

Tar Campania, sezione terza, sentenza n. 5022 del 4 novembre 2020

Gara d'appalto - Omesso pagamento IVA – Annullamento dell'aggiudicazione anche dopo la stipula del contratto

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 Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1749 del 2020, proposto da:
.....Società Cooperativa Consortile a responsabilità limitata, con sede in
....., in persona del Presidente pro tempore sig., rappresentata e
difesa dall'avvocato, con domicilio digitale come da PEC da Registri di
Giustizia ed eletto presso il suo studio in Napoli al Viale

contro

.....S.p.A., con sede in Napoli alla Via, in persona
dell'Amministratore Unico pro tempore avv., rappresentata e difesa
dall'avvocato, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia ed
eletto presso il suo studio in Napoli alla Via;
..... soc. cons. p.a., in qualità di C.U.C., in persona del legale rappresentante
pro tempore, non costituita in giudizio;

nei confronti

.....S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, non costituita in
giudizio;

per l'annullamento

della determina dell'Amministratore UnicoS.p.A. n. 32 del 12/5/2020 di revoca dell'aggiudicazione asoc. coop. cons. a r.l. della gara avente ad oggetto «Servizio di messa in disponibilità di mezzi meccanici, mediante nolo a caldo per un periodo di 6 mesi da eseguirsi presso i siti di intervento oggetto di lavorazione, dislocati nell'ambito della Regione Campania»; della determina n. 34 del 15/5/2020 di risoluzione contrattuale per grave inadempimento del contratto sottoscritto; della revoca della proposta di aggiudica della C.U.C. adottata con determina n. 83 del 24/4/2020, mai comunicata né notificata; dei verbali del Seggio di gara e di ogni altro atto e/o provvedimento connesso, collegato e/o conseguente se e in quanto lesivo degli interessi della ricorrente;

nonché per la declaratoria di nullità e/o inefficacia del contratto di appalto ex artt. 121 e 122 c.p.a., ove stipulato nelle more del presente giudizio, con ordine di subentro nel medesimo della ricorrente, ex aggiudicataria, della quale si dichiara, sin d'ora, la disponibilità ai sensi dell'art. 124 c.p.a.; in via gradata, in caso di mancata possibilità di risarcimento in forma specifica, per la conseguente declaratoria del riconoscimento del danno per equivalente in favore della ricorrente.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dellaS.p.A.;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore per l'udienza pubblica del giorno 27 ottobre 2020 il dott. Giuseppe Esposito e dato atto che i difensori delle parti hanno depositato una richiesta congiunta di passaggio in decisione della causa, senza la presenza all'udienza nel periodo di durata dell'emergenza sanitaria da Covid-19, ai sensi dell'art. 1, n. 5), del decreto del Presidente del TAR Campania n. 29 del 24/9/2020;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La Cooperativa ricorrente partecipava alla gara indetta dalla Centrale Unica di Committenza Area Nolana (a cui aveva aderito laS.p.A., Società *in house* della Regione), per l'affidamento del “Servizio di messa in disponibilità di mezzi meccanici, mediante nolo a caldo per un periodo di 6 mesi da eseguirsi presso i siti di intervento oggetto di lavorazione, dislocati nell’ambito della Regione Campania”.

La gara (CIG 8135980716), dall’importo a base d’asta di € 200mila, era espletata mediante procedura telematica aperta, con il criterio del minor prezzo, e all’esito delle operazioni veniva proposta dalla C.U.C. l’aggiudicazione in favore della ricorrente, che aveva offerto il maggior ribasso del 28,3452%.

Con determina n. 23 del 16/3/2020 laaggiudicava il servizio e le parti sottoscrivevano nella stessa data il contratto di appalto.

Con nota del R.U.P. prot. n. 1842 del 24/4/2020 veniva poi comunicato l’avvio del procedimento di revoca dell’aggiudicazione, essendo emerse irregolarità definitivamente accertate agli obblighi di pagamento delle imposte e tasse, relative a liquidazioni periodiche di IVA dell’anno 2017.

In pari data la C.U.C. revocava la proposta di aggiudicazione (determina n. 83 del 24/4/2020).

