

Contrariamente ad un oramai consolidato orientamento giurisprudenziale (da ultimo C.St. 15.10.2009 n. 6325), l'adito giudice amministrativo considera legittimo l'annullamento dell'aggiudicazione ad una Compagnia di Assicurazione per irregolarità fiscale dell'ati aggiudicataria ma non anche l'escussione della cauzione provvisoria in quanto non rientrante, per l'adito giudice, tale sanzione in quelle previste dall'articolo 48 del codice dei contratti, CON QUESTO DIMENTICANDO CHE LA CAUZIONE PROVVISORIA E' A COPERTURA DELLA MANCATA SOTTOSCRIZIONE DEL CONTRATTO PER FATTO DELL'AGGIUDICATARIA (articolo 75, comma 6 del codice dei contratti) !!!!!!!!!!!!!!!

Art. 75. Garanzie a corredo dell'offerta

(..)

6. La garanzia copre la mancata sottoscrizione del contratto per fatto dell'affidatario, ed è svincolata automaticamente al momento della sottoscrizione del contratto medesimo.

Si legga da ultimo

decisione numero 6325 del 15 ottobre 2009, emessa dal Consiglio di Stato

Quanto all'escussione della cauzione provvisoria (ed alla segnalazione all'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici), si tratta di conseguenze doverose, connesse automaticamente dalla legge alla violazione degli obblighi del concorrente derivanti dalla lex specialis di gara

Ai fini della configurabilità del requisito della regolarità fiscale non può che essere escluso ogni rilievo alla modestia dell'entità del debito definitivamente accertato, non essendo in proposito previsto da parte della stazione appaltante alcun apprezzamento discrezionale della gravità e del sottostante elemento psicologico della violazione

il parere numero 75 del 21 luglio 2009 emesso dall' Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di Lavori, Servizi e Forniture

Infine, in ordine all'impresa BETA s.r.l., in favore della quale è stata disposta l'aggiudicazione provvisoria, alla luce delle argomentazioni giuridiche sopra sostenute si rileva che, avendo l'impresa di cui trattasi omesso di dichiarare un decreto penale di condanna a carico del Rappresentante legale e Direttore tecnico della stessa, divenuto esecutivo nel 2004, sussistono le condizioni per qualificare come non veritiera anche la dichiarazione resa da tale impresa concorrente nel punto a10.

dell'apposito modulo di istanza di ammissione alla gara (Allegato 2). Per ciò stesso, quindi, l'impresa BETA s.r.l. deve subire, previo annullamento d'ufficio del provvedimento di aggiudicazione provvisoria, le stesse sanzioni comminate a carico della ALFA Costruzioni Generali s.r.l., alle quali, peraltro, deve essere aggiunta anche l'escussione della cauzione provvisoria, che, in tal caso, trova il suo fondamento giuridico nella specifica disposizione di cui all'art. 75, comma 6, del D.Lgs. n. 163/2006, atteso che la predetta garanzia copre "la mancata sottoscrizione del contratto per fatto dell'affidatario".

Appalto per l'affidamento dei servizi assicurativi: legittimo annullamento dell'aggiudicazione (ma non la relativa escussione della cauzione provvisoria) per la rilevata esistenza di cartelle esattoriali pagate solo successivamente alla data di scadenza delle offerte e dopo la intervenuta scadenza del termine per proporre impugnazione, ragion per cui l'aggiudicataria provvisoria non veniva ritenuta in regola con gli obblighi fiscali alla data di scadenza delle offerte.

Il secondo motivo di ricorso è invece fondato, essendo pacifico che il caso di specie non rientra tra quelli per i quali la legge (art. 48 del d.lgs 163/2006) prevede il ricorso alla triplice sanzione dell'esclusione dalla gara, escussione della cauzione provvisoria e segnalazione all'Autorità di Vigilanza, riservata alle ipotesi di irregolarità accertate con riferimento ai requisiti di ordine speciale non anche a quelle relative ai requisiti di ordine generale ex art. 38, Codice degli Appalti, sanzionabili solo con l'esclusione dalla gara

perché il mancato rispetto dell'obbligo di comunicazione nei termini dell'art. 79, comma 5 lett.a del d.lgs 163/2006 non comporta illegittimità dell'aggiudicazione assumendo rilevanza soltanto in caso di tardività dell'impugnativa avverso la stessa.

