

Pubblicato il 31/10/2024

N. 02033/2024 REG.PROV.COLL.

N. 01267/2024 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 della Campania

sezione staccata di Salerno (Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1267 del 2024, proposto da:
Fenix Consorzio Stabile S.C.A.R.L., in persona del legale rappresentante, in
relazione alla procedura CIG 97419943C5, rappresentato e difeso dagli avvocati
Lorenzo Lentini, Italo Rocco, con domicilio digitale come da PEC da Registri di
Giustizia;

contro

Acamir, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso
dall'avvocato Alessandro Ferone, con domicilio digitale come da PEC da Registri di
Giustizia;

nei confronti

Italiana Progetti I.Pro. S.r.l., Ingesca S.r.l., Geomed S.r.l. Geoarcheologia e Geologia
Ambientale, Santacroce S.r.l., Costruzioni Generali Santangelo S.r.l., non costituiti
in _____ giudizio;
Pagano Spa, in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa

dall'avvocato Andrea Abbamonte, con domicilio eletto presso lo studio Francesco Accarino in Salerno, c.so Vittorio Emanuele 58;

per l'annullamento

a - della determina del Direttore Generale di ACaMIR n. 286 del 06.06.2024, con la quale si è disposta la efficacia della aggiudicazione della procedura ristretta, in esito alla verifica dei requisiti soggettivi e speciali, dell'appalto integrato di progettazione esecutiva ed esecuzione lavori di realizzazione dell'intervento denominato "Aumento Resilienza Rete stradale secondaria: Fondovalle Calore – II stralcio – tratto D-E", disposta in favore della A.T.I. Pagano – Santangelo – Santacroce;

b – della nota prot. n. 3630/2024 di comunicazione di intervenuta efficacia della aggiudicazione, ai sensi dell'art. 76 co. 5 D.Lgs. 50/2016;

c - della Relazione Istruttoria prot. n. 453/2024 di verifica dei requisiti, ex artt. 80 e 83 del D.Lgs. 50/2016, dell'ATI Pagano – Santangelo – Santacroce;

d - di tutti gli atti istruttori richiamati nella determina sub a) e nella Relazione sub c);

e - di ogni altro atto presupposto, collegato, connesso e consequenziale, ancorché non conosciuto, lesivo degli interessi del Consorzio ricorrente;

nonché per l'accertamento in sede di giurisdizione esclusiva, ai sensi dell'art. 133 lett. d) n. 1) c.p.a., del diritto della Società ricorrente alla aggiudicazione dell'appalto controverso, con declaratoria di inefficacia del contratto, eventualmente stipulato, previo accertamento dei requisiti soggettivi, ex art. 80 co. V D.Lgs. 50/2016;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Pagano Spa e di Acamir;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 30 ottobre 2024 la dott.ssa Gaetana Marena e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con determina direttoriale n. 176/2023, la stazione appaltante indicava una procedura ristretta, ai sensi dell'art. 61 del D.Lgs. 50/2016, per l'affidamento dell'appalto integrato di progettazione esecutiva ed esecuzione dei lavori di realizzazione dell'intervento denominato "Aumento Resilienza Rete stradale secondaria: Fondovalle Calore – II Stralcio – Tratto D-E.

L'importo a base di gara era di € 49.987.349,66 così ripartiti: - € 48.937.401,59 per la esecuzione lavori; - € 1.049.948,07 per la progettazione esecutiva.

Il criterio di aggiudicazione era l'offerta economicamente più vantaggiosa sulla base del miglior rapporto qualità (85 punti) /prezzo (15 punti).

La fase di prequalificazione si definiva con ammissione di diciassette concorrenti, tra cui figurava il Consorzio appellante, invitati a formulare l'offerta.

Nel termine di rito, pervenivano cinque offerte.

La Commissione, all'esito della procedura di gara, redigeva la graduatoria nei termini che seguono:

- 1 - RTI Pagano – Santacroce – Santarcangelo punti 94,775;
- 2 – Consorzio FENIX punti 87,462;
- 3 – RTI RUBERTO – CIEFFE punti 83,412;
- 4 - Consorzio Stabile ARGO punti 78,770.

