



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1129 del 2010, proposto da:

INFORCOOP Scarl, rappresentato e difeso dagli avv. Christian Piazza, Marcello Bellu, con domicilio eletto presso avv. Marcello Bellu in Cagliari, via Einaudi N.19;

contro

REGIONE SARDEGNA, rappresentata e difesa dall'avv. Sonia Sau, con domicilio eletto presso Sarda Ufficio Legale Regione in Cagliari, viale Trento N.69;

nei confronti di

ISTITUTO PER LA RICERCA SOCIALE Coop, non costituito in giudizio;

per l'annullamento

-del verbale n.6 del 3.11.2010 relativo all'aggiudicazione definitiva della gara di Appalto - Programma Operativo 2007/2013 Regione Sardegna, Fondo Sociale Europeo D.G.R. 8/23 del 4.2.2009 - Programma annuale 2009, approvato con determinazione n.1626/46 del 21.1.2010;

-della determina dirigenziale n.39019/4330 del 3.11.2010 di approvazione della graduatoria definitiva per l'affidamento del servizio "Ricerca-Azione per il trasferimento di buone pratiche sull'immigrazione", nella sua interezza e con particolare riferimento all'art. 4;

e di ogni altro atto collegato o connesso comunque lesivo;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Regione Sardegna;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 12 dicembre 2012 il Consigliere dott. Grazia Flaim e uditi per le parti i difensori avv.ti Bellu e Sau;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La ricorrente INFORCOOP ha partecipato, quale mandante, unitamente alla Insight srl , ad un RTI avente come capofila la Synergia srl per l'aggiudicazione del servizio “ ricerca-azione per il trasferimento di buone pratiche sull'immigrazione” per l'importo a base d'asta di € 192.000.

Il raggruppamento (collocatosi al secondo posto in sede di aggiudicazione provvisoria) è stato poi escluso, dopo la comprova dei requisiti, per false dichiarazioni del legale rappresentante dottor Gozzi, con disposta escussione della cauzione provvisoria prestata dalla Inforcoop e con segnalazione all'autorità di vigilanza sui contratti pubblici, nonché denuncia penale.

La causa dell'esclusione risiede nella violazione dell'articolo 38 comma 1 lett g), a causa della sussistenza di quattro cartelle di carico a ruolo (per quattro diversi anni di imposta 2004, 2003, 2001, 1998) per l'ammontare di € 5.043; 7113; 30.231; 4334, per un importo globale di circa € 47.000.

Con ricorso consegnato per la notifica il 6.12.2010 e depositato il 21/12 l'esclusione e l'aggiudicazione definitiva (pronunciate unitamente) sono state impugnate formulando le seguenti censure:

- 1) IN MERITO ALL'ESCLUSIONE: violazione e falsa applicazione dell'art. 38 del D.Lgs. 163/2006 – eccesso di potere per difetto di istruttoria, travisamento dei presupposti in fatto e in diritto e carenza di motivazione;
- 2) IN MERITO ALL'ESCUSSIONE DELLA CAUZIONE PROVVISORIA E ALLA SEGNALAZIONE ALL'AUTORITÀ DI VIGILANZA PER DICHIARAZIONI NON VERITIERE rese nell'ambito della procedura di gara: eccesso di potere per carenza di istruttoria, contraddittorietà, illogicità, nonché per sviamento della causa giustificativa del potere.

Si è costituita in giudizio l'amministrazione regionale sostenendo la legittimità dei provvedimenti assunti, evidenziando che mai la parte ha fornito documentazione idonea in merito alla concessa rateizzazione.

Con ordinanza cautelare n. 24 del 12.1.2011 la domanda cautelare è stata respinta con la seguente motivazione:

“ considerato:

- a) che la ricorrente ha comunicato alla stazione appaltante di aver chiesto la rateizzazione del debito fiscale solo dopo la sua esclusione dalla gara e ad aggiudicazione definitiva intervenuta;
- b) che in ogni caso la ricorrente non ha in alcun modo comprovato le proprie affermazioni, nemmeno in giudizio”.

