



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 Emilia Romagna

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 136 del 2008, integrato da motivi aggiunti,
proposto da:

G.C.S. S.p.A. in proprio e Mandataria Rti, Selecta S.p.A., Uniposta S.p.A.,
rappresentate e difese dagli avv. Francesco Adavastro, Carmela Cappello, Serena
Filippi Filippi, con domicilio eletto presso Carmela Cappello in Bologna, via
Rubbiani 3;

contro

Intercent-Er Agenzia Regionale Sviluppo Mercati Telematici, rappresentato e
difeso dall'avv. Alessandro Lolli, con domicilio eletto presso Alessandro Lolli in
Bologna, via G.Vaccaro 6;

Regione Emilia Romagna;

Poste Italiane S.p.A., rappresentato e difeso dagli avv. Marco Filippetto, Andrea
Mole', Davide Pallottino, con domicilio eletto presso Poste Italiane Area
Territoriale Legale in Bologna, via Zanardi 28;

Autorità per la Vigilanza Sui Contratti Pubblici di Lavori, Servizi e Forniture,
Osservatorio dei Contratti Pubblici Relativi A Lavori Servizi e Forniture,

rappresentati e difesi dall'Avvocatura, domiciliata per legge in Bologna, via Guido Reni 4;

nei confronti di

I.C.F. Istituto Cauzioni & Fidejussioni S.p.A., rappresentato e difeso dall'avv. Arturo Iannelli, con domicilio eletto presso Segreteria Tar in Bologna, Strada Maggiore 53;

per l'annullamento

del provvedimento n.16106 in data 4 dicembre 2007 (prot. AGI/07/5869) del Direttore dell'Agenzia Intercent-er, comunicata con nota del Direttore di pari data, anche nella parte in cui è stata preannunciata l'escussione della cauzione provvisoria presentata a corredo dell'offerta, rimettendone l'incameramento a successivi atti;

del provvedimento del Direttore dell'Agenzia Intercent-er n.016639 in data 18.12.2007 (prot. N. AGI/07/6004) di aggiudicazione definitiva in favore del raggruppamento temporaneo tra Poste Italiane S.p.a. e Lapidata S.A.;

del provvedimento n.reg. ic/2008/689 in data 30 gennaio 2008, con cui il Direttore dell'Agenzia Intercent-ER ha richiesto a ICF – Istituto Cauzion & Fideiussioni s.p.a. – il versamento della somma garantita con fideiussione n.20532/07 a titolo di cauzione provvisoria prestata dal costituendo RTI tra GCS S.p.a., Uniposta S.p.a. e Selecta S.p.a. a corredo dell'offerta presentata nella procedura aperta per l'affidamento del servizio di gestione del procedimento di notifica e postalizzazione di atti conseguenti ad attività della Polizia Municipale;

del conseguente provvedimento n. reg. ic./08/935 in data 12 febbraio 2008, con cui il Direttore dell'Agenzia Intercent-ER ha reiterato la richiesta di incameramento della cauzione provvisoria;

di ogni atto e provvedimento di regolamentazione della gara, ove e nella parte in cui sanziona con l'esclusione e l'escussione della cauzione provvisoria il mancato

possesso del requisito di cui all'art. 38, comma 1, lett. G), D.Lgs. 163/2006 (Codice Contratti) ed in specie e in parte qua gli artt. 2 e 6 del Disciplinare di Gara.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Intercent-Er Agenzia Regionale Sviluppo Mercati Telematici e di Poste Italiane S.p.A. e di I.C.F. Istituto Cauzioni & Fidejussioni S.p.A. e di Autorità per la Vigilanza Sui Contratti Pubblici di Lavori, Servizi e Forniture e di Osservatorio dei Contratti Pubblici Relativi A Lavori Servizi e Forniture;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 18 novembre 2010 il dott. Sergio Fina e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

E' impugnata con ricorso introduttivo la determinazione di Intercent – ER, dichiarativa dell'inefficacia dell'aggiudicazione in favore della ricorrente e sono altresì impugnati: l'atto di aggiudicazione definitiva nei confronti della controinteressata ATI Poste Italiane s.p.a. e gli altri provvedimenti concernenti l'escussione della cauzione provvisoria, meglio individuati in epigrafe

I motivi d'impugnazione possono complessivamente ricondursi:

- alla illegittimità costituzionale dell'art. 38/1°c del D. lgs. n. 163/2006 nella parte in cui si dispone l'esclusione del partecipante alla gara in caso di violazioni, definitivamente accertate, degli obblighi relativi al pagamento di imposte e tasse mancanza dei requisiti di regolarità fiscale;

- all'errata interpretazione e falsa applicazione dell'indicata disposizione e all'eccesso di potere per sviamento, carenza d'istruttorie e di motivazione, travisamento e ingiustizia;
- alla violazione degli art. 48 e 75 del D.lgs. n. 163/2006 e all'eccesso di potere nelle sintomatiche figure appena sopra richiamate.

