



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 Lazio

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1228 del 2009, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Siram s.p.a., rappresentata e difesa dall'avv. Massimiliano Brugnoletti, con domicilio eletto presso Massimiliano Brugnoletti in Roma, via Antonio Bertoloni, 26/B;

contro

Banca D'Italia, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avv.ti Giuseppe Agresti, Stefania Ceci, Domenico De Falco, con domicilio eletto presso l'Ufficio Legale della Banca D'Italia in Roma, via Nazionale, 91;

nei confronti di

Recir s.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avv. Claudio Rossano, con domicilio eletto presso Claudio

Rossano in Roma, via Nizza, 59;

per l'annullamento

- del provvedimento, sconosciuto negli estremi, con cui la Banca d'Italia ha aggiudicato a Recir s.r.l. la gara per l'affidamento quadriennale del servizio di conduzione e manutenzione ordinaria degli impianti tecnologici ed idrico-sanitari, nonché degli interventi di manutenzione straordinaria ed impiantistica;
 - del verbale nel quale la commissione di gara ha giudicato non anomala l'offerta di Recir s.r.l.;
 - del provvedimento di aggiudicazione definitiva e del contratto, se intervenuti;
 - di ogni altro atto presupposto, connesso e consequenziale; nonché dei seguenti atti impugnati con i motivi aggiunti depositati il 3 aprile 2009:
 - nota del 3 ottobre 2008, prot. n. 44/2008, con cui il responsabile del procedimento ha accettato le giustificazioni di Recir s.r.l., proponendo l'aggiudicazione della gara alla medesima;
 - verbale del 9 ottobre 2008, prot. 1071254, con cui la commissione di gara ha accolto le valutazioni del responsabile del procedimento e aggiudicato provvisoriamente la gara a Recir s.r.l.;
 - del provvedimento con cui la Banca d'Italia ha disposto l'aggiudicazione definitiva e del contratto;
- nonché, ancora, dei seguenti ulteriori atti, impugnati con motivi aggiunti depositati il 19 giugno 2009:

- nota del 18 maggio 2009, n. 495800 con cui la Banca d'Italia ha concluso il procedimento amministrativo volto alla verifica delle dichiarazioni rese dall'aggiudicataria in sede di partecipazione alla gara, confermando l'efficacia dell'aggiudicazione definitiva a favore di Recir.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Banca D'Italia e di Recir s.r.l.;

Visto il ricorso incidentale;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore alla pubblica udienza del giorno 26 gennaio 2011 la d.ssa Silvia Martino;

Uditi gli avv.ti delle parti, come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

1. La società ricorrente ha partecipato alla gara informale indetta dalla Banca d'Italia per l'affidamento quadriennale del servizio di conduzione e manutenzione ordinaria degli impianti tecnologici ed idrico – sanitari, nonché degli interventi di manutenzione straordinaria ed impiantistica da espletarsi presso la sede di Roma (“Palazzo Koch”).

L'importo posto a base di gara era pari a euro 6.712.000,00.

Il criterio di aggiudicazione previsto era quello del prezzo più basso, previa espressa verifica delle offerte risultate anormalmente basse, ai sensi degli art. 86 e ss. del d.lgs. n. 163/2006.

Siram evidenzia che il disciplinare invitava i concorrenti a corredare l'offerta con una relazione illustrativa contenente le giustificazioni del prezzo offerto. Era in particolare richiesta un'analisi economica relativa ai "costi relativi alla manodopera che verrà utilizzata ... con l'evidenziazione dei costi associati, sulla base del contratto collettivo nazionale applicato a ciascun livello di figura professionale e con l'indicazione delle ore complessive annue impegnate, tenuto conto delle prestazioni minime richieste dal Capitolato speciale. I costi indicati dovranno essere parametrati a quelli desumibili dalle tabelle di cui all'art. 87, comma 2, lett. g) del d.lgs. n. 163/2006 relative al personale dipendente da imprese dell'industria metalmeccanica privata e della installazione di impianti".

In particolare, per la manutenzione ordinaria degli impianti era previsto l'impiego minimo di 28 lavoratori, le cui qualifiche e livelli di inquadramento professionali venivano specificamente indicati.

Dalla comunicazione di avvenuta aggiudicazione Siram ha appreso che la Recir s.p.a. ha offerto un ribasso pari al 36,510% sul prezzo a base d'asta.