Con determina n. 717/2023, la stazione appaltante approvava gli esiti di gara e disponeva l'aggiudicazione al RTI PAGANO (primo graduato).

Avverso l'atto de quo, il Consorzio FENIX proponeva ricorso (R.G. n. 282/2024) davanti a questo TAR, definito con decisione di rigetto n. 1110/2024, a sua volta impugnata davanti al Consiglio di Stato (R.G. n. 5668/2024).

Con la determina n. 286/2024, la stazione appaltante, all'esito positivo della verifica del possesso in capo all'ATI Pagano – Santangelo – Santacroce dei requisiti

soggettivi e speciali ex artt. 80 e 83 del D. Lgs. n. 50/2016, confermava l'efficacia dell'aggiudicazione nei confronti dell'ATI aggiudicataria dell'appalto integrato di progettazione esecutiva ed esecuzione dei lavori.

Il Consorzio ricorrente formulava istanza di accesso documentale, il 21.6.2024, riscontrata il 28.6.2024.

Avverso la determina, n. 286 del 2024, insorge il Consorzio epigrafato, proponendo gravame di annullamento, ritualmente notificato il 18.07.2024 e depositato il 30.07.2024, nonché di accertamento in sede di giurisdizione esclusiva, ai sensi dell'art. 133 lett. d) n. 1) c.p.a., del suo diritto all'aggiudicazione dell'appalto controverso, con declaratoria di inefficacia del contratto, eventualmente stipulato, previo accertamento dei requisiti soggettivi, ex art. 80 co. V D.Lgs. 50/2016.

Il ricorso è sorretto da una serie di doglianze di illegittimità, così di seguito rubricate e contenutisticamente articolate:

I – VIOLAZIONE DI LEGGE (ARTT. 80 E SS. D L.GS. 50/2016) – ECCESSO DI POTERE (DIFETTO DEL PRESUPPOSTO – DI ISTRUTTORIA – ERRONEITÀ MANIFESTA – TRAVISAMENTO)

La parte ricorrente lamenta che la stazione appaltante, in sede di verifica di regolarità tributaria, deve motivatamente valutare l'affidabilità economica, anche in relazione alle violazioni tributarie, non definitivamente accertate. Rimarca, altresì, che la certificazione dell'Agenzia delle Entrate, in data 25.1.2024, con riferimento alla Costruzioni Santangelo (mandante), ha segnalato violazioni tributarie non definitivamente accertate.

Secondo la prospettazione attorea, atteso che le violazioni tributarie, non definitivamente accertate, hanno raggiunto un importo superiore ad € 2.000.000, si rientra nell'ambito delle violazioni tributarie, ai sensi dell'art. 80.4 del Codice e degli artt. 1 e 4 D.M. 28.9.2022; l'importo è superiore ad € 35.000; il valore supera il 10% dell'importo di appalto che, ai sensi dell'art. 3 del D.M., va riferito alla quota di

partecipazione in ATI (12,74% pari a circa € 7.000.000); tali violazioni non hanno formato oggetto di sospensione giudiziaria o sentenza favorevole di primo grado. La stazione appaltante, a dire della parte ricorrente, avrebbe dunque pretermesso di valutare anche il distinto profilo della affidabilità professionale del concorrente, dopo l'accertata omessa dichiarazione delle relative pendenze tributarie, da parte delle imprese del RTI (aggiudicatario).

