



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1008 del 2012, integrato da motivi aggiunti,
proposto da:

Eurosoggiorni S.r.l., rappresentato e difeso dagli avv. Giuseppe Chinaglia, Angela Gemma, con domicilio eletto presso Giuseppe Chinaglia in Mestre, via Filiasi, 61;

contro

Ministero della Difesa, rappresentato e difeso per legge dall'Avvocatura, domiciliata in Venezia, San Marco, 63; Ministero della Difesa Stato Maggiore dell'Esercito U.G. Cra"E.I.";

nei confronti di

Armonia Catering Srl, Avcp Autorita' per la Vigilanza Sui Contratti Pubblici di Lavori Servizi e Forniture;

per l'annullamento

del provvedimento di esclusione dalla procedura selettiva per l' affidamento in concessione di multiservizi da erogare presso i soggiorni militari ubicati in varie località italiane per il periodo 1 giugno 2012 - 31 maggio 2013, nonché del

provvedimento di incameramento delle cauzioni provvisorie prestate relativamente a tutti i lotti di gara a cui aveva partecipato;

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Ministero della Difesa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 29 gennaio 2014 il dott. Claudio Rovis e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con l'epigrafato ricorso Eurosoggiorni srl - che aveva partecipato alla gara in economia, ripartita in lotti, indetta dallo Stato Maggiore dell'Esercito per l'affidamento in concessione di multiservizi da erogare presso i soggiorni militari ubicati in diverse località italiane nel periodo 1.6.2012-31.5.2013, gara rispetto alla quale l'interessata era risultata aggiudicataria del lotto n. 7 – ha impugnato, siccome illegittimo per violazione di legge ed eccesso di potere sotto diversi profili, il provvedimento 16.5.2012 con cui l'Amministrazione militare ha disposto l'esclusione della stessa ai sensi dell'art. 38, I comma, lett. g) del DLgs n. 163/2006 dalla procedura selettiva in quanto, in sede di verifica dei requisiti, era emersa una irregolarità contributiva grave, definitivamente accertata dall'Agenzia delle Entrate.

Con successivo ricorso per motivi aggiunti, poi, Eurosoggiorni srl ha impugnato anche il provvedimento 1.8.2012 con cui la stazione appaltante ha disposto l'incameramento delle cauzioni provvisorie prestate relativamente a tutti i lotti a cui essa aveva chiesto di partecipare.

Resisteva in giudizio l'Amministrazione intimata opponendo l'infondatezza del proposto gravame, del quale, conseguentemente, chiedeva la reiezione.

La causa è passata in decisione all'udienza del 29 gennaio 2014.

DIRITTO

1.- Con il primo motivo la ricorrente, premesso che era stata dichiarata aggiudicataria “definitiva” del lotto n. 7, afferma l’illegittimità della disposta esclusione per violazione delle garanzie partecipative al relativo procedimento.

Il motivo è infondato.

Ai sensi dell’art. 11, VIII comma del codice dei contratti, “l’aggiudicazione definitiva diventa efficace dopo la verifica del possesso dei prescritti requisiti”. Ciò significa, dunque, che il predetto provvedimento amministrativo, ancorchè perfetto (e che attribuisce all’aggiudicatario il diritto a stipulare il contratto), è assoggettato ad un’ulteriore fase, c.d. integrativa (durante la quale il diritto a stipulare è posto in uno stato di aspettativa), che, ancorchè strutturalmente autonoma, è tuttavia, sotto il profilo funzionale, parte integrante della procedura a cui il concorrente aveva chiesto di partecipare e che si conclude soltanto con il riscontro positivo del possesso dei requisiti: l’esclusione dell’aggiudicatario “definitivo” a seguito dell’esito negativo di tale fase, pertanto, non assume i connotati dell’atto “di secondo grado” (quale atto finale di un procedimento nuovo ed autonomo di riesame, per la cui adozione è pacificamente necessaria la comunicazione di avvio), ma è mera conseguenza dell’accertato, mancato possesso dei requisiti di ammissione e, dunque, inerente al medesimo procedimento a cui l’interessato si è volontariamente assoggettato.

In altre parole, così come il difetto, in capo al concorrente, del possesso dei prescritti requisiti di ammissione accertato in corso di gara comporta l’esclusione del concorrente dalla gara stessa, analogamente il riscontro “ex post” del mancato possesso dei requisiti (di ammissione) in capo al concorrente aggiudicatario “sub condizione” (e cioè la constatazione dell’esito negativo della “verifica del possesso dei prescritti requisiti” a cui è sottoposta l’aggiudicazione definitiva) non impedisce

soltanto il sorgere del suo diritto a stipulare il contratto (diritto che, come si è detto, si trovava in uno stato di “torpore”), ma opera a monte della stessa aggiudicazione e comporta la sua esclusione dalla gara per il semplice fatto che, attesa l’assenza di quei requisiti che egli aveva dichiarato di possedere, non poteva esservi ammesso: senza, dunque – trattandosi di requisito che aveva affermato di possedere -, necessità di informare il concorrente.