Dopo aver avuto accesso agli atti di gara, ha poi constatato che l'aggiudicataria ha potuto formulare il proprio prezzo prospettando un costo del personale notevolmente inferiore a quello fissato nelle

tabelle allegate al d.m. 20 settembre 2007.

In particolare, la controinteressata ha indicato:

- un costo medio orario di euro 17,40 per gli operai inquadrati nel 4° e 5° livello, mentre la tabella ministeriale prevede, rispettivamente, un costo di euro 18,22 e di 19,44;
- un costo di euro 17,00 per l'operatore tecnico inquadrato nel 5° livello, mentre la tabella ministeriale prevede un costo di euro 19,44;
- un costo di euro 17,50 per il responsabile tecnico inquadrato nel 6° livello mentre la tabella ministeriale prevede un costo di euro 21,90.

Alla richiesta di giustificazioni della stazione appaltante circa il basso costo del personale, Recir ha replicato invocando sostanzialmente due fattori:

- a) l'assunzione di parte dei lavoratori dalle liste di mobilità in modo da beneficiare delle agevolazioni contributive di cui alla l. n. 223 del 1991;
- b) un numero di ore annue effettivamente lavorate di 1.752, superiore a quello (fissato in 1.592 ore) previsto dalla tabella di cui al d.m. 20 settembre 2007.

Quest'ultimo dato è stato ottenuto attraverso la riduzione di un'ora dei permessi sindacali, la riduzione di 63 ore per malattie, infortuni e maternità (rispetto alle 103 previste dalle tabelle), l'abbattimento di tutte le ore previste per le festività.

La gara, è stata poi effettivamente e definitivamente aggiudicata alla Recir.

Avverso l'aggiudicazione, nonché avverso gli atti presupposti, Siram ha dedotto, con il ricorso principale, che le giustificazioni relative al costo del lavoro non dovevano essere accolte.

In particolare, in relazione all'assunzione dei lavoratori provenienti dalle liste di mobilità, la società evidenzia che mentre la normativa di favore prevede benefici per 18 mesi, l'appalto di cui si verte ha una durata di quattro anni. Si tratta, comunque, di una giustificazione fondata su un dato eventuale ed incerto, non supportato da alcun elemento probatorio.

Non potevano inoltre essere accettate le giustificazioni fondate su una significativa riduzione delle ore di assenza previste dalle tabelle ministeriali.

Ciò, con particolare riguardo alle festività (il cui godimento è obbligatorio, secondo i contratti collettivi), alle ore relative alla fruizione dei permessi sindacali e dei permessi studio, nonché, infine, alle assenze per malattie ed infortuni (in quanto dato imprevedibile e incerto, soprattutto con riferimento ai nuovi assunti).

Si sono costituite, per resistere, la Banca d'Italia e Recir s.r.l..

Quest'ultima, inoltre, ha proposto ricorso incidentale avverso l'ammissione dell'offerta di Siram.

Con motivi aggiunti depositati il 3 aprile 2009, Siram ha esteso l'impugnazione ad ulteriori atti, relativi alla valutazione delle giustificazioni di Recir, depositati in giudizio dalla Banca d'Italia, avverso i quali ha in particolare dedotto:

- che essendo la società controinteressata, la precedente affidataria del servizio, l'organico era al completo, e che, pertanto, non erano verosimili le nuove assunzioni previste;

- che, illegittimamente, il responsabile del procedimento ha proceduto a ricalcolare il costo del lavoro indicato da Recir, includendo nel computo anche le ore per festività.

Con ulteriori motivi aggiunti, depositati il 14 maggio 2009, ha poi dedotto (in esito al deposito di ulteriore documentazione da parte della resistente):

- che al momento della presentazione dell'offerta risultavano a carico di Recir due violazioni definitivamente accertate in materia di imposte e tasse, concernenti 1) una cartella esattoriale per l'importo di euro 12.272,59, relativa all'anno di imposta 1991; 2) un accertamento relativo all'anno 1993, notificato il 14.6.1999.

Sussiste inoltre, a dire della ricorrente, una ulteriore, autonoma causa di esclusione, consistente nella non corrispondenza tra le dichiarazioni rese e le risultanze documentali degli accertamenti effettuati dalla Banca d'Italia.

