

N. 00275/2009 REG.SEN.
N. 00092/2009 REG.RIC.



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 Regionale di Giustizia Amministrativa di Trento

(Sezione Unica)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 92 del 2009, proposto da:
Consorzio Costruttori Altogarda, rappresentato e difeso dagli avv.ti
Mario Maccaferri, Diego Vaiano e Luigi D'Agosto, con domicilio
eletto presso lo studio del primo in Trento, Via Grazioli, n. 27

contro

Casa di Riposo "Giovanelli" di Tesero, in persona del legale
rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avv. Damiano
Florenzano, con domicilio eletto presso il suo studio in Trento,
Piazza Mostra n. 15;

Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici, in persona del legale
rappresentante *pro tempore*, Presidenza del Consiglio dei Ministri, in
persona del Presidente del Consiglio *pro tempore*, Ministero delle
Infrastrutture e dei Trasporti, in persona del Ministro *pro tempore*,

rappresentati e difesi dall'Avvocatura distrettuale dello Stato di Trento, nei cui uffici in Largo Porta Nuova, n. 9 sono per legge domiciliati

nei confronti di

Consorzio Stabile Consta Società consortile per azioni, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avv.ti Alessandro Calegari, Nicola Creuso e Stefania Lago, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Cristina Tosolini in Trento, Piazza Mostra, n. 15

per l'annullamento

- della determinazione del Direttore della Casa di Riposo "Giovanelli" di Tesero n. 156/2008 del 9.12.2008, comunicata all'impresa ricorrente con provvedimento in data 15.12.2008 prot. n. 1497, con la quale è stata annullata l'aggiudicazione in suo favore del 6.8.2008, avente ad oggetto i lavori di realizzazione della nuova residenza sanitaria per anziani in località Valene nel Comune di Tesero;
- del bando di gara n. 491 di data 7 maggio 2008 concernente i lavori per la realizzazione della vista residenza sanitaria per anziani e del relativo disciplinare di gara per pubblico incanto allegato al suddetto bando sub A);
- della nota n. 1123 di data 22 settembre 2008 della Casa di riposo "Giovanelli" relativo all'esito di verifica dei requisiti e della ulteriore nota n. 1112 di data 18 settembre 2008;

- della successiva aggiudicazione in favore del Consorzio Stabile Consta;
- della nota della Casa di riposo "Giovanelli" n. 1501 di data 15 dicembre 2008 relativa all'incameramento della cauzione provvisoria, di cui alla polizza fideiussoria n. 088 00433273;
- di ogni ulteriore atto presupposto, connesso o consequenziale, anche non noto.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Casa di Riposo "Giovanelli" di Tesero;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Consorzio Stabile Consta Società consortile per azioni;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Presidenza del Consiglio dei Ministri e del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 22 ottobre 2009 il cons. Fiorenzo Tomaselli e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

Con bando di gara n. 491 del 7.5.2008 l'Azienda Pubblica di Servizi alla Persona "Giovanelli" di Tesero ha indetto un pubblico incanto per l'affidamento dei lavori di costruzione della nuova residenza sanitaria per anziani in località Valene nel Comune di Tesero.

Il R.T.I. Consorzio Altogarda - Termoidraulica Fiemme e Fassa S.r.l., in sede di verifica del possesso dei requisiti di partecipazione, è stato escluso per violazione dell'art. 38, comma 1, lett. g) del D.lgs. 12.4.2006, n. 163, figurando a carico della mandante Termoidraulica Fiemme e Fassa le iscrizioni a ruolo, di cui alle cartelle esattoriali n. 112/2008, notificata l'11.2.2008, per l'importo di € 50.259,09 e n. 112/2007, notificata il 24.10.2007, per l'importo di € 5,63, rimaste inoppugnate.

Con atto di trasposizione in sede giurisdizionale del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica notificato il 19 - 22.5.2009 e depositato in data 26.5 a seguito dell'opposizione presentata ex art. 10 del D.P.R. 24.11.1971, n. 1199 dalla Casa di Riposo "Giovannelli", il Consorzio ha riproposto in questa sede i già introdotti motivi, contestando la legittimità della determinazione del Direttore dell'APSP 16.12.2008 n. 156, con cui è stata annullata l'aggiudicazione provvisoria disposta a favore del detto R.T.I., nonché l'incameramento della cauzione e l'aggiudicazione all'impresa seconda graduata.