2.- Con il secondo motivo la ricorrente ha censurato l’esclusione dalla gara in quanto disposta sulla base dell’attestazione di regolarità fiscale trasmessa dall’Agenzia delle Entrate, senza che la stazione appaltante avesse svolto un’adeguata attività istruttoria al fine di valutarne la correttezza.

Anche tale censura è infondata.

L’attestazione acquisita dall’Amministrazione (il 15.5.2012) documentava “violazioni definitivamente accertate degli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse” per una somma pari a € 13.071,59 (attestate da n. 3 cartelle di pagamento di cui una era stata notificata il 6.6.2011 e due il 26.1.2012, non impugnate e, dunque, divenute esecutive), importo, questo, che integra gli estremi della gravità dell’omesso pagamento ai sensi del combinato disposto dall’art. 38, II comma del DLgs n. 163/2006 e 48-bis, I comma del DPR n. 602/1973.

Al fine di giustificare l’emersa irregolarità la concorrente produceva n. 3 quietanze di pagamento (in data 16.5.2012) a copertura dell’intero debito tributario, salvo poi difendersi, in sede di proposizione di gravame, affermando di avere già saldato parte del debito tributario precedentemente alla scadenza del termine di presentazione delle offerte, portandolo al di sotto della soglia di “gravità” previsto dalla legge.

Ciò premesso va evidenziata l’inconferenza sia del pagamento effettuato (tardivamente) a saldo dell’importo recato dalle tre cartelle menzionate dall’attestazione dell’Agenzia, sia degli elementi con i quali (anche qui,

tardivamente, in quanto avrebbe dovuto presentarli, semmai, in occasione dell'ostensione dell'offerta) l'interessata tenta di dimostrare l'avvenuto, tempestivo pagamento di una parte del debito tributario, pagamento che avrebbe ricondotto l'esposizione debitoria sotto la soglia di "gravità": ed infatti, mentre il pagamento effettuato in data 16.5.2012 è pacificamente intempestivo ai fini della dimostrazione della regolarità fiscale (cfr, Ap 4.5.2012 n. 8 e, da ultimo, CdS, V, 17.1.2014 n. 169), la (tentata) dimostrazione in sede giurisdizionale è, oltre che intempestiva, affatto inconferente ai fini della contestazione del debito tributario recato dalla certificazione dell'Agenzia (in ragione dell'insindacabilità di quest'ultima da parte del giudice amministrativo), senza trascurare, peraltro, che le cartelle di pagamento erano, all'epoca in cui dovevano essere posseduti i requisiti, valide, efficaci ed esecutive (talchè, non essendo state impugnate, rappresentavano inequivocabilmente un credito dell'erario eseguibile nel loro intero importo, importo che, come si è accennato, superava abbondantemente la soglia di "gravità" indicata dall'art. 38 del codice).

Ed invero, premesso che ai sensi dell'art. 38, I comma, lett. g) costituiscono causa di esclusione dalle gare di appalto le gravi violazioni, definitivamente accertate, alle norme in materia di imposte e tasse e che, a tale fine, mentre la nozione di "violazione grave" si desume dallo stesso art. 38, II comma, l'esistenza della violazione dev'essere attestata dall'Agenzia delle Entrate tramite apposita attestazione (documento che, sotto il profilo oggettivo, "si sostanzia in una dichiarazione di scienza e si colloca fra gli atti di certificazione o di attestazione aventi carattere meramente dichiarativo di dati in possesso dell'ente, assistiti da pubblica fede ex articolo 2700 c.c. e facenti pertanto prova fino a querela di falso": cfr. CdS, IV, 12.3.2009 n. 1458; V, 3.2.2011 n. 789 e 17.5.2013 n. 2682, ancorchè in relazione al DURC, di analoga natura), ne segue che le certificazioni relative alla regolarità tributaria delle imprese partecipanti a procedure di gara per

l'aggiudicazione di appalti con la Pubblica amministrazione emanate dalla predetta Agenzia si impongono alle stazioni appaltanti, che non possono sindacarne il contenuto (cfr., in relazione all'analogia fattispecie della violazione delle norme in materia previdenziale e assistenziale, Ap, 4.5.2012 n. 8 e, da ultimo, CdS, V, 17.5.2013 n. 2682).

È appena, poi, il caso di accennare che in materia di appalti pubblici, ai fini della valutazione della definitività dell'accertamento per gli effetti di cui all'art. 38, I comma, lett. g) del DLgs n. 163/2006, rileva unicamente la circostanza che al momento della scadenza del termine per la presentazione della domanda di partecipazione alla gara sia spirato il termine per l'impugnazione dell'atto di accertamento/cartella di pagamento senza che sia stato proposto ricorso giurisdizionale (cfr., pur in relazione alla lettera "i", CdS, V, 13.7.2010 n. 4511).