Infine, con i motivi aggiunti depositati il 19.6.2009, Siram ha esteso l'impugnazione al provvedimento con cui la Banca d'Italia ha concluso il procedimento amministrativo volto alla verifica delle dichiarazioni rese dall'aggiudicataria in sede di partecipazione alla gara, confermando l'efficacia dell'aggiudicazione definitiva a favore di Recir.

Con riferimento alla cartella esattoriale relativa all'anno di imposta 1991, la controinteressata sostiene peraltro che, nel momento in cui ha reso la dichiarazione, ex art. 38 del d.lgs. n. 163/2006 (il 23 maggio 2008), non le era ancora stata notificata la sentenza resa dalla Commissione tributaria provinciale il 22 febbraio 2008. Pertanto, essendo ancora pendenti i termini per l'appello, detta dichiarazione doveva considerarsi veritiera.

Siram evidenzia, per contro, che, ai fini della c.d. regolarità in materia tributaria, gli effetti favorevoli derivanti dalla proposizione di un ricorso amministrativo o giurisdizionale avverso un accertamento, sono collegati alla data di presentazione del ricorso, che deve essere antecedente alla data di presentazione della domanda di partecipazione alla gara.

La controinteressata, pertanto, avrebbe potuto dichiarare la regolarità fiscale solo ove, al momento della presentazione dell'offerta, avesse già proposto ricorso in appello dinanzi alla Commissione Tributaria regionale, non rilevando la mera pendenza del termine per la proposizione dell'appello avverso la sentenza della Commissione Tributaria provinciale.

Resistono, anche ai motivi aggiunti, la Banca d'Italia e Recir s.r.l.

Con ordinanza n. 2875 del 25.6.2009, è stata respinta l'istanza cautelare.

Le parti hanno depositato articolate memorie e ampia documentazione.

Il ricorso, e i motivi aggiunti, sono stati infine assunti in decisione alla pubblica udienza del 26 gennaio 2011.

DIRITTO

1. E' controversa la legittimità dell'affidamento quadriennale del servizio di conduzione e manutenzione ordinaria degli impianti tecnologici ed idrico-sanitari, nonché degli interventi di manutenzione straordinaria ed impiantistica del complesso immobiliare di via Nazionale n. 91, in Roma (Palazzo Koch).

1.1. Il ricorso principale e i primi due motivi aggiunti, vertono sul procedimento di valutazione dell'anomalia dell'offerta dell'aggiudicataria, Recir s.r.l., nella parte relativa alla conduzione e manutenzione ordinaria (per un importo stimato posto a base di gara di euro 4.072.000,00).

Come precisato dalla difesa dell'Istituto resistente, alcun rilievo è stato invece svolto (né dalla stazione appaltante stessa, né con il presente ricorso), circa la congruità dell'offerta nella parte riferita alla "manutenzione straordinaria" a richiesta (per un importo stimato posto a base di gara di euro 2.640.000,00).

I terzi motivi aggiunti vertono invece sulla dichiarazione resa da Recir in ordine alla sussistenza dei requisiti di cui all'art. 38, comma 1, lett. g) del Codice dei contratti pubblici.

2. Giova premettere, che, secondo un ormai costante e lineare orientamento giurisprudenziale (inaugurato da Cons. St., sez. IV, 9 aprile 1999, n. 601), il sindacato del giudice amministrativo sui giudizi

che si atteggiano alla stregua di espressione di discrezionalità tecnica, può limitarsi al controllo formale ed estrinseco dell'*iter* logico seguito nell'attività amministrativa se ciò appare sufficiente per valutare la legittimità del provvedimento impugnato e non emergano indizi tali da giustificare una ripetizione, secondo la tecnica del sindacato intrinseco, delle indagini specialistiche; tale sindacato può anche consistere, ove ciò sia necessario ai fini della verifica della legittimità della statuizione gravata, nella verifica dell'attendibilità delle operazioni tecniche sotto il profilo della loro correttezza quanto a criterio tecnico e procedimento applicativo, fermo restando che esula dal compito del giudice amministrativo il riesame delle autonome valutazioni dell'interesse pubblico compiute dall'amministrazione sulla base delle cognizioni tecniche acquisite.

