

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 15/07/2010

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/29826-illegittimo-annullamento-di-un-aggiudicazione-con-escussione-della-relativa-cauzione-provvisoria-la-ricorrente-alla-data-del-20-10-2009-ha-confidato-nel-positivo-esito-dell-istanza-di-rateizzazio>

Autore: Lazzini Sonia

Illegittimo annullamento di un'aggiudicazione con escussione della relativa cauzione provvisoria: la ricorrente, alla data del 20/10/2009, ha confidato nel positivo esito dell'istanza di rateizzazione entro il termine fissato dalla lex specialis per il de

Tar Lombardia, Brescia, 10.06.2010 n. 2305

Illegittimo annullamento di un'aggiudicazione con escussione della relativa cauzione provvisoria: la ricorrente, alla data del 20/10/2009, ha confidato nel positivo esito dell'istanza di rateizzazione entro il termine fissato dalla lex specialis per il deposito delle offerte, e tale contegno non rende ex se infedele il contenuto della dichiarazione sostitutiva

f' suscettibile di apprezzamento, ai fini dell'ammissione alla competizione, il provvedimento che accorda la rateizzazione di un debito fiscale.

Poiché secondo la normativa nazionale vigente, il termine ultimo entro il quale le ditte invitate a partecipare alla gara hanno l'obbligo di dimostrare il possesso dei requisiti prescritti (tra cui quello della regolarità contributiva), va fatto coincidere con la scadenza del termine di presentazione delle domande nella specie esaminata non può pacificamente essere valorizzata – a sostegno dell'esclusione – la cartella esattoriale di 111,99 €, che non era ancora scaduta alla data del 28/10/2009.

Nella specie, grazie al provvedimento che ha accordato il pagamento frazionato del debito tributario, il requisito di affidabilità era in possesso della ricorrente alla data del 28/10/2010 e pertanto la produzione dell'attestazione “a posteriori” non integra un'indebita alterazione del contenuto dell'offerta né incide sulla par condicio dei concorrenti, poiché in buona sostanza il documento fotografa la situazione esistente alla scadenza del termine.

Il presente ricorso viene deciso successivamente all'entrata in vigore (27 aprile 2010) del D. Lgs. 20.3.2010 n. 53: pertanto gli atti processuali posteriori a tale data, intervenuti a giudizio già radicato, sono soggetti alle disposizioni di immediata applicabilità ivi contenute, tra cui, certamente, quelle recate al comma 2-undecies del novellato art. 245 del Codice Contratti, a mente del quale “tutti gli atti di parte devono essere sintetici e la sentenza che decide il ricorso è redatta, ordinariamente, in forma semplificata”.

La presente sentenza viene dunque redatta, per quanto possibile, nell'ordinaria forma semplificata prescritta dal citato comma 2 – undecies.

Alle conseguenti esigenze di economia espositiva si farà fronte:

- a) attraverso un rapido riepilogo del c.d. “fatto” e l'esposizione sintetica delle censure sollevate;
- b) concentrando la motivazione della pronuncia sui profili ex se risolutivi della controversia;

c) facendo ampio ricorso alla tecnica del rinvio per relationem ai precedenti giurisprudenziali condivisi dal Collegio.

Ciò premesso, la ricorrente risultava vincitrice nella gara d'appalto indetta dall'Azienda Ospedaliera per la rimozione dell'eternit e la posa di un nuovo manto di copertura presso un reparto dell'Ospedale di Calcinate.

L'amministrazione, in seguito ad un controllo effettuato presso l'Agenzia delle Entrate di Brescia, appurava che l'Impresa RICORRENTE era stata iscritta a ruolo per la cifra di 21.874,34 €, riferita a due cartelle di pagamento di 21.762,35 € e di 111,99 €. Interpellata per fornire i dovuti chiarimenti, nell'incontro del 23/11/2009 la ricorrente precisava all'Azienda di essere in regola con il fisco: l'amministrazione finanziaria aveva infatti concesso la rateizzazione sulla prima cartella in data 28/10/2009 (in coincidenza con la scadenza del termine di presentazione delle offerte), mentre la seconda cartella di 111 € non era da considerarsi definitiva.

Ciononostante con l'atto impugnato la ditta RICORRENTE veniva esclusa dalla gara ai sensi dell'art. 38 comma 1 lett. g) del D. Lgs. 163/2006, ossia per avere commesso violazioni, definitivamente accertate, circa il mancato rispetto degli obblighi relativi al pagamento delle imposte e delle tasse. L'Azienda in particolare rilevava che l'accoglimento dell'istanza di rateizzazione aveva avuto luogo il 28 ottobre, in data successiva a quella della dichiarazione sostitutiva presentata in sede di gara (20 ottobre), e che comunque ogni altra documentazione avrebbe potuto essere valorizzata soltanto se prodotta contestualmente all'offerta.

Con gravame ritualmente notificato e tempestivamente depositato presso la Segreteria della Sezione la ricorrente impugna gli atti in epigrafe e chiede di essere dichiarata affidataria dei lavori, deducendo i seguenti motivi di diritto:

- a) Violazione dell'art. 38 comma 1 lett. g) del Codice dei contratti, poiché l'istanza di rateizzazione dei carichi fiscali pendenti è stata accolta in corrispondenza della data utile per la presentazione delle offerte, ponendo l'impresa in situazione di regolarità;
- b) Difetto di motivazione del provvedimento di esclusione e del diniego sull'istanza di autotutela del 18/1/2010;
- c) Illegittimità per omessa rituale notifica degli atti sfavorevoli, i quali sono stati trasmessi soltanto via fax;
- d) Eccesso di potere per indebito incameramento della cauzione, il cui presupposto è unicamente il rifiuto volontario di sottoscrivere il contratto di appalto.