Il ricorrente ha impugnato, altresì, i conseguenti provvedimenti dell'Amministrazione, compresa la segnalazione all'Autorità di

Vigilanza e l'iscrizione nel casellario informatico dell'asserita falsa dichiarazione a carico della consorziata Termoidraulica Fiemme e Fassa.

Avverso tali provvedimenti, l'istante ha formulato i seguenti motivi:

1) Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 38, lett. g) e h) del D.lgs. 12.4.2006 n. 163, art. 35, lett. g) e h) della L.p. 10.9.1993, n. 26, nonché degli artt. 45 del D.P.R. 29.9.1973, n. 602, 3 della L. 7.8.1990 n. 241, 27, lett. s) del D.P.R. 25.1.2000, n. 34, 27 *bis* della L.p. n. 30.11.1992, n. 23 - violazione e falsa applicazione della lex specialis - eccesso di potere in ogni sua forma sintomatica: sviamento, travisamento dei fatti, contraddittorietà ed illogicità della motivazione, manifesta incongruità e irragionevolezza, difetto di istruttoria e di motivazione;

2) Violazione e falsa applicazione degli artt. 38, lett. h), 48, comma 1 e 2, 75 del D.lgs. n. 163/2006, 41 della L.p. n. 26/1993, 3, comma 1, della L. n. 241/1990, 27 *bis*, della L.p. n. 23/1992, 97 Cost.) - violazione e falsa applicazione della lex specialis - eccesso di potere in ogni sua forma sintomatica: sviamento, travisamento dei fatti, contraddittorietà ed illogicità della motivazione, manifesta incongruità e irragionevolezza, difetto di istruttoria e di motivazione.

L'A.P.S.P. e la controinteressata Consta, costituitesi in giudizio, hanno preliminarmente eccepito la carenza di interesse a ricorrere del Consorzio Altogarda, attesa l'emersione a suo carico di due segnalazioni per dichiarazioni non veritiere nel casellario informatico

delle imprese, con conseguente inibizione dalla partecipazione alle pubbliche gare, ed hanno chiesto nel merito una pronuncia di reiezione.

Anche l'Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici ha sollevato in via pregiudiziale un'eccezione di difetto di interesse del ricorrente Consorzio, sotto il diverso profilo della non legittimazione all'impugnazione di un atto, qual'è l'annotazione nel casellario informatico, pertinente la società Termoidraulica Fiemme e Fassa, chiedendo, comunque, la reiezione del ricorso.

Con ordinanza n. 59 del 18.6.2008, è stata motivatamente respinta la domanda cautelare avanzata.

Alla pubblica udienza del 22.10.2009 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

Il ricorso è infondato nel merito, potendosi così prescindere dall'esame delle eccezioni di inammissibilità formulate dalle parti resistenti, fatta eccezione per la richiesta formulata dall'Avvocatura distrettuale dello Stato nell'interesse della Presidenza del Consiglio dei Ministri, della quale in effetti non consta essere stato coinvolto alcun atto o provvedimento nella vicenda per cui è causa. Va, pertanto, dichiarato il suo difetto di legittimazione passiva.

1. Nel merito va premesso che l'A.P.S.P. "Giovanelli" ha ritenuto inveritiera la dichiarazione sostitutiva di atto notorio, resa dalla Termoidraulica Fiemme e Fassa S.r.l. ai sensi dell'articolo 47 del

D.P.R. n. 445 del 2000, nella quale la ridetta società aveva attestato di non avere commesso violazioni, definitivamente accertate, degli obblighi di pagamento delle imposte e tasse; che l'Amministrazione aveva al riguardo accertato presso l'Agenzia delle Entrate - Ufficio di Cavalese l'esistenza a carico dell'impresa mandante di due iscrizioni a ruolo per I.R.E.S., I.R.A.P. ed I.V.A., rimaste inoppugnate; che è stato conseguentemente statuito che il R.T.I. Consorzio Costruttori Altogarda - Termoidraulica Fiemme e Fassa fosse privo del requisito generale di cui all'art. 38, comma 1, lett. g) del D.lgs. 163/2006.