Con riferimento al sindacato sulle valutazioni amministrative in tema di anomalia, compito primario del giudice è quello di verificare se il potere amministrativo sia stato esercitato con un utilizzo delle regole tecniche conforme a criteri di logicità, congruità, ragionevolezza e corretto apprezzamento dei fatti. Nella verifica dell'anomalia, pertanto, l'esito della gara può essere travolto dalla pronuncia del giudice amministrativo solo allorché il giudizio negativo sul piano dell'attendibilità riguardi voci che, per la loro rilevanza ed incidenza complessiva, rendano l'intera operazione economica non plausibile e, per l'effetto, non suscettibile di accettazione da parte della stazione appaltante, e ciò "a causa del residuo di dubbi circa

l'idoneità dell'offerta minata da spie strutturali di inaffidabilità, a garantire l'efficace perseguimento dell'interesse pubblico” (Cons. St., sez. VI, 3 maggio 2002 , n. 2334).

Particolare attenzione è stata poi dedicata alla valutazione di offerte che evidenzino, in relazione al costo del personale, scostamenti dai valori determinati “periodicamente in apposite tabelle dal Ministro del lavoro e delle politiche sociali, sulla base dei valori economici previsti dalla contrattazione collettiva stipulata dai sindacati comparativamente più rappresentativi, delle norme in materia previdenziale e assistenziale, dei diversi settori merceologici e delle differenti aree territoriali; in mancanza di contratto collettivo applicabile, il costo del lavoro è determinato in relazione al contratto collettivo del settore merceologico più vicino a quello preso in considerazione” (art. 87, comma 2, lett. g) d.lgs. n. 163/2006).

Ferma restando l'inammissibilità di giustificazioni “in relazione a trattamenti salariali minimi inderogabili stabiliti dalla legge o da fonti autorizzate dalla legge” (disp., ult. cit., comma 3), lo scostamento dagli importi relativi al costo del personale rilevati dai citati decreti ministeriali, non determina di per sé l'automatica esclusione dalla gara.

In base al principio oggi codificato dall'art. 55 della direttiva 2004/18/CE, i concorrenti devono avere la possibilità di dimostrare in concreto qualunque circostanza (di fatto e di diritto), che permetta la riduzione dei costi.

Così, anche nel caso di specie, il d.m. 20.9.2007 (recante “Aggiornamento del costo medio orario del lavoro per il personale dipendente da imprese esercenti le attività di installazione, manutenzione e gestione di impianti, a valere dal mese di marzo 2007”), richiamato dalla disciplina di gara, chiarisce, all’art. 2, che il costo del lavoro rilevato nella tabelle allegate al decreto stesso è suscettibile di oscillazioni, tra l’altro, in dipendenza di “a) benefici (contributivi, fiscali od altro) previsti da norme di legge di cui l’impresa può usufruire [...]”;

2.1. In concreto, in esito ad una articolata e approfondita verifica in contraddittorio, l’amministrazione oggi resistente ha constatato (cfr. doc. 8 allegato alla memoria per la camera di consiglio dell’11 marzo 2009):

- che l’abbattimento del costo del personale derivava, oltre che dal maggior numero medio di ore annue lavorate, anche dai benefici contributivi e fiscali rivenienti dall’impiego di mano d’opera assunta dalle liste di mobilità, che rappresentava, rispettivamente, il 55% e il 30% delle squadre di operai di IV e V livello utilizzate per l’espletamento del servizio;
- dal raffronto tra il costo di una squadra di operai *standard* del tipo di quella prospettata dall’aggiudicataria nella propria offerta e quello calcolato applicando le tabelle ministeriali, risultava un minor costo pari al 15%;
- dal dettaglio dei costi della mano d’opera emergeva che la Recir

aveva comunque applicato tutte le maggiorazioni previste dalla contrattazione collettiva per le prestazioni notturne, festive e prefestive.

L'amministrazione ha quindi concluso che il numero delle ore di lavoro indicate nell'offerta della Recir risultava complessivamente adeguato e comunque in linea con quanto dalla stessa stimato.

2.2. Con un primo ordine di rilievi, Siram sostiene che l'assunzione dei lavoratori dalle liste di mobilità costituisce un evento futuro ed incerto e che, al riguardo, Recir non avrebbe allegato alle proprie giustificazioni alcuna idonea documentazione probatoria.

Evidenzia, inoltre, che la durata degli incentivi previsti dalla l. n. 223 del 1991 è pari a solo 18 mesi, mentre il servizio di cui si controverte ha durata quadriennale.

2.2.1. Relativamente all'impegno di Recir volto all'assunzione di parte della forza lavoro da assegnare all'esecuzione della commessa di cui trattasi, attingendo dalle liste di mobilità, opina il Collegio che la valutazione della stazione appaltante, circa la verosimiglianza del risparmio di spesa in tal modo conseguibile, sia esente da rilievi.

