Immediatamente Esecutiva

COMUNE DI MARINEO

Prov. Palermo

---.---

COPIA DI DELIBERAZIONE DELLA GIUNTA COMUNALE

N. 77

Oggetto: **Contenzioso CO.DI.MAR c/Comune di Marineo - Affidamento incarico Avv. Saverio Lo Monaco**

L'anno duemila dieci, il giorno undici del mese di ottobre, alle ore 17,00 si è riunita

LA GIUNTA COMUNALE

con l'intervento dei signori:

				Presente	Assente
1)	RIBAUDO	Francesco	Sindaco	X	
2)	MURATORE	Pietro	V. Sindaco		X
3)	COSTA	Angela	Assessore		X
4)	FRANCAVIGLIA	Salvatore	Assessore		X
5)	BENANTI	Onofrio	Assessore	X	
6)	SCARPULLA	Anna	Assessore	X	
7)	TRENTACOSTI	Salvatore	Assessore	X	

Presiede il **Sindaco rag. Francesco Ribaudo**

Partecipa il **Segretario Comunale dott. Antonino Macaluso**

Il Presidente, constatato la presenza del numero legale, dichiara aperta la seduta ed invita i convenuti a deliberare sull'argomento in oggetto indicato.

Ai sensi della legge regionale 11 dicembre 1991, n. 48, nel testo sostituito dall'art. 12 della legge regionale 23 dicembre 2000, n. 30, si esprime parere *favorevole / contrario* in ordine alla sola regolarità tecnica della proposta.

Li, _____

Il Responsabile del Servizio

PROSPETTO CONTABILE

Categ.	Capitolo
Stanziamento originario	
Variazione in più/meno	
Variazione in più/meno	
Situazione risultante	
Somme impegnate	
Somme disponibili	
Somme che si impegna con presente	
Restano disponibili	

Ai sensi del comma 1 dell'articolo 53 della legge 8 agosto 1990 n.142 come recepita dalla legge regionale 11 dicembre 1991, n. 48, nel testo sostituito dall'art. 12 della legge regionale 23 dicembre 2000, n. 30, si esprime parere *favorevole / contrario* in ordine alla sola regolarità contabile della proposta.

Li, _____

Il Responsabile del Servizio Finanziario

Il Sindaco

Visto l'allegato ricorso, prot n. 14404 del 27/09/2010, presentato al Tribunale Amministrativo Regionale di Palermo dall' Impresa CO.DI.MAR s.r.l., in persona del suo Amministratore Unico pro tempore Di Sclafani Mario, contro il Comune di Marineo e nei confronti dell'impresa Cangialosi Antonino con sede in Marineo, via Sancimino n. 6,. notificato a questo Ente in data 24/09/2010 a mezzo del servizio postale;

Vista l'allegata relazione con la quale il Dirigente tecnico ritiene opportuno costituirsi in giudizio per far valere le ragioni dell'Ente ed evitare che l'eventuale sospensione dei lavori in corso comporterebbe la revoca del finanziamento dell'INAIL;

Dato atto che la mancata costituzione comporterebbe un danno all'Ente;

Attesa l'inesistenza di specifiche figure professionali all'interno dell'Ente;

Ritenuto che l'incarico de quo può essere conferito all'Avv. Saverio Lo Monaco, con studio in Palermo Via Dei Biscottari n. 17, che all'uopo interpellato ha manifestato la propria disponibilità ad accettarlo, per un compenso di circa € 3.000,00, oltre IVA e CPA nella misura di legge;

Visto lo schema di disciplinare di incarico legale, allegato alla presente quale parte integrante e sostanziale;

Propone

Per le ragioni ed i motivi tutti riportati in premessa e che qui si intendono integralmente richiamati:

Conferire incarico per la difesa dell'Ente nel giudizio instaurato dall' Impresa CO.DI.MAR innanzi il TAR Palermo all'Avv. Saverio Lo Monaco, con studio in Palermo, Via Dei Biscottari n. 17;.

Autorizzare il sindaco a sottoscrivere per nome e conto del Comune di Marineo idonea procura al legale;

Approvare lo schema del disciplinare di incarico, allegato alla presente per farne parte integrante e sostanziale;

Dare atto che il conferimento dell'incarico, alle condizioni riportate alla Convenzione allegata alla presente, è subordinata all'accettazione da parte del Legale incaricato che all'atto del perfezionamento dell'incarico dovrà sottoscrivere.

Autorizzare il Responsabile AA.GG. alla sottoscrizione del suddetto disciplinare d'incarico;

Prenotare la somma di € 3.000,00, oltre IVA e CPA nella misura di legge sul competente capitolo del bilancio di previsione del c.e..

Incaricare il responsabile del servizio all'assunzione del dovuto impegno di spesa.

La Giunta Comunale

Vista ed esaminata la superiore proposta;

Preso atto che la stessa risulta munita dei prescritti pareri;

Con voti unanimi e favorevoli espressi nelle forme di legge;

DELIBERA

Approvare e fare propria la sopra riportata deliberazione.

