

N. 01380/2011 REG.PROV.COLL.
N. 01645/2010 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1645 del 2010, proposto dalla società ITALPONTI s.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. Gaetano Viciconte, con domicilio eletto presso lo stesso in Firenze, viale G. Mazzini n. 60;

contro

Provincia di Arezzo, costituita in giudizio in persona del Presidente p.t., rappresentata e difesa dagli avv. Daniela Caccialupi e Maria Letizia Falsini, con domicilio eletto presso la Segreteria del T.A.R. in Firenze, via Ricasoli n. 40;

nei confronti di

Astra Elettronica di Misuri G., non costituita in giudizio;

per l'annullamento

- della determinazione 137997/13.13/2010 n. 40/PC, a firma del Dirigente del Servizio protezione civile della Provincia di Arezzo, Dott. Massimo Nibi, datata 23 luglio 2010, con cui veniva comunicato a Italponti, che era risultata prima in graduatoria, di essere stata esclusa dalla gara, ai sensi

dell'art. 48 D.Lgs. 163/2006, con applicazione delle conseguenti sanzioni di legge, e che il servizio oggetto dell'appalto era, pertanto, aggiudicato definitivamente a Astra Elettronica di Misuri G., seconda classificata;

- della richiesta di cui alla nota prot. n. 113846/13-13-2010, inviata a Italponti in data 16 giugno 2010, con cui si invitava quest'ultima a fornire la dimostrazione del possesso dei requisiti tecnico economici, e a *“far(la) pervenire a questa Amministrazione entro e non oltre il giorno 28.06.2010”*, *“ai sensi dell'art. 48, comma 1, D.Lgs. n. 163/2006”*;

- della segnalazione effettuata in data 3 agosto 2010 dalla Provincia di Arezzo all'Autorità per la vigilanza dei contratti pubblici in merito all'esclusione di Italponti, comunicata dalla Provincia di Arezzo a Italponti con nota prot. 143495/13-13/2010 del 3 agosto 2010;

- della nota prot. 144241/13-13-2010 datata 3 agosto 2010 inviata a Liguria Assicurazioni e per conoscenza a Italponti con cui la Provincia di Arezzo chiedeva l'escussione della cauzione provvisoria prestata da Italponti;

- del provvedimento di aggiudicazione definitiva della gara a Astra Elettronica di Misuri G, comunicata con nota prot. 158297/13-13-2010, a firma del Responsabile del procedimento, Dott. Massimo Nibi, datata 1 settembre 2010, spedita dalla Provincia di Arezzo a Italponti srl per raccomandata e anticipata via fax lo stesso 1 settembre 2010;

- di ogni ulteriore atto presupposto, connesso e conseguente, ancorché incognito alla ricorrente

e per la conseguente condanna della Provincia di Arezzo al risarcimento in forma specifica, mediante riammissione della società ricorrente alla gara quale prima classificata con conseguente obbligo per la stazione appaltante di esaminare sia la documentazione dalla medesima tempestivamente prodotta a dimostrazione del possesso dei requisiti indicati in sede di gara, sia quella a giustificazione dell'offerta tempi, con conseguente aggiudicazione alla ricorrente della suddetta gara, o, in difetto, al

risarcimento, per equivalente, della somma pari al 10% del valore dell'appalto ovvero a quella minore o maggior somma che sarà ritenuta di giustizia, oltre interessi e rivalutazione monetaria.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Provincia di Arezzo;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 luglio 2011 il dott. Carlo Testori e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1) Nel maggio 2010 la Provincia di Arezzo ha indetto una gara informale, ai sensi dell'art. 125 commi 9 e 10 del codice dei contratti pubblici, per l'affidamento del servizio di manutenzione tecnica della rete provinciale di radiocomunicazioni, da aggiudicare al prezzo più basso.

In data 16/6/2010 si è proceduto all'apertura delle 3 offerte pervenute e la gara è stata provvisoriamente aggiudicata all'impresa Italponti s.r.l., alla quale la Provincia di Arezzo, con nota in pari data, ha chiesto:

- di far pervenire entro e non oltre il giorno 28/6/2010 la documentazione comprovante il possesso dei requisiti tecnico-economici già dichiarati in sede di gara;
- di fornire entro e non oltre il giorno 1/7/2010 giustificazioni in merito ai tempi di intervento previsti nell'offerta presentata.

La documentazione relativa ai requisiti è pervenuta alla stazione appaltante il 30/6/2010 (un documento integrativo è successivamente pervenuto il 2/7/2010).