Va premesso che non avrebbe avuto senso richiedere che Recir comprovasse l'effettiva assunzione prima dell'aggiudicazione della commessa, né, a ben vedere, parte ricorrente si spinge ad affermare tanto.

In secondo luogo, l'assunzione di lavoratori provenienti dalle liste di mobilità - per di più aventi, come nel caso di specie, non elevata

specializzazione - appare evenienza del tutto normale in quanto (anzi) normativamente prevista ed agevolata di talché è parere del Collegio che fosse onere di parte ricorrente dimostrare che la stessa, pur oggetto di un impegno giuridicamente assunto dalla controinteressata, non era realmente possibile (ad esempio, per incapacità delle liste relative alla qualifica richiesta).

In concreto, è peraltro rilevabile che - come documentato dall'Istituto resistente, e non contestato da Siram - la programmata assunzione di lavoratori provenienti dalle liste di mobilità da parte di Recir, è poi effettivamente avvenuta (cfr., in particolare, il doc. n. 17 della produzione della Banca d'Italia da cui risulta che Recir, ha comunicato all'amministrazione di avere avviato l'assunzione dei lavoratori in questione, nonché - doc. n. 31 della medesima produzione - di avere effettivamente proceduto all'assunzione di otto lavoratori i cui nominativi corrispondono a quelli inseriti negli elenchi tenuti dalla Direzione provinciale del lavoro competente).

2.2.2. Relativamente alla durata delle agevolazioni contributive e fiscali, rileva il Collegio che l'amministrazione resistente (cfr., in particolare i doc. n. 14 e n. 15) ha provveduto a verificare la remuneratività dell'offerta di Recir anche nel caso in cui la durata di siffatti benefici risulti effettivamente limitata ai primi 18 mesi.

Essa ha, pertanto, ragionevolmente concluso che l'offerta non presenti, neanche sotto il rilevato profilo, particolari criticità.

Va, inoltre, considerata anche la possibilità che, facendo leva sulla

propria autonomia organizzativa, attraverso gli opportuni avvicendamenti, Recir riesca effettivamente ad adibire alla commessa, per tutta la vigenza del contratto di appalto, operai assunti dalle liste di mobilità.

Ad ogni buon conto, i calcoli effettuati, al riguardo, dall'Istituto resistente, non sono stati puntualmente confutati dalla ricorrente.

2.3. Siram sostiene ancora che, essendo Recir la precedente affidataria del servizio di cui si controverte, non avrebbe potuto procedere ad alcuna nuova assunzione, in quanto dotata di un organico al completo.

Al riguardo, è tuttavia facile rilevare che non vi è alcun principio di prova circa il fatto che quella in esame sia l'unica commessa attualmente in esecuzione da parte della controinteressata.

Pertanto, in assenza di dati circa lo stato delle commesse in cui Recir è attualmente impegnata (dati facilmente reperibili anche da parte ricorrente, in quanto operante nel medesimo settore), non è possibile arguire alcunché in ordine alla razionalità dell'organizzazione di impresa della controinteressata nonché circa la redistribuzione del personale assunto.

2.4. Con ulteriore ordine di rilievi, Siram ha poi stigmatizzato le giustificazioni di Recir (nonché l'accettazione delle stesse da parte della stazione appaltante) nella parte in cui evidenziano un numero di ore lavorate (in media) sensibilmente superiore alle previsioni contenute nelle tabelle ministeriali di cui al cit. d.m. 20.9.2007.

2.4.1. Va premesso che, nell'effettuare il procedimento di verifica, la Banca d'Italia ha provveduto a ricalcolare il numero di "ore annue mediamente lavorate" indicato da Recir, sottraendo ad esse le 96 ore corrispondenti alle festività il cui godimento è obbligatorio (per legge ovvero in base alle previsioni dei contratti collettivi).

Tale operazione non costituisce però, a parere del Collegio, una manipolazione dell'offerta (in termini qualitativi e/o quantitativi).

Parte resistente si è infatti limitata ad effettuare una sorta di "prova di resistenza" in relazione alla composizione delle voci di costo, mediante la correzione di quelle contrastanti con norme imperative, o, comunque, inderogabili, rilevando che, anche in tale ipotesi, l'offerta rimane remunerativa (cfr., in particolare, l'allegato 2 al doc. n. 9).