Con il primo motivo di ricorso il ricorrente ha denunciato l'illegittimità degli atti impugnati per plurimi profili di violazione di legge ed eccesso di potere, affermando di avere tempestivamente prodotto la domanda di Termoidraulica presentata ad Equitalia il 25.7.2008 e dunque anteriormente al 31.7.2008 di scadenza del termine per la presentazione delle offerte e diretta a conseguire la rateizzazione del debito fiscale; è stato richiamato in tal senso l'intervenuto accoglimento da parte della concessionaria Equitalia della relativa istanza di cui alla nota del 14.11.2008 ed invocato l'indirizzo della giurisprudenza della Corte di giustizia, che ha riconosciuto non contrastante con l'ordinamento comunitario la possibilità di regolarizzare l'omesso versamento di contributi previdenziali e di imposte e tasse anche successivamente all'aggiudicazione, a condizione che sia provato, entro il termine a tal fine stabilito, di aver beneficiato di misure di condono fiscale o di

sanatoria, o di un concordato, od ancora di aver presentato ricorso amministrativo o giurisdizionale.

Replicano, per contro, l'A.P.S.P. e la controinteressata che la mera presentazione della istanza di rateizzazione relativa ad irregolarità tributarie sarebbe del tutto influente ai fini considerati, ancorchè sia stata successivamente accolta dalle competenti Amministrazioni, posto che detto evento sanante ovvero l'avvenuto ricorso alle vie di giustizia dovrebbero intervenire entro la data prescritta per la presentazione delle offerte: il che diversamente inciderebbe sul principio generale che fa obbligo di riservare parità di trattamento a tutte le imprese in gara.

Al riguardo, il Collegio osserva che il contenuto della dichiarazione sostitutiva di atto notorio da presentarsi congiuntamente all'offerta era previsto nel relativo bando, riprendendo formule riportate nell'art. 38, comma 1, lett. g, del D.lgs. 12.4.2006, n. 163, che stabilisce che “sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, né possono essere affidatari di subappalti, e non possono stipulare i relativi contratti i soggetti: ...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”.

Su tale scorta si configura dunque una nominata preclusione preordinata ad evitare la potenziale contrattazione con le

Amministrazioni pubbliche da parte di soggetti che appaiano inaffidabili. Il regolare pagamento di imposte e di tasse, è, infatti, strumento capace di far emergere la regolarità sul piano tributario di ciascuna impresa partecipante alla gara, quale espressione della sottesa correttezza delle scritture contabili e dunque, di una regolare gestione finanziaria con garanzia della conseguente solvibilità dell'impresa stessa.

Chiarito quanto precede, va gradatamente rilevato che la mandante Termoidraulica Fiemme e Fassa, al momento in cui ha presentato domanda di partecipazione alla gara, risultava destinataria delle cartelle di pagamento n. 112/2008, notificata l'11.2.2008, per l'importo iscritto a ruolo di € 50.259,09 e n. 112/2007, notificata il 24.10.2007, per l'importo a ruolo di € 5,63, rimaste inoppugnate e che alla stessa data non era avvenuto il relativo pagamento alla concessionaria della riscossione delle imposte.

In ordine alla contestata irregolarità fiscale, cui la deducente oppone di aver tempestivamente presentato una domanda di rateizzazione, deve essere riconosciuto che agli atti di causa consta in effetti che essa sia stata trasmessa al concessionario della riscossione in data 25.7.2008 e dunque prima della scadenza fissata dal bando al 31.7.2008 per la presentazione delle domande di partecipazione, come si ricava dal timbro di ricezione apposto sulla stessa istanza dalla soc. Equitalia. A quella data, tuttavia, la richiesta doveva considerarsi pacificamente inaccoglibile, ininfluenti restando, inoltre,

i brevi contatti in via breve volti a saggiare la possibilità di una rateizzazione, constando ancora un debito superiore ad € 50.000,00 e facendo concorrente difetto l'approvazione del bilancio infrannuale sopravvenuta in data 25.8.2008 al pari del versamento della modica somma di € 300,00 effettuato soltanto il 7.10.2008 al fine di rendere procedibile la stessa domanda. E' dunque ragionevolmente ipotizzabile che sia stato per tali ragioni che la domanda di rateizzazione sia stata poi reiterata il 16.9.2008 con produzione della suddetta documentazione, attestante la sussistenza dei nominati presupposti per il riconoscimento del beneficio del pagamento rateale, come formalmente enunciato dalla concessionaria Equitalia, nell'atto del 14.11.2008 di accoglimento della relativa istanza..