La Provincia di Arezzo ha altresì acquisito dall'Agenzia delle entrate di Firenze una certificazione delle risultanze dell'anagrafe tributaria riguardanti l'impresa Italponti s.r.l., da cui emergevano carichi pendenti relativi a tre

distinte cartelle.

Con provvedimento dirigenziale n. 40/PC del 23/7/2010 la stazione appaltante ha disposto:

- di escludere la predetta società dalla gara in questione avendo fatto pervenire la documentazione dimostrativa dei requisiti tecnico-economici dopo la scadenza del termine perentorio di cui all'art. 48 del codice dei contratti pubblici e di provvedere conseguentemente alla segnalazione all'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici e all'incameramento della cauzione provvisoria;
- di procedere comunque all'accertamento dell'irregolarità fiscale emersa a carico di Italponti s.r.l.;
- di aggiudicare il servizio all'impresa seconda classificata in graduatoria.

Con nota del 26/7/2010 la Provincia di Arezzo ha poi chiesto chiarimenti alla predetta società in ordine ai carichi pendenti segnalati dall'Agenzia delle entrate; Italponti ha risposto con nota del 4/8/2010, in relazione alla quale la Provincia ha nuovamente interessato l'Agenzia delle entrate di Firenze, sollecitando ulteriori verifiche; quest'ultima richiesta è stata riscontrata dal predetto ufficio finanziario con nota del 15/9/2010 sostanzialmente confermativa di due delle tre irregolarità riscontrate.

2) Contro gli atti con cui la Provincia di Arezzo ha disposto l'esclusione della ricorrente dalla gara (e l'aggiudicazione della stessa alla controinteressata) Italponti s.r.l. ha proposto il ricorso in epigrafe formulando censure di violazione di legge ed eccesso di potere sotto diversi profili e presentando, altresì, domanda di risarcimento del danno in forma specifica o, in difetto, per equivalente.

Si è costituita in giudizio l'Amministrazione intimata che ha chiesto la reiezione del gravame perché infondato.

3) Nella camera di consiglio dell'1 dicembre 2010 questo Tribunale, con ordinanza n. 1109, ha respinto la domanda cautelare presentata dalla società

ricorrente; il Consiglio di Stato, sez. V, ha respinto - con ordinanza n. 865 del 23 febbraio 2011 - l'appello contro la citata decisione di primo grado.

4) Entrambe le parti costituite hanno depositato memorie e repliche in vista dell'udienza del 13 luglio 2011, in cui la causa è passata in decisione.

DIRITTO

1) L'esclusione dalla gara dell'impresa ricorrente è stata disposta perché la predetta, aggiudicataria provvisoria, non ha fornito la documentazione dimostrativa dei requisiti tecnico-economici nel termine stabilito dall'art. 48 del codice dei contratti pubblici che recita:

" 1. Le stazioni appaltanti prima di procedere all'apertura delle buste delle offerte presentate, richiedono ad un numero di offerenti non inferiore al 10 per cento delle offerte presentate, arrotondato all'unità superiore, scelti con sorteggio pubblico, di comprovare, entro dieci giorni dalla data della richiesta medesima, il possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa, eventualmente richiesti nel bando di gara, presentando la documentazione indicata in detto bando o nella lettera di invito. Quando tale prova non sia fornita, ovvero non confermi le dichiarazioni contenute nella domanda di partecipazione o nell'offerta, le stazioni appaltanti procedono all'esclusione del concorrente dalla gara, all'escussione della relativa cauzione provvisoria e alla segnalazione del fatto all'Autorità per i provvedimenti di cui all'articolo 6 comma 11. L'Autorità dispone altresì la sospensione da uno a dodici mesi dalla partecipazione alle procedure di affidamento.

.....

2. La richiesta di cui al comma 1 è, altresì, inoltrata, entro dieci giorni dalla conclusione delle operazioni di gara, anche all'aggiudicatario e al concorrente che segue in graduatoria, qualora gli stessi non siano compresi fra i concorrenti sorteggiati, e nel caso in cui essi non forniscano la prova o non confermino le loro dichiarazioni si applicano le suddette sanzioni e si procede alla determinazione della nuova soglia di anomalia dell'offerta e alla conseguente eventuale nuova aggiudicazione".

