

Publicato il 07/05/2021

N. 00681/2021 REG.PROV.COLL.
N. 00631/2021 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 Amministrativo Regionale per la Puglia

Lecce - Sezione Seconda

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 631 del 2021, proposto da

-OMISSIS- S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in proprio ed in qualità di mandante della costituenda A.T.I. con -OMISSIS- S.c.a.r.l. e -OMISSIS- s.r.l., rappresentata e difesa dall'avvocato Gianluca Prete, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Ministero della Cultura, Segretariato Regionale per la Puglia - MIBACT, in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentati e difesi dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Lecce, domiciliataria *ex lege* in Lecce, via Rubichi n. 39;

nei confronti

Impresa -OMISSIS- -OMISSIS- S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Barbara Del Duca, con domicilio

digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

- del provvedimento dell'11.3.2021, trasmesso a mezzo PEC alla -OMISSIS- S.c.a.r.l. in pari data, con il quale si comunicava che veniva confermata la revoca della proposta di aggiudicazione, in favore dell'ATI deducente, e lo scorrimento della graduatoria; nonché, sebbene non conosciuti, per quanto occorrer possa:

- della nota n. 552342 del 7.11.2020 con la quale l'Avvocatura Generale suggeriva di chiedere all'Agenzia delle Entrate competente eventuali debiti tributari a carico della ricorrente;

- della nota n. 11240 del 12.11.2020 con la quale la Stazione appaltante inoltrava la suddetta richiesta all'Agenzia delle Entrate competente;

- della nota prot. n. 13162 del 31.12.2020 con cui si *“interpellava l'Avvocatura Generale circa la possibilità di aggiudicare al Raggruppamento -OMISSIS- in ottemperanza alla sentenza n. 894/2020”*;

- della nota n. 51790 del 25.1.2021 con la quale l'Avvocatura Generale, sulla base del riscontro dell'Agenzia delle Entrate, chiariva come non sussistessero *“i presupposti per dar luogo all'aggiudicazione definitiva in capo al Raggruppamento, dovendosene confermare l'esclusione”*;

nonché, ove di interesse, di ogni altro atto (anche sconosciuto) presupposto, connesso e/o consequenziale, ivi compresa l'eventuale aggiudicazione al secondo classificato, se intervenuta;

e quindi per l'accertamento del diritto alla riammissione in gara e all'aggiudicazione dei lavori in questione;

nonché, in subordine, per la dichiarazione di inefficacia e di subentro nell'eventuale contratto, qualora nelle more stipulato in violazione di quanto previsto dall'art. 32, comma 9, e per il risarcimento del danno spettante per la mancata esecuzione della parte di lavoro illegittimamente svolta dall'eventuale - altro - aggiudicatario;

e, in estremo subordine, nella denegata, e non creduta, ipotesi per la quale codesto Ecc.mo Tribunale ritenesse che non vi siano le condizioni per il subentro nel contratto, si insiste per il risarcimento del danno in forma equivalente, in ragione della mancata esecuzione dei lavori secondo i parametri indicati nel corpo del presente atto.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero della Cultura, del Segretariato Regionale per la Puglia - MIBACT e dell'Impresa -OMISSIS- - OMISSIS- S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore il dott. Nino Dello Preite nella camera di consiglio del giorno 5 maggio 2021, svoltasi in videoconferenza secondo quanto disposto dall'art. 4, comma 1, D.L. 30 aprile 2020, n. 28, convertito, con modificazioni, dalla Legge 25 giugno 2020, n. 70, per come richiamato dall'art. 25, comma 1, D.L. 28 ottobre 2020, n. 137, convertito in Legge 18 dicembre 2020, n. 176, e s.m.i., e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con il ricorso all'esame, la società -OMISSIS- S.r.l., in proprio e nella qualità di mandante della costituenda A.T.I. con -OMISSIS- S.c.a.r.l. e con -OMISSIS- S.r.l., espone quanto segue:

- partecipava alla gara, indetta dal MIBACT per l'affidamento dei "*Lavori di riqualificazione e valorizzazione del Parco Archeologico delle Mura Messapiche a Manduria (TA)*", per l'importo complessivo di € 2.771.893,68 comprensivo degli oneri per la sicurezza, pari ad € 80.000,00 non soggetti a ribasso, oltre IVA come per legge;