Si è costituita in giudizio l'Azienda Ospedaliera, eccependo in rito l'inammissibilità del gravame per omessa impugnazione dell'aggiudicazione definitiva e chiedendo nel merito la sua reiezione in quanto infondato.

Con motivi aggiunti depositati il 24/2/2010 la ricorrente contesta la deliberazione n. 32 del 25/1/2010, di aggiudicazione definitiva alla controinteressata, il verbale di gara del 14/12/2009 ed il provvedimento in data 5/2/2010 di comunicazione dell'aggiudicazione definitiva, deducendo le medesime censure già avanzate nel ricorso introduttivo ed esponendo le seguenti nuove doglianze:

- e) Difetto di motivazione della comunicazione del 5/2/2010, compiuta in violazione dell'art. 79 del Codice dei contratti;
- f) Tardività della comunicazione dell'atto di esclusione e del provvedimento di aggiudicazione a terzi;
- g) Illegittimità del verbale del 14/12/09, perché fa riferimento alla diversa fattispecie della dichiarazione non veritiera e non alle violazioni rispetto agli obblighi del pagamento di imposte e tasse.

Si è costituita in giudizio la controinteressata, evidenziando che in data 10/2/2010 è stato stipulato il contratto di appalto.

Con ordinanza n. 146 adottata nella Camera di Consiglio dell'11/3/2010 questo Tribunale ha motivatamente accolto la domanda incidentale di sospensione degli atti impugnati.

Alla pubblica udienza del 27/5/2010 il ricorso introduttivo ed i motivi aggiunti venivano chiamati per la discussione e trattenuti in decisione.

Qual è il parere dell'adito giudice amministrativo?

Con il primo motivo del gravame introduttivo la ricorrente deduce la violazione dell'art. 38 comma 1 lett. g) del Codice dei contratti, poiché l'istanza di rateizzazione dei carichi fiscali pendenti è stata accolta in corrispondenza della data utile per la presentazione delle offerte, ponendo l'impresa in situazione di regolarità. Sottolinea altresì l'impresa RICORRENTE il carattere lieve della sanzione e la contraddittorietà dell'atto che si è espresso negativamente sulla domanda di autotutela, poiché si contesta una dichiarazione non veritiera e dunque una diversa fattispecie rispetto a quella richiamata nell'atto di esclusione del 27/11/2009.

La doglianza è fondata.

1.1 Nella fattispecie la lite instaurata verte sulla configurabilità di una vera e propria inadempienza, ovvero di una dichiarazione infedele, idonee ad integrare una causa di esclusione dalla gara.

1.2 Il dato normativo di riferimento è costituito dall'art. 45 della direttiva 18/2004/CE, il quale al comma 2 lett. f) prevede che "Può essere escluso dalla partecipazione all'appalto ogni operatore economico ... che non sia in regola con gli obblighi relativi al pagamento delle imposte e delle tasse secondo la legislazione del paese dove è stabilito o del paese dell'amministrazione aggiudicatrice". Il principio generale è stato trasfuso nel nostro ordinamento dall'art. 38 del D. Lgs. 163/2006, il quale al comma 1 lett. g) statuisce che "Sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, nè possono essere affidatari di subappalti, e non possono stipulare i relativi contratti i soggetti ... che hanno commesso violazioni, definitivamente accertate, rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse, secondo la legislazione italiana o quella dello Stato in cui sono stabiliti".

1.3 La Corte di Giustizia della Comunità Europee – nella sentenza del 9/2/2006 resa nei procedimenti riuniti C 226/04 e C 228/04 – si è pronunciata sull'analoga disposizione di cui all'art. 12 lett. e) del D. Lgs. 17/3/1995 n. 157, concernenti gli appalti di servizi, che sanciva la preclusione alla partecipazione alle gare delle imprese "che non sono in regola con gli obblighi relativi al pagamento delle imposte e delle tasse, secondo la legislazione italiana o quella dello Stato in cui sono stabiliti".

La Corte ha in particolare sostenuto che la normativa comunitaria non si oppone ad una normativa o ad una prassi amministrativa nazionali in base alle quali un concorrente che, alla data di scadenza per la presentazione della domanda di partecipazione alla gara non abbia adempiuto integralmente i suoi obblighi in materia di contributi previdenziali e di imposte e tasse, possa regolarizzare la sua situazione successivamente in forza di misure di condono fiscale o di sanatoria adottate dallo Stato, o in forza di un concordato al fine di una rateizzazione o di una riduzione dei debiti, o mediante la presentazione di un ricorso amministrativo o giurisdizionale, con la precisazione, tuttavia, che l'interessato deve provare, entro il termine stabilito dalla normativa o dalla prassi amministrativa nazionali, di aver beneficiato di tali misure o di un tale concordato, o di aver presentato un ricorso.

Il paragrafo 31 di detta pronuncia ha disposto inoltre che spetta alle norme nazionali determinare fino a che momento o entro quale termine gli interessati devono aver effettuato i pagamenti corrispondenti ai loro obblighi oppure devono aver provato che le condizioni per una regolarizzazione a posteriori sono state soddisfatte, ma precisa che tale termine può essere individuato: nella data limite per la presentazione della domanda di partecipazione alla gara; nella data di spedizione della lettera di invito a presentare un'offerta; nella data limite della presentazione delle offerte dei candidati; nella data di valutazione delle offerte da parte dell'amministrazione aggiudicatrice; nel momento che precede immediatamente l'aggiudicazione dell'appalto.