La ricorrente solo in allegato alla memoria depositata il 12.11.2012 ha depositato i documenti comprovanti l'avvenuta rateizzazione, nel 2009 (docc. 5 e 6).

Peraltro fuori termine rispetto all'udienza che era stata originariamente fissata per il 28.11.2012 (20 giorni, in applicazione del combinato disposto degli artt. 73 1° comma e 119 2° comma c.p.a.), poi rinviata d'ufficio al 12 dicembre 2012.

Con memorie sono state ribadite dalle parti le rispettive tesi.

All'udienza del 12 dicembre 2012 il ricorso è stato spedito in decisione.

DIRITTO

L'impugnazione è, nella sostanza (questo è l'interesse), diretta ad ottenere l'annullamento delle sanzioni accessorie applicate con l'esclusione del raggruppamento collocatosi al secondo posto in sede di aggiudicazione provvisoria e poi escluso in sede di aggiudicazione definitiva, dopo la verifica/comprova dei requisiti.

Il raggruppamento di cui la società ricorrente fa parte, come mandante, si classificava infatti al secondo posto in sede di aggiudicazione provvisoria.

Successivamente a seguito della richiesta di comprova dei requisiti (al primo e al secondo classificato) emergeva una problematica di pendenza fiscale a carico della società Inforcoop.

Il legale rappresentante della ricorrente (Graziano Gozzi) aveva dichiarato in sede di gara il possesso dei requisiti di ordine generale, tra i quali anche quello di “non aver commesso violazioni definitivamente accertate, rispetto agli

obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse, secondo la legislazione italiana”.

La stazione appaltante, in sede di verifica delle dichiarazioni, tramite la documentazione acquisita dall'Agenzia delle Entrate di Roma (certificato emesso il 5/10/2010), apprendeva che risultavano definitivamente accertati a carico della ditta n. 4 ruoli, per l'importo globale di circa € 47.000

Parte ricorrente sostiene (in ricorso) che non sussisteva alcuna malafede in merito alle dichiarazioni rese ex articolo 38 comma 1 lett. 1) in quanto “affermeva” che le 4 cartelle erano state oggetto di puntuale e rispettata “rateizzazione” da parte di Equitalia (accettata il 15.1.2009), concessionaria e addetta alla discussione per l'agenzia delle entrate.

Peraltro la circostanza non veniva documentata, neppure in sede di impugnazione giurisdizionale, con richiesta cautelare .

Solo con il recente deposito in giudizio del 12 novembre 2012 in vista dell'udienza di merito (tardivo rispetto alla prima udienza fissata), la difesa della ricorrente ha depositato in giudizio copia della istanza di rateizzazione e dell'autorizzazione resa da Equitalia in favore della ricorrente (doc. sub n. 5), dimostrando il costante puntuale pagamento dei ratei (doc. n. 6).

Solo da questo momento si è potuto acclarare, in giudizio, l'insussistenza di pendenze.

In particolare con il deposito del documento di autorizzazione del 15 gennaio 2009 di Equitalia (relativo all'istanza di rateazione formulata il 17 novembre 2008) che si riferisce a tre cartelle (numeri finali 851,989,526) per un importo globale di circa € 63.000, rateizzate in 72 rate mensili di € 1.005 (con pagamenti mensili dal marzo 2009 al gennaio 2015).

Occorre a questo punto chiarire quale è stato l'operato della Commissione in sede di gara :

-con nota del 6 luglio 2010 chiedeva alla ricorrente (quale seconda) i documenti di “verifica dei requisiti”, tra i quali il “certificato rilasciato dall'agenzia delle entrate attestante la regolarità dei pagamenti delle imposte delle tasse”;

-con nota del 22 luglio 2010, chiedeva all'agenzia delle entrate il "certificato di regolarità fiscale";

L'Agenzia delle entrate rilasciava il 5 ottobre 2010 un certificato dei carichi pendenti risultanti dal sistema informativo dell'anagrafe tributaria, con l'indicazione di 4 cartelle in "carico a ruolo" (numeri finali 989, 989, 526, 851 notificate nel 2008 , 2006 e 2003).