Né vale obiettare al riguardo, che l'indirizzo della giurisprudenza della Corte del Lussemburgo in materia di pagamento di contributi previdenziali e di imposte e tasse avrebbe affermato che la richiesta della rateazione di essi ovvero la pendenza di una contestazione circa la loro totale o parziale sussistenza non possono essere assimilate ad una causa di esclusione dalla partecipazione ad una pubblica gara d'appalto, essendone possibile la regolarizzazione tardiva (cfr. Corte di Giustizia CE, sezione I, 9 febbraio 2006, C-226/04 e C-228/04).

Sotto un primo aspetto va posto in evidenza che, in sede di presentazione dell'offerta, dette insolvenze non erano state dichiarate e che esse sono emerse esclusivamente a seguito dell'istruttoria svolta dalla stazione appaltante.

Per altro verso è ben vero che la Corte di giustizia ha rimesso al Giudice nazionale il compito di stabilire se, in conformità al rispetto da parte dell'ordinamento comunitario dell'autonomia procedimentale e processuale degli Stati membri, le norme nazionali tollerino o meno che l'esistenza dei requisiti soggettivi necessari per contrattare con la pubblica Amministrazione possa essere provato in un tempo successivo a quello della presentazione della domanda di partecipazione alla gara.

L'arco temporale di tali possibilità è stato, tuttavia, associato, da una parte, all'obbligo stabilito dalle norme nazionali ovvero, in difetto di una loro previsione *ad hoc*, dei bandi di gara d'indicare con chiarezza percepibile da parte di tutte le imprese partecipanti entro quale termine la detta regolarità tributaria debba essere documentata e, dall'altra, dalla previsione di un preciso spazio temporale, che può alternativamente decorrere dalla data di spedizione dell'invito a partecipare alla competizione ovvero da quella di presentazione dell'offerta ovvero ancora da quella di valutazione delle offerte da parte della commissione di gara ovvero, infine, nel momento che precede immediatamente l'aggiudicazione (cfr. punti 30 e 31 della richiamata sentenza della Corte in C-226/04).

Ad una diversa conclusione e dunque ad una sanatoria successiva a tale ultima scadenza si oppone, infatti, alla luce delle richiamate pronunce l'imprescindibile obbligo del rispetto del principio di parità di trattamento fra tutti i candidati presenti in quella gara (cfr. punto

33 della stessa pronuncia).

In proposito, deve quindi affermarsi che Termoidraulica Fiemme e Fassa, in disparte restando il successivo fallimento della società dichiarato con sentenza del Tribunale di Trento del settembre 2009, sia incorsa nella violazione degli obblighi di cui all'art. 38, comma 1, lett. g, del D.lgs. 12.4.2006, n. 163, posto che i presupposti per l'accoglimento della domanda di rateizzazione (approvazione del bilancio infrannuale e pagamento della somma di € 300,00) si sono in ogni caso costituiti successivamente alla data dell'aggiudicazione in suo favore, pronunciata il 6.8.2008 al pari del provvedimento del 14.11.2008, con cui Equitalia ha accolto la ridetta domanda.

2. Con il secondo motivo il ricorrente ha censurato il provvedimento impugnato nella parte in cui ha disposto l'incameramento della cauzione, asserendo, da un lato, che la sua motivazione sarebbe carente e contraddittoria e, dall'altro, che il ridetto incameramento sarebbe riconducibile solo all'accertata inveridicità della dichiarazione concernente i requisiti cui fa riferimento l'art. 48 del D.lgs. 163/2006 e non potrebbe essere applicato nel caso di specie, ove è stata contestata l'irregolarità fiscale di cui all'art. 38, comma 1, lett. g); infine, il ricorrente sostiene la scusabilità dell'errore in cui sarebbe incorsa la mandante Termoidraulica nell'interpretazione delle norme di gara.