1.4 Questo Tribunale ha in proposito affermato che è legittimo il provvedimento di esclusione dalla procedura, quando risulta, attraverso la verifica delle attestazioni rese in sede di gara che – contrariamente a quanto dichiarato – alla scadenza del termine previsto dal bando per la presentazione delle offerte la ricorrente non possedeva il prescritto requisito della regolarità contributiva (cfr. sentenza 3/3/2006 n. 264).

1.5 La giurisprudenza più recente ha confermato che, secondo la normativa nazionale vigente, il termine ultimo entro il quale le ditte invitate a partecipare alla gara hanno l'obbligo di dimostrare il possesso dei requisiti prescritti (tra cui quello della regolarità contributiva), va fatto coincidere con la scadenza del termine di presentazione delle domande (cfr. T.A.R. Lazio Roma, sez. III-quater – 14/8/2008 n. 7842; si veda anche T.A.R. Sardegna, Sez. I – 13/3/2008 n. 458).

1.6 Nella specie esaminata non può pacificamente essere valorizzata – a sostegno dell'esclusione – la cartella esattoriale di 111,99 €, che non era ancora scaduta alla data del 28/10/2009.

Per l'altra cartella, l'Azienda Ospedaliera obietta che l'istanza di rateizzazione è stata accolta in data successiva alla predisposizione della dichiarazione sostitutiva (20/10/2009) e alla consegna dell'offerta (27/10/2009), e che comunque manca la dimostrazione dell'avvenuta regolarizzazione entro le ore 12 del 28/10/2009, poiché il provvedimento che accorda il beneficio è privo di indicazioni al riguardo.

Detto ordine di idee non merita condivisione.

1.7 Come già anticipato, la soglia temporale entro la quale gli aspiranti concorrenti devono essere in possesso dei requisiti previsti dal legislatore e dalla *lex specialis* è il termine ultimo per la presentazione delle offerte, preventivamente individuato dalla stazione appaltante. Tale limite è rispettoso dei principi di trasparenza e di parità di trattamento che devono governare tutte le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici: come ha puntualizzato la Corte di Giustizia nella pronuncia 9/2/2006 sopra citata, le condizioni sostanziali e procedurali relative alla partecipazione ad un appalto devono essere chiaramente definite in anticipo e richiedono che il termine sia determinato con una certezza assoluta e reso pubblico, affinché gli interessati possano conoscere esattamente gli obblighi di gara ed essere assicurati del fatto che gli stessi valgano per tutti i concorrenti.

Non introduce un vizio insanabile dell'offerta l'omessa menzione del debito tributario insoluto nella dichiarazione sostitutiva del 20/10/2009 (depositata il 27/10/2009), e quest'ultima non è qualificabile come inveritiera come prospetta la controinteressata.

E' indubbio che i concorrenti, nel comprovare il possesso dei requisiti, devono tenere in considerazione l'ultima data utile ai fini della loro dimostrazione, assumendo in tal senso la piena responsabilità di quanto dichiarano. Ebbene, la ricorrente, alla data del 20/10/2009, ha confidato nel positivo esito dell'istanza di rateizzazione entro il termine fissato dalla *lex specialis* per il deposito delle offerte, e tale contegno non rende *ex se* infedele il contenuto della dichiarazione sostitutiva: l'Impresa RICORRENTE ha infatti sostanzialmente attestato "ora per allora" di essere in regola con il fisco, assumendo certo il rischio di affermare il falso qualora l'amministrazione tributaria non avesse rilasciato il provvedimento favorevole entro il 28/10/2009. Poiché l'evento supposto dall'impresa aspirante all'aggiudicazione dell'appalto si è verificato, non si è registrata una perdita di affidabilità della medesima, ma si è al contrario realizzata la piena aderenza di quanto dichiarato alla realtà dei fatti, in corrispondenza della soglia temporale rilevante.

Non si è peraltro in presenza di una scelta sprovveduta o avventata, dato che il termine di conclusione del procedimento attivato con l'istanza di rateizzazione del 30/7/2009 era stato indicato da Equitalia nel 27/10/2009 (cfr. nota 30/7/2009 - doc. 16 ricorrente).

Da ultimo le resistenti sostengono che la rateizzazione concessa non provoca in realtà l'estinzione del debito verso l'erario, occorrendo la sua soddisfazione integrale; in ogni caso la sanatoria si sarebbe perfezionata soltanto con il pagamento della prima rata – avvenuto il 25/11/2009 – che ha permesso di superare la preesistente situazione di precarietà.

Anche detta impostazione non è condivisibile, poiché la regolarizzazione postuma è stata ampiamente valorizzata dalla Corte di Giustizia con la sentenza citata del 9/2/2006, per cui "... una prassi amministrativa nazionale secondo cui, in caso di misure di sanatoria o di condono fiscale nonché in seguito ad un concordato, i candidati interessati sono considerati in regola con i loro obblighi al fine della loro ammissione ad una procedura di aggiudicazione di un appalto, non è incompatibile con l'art. 29, primo comma, lett. e) e f), della direttiva, a condizione che, entro il termine indicato al punto 31 della presente sentenza, possano fornire la prova di aver beneficiato di misure di sanatoria o di condono fiscale o di un concordato relativamente ai loro debiti". Nella specie il Collegio ha appurato che detta prova è stata fornita.

1.11 Peraltro la Sezione ritiene che, in presenza di violazioni, definitivamente accertate, rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse secondo la legislazione italiana, non sia integrata una fattispecie di esclusione automatica dell'impresa concorrente che le ha commesse, a prescindere dalla loro valutazione in concreto.