LA GIUNTA

Stante l'urgenza, con successiva ed unanime votazione espressa in forma palese per alzata e seduta,

DELIBERA

dichiarare la presente immediatamente esecutiva.

Letto, approvato e sottoscritto.

Il Sindaco

F.to RIBAUDO

L'Assessore anziano

F.to THERIACOSTI

Il Segretario Comunale

F.to Dr. NACALUSO

Affissa all'albo pretorio il _____

Defissa il _____

Il Messo comunale

F.to _____

Il Segretario del Comune

CERTIFICA

su conforme relazione del Messo comunale incaricato per la pubblicazione degli atti che la presente deliberazione è stata pubblicata all'Albo pretorio del Comune per quindici giorni consecutivi a decorrere dal giorno festivo _____ senza opposizioni o reclami.

Li, _____

Il Segretario Comunale

F.to _____

E' copia conforme per uso amministrativo

Li, 01 OTT. 2010

Il Segretario Comunale

CERTIFICATO DI ESECUTIVITA'

La presente delibera è divenuta esecutiva in data =

Li, =

Il Segretario Comunale

F.to =

La presente delibera è immediatamente esecutiva

Li, 01 OTT. 2010

Visto: F:to Il Sindaco RIBAUDO

F.to Il Segretario Comunale Dr. NACALUSO

La presente delibera è stata trasmessa ai Capigruppo consiliari con nota n. _____ del _____

La presente delibera è stata trasmessa per l'esecuzione all'ufficio _____ in data _____

COMUNE DI MARINEO

(Provincia Palermo)

DISCIPLINARE D'INCARICO LEGALE

L'Anno duemiladieci ----------, in Marineo e nella Residenza Comunale

Con la presente scrittura privata, avente per le parti forza di legge, a norma dell'art. 1372 del codice civile,

TRA

Il Comune di Marineo (di seguito: Comune), con sede in Marineo, Corso dei Mille 127 C.F. 86000870823, rappresentato legalmente dal Responsabile dell'Area AA.GG. Dott.ssa Isidora Sclafani, la quale dichiara di intervenire in questo atto esclusivamente in nome, per conto e nell'interesse del Comune predetto;

E

L'Avv Saverio Lo Monaco, del Foro di Palermo (di seguito: legale), con studio in Palermo, via Dei Biscottari n. 17, Partita IVA 05595480822;

PREMESSO CHE:

Con deliberazione di Giunta Comunale n°____ del _____, esecutiva ex lege, si è provveduto all'individuazione e nomina dell'avvocato cui affidare l'incarico per la difesa dell'Ente nel giudizio instaurato dall' Impresa CO.DI.MAR innanzi il TAR Palermo, impegnando la somma presuntiva di 3.000,00 oltre CPA e IVA;

Con la medesima deliberazione di Giunta Comunale n° _____, è stato approvato lo schema del presente disciplinare d'incarico legale;

CIO' PREMESSO

Tra le parti sopra costituite, si conviene e stipula il conferimento di un incarico per la difesa dell'Ente nel giudizio instaurato dall' Impresa CO.DI.MAR innanzi il TAR Palermo secondo le seguenti modalità e condizioni:

1. L'incarico ha per oggetto la difesa dell'Ente nel giudizio instaurato dall' Impresa CO.DI.MAR innanzi il TAR Palermo.

2. Il legale si impegna ad applicare le tariffe professionali in misura minima.

3. Il legale si impegna, altresì, a relazionare e tenere informato costantemente il Comune circa l'attività di volta in volta espletata. L'incarico comprende anche l'eventuale predisposizione di atti di transazione della vertenza. Il Comune resta comunque libero di determinarsi autonomamente in relazione ai pareri forniti. Qualora richiesto, a fini di chiarimenti, il legale assicura la propria presenza presso gli uffici comunali per il tempo ragionevolmente utile all'espletamento dell'incombenza.

4. Al fine di mantenere il controllo della spesa, il legale si obbliga, altresì, ad astenersi dall'espletare prestazioni professionali non coperte da regolari e preventivi impegni di spesa. Allorquando, pertanto, gli acconti percepiti fossero divenuti insufficienti per il prosieguo dell'incarico. In mancanza dell'impegno integrativo e/o aggiuntivo il legale potrà abbandonare la difesa previa comunicazione scritta, con esonero dello stesso da ogni responsabilità professionale. Attesa la particolare natura delle spese legali, confermata a più riprese dalla giurisprudenza della suprema Corte – in quanto trattasi di spese non prevedibili in sede di conferimento dell'incarico, la cui scadenza è incerta e che quindi comportano una complessa gestione contabile per l'Ente – il legale non potrà rimettere parcelle per il pagamento oltre il 20 novembre di ciascun anno. Le parcelle ricevute al protocollo comunale oltre quella data saranno restituite con invito a produrle nel successivo esercizio finanziario senza che ciò possa dar luogo a ristoro o ad interessi di alcun genere.

