni s.n.c. di Sposato Carmelo, sciolta senza essere messa in liquidazione con atto del 1998, previa contestuale iscrizione al Registro delle Imprese della ditta individuale Edil

Costruzioni di Sposato Carmelo (che aveva conservato la denominazione della società sciolta), così che si era effettivamente verificata la fattispecie di cui all'art. 38, comma 1, lett. g), del D. Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, non potendo dubitarsi che "...la posizione di colui il quale, amministratore o socio di una società in nome collettivo, risponde dei debiti della società ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 2291 cod. civ. non muta qualora quest'ultimo, cessata la predetta società in nome collettivo, agisca come titolare di una impresa individuale, perché la diversa ragione sociale non fa venir meno la continuità della posizione debitoria personalmente assunta", tanto più che la responsabilità solidale ed illimitata di cui all'art. 2291, co. 1, c.c. per i debiti della società in nome collettivo opera anche per i rapporti tributari.

Secondo il predetto tribunale, poi, l'intervenuta rateizzazione confermava il carattere definitivo del debito in questione, mentre non sussisteva il dedotto vizio di difetto di motivazione ed era irrilevante la censura di incompetenza della stazione unica appaltante ad adottare gli atti impugnati, giacché anche l'eventuale accoglimento della stessa non avrebbe arrecato alcuna utilità all'interessato, stante la possibilità di riadattare gli stessi da parte del funzionario in ipotesi competente.

4. Con atto notificato a mezzo del servizio postale l'11 febbraio 2011 gli interessati hanno dedotto l'erroneità e l'ingiustizia della predetta sentenza, di cui hanno chiesto la riforma riproponendo a tal fine gli

stessi motivi sollevati in prime cure, a loro avviso malamente apprezzati ed in parte addirittura travisati in fatto, superficialmente esaminati ed in ogni caso respinti con motivazione errata e non condivisibile ed insistendo anche nella istanza risarcitoria.

Ha resistito al gravame l'Amministrazione provinciale di Reggio Calabria, deducendone l'inammissibilità e l'infondatezza ed instando per il suo rigetto.

5. All'udienza pubblica del 7 febbraio 2012, dopo la rituale discussione, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

6. L'appello è infondato, il che esime la Sezione dall'esame dell'eccezione preliminare di carenza di interesse sollevata dall'appellata Amministrazione provinciale di Reggio Calabria.

6.1. Con il primo mezzo di gravame gli appellanti, riproponendo i primi due motivi del ricorso introduttivo del giudizio di primo grado, hanno sostenuto che i primi giudici avrebbero erroneamente ritenuto sussistente la causa di esclusione dalla gara per violazione dell'articolo 38, primo comma, lett. g), del D. Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, senza tener conto che le due posizioni debitorie emerse nei confronti del fisco era del tutto irrilevanti: infatti, quanto alla prima, di €. 10.412,51 per liquidazione del modello UNICO 2001, essa era l'unica riferibile al signor Carmelo Sposato, non era definitiva ed era stata comunque oggetto di rateizzazione, regolarmente onorata; quanto alla seconda, di €. 27.203,64 per condono 289/2002, invece,

essa era riferita ad altro soggetto giuridico, Edil Costruzioni di Sposato Carmelo s.n.c., e per essa il sig. Carmelo Sposato non aveva ricevuto alcuna notifica da parte degli uffici finanziari o del concessionario della riscossione; né poteva ritenersi che tali posizioni debitorie avessero influito sulla gara alterando la par condicio, così che il provvedimento di esclusione dalla gara era privo del benchè minimo fondamento giuridico.

Le tesi propuguate non meritano favorevole considerazione.

6.1.1. Occorre innanzitutto rilevare, in punto di fatto, che, come del resto emerge dalla documentazione in atti:

- a) l'esclusione dalla gara del R.T.I. tra Guerrisi Costruzioni s.n.c. di Guerrisi Domenico e C. (capogruppo mandataria) e Edil Costruzioni di Sposato Carmelo (mandante) è stata determinata dalla falsa dichiarazione (negativa) resa dalla mandante in ordine al requisito di cui all'art. 38, comma 1, lett. g), del D. Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, laddove a seguito degli accertamenti disposti dalla stazione appaltante è invece risultata l'esistenza di un carico tributario pendente nei confronti del sig. Carmelo Sposato per tributi erariali, relativi all'anno 1998, per €. 27.203,64, giusta certificazione del 12 novembre 2009 dell'Agenzia delle Entrate – Ufficio di Palmi;
- b) nessuna rilevanza è stata attribuita dalla stazione appaltante all'altro carico tributario di €. 10.412,51, pure risultante dalla ricordata certificazione dell'ufficio finanziario di Palmi (derivante dal Modello U, modello liquidazione unico, anno d'imposta 2001, non

definitivo, rateizzato a seguito di istanza del 10 novembre 2006);