In tal senso, il Collegio (cfr. sentenza 27/5/2010 n. 2164) condivide l'orientamento (cfr. T.A.R. Trentino Alto Adige Trento – 23/9/2008 n. 231; T.A.R. Sicilia Catania, sez. I – 25/11/2009 n. 1984)

secondo il quale l'art. 38 è direttamente attuativo dell'art. 45 della direttiva 2004/18 CE, la quale è palesemente diretta ad appurare la sussistenza dei presupposti di generale solvibilità dell'eventuale futuro contraente della pubblica amministrazione. La valutazione con significato rigidamente preclusivo di qualsivoglia inadempimento tributario si tradurrebbe nel corrispondente pregiudizio per il principio di libera concorrenza, che non esplica soltanto effetti positivi sull'ampliamento della partecipazione alle pubbliche gare per le imprese presenti nel mercato unico, ma anche per la pubblica amministrazione, che si avvantaggia della possibilità di poter valutare favorevolmente le offerte inoltrate senza che ciò sia impedito dal fatto che si configurino a carico delle imprese debiti tributari, anche se definitivamente accertati, che non incidano, peraltro, oggettivamente sull'affidabilità e solidità finanziaria della singola impresa.

Né contrasta con la suesposta conclusione l'assenza dell'aggettivo "grave" nel testuale disposto della citata lettera g) del comma 1 dell'art. 38, previsto invece per le infrazioni alle norme in materia di sicurezza (di cui alla lettera e) dello stesso articolo), così come per la negligenza, la malafede e gli errori professionali (di cui alla lettera f) dello stesso articolo) e per le violazioni alle norme in materia di contributi previdenziali e assistenziali (di cui alla lettera i) dello stesso articolo). Il Tribunale concorda sul fatto che, ciascuna delle suddette fattispecie, ivi compresa quella pertinente la posizione tributaria, deve essere valutata alla stregua del richiamato canone teleologico, che esclude che, in presenza di violazioni di scarso rilievo, sia inciso il generalissimo principio di concorrenza, quale principio fondante dell'ordinamento comunitario; soltanto l'esistenza, quindi, di una globale situazione, quale risultato finale dell'apprezzamento da compiersi con l'applicazione del principio di proporzionalità, integra quella situazione di obiettiva inaffidabilità dell'impresa, la cui determinazione anche in sede giurisdizionale è imposta dall'art. 2 comma 1 del predetto D. Lgs. 163/2006 sia per gli appalti "sopra" che "sotto" soglia comunitaria.

Anche l'orientamento da ultimo riportato induce a ritenere senz'altro suscettibile di apprezzamento, ai fini dell'ammissione alla competizione, il provvedimento che accorda la rateizzazione di un debito fiscale.

A cura di Sonia Lazzini

Riportiamo qui di seguito la sentenza numero 2305 del 10 giugno 2010 pronunciata dal Tar Lombardia, Brescia

**N. 02305/2010 REG.SEN.
N. 00105/2010 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 Lombardia

sezione staccata di Brescia (Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

Sul ricorso numero di registro generale 105 del 2010, integrato da motivi aggiunti,
proposto da:

Impresa Edile RICORRENTE Srl, rappresentata e difesa dagli avv.ti Maurizio Franzoni e Alessandro Calubini, con domicilio eletto presso lo studio del primo in Brescia, Via Diaz n. 2/D;

contro

Azienda Ospedaliera "Ospedale Treviglio Caravaggio" di Treviglio, rappresentata e difesa dall'avv.to Giuseppe Franco Ferrari, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv.to Elena Pagani in Brescia, Via Gramsci n. 30 (Fax=030/294724);

nei confronti di

CONTROINTERESSATA snc di L. Mario e B. Mauro, rappresentata e difesa dagli avv.ti Aldo Coppetti e Claudia Brioni, con domicilio eletto presso lo studio della seconda in Brescia, Via Vittorio Emanuele II n. 60 (Fax=030/2939054);

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia,

- DEL PROVVEDIMENTO DEL 27/11/2009, DI ESCLUSIONE DELLA RICORRENTE – PRECEDENTEMENTE DICHIARATA AGGIUDICATARIA PROVVISORIA – DALLA GARA D'APPALTO PER LA RIMOZIONE DELLA COPERTURA IN ETERNIT E LA POSA DI NUOVO MANTO IN LATERIZIO PRESSO L'OSPEDALE DI CALCINATE;
- DELL'ATTO 18/1/2010 DI INCAMERAMENTO DELLA POLIZZA FIDEJUSSORIA;
- DELL'ATTO DI DINIEGO SULL'ISTANZA DI AUTOTUTELA, EMESSO IN DATA 25/1/2010.

e per l'affidamento

DELL'APPALTO ALLA RICORRENTE.

e per la condanna

AL RISARCIMENTO DEI DANNI SUBITI, DA QUANTIFICARE IN CORSO DI CAUSA.

e per la restituzione

DELLA SOMMA EQUIVALENTE ALL'IMPORTO GARANTITO DALLA POLIZZA FIDEJUSSORIA EVENTUALMENTE INCAMERATO.

Visto il ricorso ed i motivi aggiunti, con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Azienda Ospedaliera e della controinteressata;

Viste le memorie difensive e tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 27 maggio 2010 il dott. Stefano Tenca e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Il presente ricorso viene deciso successivamente all'entrata in vigore (27 aprile 2010) del D. Lgs. 20.3.2010 n. 53: pertanto gli atti processuali posteriori a tale data, intervenuti a giudizio già radicato, sono soggetti alle disposizioni di immediata applicabilità ivi contenute, tra cui, certamente, quelle recate al comma 2-undecies del novellato art. 245 del Codice Contratti, a mente del quale "tutti gli atti di parte devono essere sintetici e la sentenza che decide il ricorso è redatta, ordinariamente, in forma semplificata".

