

Pubblicato il 04/08/2020

N. 00888/2020 REG.PROV.COLL.
N. 00021/2020 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 la Puglia

Lecce - Sezione Seconda

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 21 del 2020, proposto da
-OMISSIS- S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e
difesa dall'avvocato Domenico Mastrolia, con domicilio digitale come da PEC
da Registri di Giustizia;

contro

Comune di -OMISSIS-, in persona del legale rappresentante p.t.,
rappresentato e difeso dagli avvocati Emanuela Guarino e Monica Canepa,
con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

di: -OMISSIS- S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e
difesa dagli avvocati Ada Matteo, Saverio Sticchi Damiani e Matteo Sanapo,
con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

- della determinazione n. -OMISSIS- del 27 novembre 2019, comunicata a
mezzo pec il 28 novembre 2019, con la quale, annullando la precedente
determinazione n. -OMISSIS-/2109, si è proceduto ad escludere dalla gara

per “il servizio di raccolta e trasporto dei rifiuti solidi urbani e rifiuti assimilabili da avviare a smaltimento, recupero, raccolta differenziata e di ulteriori servizi accessori”, l’impresa ricorrente;

- del provvedimento di aggiudicazione della gara n. -OMISSIS- del 13 dicembre 2019 e, ove occorra, di tutti i verbali di gara della suddetta procedura;

- di tutti gli atti e i provvedimenti (anche quelli eventuali di silenzio-rigetto) di gara, per quanto lesivi degli interessi della ricorrente;

- di ogni altro atto e/o provvedimento preliminare, presupposto, connesso o attuativo e/o consequenziale;

per la declaratoria di inefficacia del contratto di appalto, ove nelle more sottoscritto;

per il risarcimento del danno ingiustamente subito dalla ricorrente per effetto dell’illegittimità dell’aggiudicazione della gara d’appalto, con la disponibilità della ricorrente a subentrare nel contratto eventualmente stipulato ai sensi dell’art. 121 e ss. del codice del processo amministrativo.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di -OMISSIS- e di -OMISSIS- S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore il dott. Andrea Vitucci nell’udienza pubblica del giorno 28 luglio 2020, svoltasi in videoconferenza secondo quanto disposto dall’art. 4, comma 1, D.L. 30 aprile 2020, n. 28, convertito, con modificazioni, dalla Legge 25 giugno 2020, n. 70, e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale; Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1) La ricorrente -OMISSIS- s.r.l. (di seguito solo “-OMISSIS-”) partecipava alla gara, bandita dal Comune di -OMISSIS-, per l’affidamento dell’appalto del servizio di raccolta e trasporto dei rifiuti solidi urbani e rifiuti assimilabili

da avviare a smaltimento, recupero, raccolta differenziata e di ulteriori servizi accessori.

2) La ricorrente impugna sia la determinazione n. -OMISSIS- del 27 novembre 2019, con cui la P.A. la escludeva dalla gara per una riscontrata irregolarità fiscale, sia la determina n. -OMISSIS- del 13 dicembre 2019, di aggiudicazione della gara a -OMISSIS- s.r.l. (di seguito solo “-OMISSIS-”).

3) Il provvedimento di esclusione deriva dal fatto che è risultato che la ricorrente non aveva pagato la TARI 2013, per un importo complessivo di 20.191,00 euro, giusta avviso di accertamento n. -OMISSIS- del 17 ottobre 2016, notificatole il 26 ottobre 2016. La ricorrente è stata quindi esclusa ai sensi dell’art. 80, comma 4, D. Lgs. n. 50/2016 (secondo cui “*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. Costituiscono gravi violazioni quelle che comportano un omesso pagamento di imposte e tasse superiore all'importo di cui all'articolo 48-bis, commi 1 e 2-bis del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 602. Costituiscono violazioni definitivamente accertate quelle contenute in sentenze o atti amministrativi non più soggetti ad impugnazione (...)*”). La Stazione Appaltante ha altresì precisato che la documentazione presentata in gara dalla ricorrente non lasciava emergere alcuna pendenza tributaria e ha quindi ritenuto applicabile anche l’art. 80, comma 12, D. Lgs. n. 50/2016 (secondo cui “*In caso di presentazione di falsa dichiarazione o falsa documentazione, nelle procedure di gara e negli affidamenti di subappalto, la stazione appaltante ne dà segnalazione all'Autorità che, se ritiene che siano state rese con dolo o colpa grave in considerazione della rilevanza o della gravità dei fatti oggetto della falsa dichiarazione o della presentazione di falsa documentazione, dispone l'iscrizione nel casellario informatico ai fini dell'esclusione dalle procedure di gara e dagli affidamenti di subappalto ai sensi del comma 1 fino a due anni, decorso il quale l'iscrizione è cancellata e perde comunque efficacia*”).

