

Pubblicato il 30/09/2022

N. 00316/2022 REG.PROV.COLL.
N. 00198/2022 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 il Molise

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 198 del 2022, proposto dalla - OMISSIS-, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avv.ti Vincenzo Augusto, Roberto D'Addabbo e La Selva Laura, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Vincenzo Augusto in Bari, via Abate Gimma n. 147;

contro

il Comune di Isernia, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avv.ssa Alda Colesanti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

- della PEC del 16 maggio 2022, con cui il Comune di Isernia ha comunicato alla società ricorrente che, in relazione alla gara d'appalto per l'affidamento del servizio di gestione dei servizi di igiene urbana sull'intero territorio comunale, all'esito della seduta dell'11 maggio 2022, il seggio di gara ha formulato la proposta di esclusione della -OMISSIS- dal prosieguo della gara;

- di ogni altro atto antecedente e/o susseguente, comunque connesso ed ancorché non conosciuto, ivi compreso il verbale della seduta di gara dell'11 maggio 2022;

Visti il ricorso, le memorie e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio e le memorie del Comune di Isernia;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 settembre 2022 il dott. Massimiliano Scalise e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1 – Con il ricorso introduttivo del presente giudizio la -OMISSIS-, società che ha preso parte alla gara indetta dal Comune di Isernia per l'affidamento del servizio di igiene urbana sull'intero territorio comunale, ha impugnato la nota con cui l'ente locale le ha comunicato la proposta della sua esclusione dalla predetta gara, formulata dalla Commissione prepostavi.

Quest'ultima ha ravvisato difatti a suo carico gli estremi della fattispecie di cui all'art. 80, comma 4, quinto periodo del d.lgs. n. 50/2016, che consente alla stazione appaltante di escludere dalle gare d'appalto i concorrenti nei cui confronti sia stata accertata, sia pure in modo non definitivo, l'inadempienza agli obblighi relativi al pagamento di imposte e tasse o contributi previdenziali di importo superiore a quello indicato dall'art. 48-*bis*, commi 1 e 2-*bis*, del d.P.R. n. 602/1973.

2 - La -OMISSIS-, peraltro, nella sezione della propria domanda di partecipazione dedicata alla dichiarazione della insussistenza delle cause di esclusione dalla gara, aveva notiziato la stazione appaltante che:

- per una presunta indebita compensazione, per gli anni dal 2012 al 2014, del credito d'imposta legato ai costi di ricerca, essa società era stata destinataria di

tre avvisi di accertamento, dell'atto di recupero e dell'irrogazione delle relative sanzioni, nonché della conseguente cartella di pagamento;

- tali atti erano stati tutti ritualmente e tempestivamente impugnati dinanzi alla Commissione Tributaria Provinciale di Bari;

- il contenzioso si era concluso positivamente, atteso che gli atti impugnati erano stati annullati con la sentenza della Commissione Tributaria Provinciale di Bari, Sez. 5, n. -OMISSIS-;

- avverso tale sentenza l'Agenzia delle Entrate aveva proposto appello, che però allo stato era ancora pendente.

3 – A seguito di tale dichiarazione la stazione appaltante aveva esperito un approfondimento istruttorio, nel corso del quale la -OMISSIS- trasmetteva tutti gli incartamenti relativi all'accertamento effettuato dall'Agenzia delle Entrate e sfociato negli atti indi annullati dal Giudice Tributario.

4 – In esito alle operazioni di verifica della documentazione amministrativa presentate dai concorrenti, tuttavia, la Commissione formulava la proposta di esclusione della -OMISSIS- dal prosieguo della gara, *“preso atto dell'accertamento fiscale da parte dell'Agenzia delle Entrate e della rilevante entità delle gravi violazioni ivi accertate, benché lo stesso sia stato annullato dalla Commissione Tributaria in 1° grado, considerato che tuttavia è tuttora pendente il relativo giudizio a seguito del ricorso in appello dell'Agenzia delle Entrate, rilevato che sussistono per il caso in esame le circostanze di cui al comma 4 dell'art. 80 del D.Lgs 50/2016...”* (cfr. verbale della seduta dell'11 maggio 2022).