previa sospensione dell'efficacia,
della determinazione dd. 7.7.2008 del Segretario Generale dell'Unità Operativa Contratti del Comune di Udine, della lettera dd.9.7.2008, della segnalazione all'Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici, dell'eventuale aggiudicazione definitiva pronunciata a favore della costituenda ATI controinteressata Assicurazioni, nonché del contratto eventualmente sottoscritto tra quest'ultima e il Comune di Udine, nonché del certificato dell'Agenzia delle Entrate, dd. 3.6.2008, della disposizione a pag.10 dell'Allegato al Capitolato Speciale d'Appalto del Comune di Udine relativa ad irregolarità fiscali e per l'accertamento e la condanna al risarcimento del danno

Visti i primi motivi aggiunti depositati in data 11.11.2008 con i quali si impugnano i seguenti atti:
determinazione del Comune di Udine dd. 22.9.2008, determinazione del Comune di Udine dd. 29.9.2008, della lettera dd. 30.9.2008, della lettera dd. 15.10.2008, della polizza assicurativa dd. 30.9.2008, della segnalazione dell'Autorità di vigilanza dd. 9.7.2008, della richiesta di attivazione del servizio assicurativo all'ATI da parte del Comune di Udine;

Visti i secondi motivi aggiunti depositati in data 13.02.2009 con i quali si impugnano le determinazioni assunte dalla Commissione di gara in data 8.5.2008 nella parte in cui non è stata disposta l'esclusione della costituenda ATI con mandataria per mancata presentazione delle dichiarazioni sul possesso dei requisiti di ordine generale da parte di alcuni membri dell'ATI, nonché per l'invalidità delle dichiarazioni presentate dalla mandataria; del Bando di Gara e dell'Allegato al Cap. Speciale d'Appalto del Comune di Udine.

A) La ricorrente impugna la decadenza dall'aggiudicazione provvisoria della gara in epigrafe, e tutti gli ulteriori atti conseguenti, disposta per la rilevata esistenza di cartelle esattoriali pagate solo successivamente alla data di scadenza delle offerte e dopo la intervenuta scadenza del termine per

proporre impugnazione, ragion per cui la stessa non veniva ritenuta in regola con gli obblighi fiscali alla data di scadenza delle offerte.

Vengono dedotti i seguenti motivi:

1) Sulla asserita irregolarità fiscale della ricorrente e sulla decadenza dall'aggiudicazione provvisoria.

Violazione e falsa applicazione degli artt. 2 e 38 comma 1 lett. G.) d.lgs 12.4.2006 n. 163. Violazione e falsa applicazione dell'art. 48 bis della l. 602/1973 n. 602 (introdotto dal d.l. 3.20.2006 n. 262) e del D.M. 18.1.2008 N. 40. Violazione degli artt. 1 e 3 l. 241/1990. Violazione e falsa applicazione della disposizione di cui all'Allegato al Capitolato Speciale d'Appalto. Eccesso di potere per difetto di istruttoria, travisamento dei presupposti in fatto e in diritto e carenza di motivazione. Eccesso di potere per violazione del principio di proporzionalità dell'azione amministrativa.

Si assume che dal rinvio aperto contenuto nell'art. 38, cit. al comma 1 lett. G) alla legislazione nazionale vigente in materia fiscale, che ne integra il contenuto dispositivo, si dedurrebbe che vanno ritenute irrilevanti a concretizzare la nozione di inadempimento tributario i mancati pagamenti di cartelle per un importo complessivo inferiore a 10.000 euro. Nel caso di specie le cartelle segnalate , e tra l'altro solo genericamente ricordate dal Comune , in parte non erano inerenti a debiti tributari propri della ALFA e non erano neanche definitivamente accertate ed erano poi di importi irrisori ((893,76 euro complessivi). Sarebbe poi mancato il subprocedimento di verifica in contraddittorio sull'attestazione dell'Agenzia delle Entrate e la motivazione sulla fondatezza della decisione in ragione dell'esiguità dell'importo.

2) Sull'escussione della cauzione provvisoria e sulla segnalazione all'autorità di vigilanza per dichiarazioni non veritiere rese nell'ambito della procedura di gara

Violazione e falsa applicazione dell'art. 3 della l. 689/1981. Violazione e falsa applicazione degli artt. 48 e 76 del d.lgs. 163/2006. Eccesso di potere per difetto di istruttoria, travisamento dei presupposti in fatto e in diritto e carenza di motivazione sotto altro profilo; nell'assunto che il Comun avrebbe disposto l'incameramento della cauzione provvisoria e la segnalazione all'autorità di vigilanza senza aver effettuato alcuna indagine circa l'elemento soggettivo relativo all'asserita violazione che, nel caso, avrebbe permesso di accertare la totale assenza di dolo o colpa.

Inoltre gli artt. 48 e 75 del d.lgs 163/2006 non prevedono l'ipotesi in esame tra quelle di escussione.