La stazione appaltante aveva richiesto la documentazione in questione con

nota del 16/6/2010, facendo riferimento all'art. 48 comma 1, precisando che la stessa doveva pervenire "*entro e non oltre il giorno 28.06.2010*".

2) La giurisprudenza è pressoché uniformemente orientata ad affermare la perentorietà del termine di cui al primo comma del citato art. 48. Quanto al secondo comma, parte della giurisprudenza (confortata anche dalla determinazione dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici n.5/2009) ritiene che esso non preveda un termine perentorio entro il quale la documentazione comprovante i requisiti deve essere fornita (in tal senso si è espresso anche questo Tribunale nella sentenza della sez. II 3 luglio 2009 n. 1171); mentre l'opposto orientamento è stato seguito, ad esempio, da TAR Palermo, sez. III, 8 ottobre 2009 n. 1608; TAR Lazio, sez. III, 23 luglio 2009 n. 7493; TAR Bari, sez. I, 14 agosto 2008 n. 1971.

Il Collegio, nel confronto tra le opposte tesi, ritiene più convincente quella da ultimo richiamata, sulla base delle seguenti considerazioni:

- l'esigenza di assicurare tempi certi e celeri vale sia durante lo svolgimento della gara, sia dopo l'aggiudicazione provvisoria e in vista della conclusione del procedimento; confligge con tale esigenza la mancanza di un termine perentorio per la presentazione della documentazione comprovante i requisiti dell'aggiudicatario;
- sotto il profilo letterale il richiamo del comma 2 alla "*richiesta di cui al comma 1*" va riferito alla richiesta "*di comprovare, entro dieci giorni dalla data della richiesta medesima, il possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa*" e dunque anche al termine di 10 giorni ivi indicato, pacificamente ritenuto perentorio;
- in questo quadro deve ritenersi non casuale (o addirittura erroneo) il riferimento contenuto nella nota provinciale del 16/6/2010 all'art. 48 comma 1, mentre l'indicazione del 28/6/2010 come termine "*entro e non oltre*" il quale dovevano pervenire i documenti richiesti va intesa come perentoria;

- da ciò consegue che l'impugnata esclusione della ricorrente risulta legittimamente disposta.

3.1) Nel ricorso si contesta anche la circostanza che la Provincia di Arezzo ha ritenuto l'impresa ricorrente priva del requisito della regolarità fiscale ex art. 38 comma 1 lett. g) del codice dei contratti pubblici, alla luce della documentazione rilasciata in proposito dall'Agenzia delle entrate di Firenze.

Sulla base degli atti acquisiti al giudizio risulta quanto segue:

- la cartella 04120100015549935 (relativa all'anno d'imposta 2006 per un importo pari a € 263,57) non risultava ancora notificata alla data del rilascio della certificazione fiscale e dunque in relazione ad essa non era configurabile una violazione definitivamente accertata;

- la cartella 04120090002080421 (relativa all'anno d'imposta 2005 per un importo pari a € 1.330,55) è stata emessa erroneamente dall'Amministrazione finanziaria, che ha poi provveduto allo sgravio totale, come chiarito dalla predetta Agenzia delle entrate con la nota del 21/12/2010 inviata a questo Tribunale in adempimento dell'ordinanza istruttoria n. 932/2010;

- è invece confermato (anche dall'impresa ricorrente) che la cartella 04120080001088267 (relativa all'anno d'imposta 2004 per un importo pari a € 86,46) è stata pagata in data 3/8/2010, pur essendo stata notificata nel luglio 2008; per cui alla scadenza del termine di presentazione delle offerte (15/6/2010) la violazione era definitivamente accertata.

Tale circostanza era di per sé ostativa alla partecipazione della società ricorrente alla gara, ai sensi dell'art. 38 comma 1 lett. g) del codice dei contratti pubblici e sufficiente per legittimarne l'esclusione.

3.2) Con sentenza breve 10 giugno 2010 n. 1803 questa Sezione, richiamato il testo della norma citata, ha affermato:

"che secondo il condivisibile orientamento del Consiglio di Stato "ai fini della configurabilità del requisito della regolarità fiscale non può che essere escluso ogni

rilievo alla modestia dell'entità del debito definitivamente accertato, non essendo in proposito previsto da parte della stazione appaltante alcun apprezzamento discrezionale della gravità e del sottostante elemento psicologico della violazione"; ciò in quanto la formulazione della disposizione citata è riferita a "ogni violazione, anche di importo esiguo, senza che sia consentito all'amministrazione che ha bandito la gara, e tanto meno al concorrente, valutarne la rilevanza e la buona o mala fede del contribuente, giacché tale valutazione - diversamente dalle ipotesi di cui alle lett. e) ed f) - è stata evidentemente effettuata dal legislatore in ragione dello scopo della norma di garantire non solo l'affidabilità dell'offerta e nell'esecuzione del contratto, ma anche la correttezza e la serietà del concorrente" (così Sez. V, 15 ottobre 2009 n. 6325);

