

Publicato il 09/12/2020

N. 07789/2020REG.PROV.COLL.

N. 06112/2020 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 6112 del 2020, proposto dalla Monteco S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Angelo Clarizia e Federico Massa, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Angelo Clarizia in Roma, via Principessa Clotilde, n. 2;
contro

il Comune di Ceglie Messapica, anche quale Ente capofila dell'ARO BR/1 Ovest, il Comune di Erchie, il Comune di Francavilla Fontana, il Comune di San Michele Salentino, il Comune di San Pancrazio Salentino, il Comune di Torre Santa Susanna, il Comune di Oria, il Comune di Latiano ed il Comune di Villa Castelli, in persona dei rispettivi Sindaci pro tempore, rappresentati e difesi dall'avvocato Marco Palieri, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;
l'Autorità Nazionale Anticorruzione - ANAC, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, con domicilio ope legis in Roma, via dei Portoghesi, n. 12;
per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, Lecce, Sezione Seconda, n. 731 del 2020.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dei Comuni di Ceglie Messapica, anche quale Ente capofila dell'ARO BR/1 Ovest, Erchie, Francavilla Fontana, San Michele Salentino,

San Pancrazio Salentino, Torre Santa Susanna, Oria, Latiano e Villa Castelli nonché dell'ANAC;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 11 novembre 2020 – svoltasi da remoto ai sensi dell'art. 25 del decreto legge n. 137 del 2020 - il Cons. Roberto Caponigro e uditi per le parti gli avvocati Angelo Clarizia e Marco Palieri, che partecipano alla discussione orale ai sensi della detta disposizione di legge e dell'art. 4 del decreto legge n. 28 del 2020;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. L'Ambito di Raccolta Ottimale - A.R.O. 1 Brindisi Ovest, avente quale capofila il Comune di Ceglie Messapica, con bando del 23 luglio 2019, ha indetto una gara per il “servizio di raccolta trasporto dei RSU e gestione del centro pubblico di selezione e valorizzazione delle differenziate secche di Francavilla Fontana”, per la durata di mesi 108 ed un valore totale stimato, IVA esclusa, di euro 162.591.275,50, con termine finale per la presentazione delle offerte fissato al 25 ottobre 2019.

La stazione appaltante, con determinazione n. 235 del 12 maggio 2020, ha escluso dalla gara la Monteco s.r.l., unica partecipante, in applicazione dell'art. 80, comma 4, del d.lgs. n. 50 del 2016 per l'omesso pagamento di imposte e tasse locali, gravi e definitivamente accertate.

Il T.a.r. per la Puglia, Lecce, Seconda Sezione, con la sentenza n. 731 del 13 luglio 2020, ha respinto il ricorso proposto dalla Monteco s.r.l. avverso tale provvedimento di esclusione.

Di talchè, la Società interessata ha interposto il presente appello, articolando le seguenti censure:

- il Tar non avrebbe potuto affermare che la Monteco avesse “legale scienza” dell'avviso di accertamento del 2016, avendo essa disconosciuto formalmente la sottoscrizione dell'ignoto firmatario e dimostrato di avere sempre adempiuto ai pagamenti della TARSU nei confronti del Comune di Brindisi;

- la sentenza di primo grado dovrebbe essere annullata con rinvio, in quanto il Tar, in presenza della contestazione della veridicità della sottoscrizione dell'avviso di ricevimento, non avrebbe potuto affermare l'integrità dell'istruttoria processuale, ma avrebbe dovuto concedere alla ricorrente un termine per proporre querela di falso, per poi sospendere il giudizio;

- il Consiglio di Stato dovrebbe annullare la sentenza impugnata con rinvio, al fine di consentire alla appellante di ottenere il termine per la proposizione della querela di falso,

o, in subordine, ove ritenuta la questione compresa nella devoluzione in sede di gravame, dovrebbe accordare il detto termine ex art. 77 c.p.a. e, all'esito, sospendere il presente giudizio sino alla definizione del procedimento civile;

- non sarebbe stata accertata la conoscenza, da parte della società, dell'avvenuta comunicazione dell'atto tributario, atteso che la mancata conoscenza dell'avvenuta consegna dell'avviso ovvero l'assoluta incertezza circa la conoscenza medesima, necessariamente implicherebbe l'inesistenza dell'inadempimento;