Ciò precisato, la spettanza in capo alle stazioni appaltanti di poteri istruttori nei confronti dell'attestazione di regolarità fiscale è ammissibile soltanto nel caso di incompletezza della certificazione (nel caso, cioè, in cui dalla certificazione non fosse rilevabile la effettiva portata della gravità della violazione per mancata indicazione degli importi il cui pagamento sia stato omesso), giacchè in tal caso non si tratta di trascurare il ruolo fondamentale svolto dall'attestazione stessa quanto, al contrario, di prendere atto delle sue risultanze, che appunto non consentono, per la loro incompletezza, di comprendere l'entità della violazione degli obblighi tributari perpetrata dall'impresa, e quindi la dimensione della loro gravità.

Ciò posto, va rilevato che – come si è detto - l'Amministrazione aveva acquisito una certificazione della competente Agenzia delle Entrate dalla quale risultava che alla data di scadenza del termine per presentazione della domanda (entro la quale doveva essere dichiarato il possesso dei requisiti di cui all'art.38 del DLgs n. 163/2006, tra cui quello in questione, previsti anche dal bando come requisiti di

partecipazione alla gara) l'odierna ricorrente aveva una pendenza tributaria per un importo pari a € 13.071,59, grave (*ex lege*) e definitivamente accertata e, dunque, ostativa alla partecipazione alla gara.

3.- Può, ora, passarsi all'esame dei motivi aggiunti con i quali la ricorrente ha affermato l'illegittimità dell'incameramento delle cauzioni provvisorie disposto dall'Amministrazione, quale misura sanzionatoria correlata all'esclusione per difetto del requisito della regolarità tributaria, con riferimento a tutti i lotti relativamente ai quali la ricorrente stessa aveva presentato domanda di partecipazione alla gara, e nonostante fosse stata dichiarata aggiudicataria relativamente al solo lotto n. 7.

Questo Tribunale - che pure ha seguito un'interpretazione diversa (fondandola sulla lettera dell'art. 48 del codice, sulla funzione sanzionatoria della disposizione ivi contenuta e, conseguentemente, sul suo carattere tassativo che ne preclude l'estensione in via analogica ad altre fattispecie non specificamente contemplate: cfr. TAR Veneto, I, 28.5.2013 n. 768) -, non ignora l'orientamento giurisprudenziale secondo cui "la possibilità di incamerare la cauzione provvisoria discende [non già dall'art. 48 del DLgs n. 163/2012, ma] dall'art. 75, VI comma del DLgs n. 163 del 2006 e riguarda tutte le ipotesi di mancata sottoscrizione del contratto per fatto dell'affidatario, intendendosi per fatto dell'affidatario qualunque ostacolo alla stipulazione a lui riconducibile, dunque non solo il rifiuto di stipulare o il difetto di requisiti speciali, ma anche il difetto di requisiti generali di cui all'art. 38" (CdS, Ap, n. 8/2012): tuttavia, l'interpretazione perorata dall'intestato Tribunale - dalla quale, peraltro, non ritiene sussistano validi motivi per discostarsi - appare, nel caso di specie, ulteriormente avvalorata dalla circostanza che la legge di gara (cfr. l'art. 3.3 del disciplinare) limitava espressamente l'incameramento della cauzione alle sole, tassative ipotesi di 1) rinuncia formale del concorrente-aggiudicatario entro il termine per la presentazione della rituale documentazione e

di 2) mancata produzione, dopo l'aggiudicazione, della prescritta documentazione. Ipotesi, queste, certamente non ricorrenti in questa sede.

Donde l'accoglimento della prospettata censura, con conseguente annullamento della determinazione con cui è stato disposto l'incameramento delle cauzioni provvisorie prestate relativamente a tutti i lotti a cui la ricorrente aveva chiesto di partecipare.

4.- Conclusivamente, dunque, va respinto il ricorso principale con cui l'interessata ha contestato la propria esclusione dalla gara, vanno invece accolti i motivi aggiunti con cui la ricorrente si è opposta all'incameramento delle cauzioni provvisorie depositate relativamente a tutti i lotti in gara a cui aveva chiesto di partecipare.

Le spese possono essere compensate in ragione della reciproca soccombenza.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei limiti di cui in motivazione.

Spese compensate.

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

Così deciso in Venezia nella camera di consiglio del giorno 29 gennaio 2014 con l'intervento dei magistrati:

Claudio Rovis, Presidente FF, Estensore

Enrico Mattei, Referendario

Roberto Vitanza, Referendario

IL PRESIDENTE, ESTENSORE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 08/02/2014

IL SEGRETARIO

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