II – VIOLAZIONE DI LEGGE (ARTT. 80 E SS. D L.GS. 50/2016) – ECCESSO DI POTERE (DIFETTO DEL PRESUPPOSTO – DI ISTRUTTORIA – ERRONEITÀ MANIFESTA – TRAVISAMENTO)

Secondo l'assunto attoreo, la stazione appaltante avrebbe omesso di verificare anche la scadenza delle certificazioni delle imprese che compongono il RTI aggiudicatario. Resiste in giudizio l'aggiudicataria controinteressata, mediante documentazione e memoria difensiva, nella quale, controdeducendo alle avverse prospettazioni di parte ricorrente, conclude per il rigetto del gravame e deduce profili di inammissibilità dello stesso, assumendo che il provvedimento conclusivo della procedura di gara, lesivo per gli interessi del ricorrente, è l'atto di aggiudicazione; mentre il successivo sub-procedimento di verifica dei requisiti auto-dichiarati è un atto meramente confermativo dell'aggiudicazione già disposta e, come tale, non è autonomamente impugnabile.

Si costituisce, altresì, la stazione appaltante, Acamir, mediante deposito di documentazione e memoria difensiva, nella quale deduce le seguenti considerazioni fattuali e giuridiche:

1) che, in caso di irregolarità non definitivamente accertate la stazione appaltante è tenuta a esternare le ragioni della propria valutazione solo in caso di esclusione, laddove invece la scelta di ammettere l'operatore economico versante in condizione di irregolarità non definitiva non necessita di motivazione specifica; 2) che, quanto alla certificazione ISO 9001 della SANTANGELO, essa risulta rinnovata a far data

dal 30.5.2024 e quindi prima della scadenza; in relazione alle censure relative ai D.U.R.C. e alle certificazioni INARCASSA degli altri componenti del R.T.I. PAGANO, che tali certificati sono stati acquisiti dalla stazione appaltante successivamente alla aggiudicazione definitiva intervenuta in data 28/12/2023.

Nell'udienza camerale del 30 ottobre 2024, la causa è introitata per la decisione.

Si controverte della legittimità o meno della gravata determina, con cui la stazione appaltante, all'esito positivo della verifica del possesso in capo all'ATI Pagano – Santangelo – Santacroce dei requisiti soggettivi e speciali, confermava l'efficacia dell'aggiudicazione nei confronti dell'ATI aggiudicataria.

Ed invero, sulla base della disamina della documentazione versata in atti, il provvedimento de quo si appalesa illegittimo.

In rito, vanno disattese le eccezioni di inammissibilità per carenza di interesse, profilate dalla parte resistente e dal controinteressato, in relazione alla natura meramente confermativa dell'atto impugnato, come tale insuscettibile di autonoma impugnazione.

L'infondatezza della deduzione è evidente, in ragione del fatto che l'interesse della parte ricorrente è l'ottenimento della declaratoria di inefficacia dell'aggiudicazione a seguito dei controlli eseguiti successivamente.

Nel merito, il gravame è accolto.

Meritevole di apprezzamento è la prima censura di illegittimità, prospettata nel primo motivo di ricorso, afferente la doglianza della mancata verifica di incidenza della violazione fiscale non definitivamente accertata sull'affidabilità dell'aggiudicatario.

E' d'obbligo una premessa ricostruttiva.

I referenti normativi sono così di seguito scanditi.

L'art. 80, comma 4, del D.Lgs. 50/2016, come modificato dalla L. 238/2021, ha disposto:

“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... 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... Costituiscono gravi violazioni non definitivamente accertate in materia fiscale quelle stabilite da un apposito decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, ... recante limiti e condizioni per l'operatività della causa di esclusione relativa a violazioni non definitivamente accertate che, in ogni caso, devono essere correlate al valore dell'appalto e comunque di importo non inferiore a 35.000 euro”.

Il D.M. 28.9.2022, per le violazioni in materia fiscale, non definitivamente accertate, ha delimitato: - l'ambito oggettivo di applicazione (art. 2) - le soglie di gravità (art. 3), nella misura del 10% del valore di appalto (in caso di ATI o Consorzio il valore è correlato alla quota di partecipazione) e di almeno € 35.000; 7 - la tipologia di violazione tributaria non definitivamente accertata (art. 4).

La situazione non è mutata con l'entrata in vigore del nuovo codice dei contratti pubblici, di cui al D.Lgs. 2023, n. 36.