5. Il legale incaricato dichiara, altresì, di non avere in corso comunione d'interessi, rapporti d'affari o d'incarico professionale né relazioni di coniugio, parentela od affinità entro il quarto grado con la controparte (o con i legali rappresentanti in caso di persona giuridica) sopra indicata e che inoltre non si è occupato in alcun modo della vicenda oggetto del presente incarico per conto della controparte o di terzi, né ricorre alcuna altra situazione di incompatibilità con l'incarico testé accettato alla stregua delle norme di legge e dell'ordinamento deontologico professionale. Fatta salva l'eventualità responsabilità di carattere penale o disciplinare, cui dovesse dar luogo la violazione anche di una sola delle predette prescrizioni, l'Amministrazione è in facoltà di risolvere il contratto ai sensi dell'art. 1453 e ss. del c.c. A tal fine il legale nominato si impegna a comunicare tempestivamente all'Amministrazione l'insorgere di ciascuna delle condizioni di incompatibilità richiamate precedentemente.

6. Al legale non è data facoltà di delegare terzi professionisti all'adempimento del mandato ricevuto senza il preventivo e necessario consenso scritto da esprimersi nelle forme di legge da parte del Comune, il legale incaricato deve ricorrere all'assistenza di un domiciliatario, la scelta è fatta liberamente dal legale incaricato principale, il quale rimane unico responsabile nei riguardi del Comune committente.

7. Il comune ha facoltà di revocare in qualsiasi momento l'incarico al legale nominato, previa comunicazione scritta da dare con lettera raccomandata munita di avviso di ricevimento, con l'obbligo di rimborsare le spese necessarie fino a quel momento sostenute e di corrispondere il compenso per l'attività fino a quel momento espletata, il tutto nei limiti fissati al precedente punto 2).

8. Il legale ha facoltà di rinunciare al mandato per giusta causa, con diritto al rimborso delle spese sostenute ed al compenso per l'attività espletata, da determinarsi avuto riguardo al risultato utile che ne sia derivato al Comune.

9. Il Comune si obbliga a fornire tempestivamente, per il tramite dei propri uffici e del proprio personale, ogni informazione, atti e documenti utili alla migliore difesa e richiesti dal legale.

10. La sottoscrizione del presente disciplinare di incarico costituisce accettazione integrale delle condizioni e delle modalità in esso contenute o richiamate e vale anche come comunicazione di conferimento dell'incarico.

11. Il Comune, ai sensi dell'articolo 10 della legge 31 dicembre 1996, n° 675 e successive modificazioni ed integrazioni, informa il legale – il quale ne prende atto e dà il relativo consenso – che tratterà i dati contenuti nella presente convenzione esclusivamente per lo svolgimento delle attività e per l'assolvimento degli obblighi previsti dalle leggi e dai regolamenti comunali in materia.

12. Per quanto non previsto dalla presente convenzione, le parti rinviano alle norme del codice civile, a quelle proprie dell'ordinamento professionale degli avvocati ed alle relative tariffe professionali.

13. La presente scrittura privata sarà registrata soltanto in caso d'uso, ai sensi e per gli effetti dell'art. 2, tariffa parte seconda, allegata al DPR 26.04.1986, n° 131. Ogni eventuale spesa inerente e conseguente alla stipulazione del presente atto è a carico del legale incaricato.

Letto, approvato e sottoscritto

PER IL COMUNE DI MARINEO

Il Responsabile AA.GG.

_____

IL PROFESSIONISTA

_____

Avv. ANTONINO NOCITO
PATROCINANTE DAVANTI ALLE GIURISDIZIONI SUPERIORI
Via A. Casella, 60 - 90145 Palermo
Tel./Fax 091.6831442

Avv. ANTONINO NOCITO
PATROCINANTE DAVANTI ALLE GIURISDIZIONI SUPERIORI
Via A. Casella, 60 - 90145 Palermo
Tel./Fax 091.6831442

ECC.MO TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE PER LA SICILIA

PALERMO

N. 14404
27 SET. 2010

RICORSO

(con istanza di "misure cautelari monocratiche")

dell' IMPRESA CO.DI.MAR S.r.l., con sede in Misilmeri – contrada Roccabianca 44 (P.I. 04606280826), in persona dell'Amministratore Unico pro tempore, Di Sclafani Mario, elettivamente domiciliato in Palermo nella via A. Casella 60 presso lo studio dell'Avv. Antonino Nocito, che la rappresenta e difende giusta procura a margine del presente atto,

CONTRO

- il Comune di Marineo, in persona del Sindaco pro tempore

E NEI CONFRONTI

dell'impresa Cangialosi Antonino, con sede in Marineo via Sancimino 6, in persona del legale rappresentante pro tempore

PER L'ANNULLAMENTO PREVIA SOSPENSIONE

- dei verbali di gara dei giorni 12, 13, 14 maggio 2010, inerenti il pubblico incanto per l'appalto dei lavori di adeguamento della palestra della scuola media statele Pirandello, nella parte in cui non è stata esclusa la ditta Cangialosi Antonino e nella parte in cui detta ditta è stata individuata come prima in graduatoria;