Viene chiesto il risarcimento del danno mediante reintegrazione in forma specifica con l'aggiudicazione del servizio in gara e, in subordine, per equivalente, in cifra che viene fatta riserva di quantificare.

cosa ne pensa l'adito giudice amministrativo?

Il primo motivo risulta, ad avviso del Collegio, infondato.

Risulta infatti, per la stessa ammissione di parte ricorrente, che quantomeno una parte delle varie cartelle esattoriali cui faceva riferimento l'Agenzia delle Entrate nella sua attestazione prot. 2008/49388 alla data del 7.5.2008 non risultavano pagate e rientrano indubbiamente nelle violazioni definitivamente accertate rispetto agli obblighi relativi al pagamento di imposte e tasse seconda la legislazione italiana. L'esiguità delle somme insolute e le ragioni del mancato pagamento non hanno alcuna rilevanza rispetto al disposto dell'art. 38, 1^ comma lett.-g). La questione non è infatti assoggettabile ad una valutazione discrezionale da effettuarsi con riferimento al principio di proporzionalità di cui all'art. 2 d.lgs 163/2006 poiché il Collegio concorda con il T.A.R. Lazio Roma, sez. III, 14 agosto 2008 , n. 7842 nel senso di ritenere che "le disposizioni di cui all'art. 38, lettera g), del D. Lgs. n. 163 del 2006 non sono, secondo il Collegio, volte semplicemente a sanzionare la inadempienza fiscale, ma soprattutto il mancato riscontro tra quanto era oggetto della dichiarazione rilasciata all'atto della presentazione della domanda di partecipazione alla gara e gli accertamenti al riguardo svolti dall'Amministrazione, che comporta la conseguente perdita di affidabilità della impresa aspirante alla aggiudicazione della gara stessa".

Del resto si deve anche rilevare che l'accertamento è stato condotto dall'amministrazione nel puntuale rispetto del contraddittorio e che la ricorrente, pur contestando la sostanza di quanto evincibile dall'attestazione dell'Agenzia delle Entrate, non ha prodotto la documentazione a comprova delle proprie affermazioni, senza contare il fatto che, come già accennato, nonostante tutte le spiegazioni e contestazioni rimane comunque indubbio che quantomeno le

cartelle esattoriali n. 06820070166643263 (di € 197,60), n. 06820070403020252 (di €233,65) e n. 06820070403020050 (di 462,51) risultino relative a debiti fiscali definitivamente accertati e siano state pagate in date successiva alla scadenza del termine per la presentazione delle domande. Il Comune non poteva pertanto disattendere il preciso disposto dell'art. 38 cit., sia perché tale norma non prevede alcun limite minimo di valenza sia perché non è neppure possibile inferire dal disposto dell'art. 48 bis della legge n. 602/1973 (introdotto dal d.l. 262/2006 convertito dalla legge 286/2006) un principio generale di irrilevanza degli inadempimenti fiscali di importo inferiore a quello ivi considerato, dato che si tratta di norme che rispondono a ratio radicalmente diverse. Infatti l'art. 48 bis della legge n. 602/1973 è finalizzato ad impedire ai soggetti non in regola con il fisco – e quindi debitori nei confronti del sistema stato - il ricevimento di pagamenti che sarebbero stati loro dovuti da parte delle Pubbliche amministrazioni, ponendo in essere quasi una specie di compensazione tra i debiti delle pubbliche amministrazioni ed i crediti dello Stato, mentre l'art. 38 del D. Lgs. n. 163 del 2006 rientra nella normativa che si prefigge di imporre un determinato standard di “buon comportamento” per selezionare i contraenti con le pubbliche amministrazioni, ed è una norma “di prevenzione” che vuole quindi costituire un deterrente ai comportamenti non virtuosi ed alla presentazione di dichiarazioni non assolutamente precise e veritiere.

Il secondo motivo di ricorso è invece fondato, essendo pacifico che il caso di specie non rientra tra quelli per i quali la legge (art. 48 del d.lgs 163/2006) prevede il ricorso alla triplice sanzione dell'esclusione dalla gara, escussione della cauzione provvisoria e segnalazione all'Autorità di Vigilanza, riservata alle ipotesi di irregolarità accertate con riferimento ai requisiti di ordine speciale non anche a quelle relative ai requisiti di ordine generale ex art. 38, Codice degli Appalti, sanzionabili solo con l'esclusione dalla gara. (T.A.R. Veneto Venezia, sez. I, 12 maggio 2008 , n. 132,6T.A.R. Campania Napoli, sez. VIII, 08 agosto 2008 , n. 9943)

A cura di Sonia LAzzini

Riportiamo qui di seguito la sentenza numero 698 del 12 ottobre 2009, emessa dal Tar Friuli Venezia Giulia, Trieste