La presente sentenza viene dunque redatta, per quanto possibile, nell'ordinaria forma semplificata prescritta dal citato comma 2 – undecies.

Alle conseguenti esigenze di economia espositiva si farà fronte:

a) attraverso un rapido riepilogo del c.d. "fatto" e l'esposizione sintetica delle censure sollevate;

b) concentrando la motivazione della pronuncia sui profili ex se risolutivi della controversia;

c) facendo ampio ricorso alla tecnica del rinvio per relationem ai precedenti giurisprudenziali condivisi dal Collegio.

Ciò premesso, la ricorrente risultava vincitrice nella gara d'appalto indetta dall'Azienda Ospedaliera per la rimozione dell'eternit e la posa di un nuovo manto di copertura presso un reparto dell'Ospedale di Calcinate.

L'amministrazione, in seguito ad un controllo effettuato presso l'Agenzia delle Entrate di Brescia, appurava che l'Impresa RICORRENTE era stata iscritta a ruolo per la cifra di 21.874,34 €, riferita a due cartelle di pagamento di 21.762,35 € e di 111,99 €. Interpellata per fornire i dovuti chiarimenti, nell'incontro del 23/11/2009 la ricorrente precisava all'Azienda di essere in regola con il fisco: l'amministrazione finanziaria aveva infatti concesso la rateizzazione sulla prima cartella in data 28/10/2009 (in coincidenza con la scadenza del termine di presentazione delle offerte), mentre la seconda cartella di 111 € non era da considerarsi definitiva.

Ciononostante con l'atto impugnato la ditta RICORRENTE veniva esclusa dalla gara ai sensi dell'art. 38 comma 1 lett. g) del D. Lgs. 163/2006, ossia per avere commesso violazioni, definitivamente accertate, circa il mancato rispetto degli obblighi relativi al pagamento delle imposte e delle tasse. L'Azienda in particolare rilevava che l'accoglimento dell'istanza di rateizzazione aveva avuto luogo il 28 ottobre, in data successiva a quella della dichiarazione sostitutiva presentata in sede di gara (20 ottobre), e che comunque ogni altra documentazione avrebbe potuto essere valorizzata soltanto se prodotta contestualmente all'offerta.

Con gravame ritualmente notificato e tempestivamente depositato presso la Segreteria della Sezione la ricorrente impugna gli atti in epigrafe e chiede di essere dichiarata affidataria dei lavori, deducendo i seguenti motivi di diritto:

- a) Violazione dell'art. 38 comma 1 lett. g) del Codice dei contratti, poiché l'istanza di rateizzazione dei carichi fiscali pendenti è stata accolta in corrispondenza della data utile per la presentazione delle offerte, ponendo l'impresa in situazione di regolarità;
- b) Difetto di motivazione del provvedimento di esclusione e del diniego sull'istanza di autotutela del 18/1/2010;
- c) Illegittimità per omessa rituale notifica degli atti sfavorevoli, i quali sono stati trasmessi soltanto via fax;
- d) Eccesso di potere per indebito incameramento della cauzione, il cui presupposto è unicamente il rifiuto volontario di sottoscrivere il contratto di appalto.

Si è costituita in giudizio l'Azienda Ospedaliera, eccependo in rito l'inammissibilità del gravame per omessa impugnazione dell'aggiudicazione definitiva e chiedendo nel merito la sua reiezione in quanto infondato.

Con motivi aggiunti depositati il 24/2/2010 la ricorrente contesta la deliberazione n. 32 del 25/1/2010, di aggiudicazione definitiva alla controinteressata, il verbale di gara del 14/12/2009 ed il provvedimento in data 5/2/2010 di comunicazione dell'aggiudicazione definitiva, deducendo le medesime censure già avanzate nel ricorso introduttivo ed esponendo le seguenti nuove doglianze:

- e) Difetto di motivazione della comunicazione del 5/2/1010, compiuta in violazione dell'art. 79 del Codice dei contratti;
- f) Tardività della comunicazione dell'atto di esclusione e del provvedimento di aggiudicazione a terzi;
- g) Illegittimità del verbale del 14/12/09, perché fa riferimento alla diversa fattispecie della dichiarazione non veritiera e non alle violazioni rispetto agli obblighi del pagamento di imposte e tasse.

Si è costituita in giudizio la controinteressata, evidenziando che in data 10/2/2010 è stato stipulato il contratto di appalto.

Con ordinanza n. 146 adottata nella Camera di Consiglio dell'11/3/2010 questo Tribunale ha motivatamente accolto la domanda incidentale di sospensione degli atti impugnati.

Alla pubblica udienza del 27/5/2010 il ricorso introduttivo ed i motivi aggiunti venivano chiamati per la discussione e trattenuti in decisione.

DIRITTO

Deve essere respinta l'eccezione in rito formulata dall'Azienda Ospedaliera, in quanto la ricorrente ha tempestivamente impugnato – con i motivi aggiunti – il provvedimento di aggiudicazione definitiva.

1. Con il primo motivo del gravame introduttivo la ricorrente deduce la violazione dell'art. 38 comma 1 lett. g) del Codice dei contratti, poiché l'istanza di rateizzazione dei carichi fiscali pendenti è stata accolta in corrispondenza della data utile per la presentazione delle offerte, ponendo l'impresa in situazione di regolarità. Sottolinea altresì l'impresa RICORRENTE il carattere lieve della sanzione e la contraddittorietà dell'atto che si è espresso negativamente sulla domanda di autotutela, poiché si contesta una dichiarazione non veritiera e dunque una diversa fattispecie rispetto a quella richiamata nell'atto di esclusione del 27/11/2009.

La doglianza è fondata.