PROCURA

Delego a rappresentarmi e difendermi per il presente giudizio in ogni stato e grado e per i procedimenti conseguenti anche di esecuzione, l'Avv. Antonino Nocito, conferendogli ogni facoltà di legge, comprese quelle specifiche di transigere, quietanzare, riscuotere, chiamare terzi in giudizio, mettere in mora, rinunciare agli atti, accettare rinunce, farsi sostituire da altri avvocati
Per le finalità funzionali all'esercizio dei diritti ed all'adempimento degli obblighi scaturenti dal presente mandato, esprimo consenso al trattamento dei dati personali, comuni e sensibili ed autorizzo il trattamento dei medesimi ai sensi e per gli effetti del D.Lgs n. 196/2003 e successive modificazioni ed integrazioni, da me conosciuto.
Eleggo domicilio presso il suo studio in Palermo via A. Casella 60

Ufficio Unico Nep - Corte di Appello Palermo
NORMALE 22/09/10
2.58 014167/A04 01
0.00 12.10 CODIMAR SR NOCITO A.
COMUNE DI
0.00
Totale 14.68

- della determinazione n. 59 del 27.5.2010 con la quale sono stati approvati i verbali di gara e si è disposta l'aggiudicazione dell'appalto alla ditta Cangialosi Antonino;

- della nota del Dirigente Tecnico del Comune di Marineo n. 12915 del 27 agosto 2010 con la quale si significa che la regolarità ex art. 38 lett. g del D.lgs n. 163/2006 viene effettuata soltanto in sede di liquidazioni;

- di ogni altro atto e/o provvedimento precedente, connesso e consequenziale.

FATTO

Con bando pubblicato nella forme di legge, il Comune di Marineo indisse un pubblico incanto per l'appalto dei lavori di adeguamento alle norme vigenti in materia di sicurezza e igiene lavoro e alle norme per l'abbattimento delle barriere architettoniche della palestra della scuola media statale Pirandello. (alleg. 1)

Con verbali del 12,13 e 14 maggio 2010 la Commissione di gara provvide all'ammissione delle imprese partecipanti ed calcolare la media nel 7,3152%. (allegati n. 2)

Avendo n. 141 imprese offerto il ribasso suddetto, la Commissione procedette al sorteggio da cui risultò prima classificata l'impresa Cangialosi Antonino e seconda classificata questa impresa ricorrente.(alleg. 2/bis)

Con determinazione n. 59 del 27 maggio 2010, il Dirigente Tecnico approvò i verbali gara ed aggiudicò l'appalto all'impresa Cangialosi Antonino (alleg. 3).

Successivamente con note del 28 maggio 2010 il dirigente tecnico del Comune provvide a chiedere all'impresa Cangialosi Antonino ed a questa impresa, seconda classificata, a produrre tutta la documentazione attestante il possesso dei requisiti generali previsti dall'art. 75 del D.P.R. 554/1999 e dall'art. 38 del decreto legislativo n. 163/2006 nonché del requisito della regolarità contributiva .

Questa impresa provvide a produrre tutta la documentazione richiesta, mentre l'impresa Cangialosi, come da lettera di trasmissione del 18.6.2010 (allegato 4) non ha esibito la certificazione rilasciata dall'Agenzia delle Entrate in ordine alla regolarità fiscale.

In data 30 luglio 2010, l'impresa odierna ricorrente, venuta a conoscenza della presumibile non regolarità fiscale da parte dell'impresa dichiarata aggiudicataria, con lettera del 30 luglio 2010 (alleg. 5), chiese al Comune di Marineo di esaminare la regolare esibizione della documentazione prodotta dalla impresa Cangialosi ai fini del possesso dei requisiti generali prescritti per la partecipazione alla gara dall'art. 75 del D.P.R. 554/1999 e dall'art. 38 del D.lgs 163/2006, precisando che intendeva verificare anch'essa la regolarità di tale documentazione.

Non essendo pervenuto alcun riscontro, l'impresa ricorrente, tramite questa difesa, con lettera raccomandata dell'11.8.2010 (alleg. 6), reiterava la richiesta precisando che la mancanza della certificazione di regolarità fiscale avrebbe impedito l'aggiudicazione dell'appalto e la stipula del contratto e chiedeva che, in caso di accertata mancanza della certificazione in questione, la stazione appaltante, anche in conformità al punto 16 lett. a) del bando di gara ed alle prescrizioni previste dal disciplinare di gara, provvedesse in autotutela alla revoca dell'aggiudicazione ed alla conseguente aggiudicazione dell'appalto alla CO.DI.MAR s.r.l.

Il dirigente Tecnico del Comune con nota n. 12915 del 26.8.2010 (alleg. 7), riscontrò la richiesta sopra citata affermando che sia dall'art. 4 lett. g) del disciplinare di gara sia dall'art. 38 del D.lgs 163/2006 non scaturiva l'obbligo da parte della Stazione appaltante della verifica della documentazione di che trattasi stante che tale "*verifica della regolarità contributiva (rectius fiscale) ex art. 38 lett. g) del D.lgs 163/2996 viene effettuata, così come prevede la norma, in sede di liquidazioni*".