2.4.2. La Banca d'Italia ha ritenuto attendibili, in relazione al minor tasso di assenteismo (rispetto alle tabelle ministeriali) ipotizzato da Recir, le statistiche prodotte dall'impresa, derivanti, peraltro, dall'osservazione delle serie storiche rilevate nel corso dell'esecuzione della precedente, analoga commessa resa in favore della stazione appaltante.

Quest'ultima ha, pertanto, potuto confrontare la proiezione statistica effettuata da Recir con i tabulati di presenza del personale adibito nell'ultimo biennio al medesimo servizio (cfr. doc. n. 18 della produzione di parte resistente)

La rilevanza delle valutazioni statistiche ed analisi aziendali svolte

dall'offerente è costantemente affermata dalla giurisprudenza amministrativa, con la precisazione che esse debbono essere accuratamente vagliate dalla stazione appaltante ai fini del giudizio di congruità e dell'affidabilità dell'offerta (cfr. TAR Lombardia, Milano, sez. I, 12 novembre 2010, n. 7246, e la giurisprudenza ivi richiamata). D'altro canto, è bene ricordare che anche le tabelle ministeriali si fondano su rilevazioni statistiche, rispetto alle quali può essere logicamente considerata prevalente (come avvenuto nel caso di specie) l'esperienza maturata dall'amministrazione stessa nei rapporti con l'aggiudicataria.

Vero è che, nel caso in esame, una quota parte dei lavoratori da adibire alla commessa (intorno al 40%) è di nuova assunzione, e che, in relazione ad essi, non è agevolmente prevedibile il tasso di assenteismo.

Tuttavia, non appare illogico il criterio di valutazione seguito dall'amministrazione, la quale ha considerato che, in rapporto ad una realtà aziendale particolarmente efficiente, fosse ragionevole assumere, anche per le nuove leve, l'opzione statistica più prossima a tale realtà.

E' bene osservare che parte ricorrente non ha, in contrario, offerto alcun dato o studio scientifico, idoneo a contrastare la regola di esperienza applicata dall'amministrazione.

2.5. Per completezza, si osserva che, nella memoria depositata per l'udienza del 7 luglio 2010, Siram ha svolto ulteriori censure, relative

al costo della c.d. “squadra operai” nonché degli altri operatori.

Si tratta di censure non solo inammissibili (in quanto contenute in una semplice memoria, non notificata), ma anche palesemente tardive posto che (in disparte la piena e incontestata accessibilità che parte ricorrente ha avuto, *ab origine*, agli atti del procedimento), l'amministrazione resistente ha versato in giudizio la documentazione relativa alla valutazione delle giustificazioni sin dal 9 marzo 2009.

3. Un distinto ordine di rilievi ha riguardato la dichiarazione sostitutiva resa da Recir in sede di partecipazione alla gara circa l'inesistenza di “violazioni, definitivamente accertate, rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse [...]” (art. 38, comma 1, lett. g), d.lgs. n. 163/2006).

A seguito dei riscontri effettuati dalla stazione appaltante, l'Agenzia delle Entrate ha trasmesso una certificazione dalla quale risultano due distinte violazioni, relative, rispettivamente, agli anni d'imposta 1991 e 1993.

La controinteressata, in risposta alla richiesta di chiarimenti della Banca d'Italia, ha trasmesso da un lato, copia del provvedimento di annullamento dell'avviso di accertamento emesso ai propri danni per l'anno d'imposta 1993, dall'altro copia del certificato di pendenza del giudizio di appello proposto in data 22.10.2008 innanzi alla Commissione Tributaria regionale per il Lazio, avente ad oggetto la cartella esattoriale relativa all'anno 1991.

In punto di fatto, con riferimento a tale elemento, risulta che l'Istituto odierno resistente ha chiesto alla Recir di fornire “elementi atti a comprovare che l'impugnativa innanzi alla Commissione tributaria per il Lazio sia stata proposta nei termini di legge”.

In data 8.5.2009 Recir ha trasmesso una copia del biglietto di cancelleria dal quale risulta che in data 22.2.2008 la Commissione Tributaria provinciale di Roma ha depositato la sentenza, successivamente appellata, precisando che, a tale data, i termini per l'impugnativa dovevano considerarsi ancora pendenti, in assenza di notifica della sentenza stessa (doc. 25 della produzione della Banca d'Italia).

