



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 Sardegna

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 622 del 2021, proposto da
-OMISSIS- S.p.A., -OMISSIS- Soc.Coop., -OMISSIS- S.p.A. A Socio Unico, -
OMISSIS- S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore,
rappresentati e difesi dagli avvocati Marco Colombo, Maria Letizia Govoni,
con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

-OMISSIS-, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato
e difeso dagli avvocati Pietro Raniero Allori, Cecilia Ticca, con domicilio
digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

del provvedimento del 4.6.2021 prot. 0349501, comunicato a mezzo PEC in
pari data, di esclusione dall'indagine di mercato per l'affidamento dei servizi di
monitoraggio ambientale in corso d'opera nell'ambito dell'intervento di
demolizione e ricostruzione dei ponti in corrispondenza del Rio San
Girolamo al km 12+650 e del Rio Masone Ollastu al km 13+250 e raccordo
plano-altimetrico del tratto stradale intermedio

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di -OMISSIS-;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 7 dicembre 2021 la dott.ssa Silvia Piemonte 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 avviso di indagine di mercato l'-OMISSIS- indicava una manifestazione d'interesse a partecipare alla procedura ex art. 1, comma 2, L. 120/2020 per l'esecuzione di servizi di monitoraggio ambientale in corso d'opera nell'ambito dell'intervento di demolizione e ricostruzione dei ponti in corrispondenza del Rio San Girolamo al km 12+650 e del Rio Masone Ollastu al km 13+250 e raccordo plano-altimetrico del tratto stradale intermedio

1.1 La ricorrente, in qualità di mandante di una costituenda ATI, partecipava alla procedura.

Tuttavia in sede di procedura di prequalifica il Seggio di gara riteneva di escludere l'ATI in ragione delle *“evidenze emerse in ordine alla sussistenza in capo ad una mandante di violazioni fiscali di grave entità, ancorchè non definitivamente accertate”* e con nota del 4 giugno 2021 l'-OMISSIS- provvedeva a comunicare ai sensi dell'art. 76 co. 5 lett. b) del d.lgs. n. 50 del 2016 l'avvenuta esclusione dalla procedura.

1.2 Con l'atto introduttivo del giudizio, notificato il 5 luglio 2021, la Società ricorrente ha impugnato il provvedimento di esclusione.

La ricorrente ha articolato due motivi tra loro connessi, con i quali deduce la violazione dell'art. 80 comma 4, in particolare del quinto periodo, d.lgs. n. 50 del 2016 per avere la stazione appaltante disposto la sua esclusione in maniera automatica, nonostante non vi fosse una violazione fiscale *“definitivamente accertata”* e dovendo pertanto in tali casi l'Amministrazione compiere una

valutazione discrezionale all'esito di una adeguata istruttoria in contraddittorio con l'operatore economico sulla reale sussistenza di una grave violazione. Lamenta, dunque, sia il difetto istruttorio che la mancanza di motivazione del provvedimento gravato, non avendo l'Amministrazione motivato né sotto il profilo dell'esistenza delle violazioni, né di quello della loro rilevanza e gravità.

La ricorrente poi con un terzo motivo di ricorso aggiunge che nel caso di specie non poteva ritenersi adeguatamente dimostrata la sussistenza di gravi violazioni agli obblighi di pagamento di imposte e tasse non definitivamente accertate.

1.3 Si è costituita l'-OMISSIS- per resistere al ricorso e con memoria del 27 luglio 2021 ha insistito per il rigetto.

1.4 In data 8 settembre 2021 parte ricorrente ha presentato istanza di abbinamento al merito della richiesta cautelare.

1.5 Con memoria del 19 novembre 2021 parte ricorrente ha insistito per l'accoglimento cui si è opposta l'-OMISSIS- con memoria di replica del 26 novembre 2021.

1.6 In pendenza del giudizio, la gara è stata aggiudicata con provvedimento dell'8 luglio 2021 e in data 4 novembre 2021 è stato sottoscritto il contratto con l'aggiudicataria.

