



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 la Lombardia

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3016 del 2013, proposto da:

- Sipam S.r.l., in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dall'Avv. Giuseppe Gianni ed elettivamente domiciliata presso lo studio dello stesso in Milano, Corso Monforte n. 21;

contro

- l'A.L.E.R. – Azienda Lombardia Edilizia Residenziale di Milano, in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dall'Avv. Piero Coniglio ed elettivamente domiciliata presso la propria sede in Milano, Viale Romagna n. 26;

nei confronti di

- Co.Lo.Coop.Soc.Coop., in persona del legale rappresentante pro-tempore, non costituita in giudizio;

per l'annullamento

- del provvedimento PROV/DIGE/13/536 del 21 ottobre 2013 con

il quale è stata disposta l'inefficacia dell'aggiudicazione definitiva e l'esclusione della ricorrente dalla gara d'appalto rep. n. 212007, indetta dall'A.L.E.R. di Milano, mediante accordo quadro con più operatori economici, per lo svolgimento del servizio di pulizia ed affini da effettuarsi sul patrimonio A.L.E.R. gestito dalla stessa nei settori territoriali di Rozzano, Legnano e Sesto San Giovanni, comunicato alla ricorrente il 30 ottobre 2013;

- dell'aggiudicazione dell'appalto in favore della società Co.Lo.Coop.Soc.Coop.;
- e di tutti gli atti presupposti, connessi e consequenziali;
- e per la condanna della Stazione appaltante al risarcimento del danno.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'A.L.E.R. di Milano;

Vista l'ordinanza n. 68/2014 con cui è stata respinta la domanda di sospensione dell'esecuzione del provvedimento impugnato e fissata l'udienza pubblica di trattazione del merito della controversia;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Designato relatore il primo referendario Antonio De Vita;

Uditi, all'udienza pubblica del 29 gennaio 2015, i difensori delle parti, come specificato nel verbale;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso notificato in data 2 dicembre 2013 e depositato il 13 dicembre successivo, la società ricorrente ha impugnato il provvedimento PROV/DIGE/13/536 del 21 ottobre 2013 con il quale è stata disposta l'inefficacia dell'aggiudicazione definitiva e l'esclusione della stessa dalla gara d'appalto rep. n. 212007, indetta dall'A.L.E.R. di Milano, mediante accordo quadro con più operatori economici, per lo svolgimento del servizio di pulizia ed affini da effettuarsi sul patrimonio A.L.E.R. gestito dalla stessa nei settori territoriali di Rozzano, Legnano e Sesto San Giovanni.

La ricorrente ha partecipato alla gara indetta dall'A.L.E.R. per lo svolgimento del servizio di pulizia ed affini da effettuarsi sul patrimonio gestito dalla stessa nei settori territoriali di Rozzano, Legnano e Sesto San Giovanni. Successivamente all'aggiudicazione dell'appalto in proprio favore e alla assunzione del servizio, ma prima della stipulazione del contratto, la Stazione appaltante comunicava l'avvio del procedimento di revoca della stipula contrattuale e dell'affidamento in ragione della circostanza che l'ausiliaria della Sipam s.r.l., ossia AFO Ambiente s.r.l., non risultava in regola con gli obblighi relativi al pagamento di imposte e tasse, come evidenziato dalla documentazione acquisita presso l'Agenzia delle Entrate. Dopo uno scambio di memorie e di controdeduzioni, la Stazione appaltante, in data 30 ottobre 2013, emanava il provvedimento di annullamento dell'aggiudicazione, impugnato nella presente sede,

fondato sia sull'esistenza di violazioni degli obblighi contributivi in capo all'ausiliaria che sull'intervenuto fallimento della stessa, dichiarato in data 19 settembre 2013.

La società Sipam s.r.l. assume come illegittimo il provvedimento di annullamento dell'aggiudicazione per violazione e/o falsa applicazione degli artt. 11, comma 8, e 38, comma 1, lett. g, del D. Lgs. n. 163 del 2006 e per violazione del principio di legittimo affidamento.