c) il sig. Carmelo Sposato è stato socio e amministratore unico della Edil Costruzioni s.n.c., iscritta alla C.C.I.A.A. di Reggio Calabria dal 19 febbraio 2006, sezione ordinaria, quale impresa artigiana, che risulta cancellata d'ufficio, ai sensi dell'art. 3, comma 3, del D.P.R. 23 luglio 2004, n. 247, a seguito di ordinanza del giudice delle imprese n. 727/2007 V.G. del 17 settembre 2007 per mancato compimento di atti di gestione per tre anni esecutivi e cancellata altresì per scioglimento in data 24 novembre 1998;

d) l'oggetto sociale della Edil Costruzioni s.n.c. era sostanzialmente identico a quello della ditta Edil Costruzioni di Sposato Carmelo, iscritta alla C.C.I.A.A. di Reggio Calabria dal 7 ottobre 1998, con la qualifica di piccolo imprenditore.

6.1.2. Ciò precisato, deve respingersi la pur suggestiva prospettazione degli appellanti, secondo cui, anche ad ammettere l'esistenza e la rilevanza del carico tributario emerso nei confronti del sig. Carmelo Sposato e da questi non dichiarato ai fini della partecipazione alla gara, tale omissione, meramente formale, non sarebbe stata di per sé idonea a giustificare l'esclusione dalla gara non avendo inciso (e non potendo incidere) sulla par condicio dei concorrenti.

Al riguardo è sufficiente rilevare che i requisiti generali previsti dall'art. 38 del D. Lgs. 12 aprile 2006, n. 163 sono di ordine pubblico ed attengono alla moralità dei concorrenti, la loro ratio non essendo quella della tutela della invocata par condicio sul versante della fase

procedimentale di scelta del contraente più idoneo ed adeguato, bensì quella della ammissione alla fase procedimentale di concorrenti corretti e seri (C.d.S., sez. V, 15 ottobre 2009, n. 6325).

Quanto alla deduzione secondo cui il debito erariale accertato non riguarderebbe il sig. Carmelo Sposato, bensì altro soggetto giuridico (la Edil Costruzioni s.n.c.), è decisiva la circostanza che il predetto signor Carmelo Sposato era socio (oltre che amministratore unico) di quella società di persone (società in nome collettivo): egli è pertanto sicuramente responsabile proprio per tale sua qualità in virtù della disposizione di cui all'art. 2291 C.C., secondo cui nella società in nome collettivo tutti i soci rispondono solidalmente e illimitatamente per le obbligazioni sociali, obbligazioni dalle quali non vi è alcuna ragione di escludere quelle di natura tributaria.

Del tutto irrilevante è la circostanza che nel caso di specie non vi sia stata la liquidazione della società: ciò sia perché, per un verso, non risulta vi sia stata neppure una attività della predetta società, sia perché in ogni caso degli eventuali debiti non soddisfatti dopo la cancellazione della società dal registro delle imprese conseguente alla liquidazione rispondono i singoli soci (art. 2312, comma 2, C.C.; in tal senso, per una fattispecie precedente all'entrata in vigore del d. lgs. n. 6 del 2003, Cass. civ., sez. trib., 10 giugno 2011, n. 12779, che in particolare ha ritenuto legittima la notifica dell'avviso di liquidazione, relativo a sanzioni contestate ad una società in nome collettivo cancellata dal registro, eseguita nei confronti dei soci della

medesima per farne valere la responsabilità solidale, in quanto, sebbene la cancellazione non determini l'estinzione dell'ente se e fino a quanto permangono debiti sociali, all'obbligazione della società si aggiunge quella dei singoli soci quale ulteriore garanzia per i creditori insoddisfatti).

Quanto poi al profilo attinente alla dedotta non definitività del carico tributario accertato per non essere stato mai notificato al sig. Carmelo Esposito il relativo avviso di accertamento o di liquidazione o la cartella esattoriale, anche a voler prescindere, per un verso, dal fatto che tale debito risulta fondato su una richiesta di condono ex l. 27 dicembre 2002, n. 289, avanzata dalla stessa società (e più che verosimilmente dallo stesso amministratore unico, sig. Carmelo Esposito) e, per altro verso, dall'indirizzo giurisprudenziale secondo cui il socio di una società in nome collettivo risponde solidalmente dei debiti tributari di quest'ultima, ai sensi dell'art. 2291 C.C., a nulla rilevando che sia rimasto estraneo agli atti di accertamento ed impositivi finalizzati alla formazione del ruolo (con conseguente legittimità della riscossione coattiva nei confronti del socio, ancorché receduto, il cui diritto di difesa è garantito dalla possibilità di opporre, in sede di impugnativa dell'avviso di mora, tutte le ragioni che avrebbe potuto far valere avverso l'avviso di accertamento, in quanto socio all'epoca in cui il debito tributario è sorto) (Cass. civ., sez. trib., 16 maggio 2007, n. 11228; 9 maggio 2007, n. 10584; 6 settembre 2006, n. 19188), la Sezione osserva che l'amministrazione

appellata ha prodotto (sia pur in appello) copia della cartella di pagamento (n. 0942005001625970000) relativa al debito in questione, notificata proprio al sig. Carmelo Sposato a mezzo di deposito presso la casa comunale (dopo l'inutile esperimento della notifica diretta) con raccomandata con avviso di ricevimento regolarmente ritirata il 25 gennaio 2006.