- al momento della presentazione dell'offerta nella procedura concorsuale, la Monteco ed il Comune di Brindisi non avrebbero avuto conoscenza della esistenza di una situazione inadempitiva rispetto ad obbligazioni tributarie della stessa Monteco nei confronti del Comune di Brindisi;

- non potrebbe ritenersi accertato un inadempimento colpevole, o anche solo consapevole, ad una obbligazione tributaria, per cui si tratterebbe di una situazione che non legittimerebbe l'adozione del provvedimento di esclusione della procedura;

- al momento della presentazione dell'offerta la situazione di inadempimento non era conosciuta e, comunque, la Monteco avrebbe tempestivamente adempiuto una volta rilevata la oggettiva sussistenza del tributo;

- il primo periodo del quarto comma dell'art. 80 del d.lgs. n. 50 del 2016 prevederebbe l'esclusione per le violazioni gravi secondo la disciplina tributaria nazionale, che non si occupa di violazione relative all'omesso pagamento di tributi locali.

Il Comune di Ceglie Messapica e gli altri Comuni costituenti l'ARO1 Brindisi Ovest hanno analiticamente contestato le censure dedotte concludendo per il rigetto dell'appello.

L'ANAC ha eccepito che il ricorso avverso il parere di precontenzioso n. 295 del 2020 sarebbe inammissibile per l'assenza di lesività dello stesso e, nel merito, ha contestato la fondatezza delle censure dedotte, concludendo per il rigetto del gravame.

Alcune delle parti hanno prodotto altre memorie a sostegno ed illustrazione delle rispettive ragioni.

All'udienza pubblica dell'11 novembre 2020, svoltasi da remoto, la causa è stata trattenuta per la decisione.

2. L'appello è infondato e va di conseguenza respinto.

3. La stazione appaltante, con la determina del 12 maggio 2020, ha disposto l'esclusione dalla gara della Monteco s.r.l. in base ad un cospicuo itinerario argomentativo, tra cui:

- vista la nota del 16 gennaio 2020, con cui la Monteco ha comunicato alla stazione appaltante di essere stata debitrice verso il Comune di Brindisi a seguito del mancato

pagamento di un'imposta comunale (inferiore ai 10.000,00 euro), attualmente sanata (incluse le sanzioni), affermando la sua buona fede in quanto non a conoscenza di tale debito per un presunto difetto di notifica;

- preso atto della lettera, in data 5 maggio 2020, con cui l'Ufficio Tributi del Comune di Brindisi ha comunicato che "... alla data del 25 ottobre 2019 la posizione tributaria della ditta Monteco S.r.l. presentava un mancato pagamento di euro 20.576,78 (tassa e addizionali euro 9.160,59, sanzioni euro 10.428,25, interessi euro 596,98, spese di notifica euro 5,18) relativo ad un atto di accertamento TAR SU non pagato entro 60 giorni al quale è seguito atto di ingiunzione. Il pagamento di tale debito è stato effettuato in data 24/12/2019";

- valutato che, ai sensi dell'art. 80, comma 6, del d.lgs. n. 50 del 2016, "le stazioni appaltanti escludono un operatore economico in qualunque momento della procedura, qualora risulti che l'operatore economico si trova, a causa di atti compiuti o omessi prima o nel corso della procedura, in una delle situazioni di cui ai commi 1, 2, 4 e 5";

- ritenuto che la violazione tributaria certificata dal Comune di Brindisi ricade nell'ambito dei motivi di esclusione di cui all'art. 80, comma 4, del d.lgs. n. 50 del 2016, per il quale "costituiscono gravi violazioni quelle che comportano un omesso pagamento di imposte e tasse superiore all'importo di cui all'art. 48-bis, commi 1 e 2-bis del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 602" e "definitivamente accertate quelle contenute in sentenze o atti amministrativi non più soggetti ad impugnazione" e, pertanto, considerato l'importo, rappresenta in re ipsa motivo ostativo al prosieguo al procedimento di gara da parte della ditta Monteco.

4. L'art. 80, comma 4, d.lgs. n. 50 del 2016 stabilisce che un operatore economico è escluso dalla partecipazione ad una procedura d'appalto se ha commesso violazioni gravi, definitivamente accertate, rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse o dei contributi previdenziali, secondo la legislazione italiana o quella dello Stato in cui sono stabiliti.