- in esito a detta gara, la P.A predisponere proposta di aggiudicazione a suo favore, avendo ottenuto il punteggio più elevato, ma, a seguito degli accertamenti in ordine al possesso dei requisiti soggettivi e oggettivi, riscontrava una irregolarità fiscale, nonché l'omessa dichiarazione di una condanna penale del legale rappresentante della -OMISSIS- S.r.l, motivo per cui procedeva alla revoca dell'aggiudicazione, a favore della odierna controinteressata;
- il T.A.R. Lecce, con sentenza n. 894/2020 del 4.8.2020 accoglieva il ricorso proposto avverso la determinazione di revoca suddetta;
- il Consiglio di Stato, con ordinanza n. 7056 dell'11.12.2020, rigettava l'istanza di sospensiva della predetta sentenza, proposta dall'Amministrazione;
- nelle more del giudizio d'appello, l'Avvocatura Generale, con nota prot. n. 552342 del 7.11.2020, suggeriva alla P.A. di formulare rituale richiesta all'Agenzia delle Entrate *“sull'esistenza di debiti tributari risultanti da atti, da contestazioni in corso e da quelle già definite per le quali i debiti non sono stati soddisfatti, dalla data del 04.07.2019 (data di sottoscrizione della domanda di partecipazione alla gara) ad oggi”*;
- l'Agenzia delle Entrate, con certificato n. 73260 del 16.12.2020, comunicava, a carico della stessa ricorrente, l'esistenza di una violazione fiscale definitivamente accertata (per un debito tributario pari a € 518,09) e di due violazioni fiscali non definitivamente accertate (rispettivamente pari a € 3.560,58 e € 6.607,67);
- sulla scorta di tali risultanze, l'Amministrazione, con nota prot. n. 13162 del 31.12.2020, interpellava l'Avvocatura Generale circa la possibilità di aggiudicare la gara al R.T.I. ricorrente, in ottemperanza alla sentenza n. 894/2020;
- l'Avvocatura Generale, con nota prot. n. 51790 del 25.1.2021, presa visione del riscontro pervenuto dall'Agenzia delle Entrate, riteneva che non ci fossero i presupposti per procedere all'aggiudicazione definitiva, alla luce del principio di continuità del possesso dei requisiti di partecipazione alle procedure di affidamento;

- pertanto, l'Amministrazione adottava il provvedimento in questa sede impugnato, con cui confermava la revoca della proposta di aggiudicazione e lo scorrimento della graduatoria, essendo venuta meno la continuità del possesso dei requisiti di partecipazione alla gara, in virtù di quanto emerso.

1.1. Avverso detto provvedimento, è insorta la ricorrente, adducendo i seguenti motivi:

I) Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 80, comma 4, d.lgs. 50/2016 – Violazione art. 48-bis, D.P.R. 602/1973 – Eccesso di potere per illogicità, ingiustizia e contraddittorietà manifesta – Difetto di istruttoria e motivazione – Contraddittorietà intrinseca.

II) Violazione artt. 1, 3 e 7 L. 241/90 – Violazione del principio del contraddittorio – Violazione dell'art. 97 Cost. e dei criteri di buon andamento ed efficienza dell'azione amministrativa, nonché del principio del giusto procedimento.

1.2. La ricorrente ha concluso chiedendo l'annullamento, previa sospensione, degli atti impugnati e ha formulato pure istanza di subentro, qualora il contratto sia stato già concluso, con declaratoria di inefficacia del contratto, ove stipulato, e risarcimento del danno da mancata parziale esecuzione; in via estremamente gradata, ha chiesto il risarcimento del danno per equivalente.

1.3. Si sono costituiti in giudizio il Ministero resistente e la controinteressata, depositando articolate memorie ed instando per il rigetto dell'istanza cautelare e del ricorso.

1.4. Alla camera di consiglio del 5 maggio 2021, la causa è stata riservata in decisione *ex art. 60 c.p.a.*

2. Con il primo ordine di censure, parte ricorrente sostiene che, nel caso di specie, la sola violazione definitivamente accertata a suo carico è costituita dal mancato versamento di € 518,09, che non può comportare un'automatica esclusione dell'operatore economico, non integrando gli estremi della grave violazione, così come intesa dal legislatore con la previsione di cui all'art. 80, comma 4, D. Lgs. n. 50/2016.