N. 00698/2009 REG.SEN.
N. 00430/2008 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Friuli Venezia Giulia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

Sul ricorso numero di registro generale 430 del 2008, integrato da motivi aggiunti,
proposto da:

ALFA Insurance Company, rappresentato e difeso dagli avv. Francesca Covone,
Paolo Ricci, Federico Rosati, Marco Giustiniani, con domicilio eletto presso
Federico Rosati Avv. in Trieste, via Donota 3;

contro

Comune di Udine, rappresentato e difeso dagli avv. Giangiacomo Martinuzzi,
Claudia Micelli, Giuseppe Sbisa', con domicilio eletto presso Giuseppe Sbisa' Avv.
in Trieste, via Donota 3;

nei confronti di

BETA-BETA DUE Spa, rappresentato e difeso dagli avv. Andreina Degli Esposti,
Renato Fusco, Riccardo Villata, con domicilio eletto presso Renato Fusco Avv. in
Trieste, via Donota 3; BETA TRE Snc, BETA QUATTRO Assicurazioni Spa,
non costituite in giudizio;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia,

della determinazione dd. 7.7.2008 del Segretario Generale dell'Unità Operativa
Contratti del Comune di Udine, della lettera dd.9.7.2008, della segnalazione
all'Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici, dell'eventuale aggiudicazione
definitiva pronunciata a favore della costituenda ATI BETA-BETA DUE S.p.a.,
BETA TRE snc e BETA QUATTRO Assicurazioni, nonchè del contratto
eventualmente sottoscritto tra quest'ultima e il Comune di Udine, nonchè del
certificato dell'Agenzia delle Entrate, dd. 3.6.2008, della disposizione a pag.10

dell'Allegato al Capitolato Speciale d'Appalto del Comune di Udine relativa ad irregolarità fiscali e per l'accertamento e la condanna al risarcimento del danno.

Visti i primi motivi aggiunti depositati in data 11.11.2008 con i quali si impugnano i seguenti atti:

determinazione del Comune di Udine dd. 22.9.2008, determinazione del Comune di Udine dd. 29.9.2008, della lettera dd. 30.9.2008, della lettera dd. 15.10.2008, della polizza assicurativa dd. 30.9.2008, della segnalazione dell'Autorità di vigilanza dd. 9.7.2008, della richiesta di attivazione del servizio assicurativo all'ATI da parte del Comune di Udine;

Visti i secondi motivi aggiunti depositati in data 13.02.2009 con i quali si impugnano le determinazioni assunte dalla Commissione di gara in data 8.5.2008 nella parte in cui non è stata disposta l'esclusione della costituenda ATI con mandataria BETA BETA DUE spa per mancata presentazione delle dichiarazioni sul possesso dei requisiti di ordine generale da parte di alcuni membri dell'ATI, nonchè per l'invalidità delle dichiarazioni presentate dalla mandataria; del Bando di Gara e dell'Allegato al Cap. Speciale d'Appalto del Comune di Udine.

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

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Udine;

Visto l'atto di costituzione in giudizio ed il ricorso incidentale proposto dal ricorrente incidentale BETA BETA DUE Spa, rappresentato e difeso dagli avv. Andreina Degli Esposti, Renato Fusco, Riccardo Villata, con domicilio eletto presso Renato Fusco Avv. in Trieste, via Donota 3;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 23 settembre 2009 il dott. Oria Settesoldi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

A) La ricorrente impugna la decadenza dall'aggiudicazione provvisoria della gara in epigrafe, e tutti gli ulteriori atti conseguenti, disposta per la rilevata esistenza di cartelle esattoriali pagate solo successivamente alla data di scadenza delle offerte e dopo la intervenuta scadenza del termine per proporre impugnazione, ragion per cui la stessa non veniva ritenuta in regola con gli obblighi fiscali alla data di scadenza delle offerte.

Vengono dedotti i seguenti motivi:

1) Sulla asserita irregolarità fiscale di ALFA e sulla decadenza dall'aggiudicazione provvisoria.

Violazione e falsa applicazione degli artt. 2 e 38 comma 1 lett. G.) d.lgs 12.4.2006 n. 163. Violazione e falsa applicazione dell'art. 48 bis della l. 602/1973 n. 602 (introdotto dal d.l. 3.20.2006 n. 262) e del D.M. 18.1.2008 N. 40. Violazione degli artt. 1 e 3 l. 241/1990. Violazione e falsa applicazione della disposizione di cui all'Allegato al Capitolato Speciale d'Appalto. Eccesso di potere per difetto di istruttoria, travisamento dei presupposti in fatto e in diritto e carenza di motivazione. Eccesso di potere per violazione del principio di proporzionalità dell'azione amministrativa.