Il Comune di Isernia con PEC del 16 maggio 2022 comunicava quindi alla -OMISSIS- la proposta di esclusione formulata dalla Commissione, confermandola e facendola propria.

5 – Avverso tale atto e il verbale della Commissione da esso richiamato è insorta la predetta società.

Il ricorso è stato affidato ad un unico ordine di motivi, così articolato: *“violazione dell'art. 80, comma 4, del d.lgs. n. 50/2016; violazione della lex specialis di gara; eccesso di potere per travisamento dei presupposti di fatto e di diritto; erronea*

motivazione e difetto di istruttoria; arbitrarietà, illogicità ed irrazionalità; sviamento; violazione dei principi costituzionali di buon andamento e di imparzialità della Pubblica Amministrazione”.

6 – Si è costituito in giudizio in resistenza al ricorso il Comune di Isernia, che con memoria ha controdedotto agli argomenti a base del ricorso.

7 – La ricorrente, dal canto suo, con successivo scritto ha ribadito e puntualizzato le argomentazioni già formulate.

8 - Alla pubblica udienza del 21 settembre 2022, uditi gli avvocati come da verbale, la causa è stata assunta in decisione.

9 – Introduttivamente il Collegio osserva che il ricorso, sebbene formalmente volto a censurare una (mera) proposta di esclusione della ricorrente da parte della Commissione, va reputato nondimeno ammissibile.

Sul punto, infatti, giova rilevare che la ricorrente ha depositato da ultimo in giudizio una stampa raffigurante la pagina del sito internet del Comune dedicata alla gara d'appalto in discorso, nella quale sono state rassegnate le varie attività compiute dalla stazione appaltante. Ebbene, l'attività più recente riportata nella pagina risulta quella riflettente senz'altro l' "*esclusione dalla gara*" della ricorrente, a denotare in modo chiaro e inequivoco l'avvenuta adozione della sua esclusione definitiva, o quanto meno l'intendimento del Comune di ritenere la proposta di esclusione della Commissione alla stregua di un definitivo atto di esclusione, recependola in tali termini (cfr. in tal senso T.A.R. Campania, Napoli, VIII, n. 7303/2021 e Cons. St., V, n. 1247/2019).

Tale evidenza trova d'altra parte piena conferma nel contenuto delle difese dell'Amministrazione resistente, in cui non solo non è stata contestata l'avvenuta attuazione dell'esclusione della -OMISSIS-, ma addirittura tale circostanza è stata data per scontata (al punto che proprio a partire da tale premessa sono state formulate le deduzioni a supporto della legittimità dell'esclusione impugnata).

10 – Sempre in via preliminare, il Collegio rileva anche la procedibilità del presente gravame.

Come compiutamente documentato dalla ricorrente, infatti, l'aggiudicazione della gara non ha ancora avuto luogo, risultando pendente la fase della verifica delle offerte tecniche.

Pertanto non risulta ravvisabile nemmeno la presenza di alcun controinteressato: onde correttamente il ricorso è stato notificato soltanto all'Amministrazione.

11 – Venendo al merito di causa, il ricorso va accolto in quanto è fondato.

11.1 – L'esclusione impugnata risulta basata sull'applicazione alla ricorrente dell'art. 80, comma 4, quinto periodo, del d.lgs. n. 50/2016, nella parte in cui questo stabilisce che *“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 ha commesso gravi violazioni non definitivamente accertate agli obblighi relativi al pagamento di imposte e tasse o contributi previdenziali”*.

11.2 - La norma in questione è stata introdotta dal d.l. n. 76/2020, convertito in l. n. 120/2020, al fine di adeguare la normativa interna a quanto disposto dalla quella comunitaria, la cui violazione aveva condotto all'avvio di una procedura di infrazione da parte della Commissione Europea per non conformità dell'art. 80, comma 4, d. lgs n. 50/2016 alle disposizioni dell'art. 38, par. 5, comma 2, della direttiva n. 2014/24/UE.