Sulla scorta di ciò, disattese le osservazioni dell’interessata, la stazione appaltante ha adottato le impugnate determinazioni n. 32 del 12/5/2020 e n. 34 del 15/5/2020 di revoca dell’aggiudicazione e risoluzione del contratto di appalto.

Avverso i provvedimenti impugnati è stato proposto il presente ricorso, deducendo con sette motivi la violazione dell’art. 21-quinquies della legge n. 241/90, degli artt. 32 ss., 80, 83, 86 e 108 del d.lgs. n. 50/2016, delle richiamate disposizioni di natura sostanziale e processuale in materia tributaria, della convenzione tra lae

la Centrale di Committenza, dell'art. 97 Cost. e dell'art. 3 della legge n. 241/90, nonché la violazione del giusto procedimento, oltre all'eccesso di potere sotto molteplici profili.

È altresì formulata una domanda di risarcimento del danno, in forma specifica o per equivalente.

Si è costituita in giudizio laS.p.A., depositando memoria difensiva e documentazione.

Con ordinanza del 24/6/2020 n. 1217 è stata disposta istruttoria a carico dell'Agenzia delle Entrate, accogliendo nelle more l'istanza cautelare.

L'istruttoria è stata rinnovata con ordinanza del 15/7/2020 n. 1375.

Il difensore della ricorrente ha depositato atto di rinuncia al mandato (senza che tuttavia la parte abbia poi conferito mandato ad altro legale).

L'Agenzia delle Entrate ha provveduto all'adempimento posto a suo carico e, sulla base delle risultanze istruttorie, l'istanza cautelare è stata respinta con ordinanza del 17/9/2020 n. 1671, con fissazione dell'udienza per la trattazione del ricorso nel merito.

Le parti hanno prodotto scritti difensivi.

All'udienza pubblica del 27 ottobre 2020 il ricorso è stato assegnato in decisione.

DIRITTO

1.- L'impugnata determinazione n. 32 del 12/5/2020 (dopo aver dato atto dell'aggiudicazione del servizio alla ricorrente sotto riserva di legge e della stipula del contratto di appalto) richiama la determina della C.U.C. di revoca della proposta di aggiudicazione, *<<avendo accertato in via definitiva irregolarità relative agli obblighi di contribuzione di imposte e tasse nei confronti dell'Agenzia delle Entrate:*

- *Ruolo anno di imposta 2017 - liquidazioni peri[od]iche IVA - importo €. 14.439,10;*

- *Ruolo anno di imposta 2017 - liquidazioni periodiche IVA - importo €. 18.534,20>>.*

L'Amministratore Unico dellaS.p.A. (richiamato l'avviso di avvio del procedimento e le osservazioni presentate, ravvisando "che la ditta non ha quindi presentato documentazione idonea") ha preso atto delle irregolarità accertate e ha disposto la revoca dell'aggiudicazione.

Con il successivo provvedimento n. 34 del 15/5/2020 si è risolto il contratto di appalto.

1.1. La ricorrente reagisce avverso i provvedimenti, deducendo con il primo motivo che la revoca non poteva intervenire dopo la stipula del contratto e, con le successive censure, contestando la ricorrenza dei presupposti per farvi luogo e denunciando la violazione del procedimento.

Si sostiene che:

I) si incide sull'aggiudicazione non più efficace, a cui si è sovrapposto il contratto di appalto, per cui l'Amministrazione non poteva più esercitare il potere di revoca ma operare il diritto di recesso (è invocata la pronuncia dell'Adunanza Plenaria n. 14 del 2014);

II) la revoca è stata disposta in assenza di un accertamento definitivo sull'omesso pagamento dell'IVA relativa all'anno 2017, dovendosi trattare di violazioni gravi definitivamente accertate (tali essendo le violazioni contenute in sentenze o atti non più soggetti ad impugnazione), mentre nella specie non sono stati notificati l'avviso di accertamento e le successive cartelle di pagamento, comportando ciò il venir meno del debito iscritto a ruolo che, inoltre, neppure risulta dovuto ed è stato contestato con ricorso avverso la cartella;