4) La causa veniva trattenuta in decisione in esito all'udienza pubblica del 28 luglio 2020, svoltasi con le modalità e le presenze dei difensori per come specificate nel verbale e nel corso della quale veniva formulato avviso, *ex art.* 73, comma 3, c.p.a., di possibile parziale inammissibilità del ricorso nella misura in cui, con lo stesso, si censura la segnalazione all'ANAC, in quanto atto non immediatamente lesivo.

5) Con il primo motivo di ricorso (con cui si denuncia violazione della *lex specialis* di gara, violazione e falsa applicazione dell'art. 80 e ss. del D. Lgs. 50/2016, dell'art. 48-*bis* del D.P.R. n. 602/1973, violazione dei più generali principi in materia di gare pubbliche, eccesso di potere per illogicità manifesta e sviamento), si sostiene che:

- a) la società ricorrente non era al corrente del debito tributario in ragione del quale è stata esclusa, perché non le sarebbe mai stato validamente notificato l'avviso di accertamento in data 26 ottobre 2016;

- b) infatti, avutane notizia in sede di gara e spiegato accesso presso la società incaricata della riscossione, la ricorrente appurava l'esistenza di un avviso di ricezione dello stesso avente n.15108036664-3, effettivamente indirizzato alla sede legale della società e controfirmato da un soggetto ricevente con una sottoscrizione poco leggibile;

- c) più in particolare, l'avviso di ritorno della raccomandata spedita alla sede della società parrebbe essere stato firmato da colui che negli anni è stato l'incaricato (della società) al ritiro dei plichi, che tuttavia aveva cessato di lavorare presso la società in data 31 agosto 2016, mentre la notifica è di ottobre 2016;

- d) quindi, a detta della ricorrente, ammesso e non concesso che l'atto sia stato recapitato, sarebbe stato consegnato a soggetto non titolato a riceverlo;

- e) le riferite circostanze varrebbero quindi ad escludere la violazione dell'art. 80, comma 4, D. Lgs. n. 50/2016;

- f) la ricorrente ha comunque spontaneamente estinto il debito, una volta venutane a conoscenza;