Si assume che dal rinvio aperto contenuto nell'art. 38, cit. al comma 1 lett. G) alla legislazione nazionale vigente in materia fiscale, che ne integra il contenuto dispositivo, si dedurrebbe che vanno ritenute irrilevanti a concretizzare la nozione di inadempimento tributario i mancati pagamenti di cartelle per un importo complessivo inferiore a 10.000 euro. Nel caso di specie le cartelle segnalate , e tra l'altro solo genericamente ricordate dal Comune , in parte non erano inerenti a debiti tributari propri della ALFA e non erano neanche definitivamente accertate

ed erano poi di importi irrisori ((893,76 euro complessivi). Sarebbe poi mancato il subprocedimento di verifica in contraddittorio sull'attestazione dell'Agenzia delle Entrate e la motivazione sulla fondatezza della decisione in ragione dell'esiguità dell'importo.

2) Sull'escussione della cauzione provvisoria e sulla segnalazione all'autorità di vigilanza per dichiarazioni non veritiere rese nell'ambito della procedura di gara
Violazione e falsa applicazione dell'art. 3 della l. n. 689/1981. Violazione e falsa applicazione degli artt. 48 e 76 del d.lgs. 163/2006. Eccesso di potere per difetto di istruttoria, travisamento dei presupposti in fatto e in diritto e carenza di motivazione sotto altro profilo; nell'assunto che il Comune avrebbe disposto l'incameramento della cauzione provvisoria e la segnalazione all'autorità di vigilanza senza aver effettuato alcuna indagine circa l'elemento soggettivo relativo all'asserita violazione che, nel caso, avrebbe permesso di accertare la totale assenza di dolo o colpa.

Inoltre gli artt. 48 e 75 del d.lgs. 163/2006 non prevedono l'ipotesi in esame tra quelle di escussione.

Viene chiesto il risarcimento del danno mediante reintegrazione in forma specifica con l'aggiudicazione del servizio in gara e, in subordine, per equivalente, in cifra che viene fatta riserva di quantificare.

B) Si sono costituiti in giudizio il Comune di Udine e la nuova aggiudicataria BETA BETA DUE spa.

C) Quest'ultima ha presentato ricorso incidentale nei confronti delle determinazioni assunte dalla commissione nella seduta del'8 maggio 2008 conclusasi con l'aggiudicazione provvisoria a favore di ALFA e del successivo provvedimento di decadenza, già oggetto del ricorso principale, nella parte in cui non è stata disposta l'estromissione della ricorrente principale per invalidità della dichiarazione sostitutiva in relazione al rispetto del requisito ex art. 38 d.lgs. 163/06

perché conteneva una “riserva di analizzare e giustificare prontamente eventuali difformità che potrebbero emergere in fase di verifica della presente dichiarazione”

Il ricorso incidentale deduce i seguenti motivi:

1) Violazione degli artt. 47 e 75 DPR 445/2000 – eccesso di potere sotto il profilo del difetto dei presupposti e del travisamento dei fatti – violazione dell’allegato al capitolato speciale di appalto; nell’assunto che le dichiarazioni sostitutive da redarsi con assunzione di responsabilità in ordine alla veridicità e completezza non potrebbero contenere riserve , senza contare che la dichiarazione stessa si porrebbe comunque in contrasto con gli accertamenti successivamente effettuati dal Comune da cui sono emerse almeno due variazioni definitivamente accertate e che, in ogni caso, ALFA non avrebbe dato corso alla clausola pure illegittimamente apposta alla propria dichiarazione, perché non aveva avvertito al Comune delle violazioni definitive in cui era incorsa (cartella saldata il 29 maggio 2008).

D) Parte ricorrente ha poi notificato atto di motivi aggiunti per impugnare l’aggiudicazione definitiva deducendo, oltre all’illegittimità derivata, anche il seguente ulteriore motivo:

3) Violazione e falsa applicazione dell’art. 79, comma 5 lett. a) del d.lgs n. 163/2006. Violazione e falsa applicazione dell’art. 1, comma 1 della l. 241/90. Eccesso di potere per violazione del principio di trasparenza dell’azione amministrativa; nell’assunto che la stazione appaltante ha comunicato alla ricorrente l’avvenuta aggiudicazione (necessaria ai sensi dell’art. 79 cit. entro cinque giorni) solo in data 15.10.2008 e quindi 23 giorni dopo la determinazione di aggiudicazione definitiva e 16 giorni dopo l’avvenuta prova dei requisiti da parte dell’aggiudicatario.