Tale elemento determinava, in sede di aggiudicazione definitiva, l'esclusione del raggruppamento di cui faceva parte la ricorrente (che era secondo) e l'avvio della procedura di escussione della cauzione e di segnalazione all'autorità di vigilanza per Inforcoop (nonché denuncia penale).

Il Collegio ritiene che:

-era onere della ricorrente documentare tempestivamente alla stazione appaltante la sussistenza di elementi rilevanti che potevano far considerare corretta la dichiarazione rilasciata dal rappresentante legale in sede di gara (autocertificazione);

-tale collaborazione non è stata fornita, in corso di procedimento, posto che a seguito della richiesta di comprova dei requisiti non è stato prodotto alcun documento utile per attestare l'avvenuta rateizzazione del debito, in data antecedente alla partecipazione alla gara;

-anche in sede di proposizione del ricorso giurisdizionale tale onere probatorio non è stato soddisfatto, avendo parte ricorrente solo “dichiarato” (in ricorso) l'intervenuta rateizzazione;

-solo in vista dell'udienza di merito, in data 12 novembre 2012, in allegato alla memoria, sono state prodotti i documenti attestanti l'effettivo accoglimento dell'istanza di rateazione, dai quali si evince che l'istanza prodotta il 17 novembre 2008 dalla società è stata accolta da Equitalia il 15 gennaio 2009, con deposito del prospetto

contabile/piano di ammortamento.

Sotto il PROFILO SOSTANZIALE quindi è stato solo di recente “provato” che la dichiarazione fornita in sede di gara da parte del legale rappresentante della ricorrente fosse veritiera.

Il documento citato come “messa a conoscenza” della Regione della reale situazione di fatto , e che si ritiene che non sarebbe stato considerato, sono le “controdeduzioni” formulate dalla ricorrente , datate 12 novembre 2010, all'autorità per la vigilanza sui contratti pubblici e (solo) per conoscenza alla Regione (doc. 3 fascicolo della ricorrente).

Peraltro tali controdeduzioni sono state formulate a procedimento ormai concluso (per quanto attiene l'esperimento della gara).

Queste controdeduzioni assumevano rilievo, invece, ai fini di evitare la successiva sanzione dell'iscrizione della società nel Casellario informatico delle esclusioni ex articolo 38 del decreto legislativo 163/2006.

In queste controdeduzioni Inforcoop (in relazione alla disposta esclusione e segnalazione) sosteneva “la sostanziale correttezza della dichiarazione sottoscritta in quanto i ruoli seppur formalmente pendenti ancora presso l'agenzia delle entrate, sono stati oggetto di definizione con Equitalia” allegando un parere redatto dal dottore commercialista Locurcio, presidente del collegio sindacale della società (parere peraltro in giudizio non allegato, e che la difesa della Regione sostiene essere non firmato).

Dall'analisi sostanziale compiuta poi dall'autorità di vigilanza, veniva comunicata con nota dell'1 maggio 2011 (alla regione e alla ricorrente) <l'archiviazione> della segnalazione, in considerazione del riscontro dell'effettiva rateizzazione prima della sottoscrizione della dichiarazione sostitutiva, con dimostrazione della “buona fede” del dichiarante. Circostanza confermata anche da Equitalia (accettazione dell'istanza di rateazione il 15 gennaio 2009) con regolarità dei pagamenti nel frattempo intervenuti e tuttora in corso.

Peraltro sotto il PROFILO PROBATORIO/FORMALE va considerato che l'amministrazione regionale, nel proprio procedimento, poteva e doveva assumere le proprie decisioni sulla base del <materiale istruttorio> disponibile e acquisito dalla parte interessata e dall'ufficio fiscale.

A fronte di un certificato pubblico che evidenziava specifiche e rilevanti pendenze, e in carenza di contro-elementi (della parte privata) idonei a dimostrare la sussistenza di elementi utili che consentissero effettivamente di poter ritenere superate le 4 iscrizioni a ruolo, la Regione doveva assumere i provvedimenti conseguenti.