2.1. Lamenta che la stazione appaltante, anziché appiattirsi acriticamente sulle indicazioni dell'Avvocatura dello Stato, avrebbe dovuto svolgere un'adeguata istruttoria e comunque motivare il grave provvedimento di revoca, in modo da renderla edotta dell'*iter* logico-giuridico seguito per addivenire alla scelta operata; stigmatizza, pertanto, la contraddittorietà, illogicità e sproporzionalità del provvedimento gravato, non essendo comprensibile come la P.A. abbia potuto applicare l'art. 80, comma 4 (e quindi l'art. 48 *bis* ivi richiamato), in presenza di violazioni fiscali riconosciute come non definitivamente accertate.

2.2. Con il secondo motivo di ricorso, la ricorrente si duole della circostanza che l'Amministrazione non abbia aperto alcun subprocedimento di verifica in contraddittorio con l'operatore economico, che invece si sarebbe reso necessario per l'elemento di novità della causa di revoca, rispetto all'oggetto del giudizio pendente innanzi al Consiglio di Stato e per la poca chiarezza delle presunte irregolarità fiscali ad essa contestate.

2.3. Nella prospettazione attorea, l'apertura del subprocedimento di verifica su tali questioni avrebbe consentito all'interessata di articolare proprie osservazioni e difese, e alla stazione appaltante di integrare e di vagliare il quadro di informazioni; tale principio sarebbe ancor più imprescindibile, qualora la presunta perdita del requisito di regolarità fiscale si appalesi successivamente alla presentazione delle offerte o, come nel caso di specie, a distanza di quasi un anno dalla prima proposta di aggiudicazione e con un contenzioso pendente.

3. Reputa il Collegio che il primo motivo di ricorso sia fondato e assorbente di ogni altra censura, per la sua chiara pregiudizialità logico-giuridica.

3.1. Si deve premettere che l'art. 80, comma 4, del D. Lgs. n. 50/2016, prevede che un operatore economico possa essere escluso dalla partecipazione ad una procedura d'appalto se ha commesso violazioni gravi e definitivamente accertate, rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle imposte, tasse e contributi previdenziali.

3.2. Il legislatore si è, altresì, peritato di definire il concetto di “gravi violazioni”, identificandole in quelle che comportano un omesso pagamento di imposte e tasse superiore all’importo di cui all’art. 48-*bis* del d.P.R. 29 settembre 1973, n. 602 (fissato nella somma di euro 5.000,00), e che “*Costituiscono violazioni definitivamente accertate quelle contenute in sentenze o atti amministrativi non più soggetti ad impugnazione*”.

3.3. In proposito, il consolidato orientamento del Supremo Consesso di Giustizia Amministrativa ha chiarito che le certificazioni relative alla regolarità contributiva e tributaria delle imprese partecipanti, emanate dagli organi preposti, si impongono alle stazioni appaltanti, che non possono in alcun modo sindacarne il contenuto, non residuando alle stesse alcun potere valutativo sul contenuto o sui presupposti di tali certificazioni; spetta, infatti, in via esclusiva all’Agenzia delle Entrate il compito di dare un giudizio sulla regolarità fiscale dei partecipanti a gara pubblica, non disponendo la stazione appaltante di alcun potere di autonomo apprezzamento del contenuto delle certificazioni di regolarità tributaria, ciò al pari della valutazione circa la gravità o meno della infrazione previdenziale, riservata agli enti previdenziali (Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria n. 8/2012; Consiglio di Stato, Sez. V, n. 2682/2013).

3.4. Si deve poi evidenziare che l’art. 80, comma 4, del Codice dei contratti pubblici è stato modificato dall’art. 8, comma 5, lett. *b*), della legge 11 settembre 2020, n. 120 (di conversione del decreto legge 16 luglio 2020, n. 76), mediante l’aggiunta del seguente quinto periodo: “*Un operatore economico può essere escluso dalla partecipazione a una procedura d’appalto se la stazione appaltante è a conoscenza e può adeguatamente dimostrare che lo stesso non ha ottemperato agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse o dei contributi previdenziali non definitivamente accertati qualora tale mancato pagamento costituisca una grave violazione ai sensi rispettivamente del secondo o del quarto periodo*”.