Con lettera del 2.9.2010 (alleg. 7) l'impresa ricorrente, sempre tramite questa difesa, nel contestare quanto affermato erroneamente dal dirigente tecnico, ribadiva quanto già esposto con la precedente lettera dell'11.8.2010 e riportava il testo dell'art. 38 lett. g) del D.lgs 163/2006, significando che la regolarità fiscale da parte dell'impresa Cangialosi

avrebbe dovuto sussistere già in sede di partecipazione alla gara, stante che, in caso contrario, l'impresa avrebbe fornito dichiarazioni false.

Con la stessa lettera si ribadiva la richiesta di revoca dell'aggiudicazione e la conseguente aggiudicazione a favore di questa impresa, precisando che, in mancanza della certificazione in questione, si sarebbe proposto ricorso giurisdizionale e che la stessa lettera costituiva informativa ai sensi dell'art. 6 del D.lgs n. 52/2010.

A tale lettera nessun riscontro è pervenuto.

Pertanto si propone il presente ricorso per i seguenti motivi di

DIRITTO

1) – VIOLAZIONE DELL'ART. 75 DEL D.P.R 554/1999 E DELL'ART. 38 DEL D.LGS N. 263/2006-

VIOLAZIONE DEL BANDO DI GARA E DEL DISCIPLINARE DI GARA- ECCESSO DI POTERE PER DISPARITA' DI TRATTAMENTO E PER VIOLAZIONE DEL PRINCIPIO DELLA PAR CONDICIO- ECCESSO DI POTERE PER CARENZA DEI PRESUPPOSTI LEGITTIMANTI, DIFETTO DI ISTRUTTORIA E ILLOGICITA' MANIFESTA.

Prevede l'art. 75 del D.P.R. n. 554/1999:

"Cause di esclusione dalle gare di appalto per l'esecuzione di lavori pubblici

1. *Sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento degli appalti e delle concessioni e non possono stipulare i relativi contratti i soggetti:*

omissis

g) che abbiano commesso irregolarità, definitivamente accertate, rispetto gli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse, secondo la legislazione italiana o quella dello Stato in cui sono stabiliti"

Dispone, poi, l'art. 38 del D.lgs n. 163/2006 **"REQUISITI DEI PARTECIPANTI ALLE PROCEDURE DI AFFIDAMENTO "**

"1. *Sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, nè possono essere affidatari di subappalti, e non possono stipulare i relativi contratti i soggetti:*

omissis

g) che hanno commesso violazioni, definitivamente accertate, rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse, secondo la legislazione italiana o quella dello Stato in cui sono stabiliti;

omissis

4. Ai fini degli accertamenti relativi alle cause di esclusione di cui al presente articolo, nei confronti di candidati o concorrenti non stabiliti in Italia, le stazioni appaltanti chiedono se del caso ai candidati o ai

concorrenti di fornire i necessari documenti probatori, ***e possono altresì chiedere la cooperazione delle autorità competenti."***

In conformità alle suddette prescrizioni, **l'art. 16 –lettera a)- del bando di gara prescriveva** *"Non sono ammessi a partecipare alla gara i soggetti privi dei requisiti generali di cui all'art. 75 del D.P.R. n. 554/99 e successive modifiche ..."*

Il disciplinare di gara all'art. 4 – prescriveva espressamente di rendere una dichiarazione nella quale il concorrente; *"dichiara indicandole specificatamente e puntualmente, di non trovarsi nelle condizioni previste dall'art. 38, comma 1, lettere a), b), ed m-ter), c), d), e), f), g), h), i), l), m), m-bis, ed m-quater del decreto legislativo n. 163/2006 e successive modifiche e integrazioni e precisamente:*

omissis

g) di non avere commesso violazioni definitivamente accertate, rispetto agli obblighi relativi al pagamento di imposte e tasse, secondo la legislazione italiana o quella dello Stato in cui l'impresa è stabilita"

Ed ancora il disciplinare di gara alla pagina 11:

" La commissione di gara, procederà:

a) all'esclusione dalla gara dei concorrenti pei i quali non risulti confermato il possesso dei requisiti generali;

omissis

d) alla comunicazione di quanto avvenuto agli uffici della stazione appaltante cui spetta provvedere all'escussione della cauzione provvisoria, alla segnalazione, ai sensi dell'art.10, comma 1 quater della legge 109/94 e s.m.i. e dell'art. 27, comma 1, del D.P.R. n. 34/2000, del fatto all'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici e all'Osservatorio regionale dei lavori pubblici ai fini dell'adozione da parte della stessa dei provvedimenti di competenza, nonché dell'eventuale applicazione delle norme vigenti in materia di false applicazioni"

Per quanto sopra, è incontestabile che la mancanza della certificazione dell'Agenzia delle Entrate e cioè la non dimostrazione della regolarità fiscale implica inevitabilmente l'esclusione dalla gara ed, in caso di provvisoria aggiudicazione, la revoca della stessa.