1.7 All'udienza pubblica del 7 dicembre 2021 la causa è stata trattenuta in decisione.

2. Il ricorso non merita accoglimento.

2.1 La causa di esclusione qui in rilievo è prevista dall'art. 80, comma 4, d.lgs. 12 aprile 2016, n. 50 in questi termini: *“Un operatore economico è escluso dalla partecipazione a una procedura d'appalto se ha commesso violazioni gravi, definitivamente accertate, rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse o dei contributi previdenziali, secondo la legislazione italiana o quella dello Stato in cui sono stabiliti. Costituiscono gravi violazioni quelle che comportano un omesso pagamento di imposte e tasse superiore all'importo di cui all'articolo 48 bis, commi 1 e 2 bis del decreto del*

Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 602. Costituiscono violazioni definitivamente accertate quelle contenute in sentenze o atti amministrativi non più soggetti ad impugnazione... 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...”.

2.2. La norma è stata così modificata con l'art. 8, comma 5, lettera b), della L. 11 settembre 2020 (di conversione, con modificazioni, del Decreto legge 16 luglio 2020, n. 76 recante “Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale”) con il quale è stato superato il pregresso principio secondo cui, in mancanza di un accertamento di carattere definitivo, non era possibile, per la stazione appaltante, escludere il concorrente dalla gara.

Tale modifica legislativa (come chiarito anche nella Relazione illustrativa del disegno di legge di conversione del D.L. n. 76 del 2020) si è resa necessaria per risolvere una delle contestazioni sollevate dalla Commissione europea, nei confronti dello Stato italiano, nell'ambito di una procedura di infrazione in cui era stato contestato il contrasto tra l'art. 80 del D.Lgs. n. 50 del 2016 e l'art. 57, par. 2, della direttiva n. 2014/24/UE, laddove la normativa nazionale non consentiva alla stazione appaltante di poter escludere dalle procedure di gara un operatore per il quale la medesima stazione appaltante fosse a conoscenza o in grado di dimostrare che lo stesso operatore non avesse ottemperato agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse o dei contributi previdenziali anche se non definitivamente accertati.

2.3. Difatti la pregressa disciplina non era stata ritenuta conforme al dettato normativo di cui all'art. 57, co.2 della Dir. 2014/14/UE in base al quale “2. *Un operatore economico è escluso dalla partecipazione a una procedura d'appalto se l'amministrazione aggiudicatrice è a conoscenza del fatto che l'operatore economico non ha ottemperato agli obblighi relativi al pagamento di imposte o contributi previdenziali e se ciò è stato stabilito da una decisione giudiziaria o amministrativa avente effetto definitivo e*

vincolante secondo la legislazione del paese dove è stabilito o dello Stato membro dell'amministrazione aggiudicatrice.

Inoltre, le amministrazioni aggiudicatrici possono escludere o possono essere obbligate dagli Stati membri a escludere dalla partecipazione a una procedura d'appalto un operatore economico se l'amministrazione aggiudicatrice può dimostrare con qualunque mezzo adeguato che l'operatore economico non ha ottemperato agli obblighi relativi al pagamento di imposte o contributi previdenziali.”

2.4. La finalità della disposizione è quella di consentire alle stazioni appaltanti di escludere operatori economici che si sono dimostrati inaffidabili, ma altresì quella, sempre trasversalmente implicita nelle disposizioni di origine eurounitaria, di garantire condizioni di effettiva concorrenza tra gli operatori.

Il rinvio è al considerando numero 101 della direttiva, ... che consente una lettura più funzionale anche della disposizione interna: “...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....Nell'applicare motivi di esclusione facoltativi, le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero prestare particolare attenzione al principio di proporzionalità. Lievi irregolarità dovrebbero comportare l'esclusione di un operatore economico solo in circostanze eccezionali. Tuttavia, casi ripetuti di lievi irregolarità possono far nascere dubbi sull'affidabilità di un operatore economico che potrebbero giustificare l'esclusione.”

2.5. La disposizione di cui dall'art. 80, comma 4, d.lgs. 12 aprile 2016, n. 50 come integrata con D.L. n. 76 del 2020 distingue dunque due ipotesi concernenti, rispettivamente:

- la commissione di violazioni gravi, definitivamente accertate, rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse (o dei contributi previdenziali), in presenza delle quali è prevista l'automatica esclusione dell'operatore;

- la commissione di gravi violazioni, non definitivamente accertate, agli obblighi relativi al pagamento l'inadempimento agli obblighi di pagamento delle imposte e delle tasse (o dei contributi previdenziali) che, viceversa, "può" comportare l'estromissione del partecipante laddove l'Amministrazione ne sia a conoscenza e possa adeguatamente dimostrarlo.