III-IV) la Centrale di Committenza ha proposto la revoca dell'aggiudicazione senza attivare il soccorso istruttorio e, posto che la gestione della gara era stata affidata alla C.U.C. (in base alla convenzione e all'annesso regolamento), l'omissione del contraddittorio non è sanata dall'operato del R.U.P.;

V) laS.p.A. ha operato attraverso la Centrale Unica di Committenza e, pertanto, non poteva accertare direttamente la sussistenza dei requisiti di cui all'art. 80 del d.lgs. cit. e ha, in ogni caso, trascurato le giustificazioni rese (con cui la ricorrente aveva evidenziato di aver presentato all'Agenzia delle Entrate documentazione e apportato delle variazioni alle operazioni imponibili ai fini IVA, inviando nuovamente le comunicazioni periodiche integrative);

VI) i provvedimenti sono affetti da difetto di istruttoria e carenza di motivazione, abbisognando l'atto di secondo grado di una compiuta esternazione delle ragioni del ritiro dell'aggiudicazione;

VII) la determina n. 34 di risoluzione per grave inadempimento del contratto è viziata da illegittimità derivata, nonché per violazione dell'art. 108 del d.lgs. n. 50/2016 e dell'art. 11 del contratto (non prevedenti a tal fine il caso di esclusione ex art. 80 co. 4, e nemmeno vertendosi in ipotesi di grave inadempimento, attinente all'esecuzione della commessa, nella specie non iniziata), oltre che da difetto di una motivazione che dia contezza della ragioni che hanno determinato la scelta, posto che anche in caso di revoca dell'aggiudicazione la risoluzione del contratto non opera automaticamente e consente alla stazione appaltante di pervenire ad una diversa decisione.

1.2. Con la domanda risarcitoria sono richiesti la reintegrazione in forma specifica mediante l'aggiudicazione della gara e la stipula del contratto per l'esecuzione della commessa, ovvero la declaratoria di nullità/inefficacia del contratto eventualmente sottoscritto con altro operatore, con diritto al subentro e al risarcimento per equivalente per la quota di servizio già eseguita dall'altra concorrente.

È in subordine chiesta la condanna della stazione appaltante al risarcimento per equivalente monetario del danno, in misura non inferiore al 10% del valore dell'appalto o nella diversa somma determinata equitativamente, oltre al danno curriculare e al rimborso delle spese per la partecipazione.

2. - Il ricorso è infondato, potendosi prescindere in ragione di ciò dalla sollevata eccezione di inammissibilità del ricorso per omessa impugnazione dell'aggiudicazione definitiva alla controinteressata.

2.1. Deve essere disattesa la censura dedotta con il primo motivo.

Non è invocabile la regola enunciata nella decisione dell'Adunanza Plenaria n. 14 del 2014 (*<<Nel procedimento di affidamento di lavori pubblici le pubbliche amministrazioni se, stipulato il contratto di appalto, rinvenivano sopravvenute ragioni di inopportunità della prosecuzione del rapporto negoziale, non possono utilizzare lo strumento pubblicistico della revoca dell'aggiudicazione ma devono esercitare il diritto potestativo regolato dall'art. 134 del d.lgs. n. 163 del 2006.>>*).

Come espressamente enunciato con il principio di diritto, essa attiene alla diversa ipotesi di una posteriore valutazione dell'interesse pubblico, essendosi statuito che *“nell'ambito della normativa che regola l'attività dell'amministrazione nella fase del rapporto negoziale di esecuzione del contratto di lavori pubblici, [se] è stata in particolare prevista per gli appalti di lavori pubblici una norma che attribuisce il diritto di recesso, non si può ritenere che sul medesimo rapporto negoziale si possa incidere con la revoca, basata su presupposti comuni a quelli del recesso (la rinnovata valutazione dell'interesse pubblico per sopravvenienze) e avente effetto analogo sul piano giuridico (la cessazione ex nunc del rapporto negoziale)”* (Ad. Plen., cit.).

Nel caso di specie, la determinazione impugnata non si basa su una sopravvenienza ma è fondata su una ragione (preesistente) di esclusione, cosicché configura piuttosto un'ipotesi di annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione (disposta peraltro "sotto riserva di legge", come da determina n. 23/2020 e riportato nelle premesse al contratto d'appalto).