Al riguardo, la giurisprudenza amministrativa, in modo costante e pacifico, ha affermato che la correttezza fiscale è richiesta per l'aggiudicazione dell'appalto, come **requisito indispensabile** non per la stipulazione del contratto, **bensì per l'ammissione alla gara**, con la conseguenza che, ai fini della valida partecipazione alla gara, l'impresa deve essere in regola con tali obblighi fin dalla presentazione della domanda e conservare la correttezza del rapporto per tutto lo svolgimento di essa.

Fra tutte:

-"*La regolarità contributiva e* ***fiscale*** *delle imprese partecipanti alla gara per l'aggiudicazione di appalti di opere pubbliche con la pubblica amministrazione deve non solo sussistere al momento della offerta, ma deve essere assicurata pure in momenti successivi alla presentazione della domanda e dell'offerta e quindi fino al momento della aggiudicazione, essendo palese l'esigenza per la stazione appaltante di verificare l'affidabilità del soggetto partecipante alla gara fino alla conclusione della stessa; di conseguenza l'eventuale accertamento di una pendenza di carattere previdenziale in capo all'impresa, pur dichiarata aggiudicataria dell'appalto, prodottasi anche in epoca successiva alla scadenza del termine per partecipare al procedimento di scelta del contraente, implica, a seconda dei casi, l'impossibilità per l'Amministrazione appaltante di stipulare il contratto con l'impresa medesima, ovvero la risoluzione dello stesso e, in ragione di ciò, è del tutto irrilevante un eventuale adempimento tardivo della obbligazione contributiva quand'anche ricondotto retroattivamente, quanto ad efficacia, al momento della scadenza del termine di pagamento"* (Consiglio Stato , sez. IV, 12 marzo 2009, n. 1458);

- "*La regolarità contributiva* ***e fiscale*** *per la partecipazione alle selezione per l'aggiudicazione di un appalto pubblico è requisito indispensabile per la partecipazione alla gara; di conseguenza non può riconoscersi alcuna valenza alla regolarizzazione spontanea del*

relativo debito, intervenuta successivamente alla data di autodichiarazione di correttezza. contributiva." (T.A.R. Lazio Roma, sez. III, 05 marzo 2009, n. 2279)

- *La regolarità contributiva e* ***fiscale*** *delle imprese partecipati alle gare per l'aggiudicazione di appalti con la pubblica amministrazione deve essere assicurato pure in momenti successivi alla presentazione della domanda e dell'offerta, essendo palese l'esigenza per la stazione appaltante di verificare l'affidabilità del soggetto partecipante alla gara fino alla conclusione della stessa".* (Consiglio Stato , sez. IV, 31 maggio 2007, n. 2876) conformi: T.A.R. Sardegna Cagliari, sez. I, 31 ottobre 2006, n. 2324, sez. I, 31 gennaio 2006, n. 155- T.A.R. Puglia Bari, sez. I, 08 novembre 2005, n. 4740- T.A.R. Puglia Bari, sez. I, 12 giugno 2008, n. 1479- Consiglio di Stato, Sez. IV, 30 gennaio 2006, n. 238- T.A.R, Sicilia Catania, sez, IV 8 febbraio 2007, n. 235.

Nella specie, non avendo prodotto l'impresa Cangialosi Antonino la certificazione in ordine alla regolarità fiscale sussisteva l'obbligo da parte della stazione appaltante,di richiedere espressamente tale certificazione o di richiederla d'ufficio (ai sensi del comma 4 dell'art. 38 D.lgs 163/2006) ed, in caso di accertata irregolarità fiscale sussisteva **il preciso vincolo**, in conformità alla citate disposizioni ed alle prescrizioni del bando di gara e del relativo disciplinare, di annullare la

disposta aggiudicazione e, conseguentemente aggiudicare l'appalto a questa impresa classificatasi seconda.

E a ben vedere, tale obbligo non può nemmeno essere qualificato come autotutela e, come tale, espressione di una potestà discrezionale, stante che la normativa di riferimento **configura un vero e proprio vincolo per l'amministrazione,** all'applicazione della sanzione dell'esclusione dalla gara in danno delle imprese prive dei requisiti indicati dall'art. 75 del D.P.R. 554/1999 e poi dall'art, 38 del D.lgs 163/2006, cosicchè non appare ravvisabile alcun margine di scelta in capo all'amministrazione in ordine alla verifica, fino alla definizione della procedura, delle condizioni di legittimazione ivi previste (cfr. Consiglio di Stato, sez. IV, 30 settembre 2005, n. 4817).

E non si può non rilevare che, dato per certo che la non produzione dell'attestazione rilasciata dall'Agenzia delle Entrate in ordine alla regolarità fiscale da parte della ditta Cangialosi non può che significare la sussistenza di irregolarità accertate in ordine al pagamento di imposte e tasse, **si è in presenza di una falsa dichiarazione**, stante che detta l'impresa, in sede di partecipazione alla gara ed in conformità a quanto prescritto dal disciplinare di gara, ai sensi del D.P.R. 445/2000, aveva dichiarato di "*di non avere commesso violazioni, definitivamente accertate, rispetto agli obblighi relativi al pagamento di imposte e tasse, secondo la legislazione italiana*"

Orbene la detta falsa dichiarazione costituisce in sé motivo di esclusione dalla gara (cfr. TAR Palermo sez. III, 28 maggio 2007, n. 1468).