- g) non essendoci stata una valida notifica, il debito per TARI 2013 dovrebbe comunque ritenersi prescritto;
- h) anche a voler ammettere che la ricorrente abbia ricevuto l'avviso di accertamento, la stessa non avrebbe commesso una violazione definitivamente accertata degli obblighi relativi al pagamento di tasse e imposte, in quanto, essendo la TARI un tributo soggetto a liquidazione automatica, il primo atto impositivo è da ravvisarsi non già nell'avviso di accertamento (che è solo eventuale) ma nella cartella di pagamento, che non le è stata notificata (ed avendo comunque la ricorrente spontaneamente corrisposto il dovuto a titolo di TARI);
- i) la violazione non sarebbe grave, in quanto al di sotto della soglia rilevante di 10.000 euro (cioè per un importo di 8.700 euro circa), poi ridotta a 5.000 euro nel 2018, ma applicabile *ratione temporis*, in quanto si tratta di TARI 2013 e di avviso di accertamento del 2016 (v. pag. 16 ricorso);
- j) infatti, l'importo del tributo non pagato sarebbe inferiore alla predetta soglia, mentre il resto del dovuto sarebbe da ascrivere a sanzioni e interessi;
- k) ne deriverebbe che ciò che rileva, ai fini del superamento della predetta soglia, è solo la violazione dell'obbligo tributario principale, rimasto inadempito, atteso che l'art. 80, comma 4, cit. fa riferimento al mancato pagamento di "*imposte e tasse*" e non alla normativa fiscale *lato sensu* violata;
- l) la TARI non è nemmeno un tributo ma una tariffa ed, inoltre, la ricorrente è creditrice di ingenti somme nei confronti del Comune di -OMISSIS-, Comune che avrebbe quindi potuto procedere a compensazione;
- m) è comunque illegittima la determinazione di esclusione nella parte in cui il RUP ritiene applicabile l'art. 80, comma 12, del D Lgs. 50/2016 in relazione all'omessa dichiarazione da parte della società -OMISSIS- della pendenza tributaria;
- n) la Stazione Appaltante non avrebbe dovuto disporre l'applicazione di quanto previsto dal cit. comma 12, ovvero la segnalazione all'ANAC (per

l'assunzione di eventuali provvedimenti) e comunque la Stazione Appaltante avrebbe dovuto procedere ad una previa adeguata istruttoria.

6) Con secondo motivo di ricorso (con cui si denuncia violazione della *lex specialis* di gara, violazione e falsa applicazione dell'art. 80 e ss. del D. Lgs. 50/2016, violazione dei più generali principi in materia di gare pubbliche, eccesso di potere per illogicità manifesta e sviamento), si deduce che:

-a) per i vizi sopra denunciati sarebbe viziata per illegittimità derivata la conseguente aggiudicazione definitiva disposta in favore della società -OMISSIS-;

-b) -OMISSIS- avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara per irregolarità fiscali e contributive (da evidenziare in preannunciati motivi aggiunti, che poi non sono stati proposti).

7) Osserva il Collegio quanto segue.

7.1) Con riferimento al primo gruppo di doglianze di cui al primo motivo di ricorso (incentrate sul fatto che l'avviso di accertamento – prodotto in atti dal Comune di -OMISSIS- in data 16 gennaio 2020 – non sarebbe stato validamente notificato alla ricorrente e presumibilmente firmato, non per esteso, con le iniziali di soggetto che fino al 31 agosto 2016 era stato addetto alla ricezione degli atti, mentre l'avviso è del 26 ottobre 2016, v. censure dalla lettera “a” ad “e” precedente punto 5), va rilevato che è circostanza del tutto irrilevante il fatto che non vi sia la firma per esteso, atteso che ciò che conta è la paternità della ricezione, che l'incaricato alla distribuzione ha accertato con atto fidefacente sino a querela di falso, mai proposta dalla ricorrente (v., in tal senso, T.A.R. Lecce, 13 luglio 2020, n. -OMISSIS-). Inoltre la ricorrente non fornisce alcun indice di prova di essere stata, senza sua colpa, nella impossibilità di avere conoscenza dell'avviso (cfr. art. 1335 c.c.), riconoscendo, per converso, che lo stesso è stato recapitato alla sua sede legale. Sarebbe quindi stato onere della ricorrente predisporre tutti gli accorgimenti necessari ad evitare che soggetti non più nel suo organico continuassero a svolgere attività, quali la ricezione degli atti, alla medesima

imputabili. Ne deriva ancora che, essendo stata validamente effettuata la notifica dell'avviso di accertamento nel 2016, per un debito del 2013, deve ritenersi che non sia venuto meno per decorso del tempo il debito tributario (laddove parte ricorrente ha chiesto di accertarne incidentalmente l'intervenuta "prescrizione", v. censura di cui alla lettera "g" precedente punto 5 e pag. 12 ricorso), in quanto risulta rispettato il termine di cinque anni previsto dall'art. 1, comma 161, secondo periodo, Legge n. 296/2006 (secondo cui, per i tributi locali, *"Gli avvisi di accertamento in rettifica e d'ufficio devono essere notificati, a pena di decadenza, entro il 31 dicembre del quinto anno successivo a quello in cui la dichiarazione o il versamento sono stati o avrebbero dovuto essere effettuati"*).