Inoltre si deducono la violazione degli artt. 37, comma 9, e 17 e 18 del D. Lgs. n. 163 del 2006, il difetto di istruttoria, la violazione dei principi di correttezza, buona fede e leale cooperazione tra le parti, la violazione dei principi di libera concorrenza, par condicio, trasparenza e imparzialità delle procedure ad evidenza pubblica, violazione delle garanzie procedurali di cui al D. Lgs. n. 163 del 2006 e, per quanto da questo non previsto, dalla legge n. 241 del 1990.

Infine si assumono la violazione e/o falsa applicazione degli artt. 49, 37, comma 9, e 17 e 18 del D. Lgs. n. 163 del 2006, la violazione e/o falsa applicazione dell'art. 81 della legge fallimentare, la falsa applicazione del principio di immodificabilità dell'offerta, la carenza di motivazione, l'eccesso di potere, l'erroneità e il travisamento dei presupposti di fatto e di diritto, la violazione dei principi di correttezza e buona fede, di par condicio, del legittimo affidamento, di logicità, ragionevolezza e proporzionalità.

Si è costituita in giudizio l'A.L.E.R. di Milano, che ha chiesto il rigetto del ricorso.

Con l'ordinanza n. 68/2014 è stata respinta la domanda di sospensione dell'esecuzione del provvedimento impugnato e fissata l'udienza pubblica di trattazione del merito della controversia.

In prossimità dell'udienza di trattazione del merito della controversia, le parti hanno depositato memorie a sostegno delle rispettive posizioni; la difesa dell'Azienda resistente ha eccepito la tardività dell'ultima memoria depositata dalla ricorrente.

Alla pubblica udienza del 29 gennaio 2015, su conforme richiesta dei difensori delle parti, il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

1. Si può prescindere dall'esame dell'eccezione di tardività del deposito delle memorie della parte ricorrente, in quanto il ricorso è infondato nel merito.

2. Con il primo motivo si assume l'illegittimità dell'annullamento dell'aggiudicazione in favore della società ricorrente, in quanto le violazioni in materia fiscale compiute dall'ausiliaria AFO Ambiente sarebbero emerse successivamente all'aggiudicazione definitiva, già preceduta dalla verifica dei requisiti in capo ai partecipanti, e non potrebbero ritenersi definitivamente accertate, atteso che sarebbe stata presentata all'Agenzia delle Entrate una richiesta di transazione fiscale – dilazione di pagamento.

2.1. La doglianza è infondata.

L'art. 38, comma 1, del D. Lgs. n. 163 del 2006 stabilisce che “sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento (...) e non possono stipulare i relativi contratti i soggetti (...) che hanno commesso violazioni gravi, definitivamente accertate, rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse”.

Ne consegue che a coloro che non sono in regola con il pagamento delle imposte non solo è inibita la partecipazione alle gare, ma anche la stipula dei relativi contratti: ciò vuol significare che la Stazione appaltante è tenuta a verificare, come avvenuto nel caso di specie, la sussistenza delle condizioni di idoneità e capacità anche prima della stipula del contratto, indipendentemente dalla circostanza che la verifica sia stata già effettuata con esito positivo in una fase precedente, ad esempio all'atto di ammissione alla gara. Infatti, secondo una consolidata giurisprudenza “i requisiti generali e speciali di partecipazione (...) devono essere posseduti dal concorrente non solo al momento della presentazione della domanda di partecipazione alla gara, ma anche a quello dell'aggiudicazione provvisoria, e comunque per tutta la durata della procedura di evidenza pubblica” (Consiglio di Stato, IV, 18 aprile 2014, n. 1987).

Pertanto, legittimamente la Stazione appaltante ha chiesto all'Ufficio dell'Agenzia delle Entrate competente per territorio informazioni con riguardo all'impresa ausiliaria, in vista della stipulazione del contratto di appalto (all. 11 dell'A.L.E.R.). Dalla certificazione trasmessa dall'Agenzia delle Entrate è emersa la sussistenza di una

pluralità di violazioni in materia tributaria definitivamente accertate per un valore superiore a € 700.000,00 (all. 12 dell'A.L.E.R.).