Per quanto dedotto, sia consentito a questa difesa stigmatizzare l'anomalo e "strano", perché manifestamente illogico, operato della stazione appaltante, la quale non riscontra adeguatamente la richieste di questa impresa ricorrente nulla dicendo in ordine alla produzione da parte dell'impresa Cangialosi dell'attestazione da parte dell'Agenzia delle Entrate e facendo chiaramente intendere che tale attestazione non sia stata prodotta allorchè viene, con l'unico succinto riscontro, formulato con la nota n. 12915 del 27.8.2010, che non sussiste alcun obbligo per la stazione appaltante di verificare tale attestazione e, addirittura che la regolarità fiscale debba sussistere, come prevede la norma (??), soltanto in sede di liquidazioni.

Ed, inoltre, appare anomalo ed illegittimo che la stazione appaltante, stante la mancata produzione da parte dell'impresa dichiarata aggiudicataria, con palese difetto di istruttoria, non abbia richiesto direttamente all'Agenzia delle Entrate il rilascio della certificazione in questione, così come prescritto dal quarto comma dell'art. 38 D.lgs 163/2006..

Infine, devesi evidenziare, a conferma di quanto dedotto, che codesto Ecc.mo Tribunale nel giudizio instaurato da questa impresa (ricorso n. 936/2008- Sez. III) che aveva provveduto a regolarizzare, per causa

imputabile esclusivamente all'inerzia dell'Agenzia delle Entrate, la propria posizione fiscale, dopo pochi giorni dall'aggiudicazione, ha respinto l'istanza di sospensiva con la motivazione che *"l'impresa ricorrente-originaria aggiudicataria, non risultava in regola con gli obblighi fiscali né al momento della presentazione dell'offerta né al momento dell'aggiudicazione"* (ordinanza n. 494/08 dell'8.5.2008, confermata dal C.G.A. con ordinanza n. 628 del 26.6.2008)

Devesi ribadire, coma da costante e pacifica giurisprudenza, che la regolarità fiscale deve sussistere fin dal momento della presentazione dell'offerta **non avendo alcuna valenza** la regolarizzazione spontanea del relativo debito, intervenuta successivamente alla data di autodichiarazione di correttezza fiscale (cfr. ex plurimis: Consiglio di Stato, Sez, IV, n. 4817/2005 30.1.2006, n. 288-Sez. V, 1.8.2007, n. 4273- C.G.A 28.7.2006, n. 470- TAR Sicilia, Catania, sez. IV 8.2.2007, n. 235 TAR Trento, 21.8.2008, n. 123-TAR Toscana, Sez, II, 27.4.2007, n. 715).

In effetti, la *par condicio* dei concorrenti, oltrechè principi di natura etica e giuridica, impongono che gli stessi debbano essere in regola con gli adempimenti fiscali sia dal momento della partecipazione alla gara, risultando, altrimenti troppo comodo partecipare alle gare, riservandosi di regolarizzare la posizione fiscale soltanto in caso di aggiudicazione.

Parimenti nessun effetto sanante può attribuirsi ad una eventuale dilazione o rateizzazione del debito contributivo, presentata dall'impresa Cangialosi, che trova il suo necessario presupposto in uno stato di irregolarità fiscale (cfr. T.A.R. Lazio Roma, sez. II, 24 gennaio 2007, n. 484- TAR Trento, 21.1.2008, n, 123).

Ed in proposito, è troncante la circostanza che la ditta Cangialosi, in sede di partecipazione alla gara, come già detto, aveva dichiarato, ai sensi del D.P.R. 445/2000, "*di non avere commesso violazioni, definitivamente accertate, rispetto agli obblighi relativi al pagamento di imposte e tasse, secondo la legislazione italiana*" , mentre è indubbio che, nel caso di una eventuale rateizzazione dei debiti fiscali, la ditta avrebbe dovuto dichiarare non di essere in regola, bensì di avere presentato domanda di rateizzazione o di avere avuto accordata tale rateizzazione indicando puntualmente le relative date.

In proposito si evidenzia che costituisce principio di ordine generale quello che impone l'onere ai concorrenti di una gara d'appalto di rendere dichiarazioni veritiere (cfr. T.A.R. Piemonte Torino, sez. II, 17 settembre 2007, n. 2955.

Pertanto, nell'ipotesi sopra indicata, si è, in ogni caso, in presenza di una dichiarazione non veritiera che, come detto, di per sé costituisce causa di esclusione dalla gara (in merito, cfr.TAR Palermo, Sez. III,

15.9.2005 a proposito di responsabilità penale o amministrativa in ordine).

Inoltre, è fondamentale rilevare che la dichiarazione veritiera in ordine alla rateizzazione del carico fiscale si rendeva essenziale al fine di consentire alla stazione appaltante la verifica della regolarità fiscale, stante che ai fini della dimostrazione di tale regolarità non rileva l'eventuale ottenimento di rateizzazione del carico erariale, ma anche la prova dell'esatto pagamento dei ratei entro i puntuali termini di scadenza previsti.