7.2) Né giova alla ricorrente sostenere di aver pagato spontaneamente il debito (v. deduzione di cui alla lettera "f" precedente punto 5), in quanto il *self-cleaning* è ammesso dall'art. 80, comma 4, cit., fino alla scadenza del termine di presentazione delle domande di partecipazione alla gara. Al riguardo, infatti, il termine scadeva il 15 ottobre 2019 (come si evince dalla determina di esclusione impugnata) e la ricorrente aveva conoscenza legale del debito dall'ottobre 2016.

7.3) Nemmeno giova alla ricorrente affermare che la TARI sarebbe tra le imposte soggette a liquidazione automatica (v. lettera "h" precedente punto 5), in quanto, come eccepito dal Comune (v. pag. 9 memoria del 16 gennaio 2020), ai sensi dell'art. 1, comma 161, Legge n. 296/2006, *"Gli enti locali, relativamente ai tributi di propria competenza, procedono alla rettifica delle dichiarazioni incomplete o infedeli o dei parziali o ritardati versamenti, nonché all'accertamento d'ufficio delle omesse dichiarazioni o degli omessi versamenti, notificando al contribuente, anche a mezzo posta con raccomandata con avviso di ricevimento, un apposito avviso motivato"*. Risulta quindi, dal dettato normativo, che è l'avviso di accertamento l'atto con cui si esercita la pretesa tributaria, come infatti è avvenuto nel caso di specie.

7.4) Con riferimento poi alla contestazione della gravità della violazione (in quanto, a detta della ricorrente, dovrebbe aversi riguardo al limite, anteriore al

2018, di 10mila euro e solo all'importo del tributo non pagato, escluse sanzioni e interessi – con la conseguenza che l'importo di cui all'avviso di accertamento del 2016 per la TARI 2013 scenderebbe al di sotto del limite di 10mila euro, in quanto ammontante a circa 8.700 euro – v. censure di cui alle lettere da “i” a “k” precedente punto 5), va osservato che, diversamente da quanto sostenuto dalla ricorrente, gli interessi e le sanzioni, avendo carattere accessorio del debito principale, di quest'ultimo ripetono la natura (v. T.A.R. Lazio, Roma, 6 febbraio 2017, n. 2011) e *“la riconduzione a pieno titolo di interessi e sanzioni nel concetto di imposte e tasse è confermata dalla espressa previsione dell'art. 57, par. 2, della direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sugli appalti pubblici”* (C.d.S., 13 dicembre 2017, n. 5888). Ne deriva che, nel caso di specie, anche volendo fare riferimento alla previgente soglia di 10mila euro, questa risulta comunque superata.

7.5) Nel rilevare inoltre che la TARI è una *“tassa”* per definizione normativa (v. art. 1, comma 639, L. n. 147/2013), non giova a parte ricorrente dedurre che la P.A. avrebbe potuto compensare il debito tributario con crediti non tributari vantati dalla ricorrente verso il Comune (v. censura lettera “l” precedente punto 5), in quanto la compensazione in tale ambito è possibile solo secondo la specifica disciplina tributaria: sul punto la giurisprudenza rileva infatti che *“in via di principio l'obbligazione tributaria va estinta mediante versamento dell'importo dovuto nelle casse del Concessionario della riscossione, e che, in materia tributaria, la compensazione è ammessa, in deroga alle comuni disposizioni civilistiche, soltanto nei casi espressamente previsti, non potendo derogarsi al principio secondo cui ogni operazione di versamento, di riscossione e di rimborso ed ogni deduzione è regolata da specifiche, inderogabili norme di legge. Nè tale principio può ritenersi superato per effetto della L. n. 212 del 2000, art. 8, comma 1, (“Statuto dei diritti del contribuente”), il quale, nel prevedere in via generale l'estinzione dell'obbligazione tributaria per compensazione, ha lasciato ferme, in via transitoria, le disposizioni vigenti, demandando ad appositi regolamenti l'estensione di tale istituto ai tributi per i quali non*

era contemplato, a decorrere dall'anno d'imposta 2002 (Cass. 15123/2006; 12262/2007; 17001/2013)" (Cass., 18 maggio 2016, n. 10207).