La disposizione specifica che costituiscono gravi violazioni quelle che comportano un omesso pagamento di imposte e tasse superiore all'importo di cui all'articolo 48-bis, commi 1 e 2-bis, del d.P.R. n. 602 del 1973 (euro cinquemila), mentre costituiscono violazioni definitivamente accertate quelle contenute in sentenze o atti amministrativi non più soggetti ad impugnazione.

L'art. 86 del d.lgs. n. 50 del 2016 disciplina i mezzi della prova della non applicabilità all'operatore economico dei motivi di esclusione.

L'esclusione dalla gara, pertanto, è esercizio di potere vincolato al ricorrere di due presupposti: a) la gravità della violazione (costituente un concetto giuridico indeterminato); b) il definitivo accertamento della stessa (costituente un concetto giuridico determinato).

La fonte normativa primaria, come già evidenziato sancisce quando ricorrano i due

presupposti, non solo chiarendo il concetto di definitività dell'accertamento della violazione, ma anche oggettivizzando il concetto giuridico indeterminato di gravità della violazione, attraverso il rimando ad una fonte normativa subordinata, che ha fissato la soglia di euro 5.000,00.

Ne consegue che l'attività amministrativa è del tutto conformata dalla legge, per cui il provvedimento di esclusione dalla gara, nei casi della specie, costituisce esercizio di potere vincolato.

Nella fattispecie in esame, i presupposti per l'esercizio del potere vincolato sussistono, in quanto la violazione tributaria è grave, essendo di importo superiore ai 5.000,00 euro, ed è definitivamente accertata, in quanto l'avviso di accertamento non è più soggetto ad impugnazione.

5. Le censure proposte dall'appellante possono sintetizzarsi in tre profili principali:

- l'impresa non aveva la legale conoscenza, alla data di scadenza del termine per la presentazione delle offerte, dell'avviso di accertamento tributario del 2016, da cui è derivata l'inadempienza tributaria;
- non sussisterebbe alcun profilo di responsabilità soggettiva;
- la norma si riferirebbe solo a tributi nazionali e non a tributi locali.

Le doglianze non sono persuasive.

5.1. L'avviso di accertamento è stato notificato alla Monteco s.r.l. per posta raccomandata A.R. presso la sede legale dell'impresa in Lecce, via Campania, n. 30, come da relativo avviso di ricevimento sottoscritto, in data 21 ottobre 2016, sia dal ricevente che dall'incaricato alla distribuzione.

L'art. 145, comma 1, c.p.c., per quanto riguarda la notificazione alle persone giuridiche, prevede che la notifica si esegue nella loro sede, mediante consegna di copia dell'atto al rappresentante o alla persona incaricata di ricevere le notificazioni o, in mancanza, ad altra persona addetta alla sede stessa ovvero al portiere dello stabile in cui è la sede.

La giurisprudenza amministrativa (cfr. Cons. Stato, IV, 21 gennaio 2019, n. 510; Cons. Stato, V, 23 aprile 2014, n. 2057) ha già avuto modo di richiamare la giurisprudenza civile (Cassazione civile, Sezione Tributaria, ordinanza 5 settembre 2012, n. 14865, la quale, a sua volta, richiama una vasta giurisprudenza della Corte di Cassazione), secondo cui, ai fini della regolarità della notificazione di atti alla persona giuridica mediante consegna a persona addetta alla sede (art. 145, comma 1, c.p.c.), senza che consti la previa infruttuosa ricerca del legale rappresentante e, successivamente, della persona incaricata di ricevere le notificazioni, è sufficiente che il consegnatario si trovi presso la sede della persona giuridica destinataria non occasionalmente, ma in virtù di un particolare rapporto che, non dovendo essere necessariamente di prestazione lavorativa, può risultare anche dall'incarico, pur se provvisorio e precario, di ricevere le notificazioni

per conto della persona giuridica.

Ne consegue che, qualora dalla relazione dell'ufficiale giudiziario - ma lo stesso itinerario argomentativo può ripetersi per l'incaricato alla distribuzione nel caso di raccomandata postale con avviso di ricevimento - risulti la presenza di una persona che si trovava nei locali della sede, è da presumere che tale persona fosse addetta alla ricezione degli atti diretti alla persona giuridica, anche se da questa non dipendente, laddove la società, per vincere la presunzione in parola, ha l'onere di provare che la stessa persona, oltre a non essere una sua dipendente, non era neppure addetta alla sede per non averne mai ricevuto l'incarico.