1.1 Nella fattispecie la lite instaurata verte sulla configurabilità di una vera e propria inadempienza, ovvero di una dichiarazione infedele, idonee ad integrare una causa di esclusione dalla gara.

1.2 Il dato normativo di riferimento è costituito dall'art. 45 della direttiva 18/2004/CE, il quale al comma 2 lett. f) prevede che “Può essere escluso dalla partecipazione all'appalto ogni operatore economico ... che non sia in regola

con gli obblighi relativi al pagamento delle imposte e delle tasse secondo la legislazione del paese dove è stabilito o del paese dell'amministrazione aggiudicatrice". Il principio generale è stato trasfuso nel nostro ordinamento dall'art. 38 del D. Lgs. 163/2006, il quale al comma 1 lett. g) statuisce che "Sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, nè possono essere affidatari di subappalti, e non possono stipulare i relativi contratti i soggetti ... che hanno commesso violazioni, definitivamente accertate, rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse, secondo la legislazione italiana o quella dello Stato in cui sono stabiliti".

1.3 La Corte di Giustizia della Comunità Europee – nella sentenza del 9/2/2006 resa nei procedimenti riuniti C 226/04 e C 228/04 – si è pronunciata sull'analoga disposizione di cui all'art. 12 lett. e) del D. Lgs. 17/3/1995 n. 157, concernenti gli appalti di servizi, che sanciva la preclusione alla partecipazione alle gare delle imprese "che non sono in regola con gli obblighi relativi al pagamento delle imposte e delle tasse, secondo la legislazione italiana o quella dello Stato in cui sono stabiliti".

La Corte ha in particolare sostenuto che la normativa comunitaria non si oppone ad una normativa o ad una prassi amministrativa nazionali in base alle quali un concorrente che, alla data di scadenza per la presentazione della domanda di partecipazione alla gara non abbia adempiuto integralmente i suoi obblighi in materia di contributi previdenziali e di imposte e tasse, possa regolarizzare la sua situazione successivamente in forza di misure di condono fiscale o di sanatoria adottate dallo Stato, o in forza di un concordato al fine di una rateizzazione o di una riduzione dei debiti, o mediante la presentazione di un ricorso amministrativo o giurisdizionale, con la precisazione, tuttavia, che l'interessato deve provare, entro

il termine stabilito dalla normativa o dalla prassi amministrativa nazionali, di aver beneficiato di tali misure o di un tale concordato, o di aver presentato un ricorso.

Il paragrafo 31 di detta pronuncia ha disposto inoltre che spetta alle norme nazionali determinare fino a che momento o entro quale termine gli interessati devono aver effettuato i pagamenti corrispondenti ai loro obblighi oppure devono aver provato che le condizioni per una regolarizzazione a posteriori sono state soddisfatte, ma precisa che tale termine può essere individuato: nella data limite per la presentazione della domanda di partecipazione alla gara; nella data di spedizione della lettera di invito a presentare un'offerta; nella data limite della presentazione delle offerte dei candidati; nella data di valutazione delle offerte da parte dell'amministrazione aggiudicatrice; nel momento che precede immediatamente l'aggiudicazione dell'appalto.

1.4 Questo Tribunale ha in proposito affermato che è legittimo il provvedimento di esclusione dalla procedura, quando risulta, attraverso la verifica delle attestazioni rese in sede di gara che – contrariamente a quanto dichiarato – alla scadenza del termine previsto dal bando per la presentazione delle offerte la ricorrente non possedeva il prescritto requisito della regolarità contributiva (cfr. sentenza 3/3/2006 n. 264).

1.5 La giurisprudenza più recente ha confermato che, secondo la normativa nazionale vigente, il termine ultimo entro il quale le ditte invitate a partecipare alla gara hanno l'obbligo di dimostrare il possesso dei requisiti prescritti (tra cui quello della regolarità contributiva), va fatto coincidere con la scadenza del termine di presentazione delle domande (cfr. T.A.R. Lazio Roma, sez. III-quater – 14/8/2008 n. 7842; si veda anche T.A.R. Sardegna, Sez. I – 13/3/2008 n. 458).

1.6 Nella specie esaminata non può pacificamente essere valorizzata – a sostegno dell'esclusione – la cartella esattoriale di 111,99 €, che non era ancora scaduta alla data del 28/10/2009.

Per l'altra cartella, l'Azienda Ospedaliera obietta che l'istanza di rateizzazione è stata accolta in data successiva alla predisposizione della dichiarazione sostitutiva (20/10/2009) e alla consegna dell'offerta (27/10/2009), e che comunque manca la dimostrazione dell'avvenuta regolarizzazione entro le ore 12 del 28/10/2009, poiché il provvedimento che accorda il beneficio è privo di indicazioni al riguardo. Detto ordine di idee non merita condivisione.

1.7 Come già anticipato, la soglia temporale entro la quale gli aspiranti concorrenti devono essere in possesso dei requisiti previsti dal legislatore e dalla *lex specialis* è il termine ultimo per la presentazione delle offerte, preventivamente individuato dalla stazione appaltante. Tale limite è rispettoso dei principi di trasparenza e di parità di trattamento che devono governare tutte le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici: come ha puntualizzato la Corte di Giustizia nella pronuncia 9/2/2006 sopra citata, le condizioni sostanziali e procedurali relative alla partecipazione ad un appalto devono essere chiaramente definite in anticipo e richiedono che il termine sia determinato con una certezza assoluta e reso pubblico, affinché gli interessati possano conoscere esattamente gli obblighi di gara ed essere assicurati del fatto che gli stessi valgono per tutti i concorrenti.

Non introduce un vizio insanabile dell'offerta l'omessa menzione del debito tributario insoluto nella dichiarazione sostitutiva del 20/10/2009 (depositata il 27/10/2009), e quest'ultima non è qualificabile come inveritiera come prospetta la controinteressata.