Al riguardo, osserva il Collegio che il tema dell'incameramento della cauzione e della segnalazione all'Autorità di Vigilanza è stato oggetto

di difforme lettura in giurisprudenza, propendendo un primo indirizzo per l'applicazione dell'art. 48 del D.Lgs. n. 163 del 2006 esclusivamente alle ipotesi di assenza dei requisiti di capacità economico - finanziaria e tecnico - organizzativa e non a quelli di carattere generale (cfr. Cons. Stato VI 28.8.2006, n. 5009; T.A.R. Veneto I 12.5.2008, n. 1326; T.A.R. Campania - Napoli VIII 8.8.2008, n. 9943; I 17.5.2004, n. 8767; I 26.1.2001, n. 444; T.A.R. Basilicata - Potenza 22.1.2002, n. 12); un opposto indirizzo emerge, poi, sul rilievo che l'incameramento della cauzione si correla direttamente alla violazione delle comuni regole di diligenza e di correttezza, che presiedono in generale lo svolgimento dell'attività precontrattuale, il che indurrebbe a prefigurare l'incameramento della cauzione e la segnalazione all'Autorità di Vigilanza ad una sanzione o anche alla liquidazione forfetaria del pregiudizio causato alla stazione appaltante per la mancata sottoscrizione del contratto (cfr. Cons. Stato IV 30.1.2006, n. 288; IV 7.6.2005, n. 2033; T.A.R. Lazio - Roma III ter 17.10.2009, n. 1541; T.A.R. Puglia - Bari I 4.9.2008, n. 2060, nonché Autorità di Vigilanza 8.2.2006, n. 10).

In proposito è avviso del Collegio che l'art. 48 sopra richiamato debba essere necessariamente interpretato in connessione con l'art. 75 dello stesso Codice dei contratti pubblici, ove testualmente si prevede al suo 6° comma che "La garanzia copre la mancata sottoscrizione del contratto per fatto dell'affidatario" e che traccia palesemente un'area incisivamente più vasta rispetto alla previsione

del precedente art. 48; il che, si soggiunge, trova identica espressione nell'art. 41, 1° e 2° comma della L.p. 10.9.1993, n. 26, che detto ordine di conseguenze correla al mancato possesso dei requisiti di partecipazione senza alcuna distinzione fra quelli di carattere generale e quelli economico - finanziari e tecnico - organizzativi (cfr. T.R.G.A. 30.7.2009, n. 226).

Su tale base e ragione l'incameramento della cauzione appare dunque un effetto strettamente connesso e consequenziale all'accertata irregolarità contributiva, peraltro, sottaciuta in sede di presentazione dell'offerta, per cui i motivi per questo aspetto dedotti sotto il profilo del difetto di motivazione, che presupporrebbero la sussistenza di una mediazione discrezionale pacificamente inesistente, debbono essere disattesi congiuntamente a quello dedotto in ordine al contestato incameramento della cauzione ed alla segnalazione all'Autorità di Vigilanza.

3. Per le suesposte considerazioni, il ricorso deve essere respinto.

Le spese di lite, ivi compresi diritti ed onorari, seguono la soccombenza, per cui il ricorrente Consorzio è condannato a corrisponderle alle altre parti costituite nella misura che, tenuto conto del valore della causa e dell'entità dell'attività difensiva svolta, si liquida in complessivi € 7.200,00 (settemiladuecento), di cui € 5.700,00 per onorari ed € 1.500,00 per diritti, oltre ad IVA e C.N.P.A. ed al 12,5% sull'importo dei diritti e degli onorari a titolo di spese generali a favore della Casa di Riposo "Giovannelli; in €

4.000,00, di cui 3.000,00 per onorari e 1.000,00 per diritti, oltre ad I.V.A. e C.N.P.A. ed al 12,5% sull'importo dei diritti e degli onorari a favore del Consorzio Stabile Consta Società consortile per azioni, nonché nella somma di € . 4.000,00, di cui 3.000,00 per onorari e 1.000,00 per diritti, oltre al 12,5% sull'importo dei diritti e degli onorari a favore dell'Avvocatura distrettuale dello Stato,

P.Q.M.

il Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa del Trentino - Alto Adige, sede di Trento, definitivamente pronunciando sul ricorso n. 92/2009, lo respinge.

Spese del giudizio a carico come da motivazione.

Così deciso in Trento nella camera di consiglio del giorno 22 ottobre 2009 con l'intervento dei Magistrati:

Francesco Mariuzzo, Presidente

Lorenzo Stevanato, Consigliere

Fiorenzo Tomaselli, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 06/11/2009

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

IL SEGRETARIO