E) Con un “secondo atto di motivi aggiunti” la ricorrente, acquisita conoscenza tramite accesso del fatto che l’ATI contro interessata comprendeva anche la Compagnia assicuratrice Unipol spa , la SO.Ass snc e la G&M sas, ha poi rivolto le

seguenti ulteriori censure, nei confronti di taluni degli atti già impugnati nonché del verbale della seduta della commissione di gara dell'8.5.08 nella parte in cui non è pronunciata l'esclusione dell'ATI BETA dalla procedura e dello stesso bando e dell'allegato al CSA se interpretati nel senso di escludere la necessaria presentazione delle dichiarazioni sul possesso dei requisiti di ordine generale anche da parte delle agenzie o degli agenti quali procuratori delle compagnie:

4) Violazione e falsa applicazione dell'art. 38 del d.lgs 163/2006. Violazione e falsa applicazione del punto A dell'allegato al Capitolato Speciale d'Appalto. Eccesso di potere per difetto e travisamento dei presupposti in fatto e in diritto; nell'assunto che non tutte le partecipanti all'ATI avevano presentato le dichiarazioni prescritte quanto alla dimostrazione del possesso dei requisiti di ordine generale di cui all'art. 38 cit., cui sarebbero state tenute anche le Agenzie, i cui legali rappresentanti avrebbero dovuto farlo quali soggetti autonomi partecipanti all'ATI e, in subordine, quantomeno come procuratori delle rispettive compagnie di assicurazioni.

Nel caso la lex specialis di gara andasse interpretata nel senso di non richiedere alcuna dichiarazione da parte delle agenzie e/o dei suoi legali rappresentanti in qualità di procuratori delle compagnie di assicurazioni se ne deduce l'illegittimità per violazione dell'art. 38 cit.

5) Violazione e falsa applicazione degli artt. 46, 47 e 75 del DPR n. 445/2000. Violazione e falsa applicazione dell'art. 38 del d.lgs 163/2006. Violazione e falsa applicazione del punto A dell'Allegato al Capitolato Speciale d'Appalto. Eccesso di potere per difetto e travisamento dei presupposti in fatto e in diritto sotto altro profilo; nell'assunto che l'ATI avrebbe dovuto essere comunque esclusa per inesattezza della dichiarazione presentata da UNIPOL, che non dichiara che UNIPOL e BETA QUATTRO sono entrambe soggette all'attività di direzione e coordinamento di Unipol gruppo finanziario spa, e per quella di BETA-BETA

DUE, che ha dichiarato che l'attestazione del possesso dei requisiti di affidabilità morale e professionale è limitata a "quanto di propria conoscenza".

Il Comune di Udine e la controinteressata hanno controdedotto anche ai motivi aggiunti, eccependo l'inammissibilità ed irricevibilità dei secondi motivi aggiunti.

F) Il primo motivo risulta, ad avviso del Collegio, infondato.

Risulta infatti, per la stessa ammissione di parte ricorrente, che quantomeno una parte delle varie cartelle esattoriali cui faceva riferimento l'Agenzia delle Entrate nella sua attestazione prot. 2008/49388 alla data del 7.5.2008 non risultavano pagate e rientrano indubbiamente nelle violazioni definitivamente accertate rispetto agli obblighi relativi al pagamento di imposte e tasse seconda la legislazione italiana. L'esiguità delle somme insolute e le ragioni del mancato pagamento non hanno alcuna rilevanza rispetto al disposto dell'art. 38, 1^o comma lett.-g). La questione non è infatti assoggettabile ad una valutazione discrezionale da effettuarsi con riferimento al principio di proporzionalità di cui all'art. 2 d.lgs 163/2006 poiché il Collegio concorda con il T.A.R. Lazio Roma, sez. III, 14 agosto 2008 , n. 7842 nel senso di ritenere che "le disposizioni di cui all'art. 38, lettera g), del D. Lgs. n. 163 del 2006 non sono, secondo il Collegio, volte semplicemente a sanzionare la inadempienza fiscale, ma soprattutto il mancato riscontro tra quanto era oggetto della dichiarazione rilasciata all'atto della presentazione della domanda di partecipazione alla gara e gli accertamenti al riguardo svolti dall'Amministrazione, che comporta la conseguente perdita di affidabilità della impresa aspirante alla aggiudicazione della gara stessa".