La finalità della nuova disposizione è quella di consentire alle stazioni appaltanti di escludere operatori economici che per la ragione indicata si siano dimostrati inaffidabili, ma altresì quella, sovente trasversalmente implicita nelle disposizioni di origine eurounitaria, di garantire condizioni di effettiva concorrenza tra gli operatori (cfr. Tar Sardegna, I, n 72/2022).

Recita, a tal proposito, il considerando n. 101 della Direttiva n. 2014/24/UE *“... È opportuno chiarire che una grave violazione dei doveri professionali può mettere in discussione l'integrità di un operatore economico e dunque rendere quest'ultimo inidoneo ad ottenere l'aggiudicazione di un appalto pubblico indipendentemente dal fatto che abbia per il resto la capacità tecnica ed economica per l'esecuzione dell'appalto. Tenendo presente che l'amministrazione aggiudicatrice sarà responsabile per le conseguenze di una sua eventuale*

decisione erronea, le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero anche mantenere la facoltà di ritenere che vi sia stata grave violazione dei doveri professionali qualora, prima che sia stata presa una decisione definitiva e vincolante sulla presenza di motivi di esclusione obbligatori, possano dimostrare con qualsiasi mezzo idoneo che l'operatore economico ha violato i suoi obblighi, inclusi quelli relativi al pagamento di imposte o contributi previdenziali, salvo disposizioni contrarie del diritto nazionale (...)”;

11.3 - Nella norma interna di recepimento, come si è già visto, la possibilità per le stazioni appaltanti di disporre l'esclusione degli operatori è testualmente subordinata all'emersione di fattispecie di mancata ottemperanza, da parte loro, agli obblighi relativi al pagamento di imposte e tasse, integranti un “grave violazione”, anche ove tale inottemperanza non sia stata ancora accertata in via definitiva.

La formulazione dell'art. 80, comma 4, quinto periodo cit. si focalizza, invero, specificamente sulla dimostrazione, da parte della stazione appaltante, dell'emergenza a carico del partecipante di “*gravi violazioni non definitivamente accertate agli obblighi relativi al pagamento di imposte e tasse o contributi previdenziali*”.

Sennonché, il Collegio deve rilevare che nella fattispecie all'esame non può dirsi emerso -almeno nel periodo rilevante per la partecipazione alla gara- alcun elemento atto a concretizzare una grave violazione da parte dell'impresa degli obblighi fiscali e contributivi: questo per la semplice quanto già assorbente ragione che tutti gli atti fondativi delle pretese impositive dell'Agenzia delle Entrate nei confronti della -OMISSIS- erano stati già in precedenza annullati con una sentenza di primo grado immediatamente esecutiva, che aveva riconosciuto la loro totale infondatezza nel merito.

Pertanto nei confronti della ricorrente non poteva dirsi fondatamente concretizzata la ricorrenza dei presupposti applicativi del quinto periodo del comma 4 dell'art. 80 del d.lgs n. 50/2016, dal momento che nessun debito tributario era in essere nel tempo rilevante per la partecipazione alla gara (e nemmeno ad oggi).

Ora, è ben vero che la predetta sentenza tributaria di primo grado è stata oggetto di impugnativa in sede di appello, e che pertanto una controversia sulla legittimità degli atti impositivi già caducati in prime cure è tuttora pendente.

Tuttavia, è altrettanto innegabile che a lume dell'art. 67-*bis* del d.lgs n. 546/1992 “*le sentenze emesse dalle commissioni tributarie sono esecutive secondo quanto previsto dal presente capo*”.

Il tenore di tale norma, quindi, da un lato impone di ritenere privi di rilievo giuridico gli atti dell'Agenzia delle Entrate allo stato annullati, almeno fino a che non intervenga una pronuncia di segno contrario resa in sede d'Appello o in Cassazione; d'altro lato, impedisce di annettere rilevanza, anche ai fini dell'applicazione dell'art. 80, comma 4, quinto periodo del d. lgs n. 50/2016, alla mera circostanza fattuale della pendenza dell'impugnazione avverso la sentenza annullatoria degli stessi atti impositivi.