In altri termini, la persona rinvenuta nella sede della società si presume addetta alla ricezione degli atti diretti all'ente, incombendo sull'interessato l'onere della prova contraria, che deve sostanziarsi nella dimostrazione che il consegnatario non ha un rapporto di lavoro con la persona giuridica e non ha l'incarico di addetto alla sede per non averne mai ricevuto mandato.

Il rapporto in virtù del quale il soggetto rinvenuto presso la sede della persona giuridica si considera legittimo consegnatario, perciò, non deve essere necessariamente di prestazione lavorativa, ma può risultare anche dall'incarico, pur se provvisorio e precario, di ricevere le notificazioni per conto della persona giuridica (cfr. Cass. Civile, Sezione Tributaria, 12 dicembre 2014, n. 26185).

Il contenuto delle dichiarazioni ricevute dell'agente notificatore (così come dell'incaricato alla distribuzione) o l'esito delle sue ricerche, inoltre, debbono presumersi veritiere sino a contraria dimostrazione da parte di chi contesta la validità della notifica.

Su tale questione, la Terza Sezione della Corte di Cassazione, con la recente sentenza 15 gennaio 2020, n. 532, ha ancora ribadito che, ai fini della regolarità della notificazione di atti ad un soggetto diverso dalla persona fisica, qualora dalla relazione dell'ufficiale giudiziario o postale risulti, nella sede legale o effettiva, la presenza di una persona all'interno dei relativi locali, è da presumere che tale persona fosse addetta alla ricezione degli atti, senza che il notificatore debba accertarsi della sua effettiva condizione, laddove l'ente, per vincere la presunzione in parola, ha l'onere di provare la mancanza dei presupposti per la valida effettuazione del procedimento notificatorio.

Sulla base del descritto iter argomentativo, non può assumere rilievo ai fini di disconoscere la validità della notifica la circostanza secondo cui - come indicato, con nota del 24 febbraio 2020, nell'ambito del contraddittorio presso l'ANAC - la Monteco ha rappresentato che "seppure si è potuto appurare dell'esistenza di un avviso di ricezione ... effettivamente indirizzato alla sede legale della società in data ottobre 2016, tale avviso risulta controfirmato da un soggetto ricevente con una sottoscrizione poco leggibile che parrebbe corrispondere a quella di un ex dipendente della società alla data della firmai oramai in pensione", per cui l'atto di accertamento deve ritenersi ritualmente e regolarmente notificato al destinatario il 21 ottobre 2016 e, a tale data, è entrato nella sua sfera di conoscenza legale.

Neppure può condividersi quanto sostenuto dalla parte in ordine alla mancata concessione di un termine per la proposizione della querela di falso.

Infatti, a prescindere dalla considerazione che non risulta provata la richiesta del suddetto termine in primo grado, la querela di falso, per rilevare al fine della decisione del presente giudizio, dovrebbe riguardare il fatto storico della effettuazione della notifica presso la sede legale dell'impresa, circostanza che non è in contestazione, mentre l'apposizione della firma da parte del ricevente determina, come già sottolineato, che la persona rinvenuta nella sede della società si presume addetta alla ricezione degli atti diretti all'ente, incombando sull'interessato l'onere della prova contraria, che deve sostanziarsi nella dimostrazione che il consegnatario non ha un rapporto di lavoro con la persona giuridica e non ha l'incarico di addetto alla sede per non averne mai ricevuto mandato.

Peraltro, non è dato comprendere in cosa effettivamente possa consistere la contestazione della veridicità della sottoscrizione dell'avviso di ricevimento, atteso che il ricevente non ha firmato in qualità di rappresentante legale o in un'altra qualità specificamente attribuibile ad un'altra persona fisica individuata o individuabile, sicché non è prima facie intelligibile rispetto a chi o a cosa la sottoscrizione dovrebbe essere veridica.