Ed in merito codesto Ecc.mo Tribunale ha affermato:

*"Se anche è ammissibile che un soggetto il quale, alla data di scadenza per la presentazione della domanda di partecipazione a una gara di appalto non abbia adempiuto ai suoi obblighi in materia di contributi previdenziali e tributari, regolarizzi la sua situazione a posteriori (in forza di misure di condono fiscale o di sanatoria adottate dallo Stato, o in forza di un concordato al fine di una rateizzazione o di una riduzione dei debiti, o mediante la presentazione di un ricorso amministrativo o giurisdizionale), è però necessario che egli provi, "entro il termine stabilito dalla normativa o dalla prassi amministrativa nazionali", **e quindi entro il termine per la presentazione dell'offerta,** di aver beneficiato di tali misure o di un tale concordato, o che abbia*

presentato un tale ricorso entro questo termine". (T.A.R. Sicilia Catania, sez. IV, 08 febbraio 2007, n. 235).

Nella specie, non risulta che la ditta Cangalosi abbia mai presentato un eventuale provvedimento di rateizzazione né alcuna dimostrazione di ratei pagati e nemmeno, risulta che la stazione appaltante abbia mai chiesto tale essenziale documentazione, stante che, come detto, si è limitata ad affermare, in plateale violazione delle normativa sopra citata, che la verifica della regolarità fiscale deve effettuarsi soltanto in sede di liquidazioni

Per quanto esposto e dedotto, non può sussistere alcun dubbio che, nella specie, il Comune di Marineo, si ripete, in caso di accertata irregolarità fiscale alla data di presentazione della domanda di partecipazione alla gara, aveva l'obbligo giuridico di annullare o revocare l'aggiudicazione disposta con la determinazione dirigenziale n. 59 del 27.5.2010, e conseguentemente provvedere all'aggiudicazione dell'appalto a favore di questa impresa.

ISTANZA DI SOSPENSIVA

Quanto al *"fumus boni juris"* si rinvia ai motivi del ricorso che dimostrano, a nostro avviso, la fondatezza del gravame.

Sussiste il danno grave ed irreparabile in *re ipsa*.

E' evidente la gravità ed irreparabilità del danno, stante che l'illegittima aggiudicazione all'impresa Cangialosi Antonino arrecherebbe ingente

pregiudizio economico all'impresa ricorrente, che vedrebbe definitivamente compromessa la notevole utilità di vedersi aggiudicato l'appalto dei lavori .

Per i detti motivi, si chiede che

VOGLIA L'ECC.MO TRIBUNALE

- Preliminarmente sospendere l'esecuzione degli atti impugnati e, per l'effetto, disporre l'aggiudicazione dell'appalto a favore dell'impresa ricorrente come seconda classificata;

- Dichiarare l'inefficacia dell'eventuale contratto di appalto con reintegrazione in forma specifica e con risarcimento dei danni;

- Nel merito, annullare gli stessi atti con eventuale risarcimento dei danni a favore della impresa ricorrente;

- Con vittoria di spese ed onorari.

Palermo,. 21.9.2010

ISTANZA DI DECRETO PRESIDENZIALE PER MISURE CAUTELARI PROVVISORIE

Premesso che si è venuti a conoscenza che i lavori di cui al presente ricorso hanno avuto inizio in data 20 settembre 2010 e ciò nonostante l'impresa ricorrente con la lettera del 2.9.2010 avesse comunicato la volontà di proporre ricorso a codesto Ecc.mo Tribunale;

Considerato che con tale inopportuna iniziativa la stazione appaltante intende creare una situazione di fatto che renderebbe difficoltosa una reintegrazione in forma specifica nell'appalto dell'impresa ricorrente;

Ritenuto, pertanto, che sussistono i presupposti di estrema gravità ed urgenza da non consentire di attendere la trattazione della domanda cautelare da parte del collegio,

Per detti motivi, si chiede, ai sensi dell'art. 56 del codice del processo amministrativo, che

VOGLIA L'ILL.MO PRESIDENTE

disporre misure cautelari provvisorie, sospendendo l'esecuzione degli atti impugnati fino alla trattazione dell'istanza cautelare da parte del collegio.

Palermo, 21.9.2010

RELATA DI NOTIFICA

Istante l'impresa ricorrente, come in epigrafe domiciliata e rappresentata, io sottoscritto Ufficiale Giudiziario, addetto all'Ufficio Notifiche presso la Corte di Appello di Palermo, ho notificato il presente ricorso:

- al Comune di Marineo, in persona del Sindaco pro tempore, domiciliato, per la carica, presso la Casa Comunale di Marineo, mediante

MEDIANTE NOTIFICA A MEZZO IL SERVIZIO POSTALE CON RACCOMANDATA A.R.
PALERMO 22 SET 2010
OLIVERI LUCIANO
UFFICIALE GIUDIZIARIO

- all'impresa Cangialosi Antonino, in persona del legale rappresentante pro tempore, domiciliato presso la sede della ditta in Marineo via Sanciminno 6, mediante