Ove si ritenesse, difatti, che la mera proposizione di un'impugnativa da parte dell'Amministrazione comporti un'automatica reviviscenza di atti già caducati dalla sentenza così gravata, si adotterebbe, con ciò, una inammissibile un'*interpretatio abrogans* dell'art. 67-*bis* del d.lgs n. 546/1992 citato.

A tale stregua, il Collegio ritiene quindi che l'interpretazione a base dell'esclusione impugnata collida con il testo dell'art. 80, comma 4, quinto periodo del d. lgs n. 50/2016, che per un verso fa perno sulla presenza di violazioni fiscali/contributive ascrivibili ai concorrenti (nel concreto non più esistenti a fronte dell'annullamento degli atti che le avevano accertate), e, per l'altro, con l'espressione “*non definitivamente accertate*”, si riferisce alle violazioni stesse, e solo di riflesso alle procedure contenziose che le concernano.

In altri termini, il tenore dell'art. 80, comma 4, quinto periodo del d. lgs n. 50/2016, non suscettibile di interpretazioni analogiche perché concernente una causa d'esclusione (cfr. sul punto *ex multis* cfr. Cons. St., V, n. 2722/2016; id., III, n. 768/2013; id., V, n. 2448/2014; id. n. 1061/2013), si riferisce inequivocabilmente alle gravi violazioni fiscali/contributive comprovate da

atti impositivi che, tempestivamente impugnati o meno, risultino, nel periodo rilevante per la partecipazione alla gara, ancora giuridicamente validi ed efficaci. E tali evidentemente non sono gli atti impositivi già annullati – come nella specie - da una sentenza immediatamente esecutiva, ancorché non definitiva, del Giudice Tributario.

Alla luce di quanto precede, le gravi violazioni non definitivamente accertate di cui all'art. 80 comma 4 del D.lgs. n. 50/16, da coordinare con quanto stabilito dall'art. 67-*bis* del D.lgs. n. 546/92, devono identificarsi in quelle *sub iudice* che non abbiano ancora formato oggetto di alcuna decisione, o che siano state confermate dalle prime pronunce giudiziarie già intervenute (sentenze di primo grado che hanno respinto il ricorso del contribuente; sentenze di secondo grado che hanno riformato la pronuncia a lui favorevole e sono oggetto di ricorso in cassazione).

Diversamente, invece, nel caso di sentenza favorevole al contribuente, con conseguente annullamento dell'atto impositivo, non si può ritenere esistente nel mondo giuridico alcun accertamento, almeno fino al momento in cui la sentenza non venga riformata. Altrimenti, la provvisoria esecuzione della sentenza favorevole non avrebbe alcun effetto favorevole per il contribuente vittorioso in giudizio (cfr. T.A.R. Lazio, Latina, n. 427/2022; T.A.R. Lazio, Roma, III, n. 10712/2022).

11.4 – Per completezza, può aggiungersi che la causa d'esclusione prevista dall'art. 80, comma 4, quinto periodo non opera in via automatica, ma la sua applicazione risulta rimessa all'apprezzamento discrezionale della stazione appaltante, da motivare in modo congruo.

Sul punto il Collegio richiama il condivisibile orientamento giurisprudenziale secondo cui *“proprio l'ampio potere discrezionale attribuito alle stazioni appaltanti dal legislatore deve essere compensato, a meno di trasmodare in arbitrio, in un attento e puntuale vaglio di tutte le circostanze concrete e nella compiuta esplicitazione delle motivazioni a supporto della decisione presa.*

La discrezionalità che permea la novella introdotta dal D.L. n. 76 del 2020 abbisogna di puntuale esternazione della ratio decidendi, in ordine alla concreta incidenza del requisito carente sulla integrità ed affidabilità dell'operatore.” (cfr. T.A.R. Lazio, Roma, III, n. 10712/2022).