2.2. Quanto alla definitività dell'accertamento si può richiamare l'insegnamento dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato secondo cui “non è ammissibile la partecipazione alla procedura di gara [o la stipula del contratto], ex art. 38, comma 1, lett. g, del codice dei contratti pubblici, del soggetto che, al momento della scadenza del termine di presentazione della domanda di partecipazione, non abbia conseguito il provvedimento di accoglimento dell'istanza di rateizzazione” (sentenze del 20 agosto 2013, n. 20 e del 5 giugno 2013, n. 15).

Nel caso di specie, l'impresa ausiliaria non ha dimostrato l'avvenuto accoglimento dell'istanza di rateazione, ma ha prodotto in giudizio soltanto la richiesta di ammissione al beneficio, inidonea, come sottolineato in precedenza, a qualificare le violazioni come non definitivamente accertate.

2.3. Ciò determina il rigetto della censura sopra esposta.

3. Con la seconda e terza doglianza, da trattare congiuntamente in quanto connesse, si assume l'illegittimità del provvedimento impugnato in ragione della circostanza che le violazioni in materia fiscale e il fallimento intervenuto nel corso di svolgimento della gara avrebbero riguardato l'impresa ausiliaria (AFO Ambiente s.r.l.) e non Sipam s.r.l., con la conseguente illegittima imputazione in capo a quest'ultima, vera e unica concorrente, delle vicende relative all'altra,

che ben avrebbe potuto essere sostituita da altra ausiliaria, peraltro già individuata.

3.1. La censura è infondata.

La mancanza o la perdita dei requisiti per partecipare alla gara o per sottoscrivere il contratto costituisce causa di esclusione dalla stessa e non ammette alcuna possibilità di sanatoria.

Tali principi si estendono anche all'impresa ausiliaria, in quanto il contratto di avvalimento costituisce elemento che integra i requisiti di partecipazione alla gara, talvolta addirittura permettendo ad un soggetto, privo dei requisiti, di partecipare ad una gara alla quale altrimenti non avrebbe diritto di partecipare (cfr. T.A.R. Lombardia, Milano, III, 29 dicembre 2014, n. 3212).

Del resto, in ossequio alla regola di invariabilità dell'offerta e della natura eccezionale delle disposizioni contenute nell'art. 37, commi 18 e 19, del D. Lgs. n. 163 del 2006 non è possibile riconoscere al concorrente, nella fase sia anteriore sia posteriore alla stipula del contratto, la facoltà di sostituzione della impresa ausiliaria, altrimenti si consentirebbe di introdurre nell'offerta un elemento modificativo di discontinuità rispetto all'assetto cristallizzato in gara, al di fuori dei casi in cui ciò è espressamente permesso dalla legge. In particolare, "violerebbe la par condicio tra i concorrenti l'inserimento, a gara già espletata, di un impegno e di un contratto di avvalimento nuovi e diversi rispetto a quelli allegati all'offerta ai sensi dell'art. 49, comma 2, lett. d e f, del d.lgs. n. 163/2006" (T.A.R. Campania, Napoli, VIII,

17 gennaio 2013, n. 371).

Quindi l'accertata violazione di obblighi tributari e l'intervenuto fallimento dell'ausiliaria prima della sottoscrizione del contratto rendono legittima l'esclusione dalla gara della concorrente che si è avvalsa della predetta impresa.

3.2. Pertanto, anche tali censure vanno respinte.

4. In conclusione, il ricorso deve essere respinto.

5. Anche la domanda di risarcimento del danno deve essere respinta, sia in ragione della mancata indicazione degli elementi costitutivi della stessa, sia per l'assenza del presupposto oggettivo della stessa, ovvero l'illegittimità dell'atto o del comportamento dell'Amministrazione.

6. In relazione alle peculiarità della controversia, le spese di giudizio possono comunque essere compensate tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Terza), definitivamente pronunciando, respinge il ricorso indicato in epigrafe, unitamente alla domanda di risarcimento del danno.

Spese compensate.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del 29 gennaio 2015 con l'intervento dei magistrati:

Adriano Leo, Presidente

Antonio De Vita, Primo Referendario, Estensore

Valentina Santina Mameli, Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 06/02/2015

IL SEGRETARIO

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