E' quindi mancata la tempestiva dimostrazione di una rateizzazione autorizzata e concessa nel 2009, anteriormente alla domanda di partecipazione alla gara.

Dell'esistenza di tale rateizzazione la stazione appaltante non è stata mai edotta, non avendo la parte interessata provveduto a “documentare” gli elementi di rilievo, che smentivano l'esistenza delle pendenze definitivamente accertate dal Fisco.

Parte ricorrente sostiene che il documento indicato sub n. 3 (controdeduzioni trasmesse all'autorità di vigilanza e per conoscenza alla regione e datate 12 novembre 2010) avrebbe dovuto far rivalutare la situazione alla commissione di gara.

Tutta l'impostazione del ricorso verte sulla mancata considerazione da parte della Commissione di gara di queste controdeduzioni.

Occorre, sul punto, però prioritariamente chiarire, sotto l'aspetto cronologico, che:

-le decisione che ha disposto l'esclusione è stata assunta “antecedentemente” dalla Commissione e precisamente con verbale n.6 del 3.11.2010;

-in pari data (3.11.10) è stata assunta la determinazione dirigenziale definitiva (n. 39019/4330 del 3.11.2010), aggiudicazione definitiva ed esclusione;

-l'esclusione è stata poi comunicata con nota dell' 8.11.2010, anche via fax (doc. 11 fascicolo Regione);
-la richiesta di documenti per la verifica dei requisiti , che era stata inviata alle imprese del Raggruppamento, risale al 6.7.2010;
-la segnalazione all'autorità di vigilanza è stata poi effettuata dalla Regione con nota del 9.11.2010, dopo la conclusione del procedimento di gara.

Le controdeduzioni sono state formulate quindi a procedimento concluso.

Ciò significa che l'Amministrazione regionale (contrariamente a quanto si sostiene in ricorso) non è stata tempestivamente edotta della sussistenza della rateizzazione autorizzata da Equitalia nel 2009, elemento che avrebbe effettivamente consentito di smentire il contenuto del certificato rilasciato dall'Agenzia delle Entrate il 5.10.2010.

In pratica solo a procedimento definito la parte si è attivata (peraltro innanzi all'AVCP e, solo, "per conoscenza" alla Regione) controdeducendo e sostenendo la sussistenza della buona fede in relazione al fatto che "i ruoli seppur formalmente pendenti sono stati oggetto di definizione con Equitalia".

Peraltro da quella nota non si evinceva né la data della richiesta di rateizzazione né la data dell'autorizzazione concessa , né veniva fornita la necessaria documentazione di riferimento (dati, forse, inclusi nel parere del commercialista ivi allegato per l'AVCP, ma neppure depositato in questo giudizio).

Del resto neanche con l'introduzione del giudizio al TAR, nel dicembre 2010, questi dati "essenziali" per smentire il certificato fiscale venivano forniti :

veniva solo "menzionata" in ricorso una rateizzazione del 15.1.2009, ma non se ne forniva adeguata prova dimostrativa.

Tanto rilevante che la carenza di tale elemento segnava negativamente l'esito della richiesta cautelare, che veniva respinta, proprio sulla base della mancata comprova delle (mere) affermazioni compiute in giudizio.

In sostanza la parte privata non ha fornito alla Commissione e all'Amministrazione regionale idonei elementi probatori utili per smentire il contenuto del certificato redatto dall'Agenzia delle Entrate.

Peraltro occorre anche considerare (a favore dell'impresa) che, nella convinta consapevolezza di non avere pendenze fiscali (come in effetti è stato poi dimostrato), parte ricorrente , prima della disposta aggiudicazione definitiva (in favore di altra impresa) non aveva reale cognizione dei dati nel frattempo ottenuti dall'Amministrazione (e forniti dall'Agenzia delle Entrate), che invece segnalavano la presenza dei 4 ruoli.

Dell'esistenza di tale peculiare situazione lesiva ne veniva a conoscenza solo con la comunicazione del provvedimento di esclusione (pronunciato congiuntamente all'aggiudicazione definitiva); con sovrapposizione con il procedimento attivato con la segnalazione presso l'AVCP.