Del resto si deve anche rilevare che l'accertamento è stato condotto dall'amministrazione nel puntuale rispetto del contraddittorio e che la ricorrente, pur contestando la sostanza di quanto evincibile dall'attestazione dell'Agenzia delle Entrate, non ha prodotto la documentazione a comprova delle proprie affermazioni, senza contare il fatto che, come già accennato, nonostante tutte le

spiegazioni e contestazioni rimane comunque indubbio che quantomeno le cartelle esattoriali n. 06820070166643263 (di € 197,60), n. 06820070403020252 (di €233,65) e n. 06820070403020050 (di 462,51) risultino relative a debiti fiscali definitivamente accertati e siano state pagate in date successiva alla scadenza del termine per la presentazione delle domande. Il Comune non poteva pertanto disattendere il preciso disposto dell'art. 38 cit., sia perché tale norma non prevede alcun limite minimo di valenza sia perché non è neppure possibile inferire dal disposto dell'art. 48 bis della legge n. 602/1973 (introdotto dal d.l. 262/2006 convertito dalla legge 286/2006) un principio generale di irrilevanza degli inadempimenti fiscali di importo inferiore a quello ivi considerato, dato che si tratta di norme che rispondono a ratio radicalmente diverse. Infatti l'art. 48 bis della legge n. 602/1973 è finalizzato ad impedire ai soggetti non in regola con il fisco – e quindi debitori nei confronti del sistema stato - il ricevimento di pagamenti che sarebbero stati loro dovuti da parte delle Pubbliche amministrazioni, ponendo in essere quasi una specie di compensazione tra i debiti delle pubbliche amministrazioni ed i crediti dello Stato, mentre l'art. 38 del D. Lgs. n. 163 del 2006 rientra nella normativa che si prefigge di imporre un determinato standard di “buon comportamento” per selezionare i contraenti con le pubbliche amministrazioni, ed è una norma “di prevenzione” che vuole quindi costituire un deterrente ai comportamenti non virtuosi ed alla presentazione di dichiarazioni non assolutamente precise e veritiere.

G) Il secondo motivo di ricorso è invece fondato, essendo pacifico che il caso di specie non rientra tra quelli per i quali la legge (art. 48 del d.lgs 163/2006) prevede il ricorso alla triplice sanzione dell'esclusione dalla gara, escussione della cauzione provvisoria e segnalazione all'Autorità di Vigilanza, riservata alle ipotesi di irregolarità accertate con riferimento ai requisiti di ordine speciale non anche a quelle relative ai requisiti di ordine generale ex art. 38, Codice degli Appalti,

sanzionabili solo con l'esclusione dalla gara. (T.A.R. Veneto Venezia, sez. I, 12 maggio 2008 , n. 132,6T.A.R. Campania Napoli, sez. VIII, 08 agosto 2008 , n. 9943)

H) Il terzo motivo di ricorso (primi motivi aggiunti) è infondato perché il mancato rispetto dell'obbligo di comunicazione nei termini dell'art. 79, comma 5 lett.a del d.lgs 163/2006 non comporta illegittimità dell'aggiudicazione assumendo rilevanza soltanto in caso di tardività dell'impugnativa avverso la stessa. (TAR Sicilia Palermo, sez. I, 18 dicembre 2008 , n. 1761, TAR Campania Napoli, sez. I, 02 aprile 2008 , n. 1800, TAR Valle d'Aosta Aosta, sez. I, 15 febbraio 2008 , n. 14).

I) Prima di passare all'esame dei secondi motivi aggiunti è necessario affrontare l'eccezione di irricevibilità al riguardo sollevata dal Comune. Questo infatti sostiene che detti motivi, notificati il 9.2.2009, configurerebbero doglianze tardivamente prodotte in parte avverso atti preesistenti alla proposizione del gravame principale (le decisioni assunte dal seggio di gara nella seduta dell'8/5/2009, il bando di gara e l'allegato al capitolato speciale d'appalto) e in parte avverso atti già compiutamente conosciuti al più tardi alla data del 21.10.2008, data del deposito della documentazione comunale presso la Segreteria del TAR.

Al riguardo il Collegio ritiene opportuno riportare la cronologia degli accessi e relativi adempimenti così come riepilogata dalla stessa ricorrente nella memoria conclusiva datata 16.12.2009:

“ Primo accesso: istanze del 14.7.2008 e del 25.9.2008, accolte con documentazione trasmessa il 10.11.2008 (in particolare trasmissione verbale di gara del 08.06.2008 (rectius: 8.5.2008), offerte economiche di ALFA e dell'ATI BETA, documentazione di gara e dichiarazioni ALFA);

secondo accesso: istanza del 11.11.2008, accolta con documentazione trasmessa il 10.12.2008 (trasmissione parziale della documentazione di gara dell'ATI BETA);

terzo accesso: istanza del 24.11.2008, accolta con documentazione trasmessa il 20.01.2009 (trasmissione documentazione di gara dell'ATI BETA completa e conferma che in sede di secondo accesso erano state inviate tutte le dichiarazioni presentate dall'ATI controinteressata).”