E' indubbio che i concorrenti, nel comprovare il possesso dei requisiti, devono tenere in considerazione l'ultima data utile ai fini della loro dimostrazione, assumendo in tal senso la piena responsabilità di quanto dichiarano. Ebbene, la ricorrente, alla data del 20/10/2009, ha confidato nel positivo esito dell'istanza di rateizzazione entro il termine fissato dalla *lex specialis* per il deposito delle offerte, e tale contegno non rende ex se infedele il contenuto della dichiarazione

sostitutiva: l'Impresa RICORRENTE ha infatti sostanzialmente attestato "ora per allora" di essere in regola con il fisco, assumendo certo il rischio di affermare il falso qualora l'amministrazione tributaria non avesse rilasciato il provvedimento favorevole entro il 28/10/2009. Poiché l'evento supposto dall'impresa aspirante all'aggiudicazione dell'appalto si è verificato, non si è registrata una perdita di affidabilità della medesima, ma si è al contrario realizzata la piena aderenza di quanto dichiarato alla realtà dei fatti, in corrispondenza della soglia temporale rilevante.

Non si è peraltro in presenza di una scelta sprovveduta o avventata, dato che il termine di conclusione del procedimento attivato con l'istanza di rateizzazione del 30/7/2009 era stato indicato da Equitalia nel 27/10/2009 (cfr. nota 30/7/2009 - doc. 16 ricorrente).

1.8 La resistente amministrazione peraltro insiste sul dubbio che permane sull'ora di emanazione del provvedimento favorevole. In proposito, il Collegio ravvisa il concorso di due circostanze dirimenti: la giurisprudenza già richiamata al punto 1.4 e 1.5 fa riferimento, ai fini della dimostrazione dei requisiti, alla scadenza del termine di presentazione delle offerte, mentre le attestazioni e le certificazioni emesse dalle autorità pubbliche non riportano generalmente l'ora di emanazione. In ogni caso poi, soccorre sul punto il principio del favor participationis, per cui tale circoscritta incertezza – contrariamente a quanto opina l'Azienda Ospedaliera – non deve ripercuotersi a danno dell'impresa concorrente, che ha conseguito il requisito entro la data utile stabilita dal bando.

1.9 Non giova alle resistenti neppure il richiamo alla tardività dell'esibizione della nota di Equitalia, che avrebbe comportato un'indebita modifica dell'offerta presentata.

È stato ripetutamente affermato in giurisprudenza che l'integrazione ammissibile in sede di gara su richiesta della stazione appaltante – allo scopo di far prevalere la

sostanza sulla forma – si rivela finalizzata unicamente ad ottenere precisazioni in ordine alla documentazione prodotta, in vista della sanatoria di eventuali irregolarità formali; una tale facoltà non può estendersi al caso in cui l'incompletezza o la non conformità alle prescrizioni di gara riguardi l'offerta tecnica ed economica, perché altrimenti verrebbe ad essere violato il principio della par condicio dei concorrenti mediante la modificazione postuma dell'offerta, con conseguente inammissibile incidenza sulla sostanza e non più solo sulla forma (T.A.R. Emilia Romagna Parma, sez. I – 6/2/2008 n. 90; Consiglio di Stato, sez. V – 11/12/2007 n. 6403). Anche questo Tribunale (cfr. sentenze 5/3/2007 n. 180; sez. II – 27/5/2009 n. 1073) ha affermato che la facoltà di integrazione si riferisce esclusivamente alla documentazione attestante il possesso dei requisiti di capacità tecnica ed economica mentre non è possibile specificare, rettificare o precisare e, sostanzialmente, cambiare, gli elementi negoziali costitutivi dell'offerta.

Nella specie, grazie al provvedimento che ha accordato il pagamento frazionato del debito tributario, il requisito di affidabilità era in possesso della ricorrente alla data del 28/10/2010 e pertanto la produzione dell'attestazione “a posteriori” non integra un'indebita alterazione del contenuto dell'offerta né incide sulla par condicio dei concorrenti, poiché in buona sostanza il documento fotografa la situazione esistente alla scadenza del termine.

1.10 Da ultimo le resistenti sostengono che la rateizzazione concessa non provoca in realtà l'estinzione del debito verso l'erario, occorrendo la sua soddisfazione integrale; in ogni caso la sanatoria si sarebbe perfezionata soltanto con il pagamento della prima rata – avvenuto il 25/11/2009 – che ha permesso di superare la preesistente situazione di precarietà.

Anche detta impostazione non è condivisibile, poiché la regolarizzazione postuma è stata ampiamente valorizzata dalla Corte di Giustizia con la sentenza citata del 9/2/2006, per cui “... una prassi amministrativa nazionale secondo cui, in caso di

misure di sanatoria o di condono fiscale nonché in seguito ad un concordato, i candidati interessati sono considerati in regola con i loro obblighi al fine della loro ammissione ad una procedura di aggiudicazione di un appalto, non è incompatibile con l'art. 29, primo comma, lett. e) e f), della direttiva, a condizione che, entro il termine indicato al punto 31 della presente sentenza, possano fornire la prova di aver beneficiato di misure di sanatoria o di condono fiscale o di un concordato relativamente ai loro debiti". Nella specie il Collegio ha appurato che detta prova è stata fornita.

1.11 Peraltro la Sezione ritiene che, in presenza di violazioni, definitivamente accertate, rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse secondo la legislazione italiana, non sia integrata una fattispecie di esclusione automatica dell'impresa concorrente che le ha commesse, a prescindere dalla loro valutazione in concreto.