2.6. La Giurisprudenza, secondo un orientamento da cui questo Collegio non intende discostarsi, ha ritenuto che *"In entrambe le ipotesi, la valutazione di gravità è predeterminata dal legislatore al raggiungimento della soglia (€ 5.000,00) di cui all'art. 48 bis del D.P.R. n. 602/1972"* e che *"La differenza tra le due previsioni riposa, a ben vedere, sull'automaticità, nel primo caso, ovvero sulla facoltatività del potere di esclusione da parte della stazione appaltante, al verificarsi dei presupposti normativamente previsti."* (Tar Campania, sez. V, 3 novembre 2021 n. 6987).

3. Ora nel caso di specie, non è contestato che si versi nella seconda ipotesi, per la quale non opera l'automatismo espulsivo proprio della prima ipotesi.

Ai fini dell'adozione dell'atto espulsivo, si palesa pertanto indispensabile verificare se sussistessero i presupposti per l'applicazione della esclusione facoltativa, ossia la gravità delle violazioni e la conoscenza e adeguata dimostrazione di esse, con effetto pur sempre limitato solo al procedimento in corso.

Con riferimento al requisito della gravità s'è detto come debba applicarsi la soglia dei 5.000,00 euro di cui all'art. 48 bis del D.P.R. n. 602 del 1972.

Tanto considerato nella fattispecie in questione è stata ritenuta la grave entità delle violazioni fiscali emerse dalla certificazione dell'Agenzia delle entrate.

3.1 In particolare dalla certificazione risultavano come non definitivamente accertate violazioni tributarie relative a ben dieci cartelle di pagamento, per un ammontare che complessivamente già supera la soglia dei 5.000,00 euro se pure di poco (circa 5,270), e a due giudizi pendenti in Cassazione relativi a importi pari rispettivamente a euro 6.545,00 e 50.000,00.

3.2 Parte ricorrente sostiene, con i primi due motivi di ricorso i quali si presentano strettamente connessi, l'illegittimità dell'esclusione perchè l'Amministrazione avrebbe dovuto svolgere un'istruttoria in contraddittorio con l'operatore economico, all'esito della quale compiere una valutazione discrezionale *“entrando anche nel merito delle diverse posizioni non definitive esistenti a carico del concorrente valutazione che deve essere particolarmente accurata ed approfondita, considerato che essa deve, nella sostanza, andare ad indagare sulla “fondatezza” di posizioni che sono ancora al vaglio dell'autorità giudiziaria e che, perciò, coinvolgono - rischiando di pregiudicare- diritti costituzionalmente garantiti dell'istruttoria la stazione appaltante deve emettere un provvedimento dotato di articolata ed esaustiva motivazione.”*

3.3. La tesi non convince.

A fronte della conoscenza da parte della stazione appaltante e della dimostrazione, attraverso la certificazione dell'Agenzia delle entrate, ossia dell'Amministrazione preposta alle relative verifiche, dell'esistenza di numerosi inadempimenti di obblighi tributari che, per quanto in prevalenza di lieve entità, risultavano ripetuti nel tempo per cui anche il concetto di proporzionalità come specificato nel richiamato considerando 101 appariva soddisfatto, e comunque relativi ad un ammontare che complessivamente supera la soglia di gravità di cui al richiamato art. 48 bis del D.P.R. n. 602 del 1972, non può ritenersi censurabile l'operato della stazione appaltante che comunque non avrebbe potuto verificare nel merito la pretesa dell'erario, sostituendosi alle prerogative dell'ente impositore o del concessionario della riscossione, *“anche tenuto conto che la commissione di gara non dispone usualmente delle competenze indispensabili di natura tecnico-giuridica per effettuare tale valutazione, oltre a non essere in possesso della documentazione necessaria per effettuare un serio*

apprezzamento in tal senso.” (Tar Sicilia, Catania, sez. III, 31 dicembre 2021 n. 4002).

La stessa ripetitività delle violazioni, anche a prescindere dal singolo loro ammontare, spesso esiguo, costituisce un indice di inaffidabilità dell’operatore, e ad ogni modo il superamento della soglia di gravità, in presenza di più violazioni, non può non avere rilievo con riferimento all’ammontare complessivo delle stesse.