7.6) Con riferimento alla parte di cui al primo motivo di ricorso, relativa all'impugnazione della segnalazione all'ANAC – e precisato che, se è vero che, ai fini della sussistenza del debito tributario (e quindi della autonoma causa di esclusione di cui al cit. art. 80, comma 4) rileva la presunzione di conoscenza dell'avviso di accertamento (non essendo stata fornita la prova del contrario), è altrettanto vero che da tale presunzione legale non può automaticamente inferirsi, in assenza di una specifica istruttoria in tal senso e solo sulla base della mera circostanza che dalla documentazione di gara presentata dalla ricorrente non emergevano pendenze tributarie, che la ricorrente sia incorsa in una falsa o in una omessa dichiarazione –, deve ritenersi che, per tale parte, il gravame sia inammissibile, in quanto comunque rivolto contro un atto *“prodromico ed endoprocedimentale, come tale non impugnabile poiché non dotato di autonoma lesività, potendo essere fatti valere eventuali suoi vizi, unicamente in via derivata, impugnando il provvedimento finale dell'Autorità, unico atto avente natura provvedimento e carattere autoritativo (Cons. Stato, sez. V, 28 marzo 2019, n. 2069)” (C.d.S., 17 settembre 2019, n. 6190).*

7.7) Risultando legittima, per quanto sopra evidenziato, l'esclusione della ricorrente, va da sé che non possono trovare accoglimento le censure di illegittimità derivata dell'aggiudicazione ad -OMISSIS-. Con riferimento, poi, alla deduzione dei vizi propri di tale aggiudicazione, gli stessi sono stati avanzati in modo del tutto generico ed esplorativo (tanto che, al riguardo, la ricorrente ha formulato riserva di motivi aggiunti che poi non sono stati presentati). Ne deriva che anche il secondo motivo di ricorso è infondato.

7.8) Il ricorso va quindi dichiarato in parte infondato e in parte inammissibile.

8) Le spese vanno regolate, secondo soccombenza, nella misura di cui in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia di Lecce, Sezione Seconda, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo dichiara in parte infondato e in parte inammissibile.

Condanna parte ricorrente al pagamento delle spese di lite, che si liquidano:

- in favore del Comune di -OMISSIS-, nella misura di euro 1.500,00 (millecinquecento/00), oltre accessori di legge;
- in favore di -OMISSIS- S.r.l., nella misura di euro 1.500,00 (millecinquecento/00), oltre accessori di legge.

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

Vista la richiesta della parte interessata e ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'articolo 52, comma 1, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, a tutela dei diritti o della dignità della parte interessata, manda alla Segreteria di procedere all'oscuramento delle generalità nonché di qualsiasi altro dato idoneo ad identificare la parte interessata.

Così deciso in Lecce nella camera di consiglio del giorno 28 luglio 2020, tenutasi mediante collegamento da remoto in videoconferenza, secondo quanto previsto dall'art. 84, comma 6, del D.L. 17 marzo 2020, n. 18, convertito, con modificazioni, dalla Legge 24 aprile 2020, n. 27, e dal decreto del Presidente del Consiglio di Stato n. 134 del 22 maggio 2020, con l'intervento dei magistrati:

Eleonora Di Santo, Presidente

Roberto Michele Palmieri, Consigliere

Andrea Vitucci, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Andrea Vitucci

IL PRESIDENTE
Eleonora Di Santo

IL SEGRETARIO

In caso di diffusione omettere le generalità e gli altri dati identificativi dei soggetti interessati nei termini indicati.