L'Istituto resistente ritiene che, sulla base della documentazione trasmessa, e dei documenti ricevuti da Recir, non vi fosse alcuna discrepanza tra la dichiarazione da questa resa in sede di partecipazione alla gara e la reale situazione di fatto in cui versava l'impresa ricorrente.

Tanto alla luce del quadro, normativo e giurisprudenziale, vigente in materia.

Giova, al riguardo, riportare i più significativi passaggi con cui, per quanto qui interessa (cfr., in particolare, il par. 9), nella determinazione n. 1 del 12 gennaio 2010), l'Autorità per la vigilanza sui Contratti Pubblici ha compendiato lo “stato dell'arte” circa i requisiti di ordine generale per l'affidamento dei contratti pubblici.

Si è già ricordato che, ai sensi dell'art. 38, comma 1, lett. g) del d.lgs.

n. 163/2006, sono esclusi dalla partecipazione alle gare “coloro 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”.

La definitività dell'accertamento consegue ad una decisione giurisdizionale o ad un atto amministrativo di accertamento tributario non impugnato e divenuto incontestabile.

L'Autorità ricorda anche che, come chiarito dalla Corte di Giustizia (cfr. sez. I, 9 febbraio 2006, C226/04 e C-228/04) e sancito dai giudici amministrativi nazionali, “laddove l'impresa si sia avvalsa di ricorsi giurisdizionali o amministrativi avverso atti di accertamento del debito o abbia usufruito di condono fiscale o previdenziale o, infine, abbia ottenuto una rateizzazione o riduzione del debito, la stessa deve essere considerata in regola, a condizione che provi di aver presentato ricorso o di aver beneficiato di tali misure, entro il termine di scadenza per la presentazione della domanda di partecipazione alla gara ovvero di presentazione dell'offerta.

L'operatore economico deve dimostrare di avere beneficiato di tali misure o di avere proposto i predetti ricorsi entro la scadenza del termine di presentazione delle offerte o delle domande di partecipazione in caso di procedure ristrette. Tale condizione è essenziale, in quanto il requisito della regolarità tributaria, costituendo presupposto per la partecipazione alla procedura di affidamento, deve sussistere al momento della scadenza del termine

di partecipazione ed essere mantenuto per tutto lo svolgimento della gara fino all'aggiudicazione (T.A.R. Puglia Bari, sez. I, 12 giugno 2008, n. 1479; T.A.R. Lazio, sez. III, 5 marzo 2009, n. 2279). Pertanto, così come sarebbe irrilevante un adempimento tardivo (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 30 gennaio 2006, n. 288) per converso, ai fini dell'esclusione, la definitività dell'accertamento deve parimenti sussistere al momento della presentazione dell'offerta o della domanda di partecipazione [...].”

L'assunto è ribadito anche nelle più recente giurisprudenza del Consiglio di Stato, secondo la quale “non può escludersi la situazione di inoppugnabilità di una cartella esattoriale per il semplice fatto che sia stato proposto ricorso giurisdizionale avverso il provvedimento, senza attribuire alcuna rilevanza alla preclusione derivante dall'inosservanza, emergente dagli atti, dei termini perentori di decadenza. In caso contrario, l'esperimento dell'azione si risolverebbe in un comodo espediente per eludere l'applicazione della legge.” (Cons. St., sez. V, 23 marzo 2009, n. 1755).

Nel caso di specie, risulta che l'odierna resistente, nel verificare la regolarità della posizione contributiva della Recir, nonché la veridicità della dichiarazione dalla stessa resa in sede di partecipazione alla gara, si sia pienamente attenuta ai principi testé evidenziati.

Si è già ricordato, infatti, che alla data del 23 maggio 2008, Recir non aveva ancora avuto conoscenza legale del rigetto del ricorso

proposto innanzi alla Commissione Tributaria provinciale avverso l'accertamento d'imposta relativo all'anno 1991.

Il contenzioso in precedenza attivato era, pertanto, ancora pendente e non sussisteva alcuna "violazione definitivamente accertata".

Parte ricorrente insiste tuttavia sulla circostanza che la dichiarazione resa da Recir fosse "mendace" per non avere dato conto della pendenza di siffatto contenzioso.