Ne consegue l’infondatezza dei due motivi di ricorso.

3.4. Né, considerata anche la necessità di procedere ad una celere aggiudicazione della gara, considerata l’urgenza di provvedere ai lavori di demolizione e ricostruzione di due ponti stradali in corrispondenza del Rio San Girolamo al km 12+650 e del Rio Masone Ollastu al km 13+250, può essere censurato il provvedimento impugnato per la mancata instaurazione di un contraddittorio con la ricorrente.

4. Con il terzo motivo di ricorso parte ricorrente sostiene l’illegittimità del provvedimento impugnato in quanto le gravi violazioni su cui esso si fonda non sussisterebbero.

La certificazione dell’Agenzia facendo riferimento a somme dovute per sanzioni e interessi non riguarderebbe solo obblighi di pagamento di imposte e tasse, cui letteralmente si riferisce la disposizione di cui al comma 4 del richiamato art. 80, conseguendone che l’ammontare delle singole violazioni sarebbe alterato in eccesso.

4.1 Il Collegio rilevato che, anche a voler scorporare le somme che parte ricorrente indica come dovute a titolo di sanzione o di interessi, la soglia di cui all’art. 48 bis del D.P.R. 29 settembre 1973, n. 602 risulterebbe comunque superata, dovendosi aversi riguardo all’ammontare complessivo degli obblighi inadempiti e non singolarmente a ciascuno di essi come invece fa parte ricorrente, ritiene altresì di non poter condividere la tesi sostenuta da parte ricorrente sulla delimitazione delle somme dovute solo al “capitale” relativo all’ammontare proprio del tributo o della tassa.

Dispone infatti l'art. 48 bis, commi 1 e 2-bis, D.P.R. 29 settembre 1973, n. 602: " *le amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2, del D.Lgs. 30 marzo 2001, n. 165, e le società a prevalente partecipazione pubblica, prima di effettuare, a qualunque titolo, il pagamento di un importo superiore a cinquemila Euro, verificano, anche in via telematica, se il beneficiario è inadempiente all'obbligo di versamento derivante dalla notifica di una o più cartelle di pagamento per un ammontare complessivo pari almeno a tale importo e, in caso affermativo, non procedono al pagamento e segnalano la circostanza all'agente della riscossione competente per territorio, ai fini dell'esercizio dell'attività di riscossione delle somme iscritte a ruolo*".

Sia la ratio della disposizione sia l'espressione letterale utilizzata all'art. 48 bis ("all'obbligo di versamento") portano a ritenere la rilevanza, ai fini del superamento della soglia di gravità, dell'inadempimento del versamento riferito all'ammontare complessivo della cartella di pagamento (ivi comprese le sanzioni e gli interessi), ossia dei crediti riscuotibili mediante iscrizione a ruolo in assenza della notifica della cartella di pagamento.

4.2. Anche se si ha a riferimento l'art. 80, comma 4, d.lgs. 12 aprile 2016, n. 50, la ratio della disposizione per come sopra riferita (necessità di escludere dalla procedura soggetti inaffidabili e che, non avendo provveduto ad estinguere i loro debiti con l'Erario, finiscono altresì con l'operare in condizioni di maggiore vantaggio rispetto agli altri operatori economici) l'espressione "*obblighi relativi al pagamento di imposte e tasse o contributi*" si presta sia sul piano letterale che su quello funzionale a ricomprendere al suo interno tutti gli "obblighi" derivanti da tale inadempimento, ivi comprese pertanto le sanzioni e gli interessi.

Pertanto anche tale motivo non può trovare accoglimento.

5. In conclusione il ricorso deve essere respinto, non potendo ritenersi illegittima l'esclusione della ricorrente dalla procedura in questione.

6. La novità e le peculiarità della questione consentono di compensare tra le parti le spese del giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Cagliari nella camera di consiglio del giorno 7 dicembre 2021 con l'intervento dei magistrati:

Dante D'Alessio, Presidente

Tito Aru, Consigliere

Silvia Piemonte, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Silvia Piemonte

IL PRESIDENTE
Dante D'Alessio

IL SEGRETARIO