Prosegue poi la ricorrente affermando che :” Ne consegue che quanto alla prima censura dei secondi motivi aggiunti (mancata presentazione di alcune delle dichiarazioni sui requisiti ex art. 38 d.lgs n. 163/2006) la conoscenza del profilo di illegittimità è emersa a seguito del terzo e ultimo accesso del 20.01.2009. Infatti, solo in tale data il Comune ha fornito la conferma (dietro espressa richiesta di ALFA) che tutte le dichiarazioni presentate in gara dall'ATI BETA erano già state trasmesse alla ricorrente a seguito del secondo accesso e, di conseguenza, ne è emersa la mancanza di alcune.

Quanto alla seconda censura invece (invalidità della dichiarazione sostitutiva di BETA – BETA DUE e inesattezza della dichiarazione di Unipol), la conoscenza del relativo vizio è emersa a seguito del secondo accesso del 10.12.2008, quando sono state trasmesse tali dichiarazioni.”

L) Osserva quindi il Collegio che, per quanto riguarda la succitata seconda censura dei secondi motivi aggiunti, la irricevibilità si evince dalla stessa sopra riportata ammissione di parte ricorrente.

M) Per quanto concerne la prima censura rileva anzitutto il Collegio che è indubitabile che la piena conoscenza dei nuovi atti impugnati sia intervenuta per parte ricorrente quantomeno già in data 10.11.2008, dato che la stessa parte ricorrente ammette di aver ricevuto in tale data la copia del verbale 8.5.2008, anche a prescindere dal fatto che questo era stato comunque già depositato presso la segreteria il 21.10.2008. Non si può poi dubitare del fatto che già preesistesse la conoscenza del bando di gara e del capitolato speciale d'appalto. E' quindi evidente che i nuovi motivi aggiunti, in quanto motivi impugnatori da notificarsi nei termini

di decadenza dalla conoscenza legale dell'atto impugnato, sono già per tale aspetto tardivi e che l'impugnazione di tali atti si riveli inammissibile.

N) La tardività influisce comunque anche sui nuovi motivi di gravame, indipendentemente dalle nuove impugnazioni; infatti è sempre la parte ricorrente ad ammettere di aver conosciuto le carte relative alle dichiarazioni ritenute carenti con la documentazione trasmessa in data 10.12.2008, non potendosi valorizzare, al fine di una sostanziale rimessione in termini, la circostanza che la ricorrente abbia inteso ottenere dal Comune una conferma che tutte le dichiarazioni dell'ATI BETA erano già state trasmesse. Ciò che conta è la circostanza di fatto che ne aveva già ottenuto la piena conoscenza in data 10.12.2008 per cui i motivi aggiunti risultano essere stati notificati palesemente dopo la scadenza del termine decadenziale (nel caso di specie dimidiato, trattandosi di materia soggetta alla disciplina dell'art 23 bis della legge n. 205/2000) e devono essere dichiarati irricevibili.

O) Del tutto irrilevanti diventano quindi le questioni relative all'impugnazione della polizza di cui ai primi motivi aggiunti.

P) Il ricorso va quindi parzialmente accolto, con il conseguente annullamento della decisione di escussione della cauzione provvisoria e segnalazione all'Autorità di Vigilanza e, per il resto, va in parte rigettato, in parte dichiarato inammissibile ed in parte irricevibile.

Q) Dato l'esito del ricorso principale diventa evidente la carenza di interesse della controinteressata al ricorso incidentale, che deve quindi essere dichiarato inammissibile.

R) Le spese possono essere compensate data la parziale reciproca soccombenza. Il contributo unificato resta a carico di parte ricorrente.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale del Friuli Venezia Giulia, definitivamente pronunciando sul ricorso in premessa, comprensivo dei due atti di motivi aggiunti, respinta ogni contraria istanza ed eccezione, così decide:

lo accoglie in parte e per l'effetto annulla la decisione di escussione della cauzione provvisoria e segnalazione all'Autorità di Vigilanza ;

per il resto in parte lo rigetta e in parte lo dichiara inammissibile e in parte irricevibile, nei termini di cui in motivazione;

dichiara inammissibile il ricorso incidentale;

spese compensate. Il contributo unificato resta a carico di parte ricorrente

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

Così deciso in Trieste nella camera di consiglio del giorno 23 settembre 2009 con l'intervento dei Magistrati:

Saverio Corasaniti, Presidente

Oria Settesoldi, Consigliere, Estensore

Rita De Piero, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 12/10/2009

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

IL SEGRETARIO