Dunque la nota di controdeduzioni all'Autorità poteva semmai avere la funzione di attivare una forma di "autotutela", da parte del ricorrente –che era secondo-, del provvedimento di esclusione ed in particolare degli effetti sanzionatori (essendo comunque l'aggiudicazione stata disposta in favore del primo).

Il ricorso, pur impugnando anche l'esclusione, mira, in realtà, ad ottenere, l'annullamento degli effetti pregiudizievoli scaturenti da essa.

Peraltro la difesa della Regione nelle proprie memorie sostiene che la disposta escussione della cauzione non sarebbe in realtà avvenuta, aderendo ad un restrittivo orientamento giurisprudenziale.

Resta il fatto che per evitare l'esclusione sanzionatoria la parte avrebbe dovuto rendersi parte attiva non solo nell' "affermare" , ma anche nel "documentare" in modo idoneo quanto asserito, quanto meno dopo la conoscenza del provvedimento di esclusione.

Sotto tale profilo neppure la nota citata (di controdeduzioni all'Autorità) era sufficiente, per carenza, anch'essa, di

elementi probatori concreti ed utili per smentire il certificato fiscale.

L'Amministrazione, infatti, per rivedere determinazioni assunte deve essere posta in grado, sia in sede di verifica/comprova dei requisiti, sia in sede di eventuale attivazione di poteri di autotutela, di avere a disposizione "dati certi" inequivocabili e non mere affermazioni.

Se le "autocertificazioni" sono idonee in sede di domanda, ai fini dell'ammissibilità della partecipazione, invece, in sede di comprova dei requisiti, sono i documenti che contano ed i dati di riferimento debbono avere connotati di pienezza e contezza e non possono essere comprovati con nuove pseudo-autocertificazioni.

In mancanza di utili prove (atte a smentire il "certificato fiscale" del 5.10.2010 redatto dall'Agenzia delle Entrate) fornite dalla parte privata interessata la procedura di esclusione (alla luce di quel quadro di riferimento) era inevitabile, in diretta applicazione dell'art. 38 lett. g) del codice 163/2006.

Norma che, al tempo, (cioè ante la novella introdotta con l'art. 4 del D.L. 13-5-2011 n. 70) prevedeva l'esclusione per coloro che "hanno commesso violazioni, definitivamente accertate, rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse" (la connotazione di "gravità" è stata, poi, inserita dal legislatore solo nel 2011).

Questo significa che la Regione ha assunto le proprie determinazioni sulla base di un quadro probatorio (certificato fiscale) che imponeva l'esclusione, in assenza di contro-prove idonee, che non sono state tempestivamente fornite dalla ricorrente, in ordine alle proprie compiute dichiarazioni.

In assenza di elementi idonei di smentita (non fatti pervenire tempestivamente all'Amministrazione regionale) l'impugnato provvedimento di esclusione è stato assunto legittimamente.

In relazione, alle sanzioni accessorie, aventi autonomo rilievo:

-per quanto attiene la segnalazione all'AVCP questa è già pervenuta all' "archiviazione" (come documentato sub doc, 4 fascicolo ricorrente, con nota del 1.5.2011, depositata in giudizio il 12.11.2012);

-per quanto attiene l'escussione della cauzione (che peraltro la difesa della Regione afferma non aver eseguito), considerato il nuovo quadro probatorio, solo recentemente fornito, in giudizio, il Collegio ritiene che, in assenza di reale e sostanziale infrazione, la sanzione non possa trovare attuazione, per carenza del correlato comportamento lesivo.

In considerazione dello sviluppo della controversia le spese di giudizio possono essere integralmente compensate fra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie limitatamente all'applicazione della sanzione accessoria dell'escussione della cauzione.

Spese compensate.

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

Così deciso in Cagliari nella camera di consiglio del giorno 12 dicembre 2012 con l'intervento dei magistrati:

Aldo Ravalli, Presidente

Grazia Flaim, Consigliere, Estensore

Giorgio Manca, Primo Referendario

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 24/01/2013

IL SEGRETARIO

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