In tal senso, il Collegio (cfr. sentenza 27/5/2010 n. 2164) condivide l'orientamento (cfr. T.A.R. Trentino Alto Adige Trento – 23/9/2008 n. 231; T.A.R. Sicilia Catania, sez. I – 25/11/2009 n. 1984) secondo il quale l'art. 38 è direttamente attuativo dell'art. 45 della direttiva 2004/18 CE, la quale è palesemente diretta ad appurare la sussistenza dei presupposti di generale solvibilità dell'eventuale futuro contraente della pubblica amministrazione. La valutazione con significato rigidamente preclusivo di qualsivoglia inadempimento tributario si tradurrebbe nel corrispondente pregiudizio per il principio di libera concorrenza, che non esplica soltanto effetti positivi sull'ampliamento della partecipazione alle pubbliche gare per le imprese presenti nel mercato unico, ma anche per la pubblica amministrazione, che si avvantaggia della possibilità di poter valutare favorevolmente le offerte inoltrate senza che ciò sia impedito dal fatto che si configurino a carico delle imprese debiti tributari, anche se definitivamente

accertati, che non incidano, peraltro, oggettivamente sull'affidabilità e solidità finanziaria della singola impresa.

Né contrasta con la suesposta conclusione l'assenza dell'aggettivo "grave" nel testuale disposto della citata lettera g) del comma 1 dell'art. 38, previsto invece per le infrazioni alle norme in materia di sicurezza (di cui alla lettera e) dello stesso articolo), così come per la negligenza, la malafede e gli errori professionali (di cui alla lettera f) dello stesso articolo) e per le violazioni alle norme in materia di contributi previdenziali e assistenziali (di cui alla lettera i) dello stesso articolo). Il Tribunale concorda sul fatto che, ciascuna delle suddette fattispecie, ivi compresa quella pertinente la posizione tributaria, deve essere valutata alla stregua del richiamato canone teleologico, che esclude che, in presenza di violazioni di scarso rilievo, sia inciso il generalissimo principio di concorrenza, quale principio fondante dell'ordinamento comunitario; soltanto l'esistenza, quindi, di una globale situazione, quale risultato finale dell'apprezzamento da compiersi con l'applicazione del principio di proporzionalità, integra quella situazione di obiettiva inaffidabilità dell'impresa, la cui determinazione anche in sede giurisdizionale è imposta dall'art. 2 comma 1 del predetto D. Lgs. 163/2006 sia per gli appalti "sopra" che "sotto" soglia comunitaria.

Anche l'orientamento da ultimo riportato induce a ritenere senz'altro suscettibile di apprezzamento, ai fini dell'ammissione alla competizione, il provvedimento che accorda la rateizzazione di un debito fiscale.

2. In conclusione la domanda di annullamento è fondata e deve essere accolta, restando assorbiti gli ulteriori profili dedotti. La violazione illustrata integra un vizio che comporta l'invalidità dell'aggiudicazione definitiva, senza ripercuotersi sugli atti di svolgimento del confronto comparativo.

3. Ai sensi dell'art. 245-ter del D. Lgs. 163/2006 novellato deve essere dichiarata anzitutto l'inefficacia del contratto stipulato. Per provvedere in tal senso deve

ritenersi sufficiente la domanda tesa ad ottenere l'affidamento dell'appalto, che implicitamente racchiude l'istanza di intervento del giudice sul contratto eventualmente sottoscritto medio tempore.

La decorrenza dell'inefficacia è fissata dalla data della comunicazione in via amministrativa della presente sentenza. Contestualmente deve essere dichiarato, con la medesima decorrenza, il subentro della ricorrente nel contratto, tenuto conto che il rapporto instaurato con la controinteressata non risulta aver avuto neppure un principio di esecuzione, ed è stato tempestivamente sospeso per effetto dell'adozione della misura cautelare. Al contempo CONTROINTERESSATA s.n.c. non può vantare un particolare affidamento, dato che l'aggiudicazione provvisoria è stata in origine disposta a favore della ricorrente e che quest'ultima ha tempestivamente promosso ricorso giurisdizionale. Tale effetto conformativo della sentenza deve ritenersi pienamente soddisfacente per la ricorrente, la quale peraltro ha richiesto in aggiunta un ristoro pecuniario senza fornire alcun principio di prova.

L'Azienda Ospedaliera è tenuta a rimborsare l'importo della cauzione provvisoria eventualmente escusso.

Le spese di giudizio possono tuttavia essere compensate in ragione delle oscillazioni giurisprudenziali sul punto controverso. Il contributo unificato deve comunque essere posto a carico dell'Azienda Ospedaliera.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia - sezione seconda di Brescia, definitivamente pronunciando, accoglie la domanda di annullamento dell'aggiudicazione definitiva e degli altri atti di affidamento dell'appalto alla controinteressata.

Dichiara l'inefficacia del contratto di appalto stipulato il 10/2/2010 e dispone il subentro della ricorrente nel rapporto negoziale con la decorrenza indicata in narrativa.

Dichiara inammissibile l'ulteriore domanda di risarcimento del danno.

Spese di lite compensate.

Condanna l'Azienda Ospedaliera a rifondere alla ricorrente le spese del contributo unificato, ai sensi dell'art. 13 comma 6-bis del D.P.R. 30/5/2002 n. 115.

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

La presente sentenza è depositata presso la Segreteria del Tribunale che provvederà a darne comunicazione alle parti.

Così deciso in Brescia nella camera di consiglio del giorno 27 maggio 2010 con l'intervento dei Signori:

Giorgio Calderoni, Presidente

Stefano Tenca, Primo Referendario, Estensore

Francesco Gambato Spisani, Primo Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 10/06/2010

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

IL SEGRETARIO