- che il diverso orientamento invocato dalla parte ricorrente non appare invece convincente "perché comporta il conferimento all'Amministrazione di un potere discrezionale di apprezzamento della gravità dell'infrazione anche in aree in cui, per argomento a contrariis, è positivamente esclusa" (cfr. Sez. V, 23 marzo 2009 n. 1755) "

Con ordinanza 2 settembre 2010 n. 4110 la Quinta Sezione del Consiglio di Stato ha respinto la domanda di sospensione della sentenza n. 1803/2010 affermando tra l'altro che la stessa *"appare basata su condivisibili assunti circa la irrilevanza dell'importo della violazione"*. La medesima Sezione, inoltre, con sentenza 10 agosto 2010 n. 5556 ha ribadito che *"l'articolo 38 del codice dei contratti pubblici... non richiede di accertare la gravità oggettiva dell'inadempimento tributario. Pertanto, secondo la formula della disposizione, anche una violazione quantitativamente non ampia degli obblighi tributari risulta sufficiente per determinare l'esclusione del concorrente. ai fini della configurabilità del requisito della regolarità fiscale, non può che essere escluso ogni rilievo alla modestia dell'entità del debito definitivamente accertato, non essendo in proposito previsto da parte della stazione appaltante alcun apprezzamento discrezionale della gravità e del sottostante elemento psicologico della violazione"*.

Il Collegio non vede ragioni per discostarsi da tale orientamento; quanto

alle argomentazioni sviluppate in proposito dalla difesa della parte ricorrente osserva:

- non è utile il richiamo all'art. 45 della direttiva 2004/18/CE, che si limita a prevedere (comma 2 lett. f) la facoltà che la legge nazionale contempli come causa di esclusione dalle gare l'irregolarità fiscale, senza fare riferimento a profili di gravità, e chiude il medesimo comma 2 puntualizzando: "*Gli Stati membri precisano, conformemente al rispettivo diritto nazionale e nel rispetto del diritto comunitario, le condizioni di applicazione del presente paragrafo*"; il legislatore italiano si è avvalso di tale facoltà in termini rigorosi, senza differenziare in base alla gravità della violazione riscontrata, ritenendo evidentemente indice di inaffidabilità qualsiasi irregolarità fiscale definitivamente accertata;

- non giova neppure il riferimento alle sopravvenute previsioni ex art. 4 del D.L. 13 maggio 2011 n. 70, che all'art. 38 comma 1 lett. g) ha introdotto, dopo la parola "*violazioni*", la parola "*gravi*"; si tratta di una scelta del legislatore evidentemente frutto di una valutazione diversa da quella originariamente operata, che dimostra come in precedenza la norma non differenziasse tra le violazioni in ragione della loro gravità.

4) In relazione a quanto sopra il ricorso risulta infondato e va quindi respinto.

E' comunque opportuna un'ultima precisazione: contrariamente a quanto sostenuto dall'impresa ricorrente le sanzioni dell'escussione della cauzione provvisoria e della segnalazione all'Autorità di vigilanza conseguono alla mancata prova sia dei requisiti speciali, sia di quelli di ordine generale; in tal senso questa Sezione interpreta l'art. 48 del codice dei contratti pubblici, come risulta dalle recenti sentenze 26 maggio 2011 n. 936 e 6 aprile 2011 n. 606.

5) Le spese vanno poste a carico della parte soccombente e sono liquidate nel dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana (Sezione Prima), definitivamente pronunciando, respinge il ricorso in epigrafe.

Condanna la società ricorrente al pagamento delle spese del giudizio in favore della Provincia di Arezzo nella misura di € 3.000,00 (tremila/00) oltre a CPA e IVA.

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

Così deciso in Firenze nella camera di consiglio del giorno 13 luglio 2011 con l'intervento dei magistrati:

Paolo Buonvino, Presidente

Carlo Testori, Consigliere, Estensore

Riccardo Giani, Primo Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 07/09/2011

IL SEGRETARIO

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