In ordine al primo punto deve rilevarsi che l'art. 38/1°c lett. g) del Codice dei Contratti dispone l'esclusione dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti pubblici per i soggetti che hanno commesso violazioni, definitivamente accertate, rispetto agli obblighi di pagamento delle imposte e tasse, secondo la legislazione italiana o quella dello Stato in cui sono stati stabiliti.

Si desume dal tenore logico – letterale della disposizione che vengono assoggettate alla prevista misura dell'esclusione dalle gare, i soggetti autori di violazioni che comportino il mancato assolvimento dell'obbligo di corrispondere quanto dovuto a titolo d'imposta o tassa e ciò indipendentemente dalla gravità delle infrazioni constatate.

Al riguardo può razionalmente ritenersi che l'impostazione adottata corrisponda ad una scelta mirata del legislatore, volta a porre sul medesimo piano ontologico tutte le condotte comunque finalizzate all'evasione dell'imposta, senza distinzione in ordine agli strumenti e agli eventuali raggiri adoperati e quindi al grado di pericolosità delle condotte poste in essere.

Del resto ciò che rileva in questa materia non è la tutela del corretto prelievo fiscale come previsto nell'ordinamento tributario, ma soltanto l'affidabilità dei soggetti che contrattano con l'amministrazione, affidabilità che viene meno tanto nel caso di omessi e ritardati pagamenti quanto nel caso di sottrazione di materia imponibile caratterizzata da artifici e raggiri contabili e quale che sia l'entità dell'evasione accertata.

Neppure può ritenersi discriminatorio l'inciso: "violazione definitivamente accertata" contenuto nella disposizione in esame, atteso che la posizione di chi propone ricorso alle commissioni tributarie e quindi considera illegittimo il maggior debito liquidato dall'ufficio non pare assimilabile a quella di chi si dimostra acquiescente alla pretesa dell'organo tributario.

Ne discende che la norma, nei termini appena sopra considerati, non appare censurabile sotto il profilo degli invocati principi costituzionali di uguaglianza e di ragionevolezza.

Quanto al merito delle riscontrate irregolarità fiscali deve dirsi in primo luogo che le vicende societarie successive che riguardano la posizione, peraltro marginale sotto l'aspetto dell'entità delle violazioni, di Uniposta s.p.a. non sembrano assumere rilievo nel presente contesto stante il chiaro disposto del più volte citato art. 38 in forza del quale i requisiti, nella specie inerenti la regolarità fiscale, devono essere posseduti al momento della domanda e dunque non possono essere acquisiti attraverso atti successivi di adempimento degli obblighi tributari o di sanatoria delle violazioni perpetrate.

Nel senso appena descritto non integra il requisito della regolarità impositiva la semplice proposizione di domande di dilazione di pagamento del debito d'imposta accertato, prive di un atto di accettazione da parte dell'ufficio, né potevano essere favorevolmente considerate dalla resistente Agenzia Intercent ER le istanze di rateizzazione del pagamento delle imposte relative agli anni 2002 e 2003, proposte ed accolte, per la parte prevalente del carico fiscale pendente, nel corso dell'anno 2008, in quanto esse fanno riferimento ad un procedimento instaurato successivamente alla data di scadenza del bando.

Ne discende che i profili sopra considerati sono infondati e quindi vanno disattesi. Venendo al terzo motivo d'impugnazione si osserva che questo investe il medesimo provvedimento e i medesimi prevalenti profili individuati con il primo

atto di motivi aggiunti, sicché i rilievi dedotti con tali mezzi possono essere trattati unitariamente.

Rileva in buona sostanza, la società ricorrente, che la revoca dell'aggiudicazione definitiva è stata disposta per carenza dei requisiti di "ordine generale" di cui all'art. 38/1°c del Codice dei Contratti e dunque per un aspetto non contemplato, ai fini dell'incameramento della cauzione provvisoria, dall'art. 48 della predetta normativa, il quale ne prevede l'applicabilità ai soli casi di mancanza dei requisiti economico- finanziari e tecnico - organizzativi, cioè dei requisiti di "ordine speciale".

Il rilievo è fondato.

L'anzidetta disposizione prevede che le stazioni appaltanti chiedano ai soggetti offerenti, così come all'aggiudicatario, di comprovare il possesso dei requisiti di capacità economico – finanziaria e tecnico - organizzativa e quando tale prova non sia fornita esse dispongono l'esclusione del concorrente dalla gara, l'escussione della cauzione provvisoria e la segnalazione all'Autorità per i conseguenti provvedimenti.

Come appare evidente dal chiaro contenuto della norma, le misure sanzionatorie indicate devono applicarsi tassativamente alle ipotesi di mancanza dei requisiti ivi previsti, cosiddetti di "ordine speciale", e non anche all'assenza di requisiti diversi da quest'ultimi e cioè di quelli di "ordine generale" non contemplati dalla fattispecie in esame.