Avverso tale cartella di pagamento (in riferimento alla quale le appellanti non hanno svolto alcuna contestazione o controdeduzione difensiva) non risulta essere stata proposta rituale impugnazione innanzi agli organi giurisdizionali competenti.

6.1.3. A ciò consegue la legittimità dell'impugnato provvedimento di esclusione dalla gara, non potendo dubitarsi della falsità della dichiarazione resa dalla società mandante ai fini della partecipazione alla procedura di gara in questione, del tutto ultronee ed infondate, anche alla stregua delle osservazioni svolte, essendo le argomentazioni prospettate dalle appellanti circa un'asserita carenza di istruttoria sia dell'attività amministrativa, sia di quella giurisdizionale di primo grado.

E' peraltro appena il caso di aggiungere che la richiesta di rateizzazione del debito erariale di cui si tratta, avanzata dal sig. Carmelo Sposato solo in data 23 novembre 2009, non solo è successiva alla partecipazione alla gara e alla stessa esclusione dalla gara, per quanto contiene un'espressa ammissione dell'esistenza del debito e conforta la tesi della falsità della dichiarazione resa in sede di

gara.

6.2. Del tutto infondato è il secondo mezzo di gravame, con cui riproducendo il terzo motivo del ricorso introduttivo del ricorso di primo grado, gli appellanti hanno lamentato che il provvedimento di esclusione sarebbe affetto da difetto di motivazione, non emergendo dal suo contenuto l'effettiva valutazione da parte della stazione unica appaltante delle osservazioni e controdeduzioni svolte a seguito della comunicazione di avvio del procedimento di esclusione dalla gara.

Sul punto non vi è motivo per discostarsi dal consolidato indirizzo giurisprudenziale (C.d.S., sez. V, 10 settembre 2009, n. 5424; sez. IV, 5 ottobre 2005, n. 5365; sez. VI, 23 marzo 2009, n. 1700; 7 gennaio 2008, n. 17; 11 aprile 2006, n. 1999), secondo cui l'obbligo procedimentale dell'amministrazione inerente al contraddittorio partecipativo non implica la confutazione puntuale di tutte le osservazioni svolte dagli interessati, essendo invero sufficiente che il provvedimento amministrativo sia corredato da una motivazione che renda nella sostanza percepibile la ragione del mancato adeguamento dell'azione della p.a. alle deduzioni difensive del privato, cosa che nel caso di specie emerge agevolmente dalla stessa lettura del provvedimento di esclusione.

6.3. Quanto poi al motivo di gravame con il quale è stata lamentata la dedotta incompetenza della Stazione unica appaltante ad adottare il provvedimento di esclusione, a prescindere dalla pur convincente motivazione dei primi giudici, peraltro neppure adeguatamente

contestate, deve evidenziarsi che esso è smentito in fatto, essendo intervenuta la determina n. 5 del 23 febbraio 2010, con cui il Responsabile dell'Ufficio OO.PP. del Comune di Condofuri ha preso atto delle risultanze della gara, approvandone i verbali e l'operato della stazione unica appaltante (ivi compresa l'esclusione dalla gara delle appellanti) ed aggiudicando definitivamente l'appalto alla impresa GE.COS. s.r.l.

6.4. La legittimità del provvedimento di esclusione, cui consegue anche quella del provvedimento di aggiudicazione definitiva, esclude la stessa ammissibilità dell'azione risarcitoria.

7. In conclusione l'appello deve essere respinto.

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, definitivamente pronunciando sull'appello proposto dai signori Carmelo Sposato e Guerrisi Vincenzo, quali legali rappresentanti della Edil Costruzioni e della Guerrisi Costruzioni s.n.c., avverso la sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Calabria, sezione distaccata di Reggio Calabria, n. 1315 del 15 novembre 2010, lo respinge.

Condanna gli appellanti in solido al pagamento in favore dell'Amministrazione provinciale di Reggio Calabria delle spese del presente grado di giudizio che liquida complessivamente in €.

4.000,00 (quattromila).

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 7 febbraio 2012 con l'intervento dei magistrati:

Stefano Baccharini, Presidente

Francesco Caringella, Consigliere

Carlo Saltelli, Consigliere, Estensore

Antonio Bianchi, Consigliere

Nicola Gaviano, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 10/05/2012

IL SEGRETARIO

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