Invece, considerato che l'atto è stato ricevuto in data 21 ottobre 2016 da un soggetto che ha sottoscritto in qualità di ricevente, l'impresa, per vincere la presunzione di legale conoscenza, sarebbe tenuta ad identificare il ricevente ed a dimostrarne la sua totale estraneità all'organizzazione aziendale, non solo come dipendente, ma anche come mandatario per la ricezione degli atti, refluendo diversamente a suo carico l'eventuale negligenza nell'organizzazione della ricezione della posta e, in particolare, delle notifiche.

Va da sé che, aderire ad una diversa impostazione logico – giuridica, consentirebbe a qualunque impresa di eludere facilmente le conseguenze eventualmente derivanti dalla notifica di atti, sostenendo di non aver mai avuto conoscenza degli stessi.

D'altra parte, come anche messo in rilievo nelle memorie prodotte, la Società ha provveduto al pagamento dell'ingiunzione senza opporre alcuna considerazione circa la mancata ricezione del presupposto atto di accertamento, in assenza della conoscenza del quale l'ordine di ingiunzione sarebbe stato evidentemente illegittimo.

Per quanto attiene ai mezzi di prova, inoltre, la comunicazione dell'inadempienza è stata fornita dalla stessa Monteco e, comunque, legittimamente la stazione appaltante ha fatto ricorso alla certificazione del Comune di Brindisi, in quanto, anche argomentando sulla base dell'art. 57, comma 2, della direttiva 2014/24/UE, può essere dimostrato con qualunque mezzo adeguato che l'operatore economico non ha ottemperato al pagamento di imposte o contributi previdenziali.

5.2. La disciplina dettata dal codice dei contratti pubblici prevede l'esclusione per il fatto oggettivo della grave violazione tributaria, atteso che la ratio della norma è quella di escludere dalla gara l'impresa che non offra una totale affidabilità, anche di tipo economico, sulla corretta esecuzione della prestazione oggetto della gara d'appalto.

Peraltro, come già rilevato, anche ove volesse sostenersi che l'impresa non abbia in concreto avuto la conoscenza dell'atto, in quanto, altrimenti, avrebbe provveduto al pagamento come da prassi, la incompiuta organizzazione della attività volta alla ricezione della posta ricadrebbe comunque a rischio dell'impresa, refluendo nella sua responsabilità soggettiva.

5.3. Il Collegio, infine, pone in rilievo che la grave violazione in materia tributaria può ben derivare dall'omesso pagamento di tributi locali.

Infatti, sotto un profilo sistematico, sussiste la stessa ratio che presiede all'esclusione per il mancato pagamento di tributi nazionali e, sotto un profilo letterale, la norma fa riferimento alla legislazione italiana e non vi è dubbio che la TAR SU (sostituita poi, insieme alla TIA e alla TARES a seguito dell'entrata in vigore della legge n. 149 del 2013, legge finanziaria per il 2014), a cui si riferisce il mancato pagamento in discorso, sia un tributo previsto dalla legislazione nazionale, essendo stata introdotta con il d.lgs. n. 507 del 1993..

6. In definitiva, in presenza di una grave violazione tributaria, definitivamente accertata, alla data di scadenza del termine per la presentazione dell'offerta, l'esclusione della Monteco s.r.l. costituiva per la stazione appaltante atto dovuto, sicché, essendo infondate le censure dedotte, l'appello deve essere respinto.

7. Le spese del giudizio di appello seguono la soccombenza e, liquidate complessivamente in euro 10.000,00 (diecimila/00), oltre accessori di legge, sono poste a carico dell'appellante ed a favore, per euro 1.000,00 ciascuno, dei nove Comuni costituiti in giudizio e dell'ANAC.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quarta, definitivamente pronunciando, respinge l'appello in epigrafe (R.G. n.6112 del 2020).

Condanna la parte appellante al pagamento delle spese di giudizio di appello, liquidate complessivamente in euro 10.000,00 (diecimila/00), oltre accessori di legge, in favore, per euro 1.000,00 ciascuno, dei nove Comuni costituiti in giudizio e dell'ANAC.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 11 novembre 2020 – svoltasi da remoto ai sensi dell'art. 25 del decreto legge n. 137 del 2020 - con l'intervento dei magistrati:

Roberto Giovagnoli, Presidente

Daniela Di Carlo, Consigliere

Nicola D'Angelo, Consigliere

Silvia Martino, Consigliere

Roberto Caponigro, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Roberto Caponigro

IL PRESIDENTE
Roberto Giovagnoli

IL SEGRETARIO