Al riguardo, rileva il Collegio che la dichiarazione sostitutiva prevista dalla *lex specialis* (cfr. l'allegato A del disciplinare annesso alla lettera di invito), si limita, con formulazione generica, a richiamare l'insussistenza delle cause di esclusione di cui all'art. 38, comma 1, del più volte richiamato d.lgs. n. 163/2006.

In materia, la giurisprudenza amministrativa ha affermato che "laddove il bando richiede genericamente una dichiarazione di insussistenza delle cause di esclusione dell'art. 38 [...] esso giustifica una valutazione di gravità/non gravità compiuta dal concorrente, sicché il concorrente non può essere escluso per il solo fatto dell'omissione formale, cioè di non aver dichiarato tutte le condanne penali o tutte le violazioni contributive; andrà escluso solo ove la stazione appaltante ritenga che le condanne o le violazioni contributive siano gravi e definitivamente accertate. La dichiarazione del concorrente, in tale caso, non può essere ritenuta 'falsa' [...] Diverso discorso deve essere fatto quando il bando sia più preciso, e non si limiti a chiedere una generica dichiarazione di insussistenza

delle cause di esclusione di cui all'art. 38, codice, ma specifichi che vanno dichiarate tutte le condanne penali, o tutte le violazioni contributive: in tal caso, il bando esige una dichiarazione dal contenuto più ampio e più puntuale rispetto a quanto prescritto dall'art. 38 codice, all'evidente fine di riservare alla stazione appaltante la valutazione di gravità o meno dell'illecito, al fine dell'esclusione. In siffatta ipotesi, la causa di esclusione non è solo quella, sostanziale, dell'essere stata commessa una grave violazione, ma anche quella, formale, di aver omesso una dichiarazione prescritta dal bando” (così Cons. St., sez. VI, 04 agosto 2009, n. 4905).

L'assunto è ormai consolidato nella giurisprudenza del Consiglio di Stato, il quale ha ulteriormente osservato che “il comma 1 dell'art. 38 d.lg. n. 163 del 2006 ricollega l'esclusione dalla gara al dato sostanziale del mancato possesso dei requisiti indicati, mentre il comma 2 non prevede analoga sanzione per l'ipotesi della mancata o non perspicua dichiarazione. Da ciò discende che solo l'insussistenza, in concreto, delle cause di esclusione previste dall'art. 38 comporta, "ope legis", l'effetto espulsivo. Quando, al contrario, il partecipante sia in possesso di tutti i requisiti richiesti e la "lex specialis" non preveda espressamente la pena dell'esclusione in relazione alla mancata osservanza delle puntuali prescrizioni sulle modalità e sull'oggetto delle dichiarazioni da fornire, facendo generico richiamo all'assenza delle cause impeditive di cui all'art. 38,

L'omissione non produce alcun pregiudizio agli interessi presidiati dalla norma, ricorrendo un'ipotesi di "falso innocuo", come tale insuscettibile, in carenza di una espressa previsione legislativa o - si ripete - della legge di gara, a fondare l'esclusione, le cui ipotesi sono tassative." (Cons. St., sez. V, 9 novembre 2010 , n. 7967).

Nel caso di specie, reputa il Collegio che, come già evidenziato in sede cautelare, non vi fosse alcun onere, da parte di Recir, di informarsi circa lo stato del contenzioso tributario in precedenza attivato, né, comunque, vi fosse la necessità di indicare anche gli estremi di quest'ultimo, non essendo rinvenibile, in tal senso, alcuna specifica prescrizione di gara.

4. In definitiva, per quanto appena argomentato, il ricorso principale, e i motivi aggiunti, debbono essere respinti.

Il ricorso incidentale va invece dichiarato improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse.

Le spese seguono, come di regola, la soccombenza e vengono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale amministrativo regionale del Lazio, sede di Roma, sez. I[^], definitivamente pronunciando, così provvede;

- 1) respinge il ricorso principale e i motivi aggiunti;
- 2) dichiara improcedibile il ricorso incidentale;
- 3) condanna Siram s.p.a. alla rifusione delle spese di giudizio, che si liquidano in euro 1.200,00 (milleduecento/00) oltre agli accessori,

come per legge, in favore della Banca d'Italia, ed in euro 1.200,00 (milleduecento/00) oltre agli accessori, come per legge, in favore di Recir s.r.l..

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 26 gennaio 2011 con l'intervento dei magistrati:

Giorgio Giovannini, Presidente

Roberto Politi, Consigliere

Silvia Martino, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 21/03/2011

IL SEGRETARIO

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