Tanto premesso, non ci si può esimere dall'osservare che l'esclusione impugnata, basata sul mero richiamo del contenuto della norma in discorso, e su di uno scarno riferimento all'entità del debito fiscale, risulta priva della benché minima valutazione su qualsivoglia indice dell'affidabilità della -OMISSIS-, pur avendo la stazione appaltante acquisito la disponibilità di tutta la documentazione relativa al contenzioso fiscale della società.

L'esclusione oggetto d'impugnativa presenta dunque anche delle manifeste carenze motivazionali (essendo mancate sia l'adeguata considerazione della vicenda su cui si è innestato il contenzioso fiscale, nonché dei contenuti della sentenza della Commissione Tributaria Provinciale di Bari, sia la valutazione dei relativi elementi che sarebbero potuti emergere per apprezzare l'affidabilità della -OMISSIS-).

Né il Collegio potrebbe tener conto, sul punto, delle osservazioni formulate dalla difesa comunale nel corso del giudizio, in considerazione dell'impossibilità per l'Amministrazione di integrare in via postuma, in occasione della propria difesa in giudizio, la motivazione dei provvedimenti impugnati originariamente carente.

Risultano quindi fondati anche gli ulteriori rilievi del ricorso relativi al difetto di istruttoria e di motivazione in cui l'Amministrazione è incorsa.

11.5. - La carenza di presupposti dell'esclusione risulta, infine, ulteriormente confermata dalla circostanza, allegata nel ricorso, e documentata dalla soc. -OMISSIS- sia nel procedimento che in giudizio, che al momento in cui è intervenuta la sentenza di primo grado favorevole alla società questa era stata già ammessa alla rateizzazione del debito, e si era resa puntualmente adempiente ai relativi impegni.

Tale rilievo assume valore dirimente, atteso che, quand'anche si fosse ritenuta, per avventura, ancora ravvisabile una *“grave violazione non definitivamente accertata”*, la relativa causa d'esclusione dalla gara non avrebbe in alcun modo potuto trovare applicazione alla ricorrente, in considerazione di quanto previsto dall'ultimo periodo dell'art. 80, comma 4 d. lgs n. 50/2016.

Ai sensi di tale norma, le cause d'esclusione legate a violazioni fiscali e contributive, siano esse definitivamente accertate o meno, non si applicano quando, come nella fattispecie all'esame, *“l'operatore economico ha ottemperato ai suoi obblighi pagando o impegnandosi in modo vincolante a pagare le imposte o i contributi previdenziali dovuti, compresi eventuali interessi o multe, ovvero quando il debito tributario o previdenziale sia comunque integralmente estinto, purché l'estinzione, il pagamento o l'impegno si siano perfezionati anteriormente alla scadenza del termine per la presentazione delle domande”*.

12 – Sulla base di tutte le precedenti considerazioni il ricorso va dunque accolto in quanto pienamente fondato, con il conseguente annullamento dell'impugnata esclusione dalla gara della ricorrente

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate nel dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Molise (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie, e, per l'effetto, annulla la PEC del Comune di Isernia del 16 maggio 2022, nonché il verbale della Commissione di gara dell'11 maggio 2022 ivi richiamato, quest'ultimo nei limiti dell'interesse della ricorrente.

Condanna il Comune di Isernia al pagamento delle spese di lite in favore della ricorrente, che liquida in complessivi Euro 2.500,00 (duemilacinquecento/00), oltre agli accessori di legge qualora dovuti e oltre al rimborso del contributo unificato.

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

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'articolo 52, commi 1 e 2, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196 (e degli articoli 5 e 6 del

Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016), a tutela dei diritti o della dignità della parte interessata, manda alla Segreteria di procedere all'oscuramento delle generalità della -OMISSIS-. Così deciso in Campobasso nella camera di consiglio del giorno 21 settembre 2022 con l'intervento dei magistrati:

Nicola Gaviano, Presidente

Massimiliano Scalise, Referendario, Estensore

Francesco Avino, Referendario

L'ESTENSORE
Massimiliano Scalise

IL PRESIDENTE
Nicola Gaviano

IL SEGRETARIO

In caso di diffusione omettere le generalità e gli altri dati identificativi dei soggetti interessati nei termini indicati.