Le argomentazioni sviluppate dalla resistente Agenzia e volte ad accreditare la tesi di una estensibilità del disposto normativo al caso dell'inadempimento di obblighi fiscali non sono condivisibili in ragione, sia della tassatività delle previsioni in esso contenute, sia del diverso profilo di tutela a cui s'ispira il richiesto requisito della regolarità fiscale e contributiva e cioè la credibilità e l'affidabilità in senso generale del privato contraente.

Sempre con riferimento ai predetti motivi aggiunti vanno invece disattesi i residuali profili diretti a prospettare un'illegittimità derivata da quella relativa all'impugnato provvedimento d'inefficacia dell'aggiudicazione definitiva, illegittimità che si è dimostrata, nella specie, non sussistente.

Venendo al secondo atto di motivi aggiunti con i quali si contesta, sia il provvedimento di segnalazione all'Autorità di Vigilanza che è semplice atto d'impulso del procedimento, sia e soprattutto quello di annotazione della società ricorrente nel Casellario Informatico degli operatori economici, disposto dalla predetta Autorità di Vigilanza, si osserva che anche in questo caso la ricorrente rileva, in via principale, la violazione dell'art. 48/1°c e 38/1°c lett. g) del Codice dei Contratti ed a seguire, la violazione dei principi informatori della materia e di alcuni principi di cui agli art. 23, 25, 70 e 97 della Carta Costituzionale.

In primo luogo va respinta l'eccezione d'inammissibilità dei suddetti motivi aggiunti, per la parte concernente il provvedimento dell'Autorità di Vigilanza, atteso che la determinazione impugnata, pur essendo stata emessa da un'Autorità diversa dalla resistente Agenzia, s'innesta in un procedimento distinto, ma connesso rispetto a quelli oggetto dell'odierna controversia, sicché appare legittima, nel caso di specie, l'impugnazione mediante motivi aggiunti.

Nel merito e per la parte residua si prescinde dal pur fondato rilievo di omessa comunicazione di avvio del procedimento in quanto nella sostanza il principale profilo riguardante la violazione dell'art. 48/1°c del Codice dei Contratti, dedotto con i presenti motivi aggiunti è fondato.

Al riguardo occorre integralmente richiamarsi alle argomentazioni sviluppate in sede di trattazione dei precedenti motivi aggiunti per evidenziare come il primo comma dell'art. 48 del Codice dei Contratti, nel suo dato testuale, non consenta dubbi interpretativi di sorta in ordine alla tassatività delle condizioni in esso previste e cioè il possesso dei requisiti cosiddetti di carattere "speciale" la cui

mancata allegazione, in sede di prova dei requisiti, determina l'applicazione delle misure sanzionatorie ivi indicate tra le quali figura anche la segnalazione del fatto all'Autorità di Vigilanza per i provvedimenti di cui all'art. 6/11° c. del Codice dei Contratti.

Nel caso in esame, come più volte ribadito, l'esclusione è stata disposta per l'assenza di un requisito di "ordine generale" e dunque non poteva farsi luogo alla segnalazione del fatto all'organo anzidetto e all'annotazione della società ricorrente nell'apposito Casellario Informatico.

Infine con ulteriori (terzi) motivi aggiunti depositati in data 27.10.2010 la società ricorrente ha impugnato la determinazione n. 191 del 17.7.2009 di riaggiudicazione del servizio in favore della controinteressata riproponendo sostanzialmente in forma riassuntiva le argomentazioni del ricorso introduttivo inerenti la violazione dell'art. 38/1°c del Codice dei contratti, già oggetto più sopra di approfondita disamina e ai cui tratti essenziali occorre pertanto integralmente riportarsi.

Per tutte le considerazioni che precedono il ricorso introduttivo ed i terzi motivi aggiunti, quanto al provvedimento di esclusione ed alla determinazione di riaggiudicazione del servizio vanno respinti, mentre il ricorso medesimo unitamente al primo atto di motivi aggiunti, limitatamente alla parte attinente l'escussione della cauzione provvisoria, vanno accolti e per l'effetto annullato il relativo provvedimento. Quanto al secondo atto di motivi aggiunti, esso per la parte relativa al provvedimento di annotazione nel Casellario informatico degli operatori economici deve essere accolto con conseguente annullamento della determinazione assunta dall'Autorità di Vigilanza.

Le spese, atteso il sostanziale bilanciamento delle situazioni fatte valere dalle parti in giudizio, possono compensarsi.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l' Emilia Romagna (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso introduttivo e sui primi e secondi motivi aggiunti, come in epigrafe proposti li accoglie nei limiti indicati in motivazione. Inoltre definitivamente pronunciando sui terzi motivi aggiunti di cui in epigrafe, li respinge integralmente.

Spese compensate.

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

Così deciso in Bologna nella camera di consiglio del giorno 18 novembre 2010 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Calvo, Presidente

Grazia Brini, Consigliere

Sergio Fina, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 10/12/2010

IL SEGRETARIO

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