3.5. Ai sensi dello stesso art. 8, comma 6, *“Le disposizioni di cui al comma 5 si applicano alle procedure i cui bandi o avvisi, con i quali si indice una gara, sono pubblicati successivamente alla data di entrata in vigore del presente decreto, nonché, in caso di contratti senza pubblicazione di bandi o avvisi, alle procedure in cui, alla medesima data, non sono ancora stati inviati gli inviti a presentare le offerte o i preventivi”*.

4. Ciò premesso, osserva anzitutto il Collegio che la più recente disposizione dell’art. 80, comma 4, sopra richiamata, non è applicabile alla procedura di gara oggetto del presente contenzioso, interamente svoltasi prima dell’entrata in vigore del citato decreto legge n. 76/2020.

4.1. In ogni caso, la disposizione introdotta nel testo dell’art. 80, comma 4, penultimo periodo, non può affatto comportare un’esclusione automatica, come quella applicata dall’Amministrazione resistente: essa, infatti, prevede una valutazione discrezionale della stazione appaltante, che, peraltro, è del tutto mancata nel caso di specie.

4.2. Una volta appurato, alla stregua delle coordinate normative e giurisprudenziali sopra delineate, che le violazioni rilevanti, ai fini del decidere, sono soltanto quelle di cui la competente Amministrazione fiscale abbia attestato la definitività, se ne deve inferire che – alla luce delle risultanze del controllo effettuato dalla Agenzia delle Entrate, versato in atti – l’unica violazione definitivamente accertata a carico della ricorrente è quella identificata dalla cartella di pagamento n. 10620190019265202, derivante da ruoli di liquidazione IVA, per un debito di € 518,09.

4.3. Le altre violazioni emerse a seguito del controllo suddetto attengono, invece, ad accertamenti fiscali non definitivi, ossia: *a)* cartella di pagamento n. 10620200002574311, anno di imposta 2016, consegnata al concessionario il 25.02.2020, derivante da modello di liquidazione 770, per un debito di € 6.607,67; *b)* comunicazione di irregolarità n. 0000626118651/00, relativa al

modello 760, per l'anno di imposta 2017, di importo pari a € 3.042,49, notificata il 16/01/2020.

4.4. Conseguentemente, nel caso di specie, non sussistono i presupposti normativamente previsti perché possa ritenersi integrata la fattispecie escludente della grave violazione fiscale, giacché l'unico debito a carico della ricorrente, accertato in via definitiva dall'Agenzia delle Entrate, è di gran lunga inferiore alla soglia minima di rilevanza, fissata *per relationem* nella sua entità dal prefato art. 80, comma 4, del D. Lgs. n. 50/2016.

5. Per le considerazioni che precedono, il ricorso va accolto, con conseguente annullamento del provvedimento impugnato, mentre non può essere dato seguito alla domanda di subentro nel contratto, giacché - come da dichiarazione resa in udienza dal procuratore della controinteressata - l'Amministrazione, ad oggi, non ha proceduto alla contrattualizzazione del rapporto.

6. Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate, come da dispositivo, a carico delle parti resistenti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia - Lecce, Sezione Seconda, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla il provvedimento impugnato.

Condanna l'Amministrazione resistente e la controinteressata, in ragione della metà per ciascuna, al pagamento delle spese di lite sostenute dalla ricorrente, liquidate nella complessiva somma di € 3.000,00 oltre spese generali, IVA come per legge e rifusione del contributo unificato.

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

Così deciso in Lecce nella camera di consiglio del giorno 5 maggio 2021, tenutasi mediante collegamento da remoto in videoconferenza, secondo quanto previsto dall'art. 25, comma 2, D.L. 28 ottobre 2020, n. 137, convertito in Legge 18

dicembre 2020, n. 176, e s.m.i., e dal decreto del Presidente del Consiglio di Stato
n. 134 del 22 maggio 2020, con l'intervento dei magistrati:

Antonella Mangia, Presidente

Andrea Vitucci, Referendario

Nino Dello Preite, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

Nino Dello Preite

IL PRESIDENTE

Antonella Mangia

IL SEGRETARIO