In tal senso, la qualificazione di “revoca” attribuita al provvedimento non incide sul potere del Giudice di vagliarne la legittimità in relazione al suo contenuto dispositivo, essendo com'è noto indifferente il *nomen juris* adoperato.

In tale contesto, il ritiro dell'aggiudicazione si mostra legittimamente fondato sulla sussistenza di un motivo di esclusione che (come si dirà appresso) preclude alla ricorrente di rendersi affidataria del servizio, con effetto caducante sul contratto nel frattempo sottoscritto nel frattempo (cfr. Cons. Stato, sez. III, 28/11/2018 n. 6764: *“la caducazione automatica degli effetti negoziali del contratto in conseguenza dell'annullamento degli atti allo stesso prodromici, risponde ad uno schema validato dalla giurisprudenza e motivato dalla stretta consequenzialità funzionale tra l'aggiudicazione della gara e il successo atto di stipulazione negoziale (Cons. Stato, sez. V, 7 settembre 2011, n. 5032; 14 gennaio 2011, n. 11; 20 ottobre 2010, n. 7578; id., sez. III, 23 maggio 2013, n. 2802; id., sez. V, 14 ottobre 2013, n. 4999; id., Ad Plen., 20 giugno 2014, n. 14; id., sez. V, 26 giugno 2015, n. 3237; id., sez. III, 22 marzo 2017, n. 1310)”*).

2.2. Le censure riguardanti l'omessa attivazione del soccorso istruttorio non sono meritevoli di accoglimento, atteso che la ricorrente ha potuto interloquire con la stazione appaltante in riscontro alla comunicazione di avvio del procedimento del 24/4/2020, formulando le proprie osservazioni nella stessa data e rispondendo in seguito al rinnovato invito a fornire "elementi idonei a comprovare il possesso del cennato requisito dichiarato in sede di gara" (nota prot. 1920 del 30/4/2020).

A fronte di ciò, non è predicabile la violazione del contraddittorio procedimentale. Né può essere lamentata l'incompetenza del R.U.P., ritenendo che spettasse alla Centrale Unica di Committenza di procedere alla verifica della posizione della ricorrente.

Il codice dei contratti pubblici affida alla competenza generale del R.U.P. l'attività inerente alla procedura di gara, rimettendo alla stazione appaltante il compito di escludere il concorrente ossia, nel caso di specie, di procedere per una tale evenienza al ritiro dell'aggiudicazione (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 9/7/2020 n. 4401: *"Com'è stato recentemente chiarito da un precedente di questo Consiglio "l'art. 31, comma 5, d.lgs. n. 50 cit. riconosce, infatti, la competenza generale del R.u.p. a svolgere tutti i compiti (id est, ad adottare*

tutti gli atti della procedura)...”, evidenziando, dunque, la possibilità che questi non compia soltanto operazioni di carattere materiale, ma svolga anche attività giuridica esternata in veri e propri atti (Cons. Stato, Sez. V, 12 febbraio 2020 n. 1104). Tuttavia, proprio il precedente richiamato, dopo aver ricordato che “è stata ritenuta la competenza del R.u.p. all’adozione del provvedimento di esclusione dalla procedura di gara degli operatori economici (cfr. Cons. Stato, sez. V, 13 settembre 2018, n. 5371; III, 19 giugno 2017, n. 2983; V, 6 maggio 2015, n. 2274; V, 21 novembre 2014, n. 5760)”, da parte del giudice amministrativo, ha altresì evidenziato che, sul piano del diritto positivo, con riferimento al provvedimento di esclusione dalla procedura, l’art. 80 applicabile al caso da decidere “individua nella “stazione appaltante” il soggetto tenuto ad adottare il provvedimento di esclusione dell’operatore economico”).

2.3. Venendo ai presupposti che hanno determinato l’esclusione della ricorrente, va smentita la tesi secondo cui si tratterebbe di una irregolarità che non possa dirsi definitivamente accertata.