L'art. 95, comma 2, così recita:

“La stazione appaltante esclude altresì un operatore economico qualora ritenga, sulla base di qualunque mezzo di prova adeguato, che lo stesso ha commesso gravi violazioni non definitivamente accertate agli obblighi relativi al pagamento di imposte e tasse o contributi previdenziali. Costituiscono gravi violazioni non definitivamente accertate in materia fiscale quelle indicate nell'Allegato II.10. La gravità va in ogni caso valutata anche tenendo conto del valore dell'appalto. Il

presente comma non si applica quando 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 sanzioni, oppure 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 di presentazione dell'offerta, oppure nel caso in cui l'operatore economico abbia compensato il debito tributario con crediti certificati vantati nei confronti della pubblica amministrazione”.

Dal raffronto testuale, emerge che le due disposizioni, infatti, presentano un contenuto simile e declinano entrambi una linea di incontestabile continuità, anche in relazione ai due incisi normativi “sulla base di qualunque mezzo di prova adeguato” e “ può adeguatamente dimostrare”.

In questo scenario normativo così delineato, si staglia la questione dell'entità del potere di verifica istruttorio, posto a carico della stazione appaltante, a fronte di una violazione non definitivamente accertata.

La giurisprudenza è chiara sul punto.

Si assume che, a fronte di violazioni non definitivamente accertate agli obblighi fiscali, la loro ricorrenza non comporta l'esclusione automatica del concorrente dalla gara, ma impone alla stazione appaltante di valutarne discrezionalmente l'incidenza sull'affidabilità dell'operatore economico, come più volte affermato in giurisprudenza (T.A.R. Lazio - Roma, sez. II, sent. 25 agosto 2023, n. 13441).

Secondo il consolidato insegnamento della giurisprudenza, la disposizione dell'art. 80, comma 4, d.lgs. n. 50 del 2016 e la correlata esclusione presentano un carattere composito, scaturente da una valutazione negativa di moralità del concorrente la cui omissione tributaria viola un fondamentale dovere di solidarietà economico - sociale gravante su ogni soggetto (dovere scaturente dal combinato disposto degli artt. 2 e 53 Cost.), nonché da una prognosi negativa in ordine alla capacità del concorrente

di assolvere esattamente gli oneri economici connessi all'esecuzione dell'appalto, attesa l'esposizione debitoria contestata dall'agenzia delle entrate e la desumibile inclinazione a non assolvere esattamente le obbligazioni su di esso gravanti. (T.A.R. Sicilia - Catania, sez. III, sent. 9 novembre 2023, n. 3322).

La decisione della stazione appaltante di esclusione del concorrente cui siano imputate violazioni non definitivamente accertate agli obblighi tributari deve quindi scaturire da una valutazione di carattere discrezionale in ordine ai requisiti di moralità – nell'accezione sopra ricordata – dell'operatore economico ed alla sua idoneità finanziaria, valutazione che deve quindi basarsi anche sull'entità del debito tributario contestato al soggetto. E sul punto mette conto evidenziare che il legislatore, non certo a caso, ha prescritto nell'art. 80, comma 4, seconda parte, d.lgs. n. 50 del 2016 che la gravità della violazione tributaria sia valutata in ogni caso con riferimento al valore dell'appalto (TAR Catanzaro, 20.06.2024, n. 984).

Lo stesso Consiglio di Stato rimarca chiaramente che la rilevata sussistenza a carico dell'operatore economico di violazioni non definitivamente accertate, pur se quantitativamente superiori alla soglia di gravità fissata dal legislatore ai fini della loro rilevanza escludente, rapportata come si è visto al valore dell'appalto (siccome "pari o superiore al 10%" dello stesso), non genera un effetto espulsivo automatico, ma è subordinato ad una espressa e motivata valutazione espressa dalla stazione appaltante in ordine alla sua incidenza negativa sulla affidabilità del concorrente" (Consiglio di Stato, sez. III, sentenza del 24 luglio 2023, n. 7219).