La stazione appaltante si è mossa sulla base della certificazione dell’Agenzia delle Entrate del 22/4/2020, dal seguente tenore:

<<si evidenziano le seguenti violazioni definitivamente accertate rispetto agli obblighi relativi al pagamento di imposte e tasse:

1) Ruolo anno d’imposta 2017 – liquidazioni periodiche IVA – importo € 14.439,10 (stato della cartella: presa in carico dal concessionario – data consegna 10/07/2019 – cartella n. 07120190105378804 notificata il 04/09/2019).

2) Ruolo anno d’imposta 2017 – liquidazione periodiche IVA – importo € 18.534,20 (stato della cartella: presa in carico dal concessionario – data consegna 10/10/2019 – cartella n. 07120190130361735 notificata il 21/11/2019)>>.

L’istruttoria espletata, tra l’altro dettata dalla affermazione della ricorrente di non avere avuto conoscenza della pretesa tributaria, ha chiarito (cfr. la relazione dell’Ufficio dell’Agenzia delle Entrate depositata il 22/7/2020) che:

- ai modelli di liquidazione periodica IVA per il terzo e quarto trimestre 2017 (con gli indicati debiti di imposta) non facevano seguito i versamenti;
- erano pertanto formulate le richieste delle somme complessivamente dovute per capitale, sanzioni ed interessi, con pec recapitate in date 17/3/2018 e il 24/5/2018;
- rispettivamente il 4/9/2019 e il 21/11/2019 erano notificate le cartelle esattoriali;
- la parte interessata non ha rettificato gli (eventuali) errori commessi in fase di trasmissione delle liquidazioni periodiche.

Le risultanze istruttorie consentono di affermare che si è in presenza di irregolarità tributarie definitivamente accertate.

In particolare, è privo di rilievo l'argomento riproposto nella memoria finale (secondo cui non vi sarebbe comunque prova della notifica delle cartelle esattoriali), bastando al riguardo precisare che:

- pur non essendo più in possesso delle cartoline di ricevimento, l'Agenzia delle Entrate ha esibito la schermata generata dal sistema informatico, che dà adeguata prova della notifica contestata;
- in ogni caso, già dal 2018 erano formulate le richieste di pagamento del debito non assolto e non occorre riferirsi alla cartella al fine di ritenere che una irregolarità tributaria debba intendersi definitivamente accertata (cfr. Cons. Stato, sez. V, 14/4/2020 n. 2397: *“se la cartella di pagamento è mero strumento della riscossione che segue una notifica di un precedente avviso di accertamento (contenente una pregressa richiesta di pagamento di debito tributario), la definitività dell'accertamento decorre non già dalla notifica della cartella di pagamento, bensì da quella dell'avviso di accertamento (principio consolidato, cfr. Cons. Stato, V, 14 dicembre 2018, n. 7058; V, 12 febbraio 2018, n. 856)”*).

In relazione a quanto detto, è quindi conclamato che si tratti di un accertamento definitivo di un debito tributario, di cui la ricorrente non poteva fondatamente essere all'oscuro alla scadenza del termine di partecipazione alla gara (8/1/2020) e che ne determina l'esclusione ex art. 80 co. 4 del d.lgs. n. 50 del 2016.

Gli impugnati provvedimenti sono stati dunque legittimamente adottati in presenza di un motivo di esclusione, senza che sia apprezzabile il denunciato deficit motivazionale in presenza di atti aventi carattere vincolato alla verifica condotta e in relazione ai quali è *in re ipsa* l'interesse pubblico perseguito.

3.- Conclusivamente, alla stregua delle considerazioni che precedono il ricorso va interamente respinto, conseguendo alla reiezione della domanda impugnatoria per le suesposte motivazioni il rigetto della domanda di risarcimento, evidentemente priva dei presupposti che possano fondare la pretesa ad essere reintegrati per il pregiudizio che si assume subito.

Le spese di giudizio seguono la soccombenza e sono liquidate nella misura indicata nel dispositivo in favore dellaS.p.A., non essendovi luogo a provvedere sulle spese per le altre parti non costitutesi in giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna la parte ricorrente al pagamento delle spese di giudizio in favore dellaS.p.A., liquidate in € 2.000,00 (duemila/00), oltre accessori di legge; nulla per le spese nei confronti delle altre parti non costituite.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 27 ottobre 2020 con l'intervento dei magistrati

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

IL SEGRETARIO