La stazione appaltante, pertanto, dopo aver accertato la gravità delle violazioni non definitivamente accertate, è tenuta ad effettuare due ulteriori valutazioni riguardanti il concorrente, in merito: da un lato, alla sua "capacità di fare fronte agli oneri economici connessi alla esecuzione dell'appalto, tenuto conto, da un lato, dell'esposizione debitoria da cui è gravato nei confronti dell'Erario" e dall'altro lato,

alla "sua dimostrata inclinazione a non assolvere gli obblighi assunti (o, come per quelli di carattere fiscale, generatisi ex lege a suo carico)".

Ed invero, traslando le coordinate normative ed ermeneutiche nella fattispecie in esame, le prefate ricostruzioni giurisprudenziali consentono di ritenere fondata e, come tale, meritevole di accoglimento la prima censura profilata dalla parte ricorrente.

Non risultando da alcun atto che la doppia valutazione sopra indicata sia stata effettuata e risolta in senso favorevole all'impresa controllata.

D'altro canto, ove un passaggio procedimentale non sia verificabile ex post, rimanendo sostanzialmente ignota la corretta sequenza procedimentale, in ossequio al principio di vicinanza, l'esistenza di un principio di prova addotto dal ricorrente consente di superare la presunzione di legittimità dell'atto impugnato, riversandosi sulla P.A. il relativo onere probatorio (T.a.r. Sicilia, Catania, sez. I, 29 luglio 2024, n. 2739).

Nel caso in esame, infatti, la stazione appaltante ha omesso qualsivoglia verifica istruttoria nei termini giurisprudenzialmente su esposti e secondo quanto prospettato nel primo motivo di ricorso dal Consorzio ricorrente.

In particolare, per la società Santangelo, la relazione istruttoria del RUP, che costituisce la motivazione ob relationem dell'esito positivo della verifica del possesso in capo all'ATI Pagano – Santangelo – Santacroce dei requisiti soggettivi e speciali, riporta l'esistenza di n. 20 "violazioni non definitivamente accertate", facendo rinvio all'attestato emesso dall'Agenzia delle entrate (dove si espone una posizione debitoria non ratealizzata rispetto al Fisco superiore a 350.000 di euro), limitandosi a dire che le stesse sono "ritenute non rilevanti".

Con il secondo motivo, la parte ricorrente lamenta l'omessa verifica della scadenza delle certificazioni delle imprese che compongono il RTI aggiudicatario.

La censura è infondata.

Sul punto, sono condivisibili le deduzioni profilate dalla parte resistente nella sua memoria difensiva, ove si rimarca la continuità nel possesso dei requisiti, con le seguenti argomentazioni:

“Quanto alla certificazione ISO 9001 della SANTANGELO (che, a dire della ricorrente, scadeva il 6 giugno) essa risulta rinnovata a far data dal 30.5.2024 e quindi prima della scadenza. Quanto alle censure relative ai D.U.R.C. e alle certificazioni INARCASSA degli altri componenti del R.T.I. PAGANO, si rileva che tali certificati sono stati acquisiti dalla stazione appaltante successivamente alla aggiudicazione definitiva intervenuta in data 28/12/2023. Gli stessi certificati rilasciati dagli organi competenti (INPS, INAIL e INARCASSA) attestano la regolarità delle posizioni ivi indicate alla data di acquisizione della Stazione Appaltante e sino al 6 giugno 2024, data di conclusione della verifica svolta da ACaMIR”.

E tanto basta al Collegio.

Il gravame è accolto.

La peculiarità della fattispecie consente di compensare le spese di giudizio tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania - sezione staccata di Salerno (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla la determina, n. n. 286/2024, nei sensi di cui in motivazione.

Spese compensate.

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

Così deciso in Salerno nella camera di consiglio del giorno 30 ottobre 2024 con l'intervento dei magistrati:

Nicola Durante, Presidente

Gaetana Marena, Primo Referendario, Estensore

Roberto Ferrari, Referendario

L'ESTENSORE
Gaetanaarena

IL PRESIDENTE
Nicola Durante

IL SEGRETARIO