



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Prima Ter)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 129 del 2011, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Compass Group Italia Spa, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avv.ti Massimo Militermi e Innocenzo Militermi, con domicilio eletto presso lo studio dei difensori, situato in Roma, via Giovanni Nicotera n. 29;

contro

Ministero dell'Interno, in persona del Ministro p.t., rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato presso cui è legalmente domiciliato in Roma, via dei Portoghesi n. 12;

nei confronti di

Pastore Srl, in proprio e quale componente del RTI con la Ladisa S.p.A. e Cocktail Service s.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avv. Vito Aurelio Pappalepore, con domicilio eletto presso Antonia De Angelis in Roma, via Portuense n. 104;

Ladisa S.p.A., in proprio e quale componente del RTI con la Pastore s.r.l. e Cocktail Service s.r.l., in persona del legale rappresentante p.t.;

Cocktail Service s.r.l., in proprio e quale componente del RTI con la Pastore s.r.l. e Ladisa S.p.A., in persona del legale rappresentante p.t.;

e con l'intervento di

ad opponendum:

Consorzio Nazionale Servizi Soc.Coop., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avv. Massimiliano Brugnoletti, con domicilio eletto presso lo studio del difensore, situato in Roma, via Antonio Bertoloni n. 26/B;

per l'annullamento

1) quanto al ricorso introduttivo:

previa sospensiva,

- della nota prot. n. 750.C.1.CONT.LOTTO 4.11-12/5666 del 7.12.2010, con la quale il Ministero dell'Interno ha comunicato alla Compass Group Italia S.p.A. l'esclusione dalla gara, e del decreto prot. n. 750.C.1.CONT.LOTTO 4.11-12/5666 del 7.12.2010, di esclusione;

nonché, per illegittimità derivata:

- della nota prot. n. 750 C.1.Cont.Lotto 4.11-12/5868 del 21 dicembre 2010, con cui il Ministero dell'Interno ha comunicato l'avvenuta aggiudicazione definitiva e del decreto n. 750.C.1.CONT.LOTTO4.11-12/5868 del 20 dicembre 2010 di aggiudicazione definitiva nei confronti dell'ATI Ladisa S.p.A., Pastore s.r.l. e Cocktail s.r.l.;

- di tutti gli atti ad essi presupposti, antecedenti, conseguenti e comunque connessi;

nonché per la dichiarazione di inefficacia del contratto, ove medio tempore stipulato, e subentro nello stesso;

nonché per la condanna, nel caso di impossibilità al risarcimento in forma specifica, del resistente Ministero dell'Interno al risarcimento del danno ingiustamente subito, ai sensi dell'art. 30 d.lgs. n. 104 del 2010;

2) quanto ai I motivi aggiunti:

previa sospensiva,

- della delibera di indizione della gara;

- di tutti i verbali di gara ;

in relazione al lotto 4;

- della lettera di invito;

- del bando di gara;

- del decreto del 28 maggio 2010 di nomina della Commissione di gara;

nonché, per illegittimità derivata,

- degli atti consequenziali specificamente indicati;

nonché per la dichiarazione di inefficacia del contratto, ove medio tempore stipulato, e subentro nello stesso;

nonché per la condanna, nel caso di impossibilità al risarcimento in forma specifica, del resistente Ministero dell'Interno al risarcimento del danno ingiustamente subito dalla ricorrente, ai sensi dell'art. 30 d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104;

3) quanto ai II motivi aggiunti:

- della nota prot. n. 750.C.1./CONT.LOTTO 4.11-12/1449 del 9 marzo 2011, con la quale il Ministero dell'Interno ha comunicato alla ricorrente l'intervenuta stipulazione del contratto relativo al servizio di mensa presso gli organismi della Polizia di Stato con il R.T.I. Pastore s.r.l., Ladisa S.p.A. e Cocktail Service s.r.l.;

- di tutti gli atti presupposti, consequenziali e connessi;

nonché per la declaratoria di inefficacia del contratto medio tempore stipulato e subentro nello stesso;

nonché per la condanna, in caso di impossibilità al risarcimento in forma specifica, del resistente Ministero dell'Interno al risarcimento del danno ingiustamente subito dalla ricorrente, ai sensi dell'art. 30 d.lgs. n. 104 del 2010;

4) quanto ai III motivi aggiunti:

- della nota prot. N. 750.C.1.LOTTO4.11-12.2494 del 10 maggio 2011, con cui il Ministero dell'Interno ha comunicato di provvedere ad incamerare la cauzione provvisoria prestata, per conto della Compass Group Italia S.p.A., dalla Coface Assicurazioni in favore della Stazione Appaltante, ai fini della partecipazione alla gara, unitamente all'eventuale provvedimento deliberativo, di estremi e contenuto sconosciuti;

- ove occorrer possa, dell'atto di segnalazione all'AVCP e della relativa nota del 12 maggio 2011, prot. n. 750.C.1.CONT.LOTTO4.11-12/2705, nella parte in cui, sub punto 8.2., ha indicato quale provvedimento adottato in caso di esclusione dalla gara quello dell'escussione della cauzione;

- di tutti gli atti presupposti, consequenziali e connessi a quello impugnato;

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero dell'Interno e della Pastore s.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 29 novembre 2012 il Consigliere Antonella Mangia e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

1. Attraverso l'atto introduttivo del presente giudizio, notificato in data 12-13 gennaio 2011 e depositato il successivo 15 gennaio 2011, la società ricorrente impugna il provvedimento con cui, in data 7 dicembre 2010, è stata esclusa – relativamente al lotto 4, di interesse in questa sede - dalla gara indetta dal Ministero dell'Interno per l'affidamento del servizio di mensa per i propri dipendenti del Dipartimento di Pubblica Sicurezza ed il provvedimento con cui – nel prosieguo – la già citata Amministrazione ha proceduto all'aggiudicazione definitiva nei confronti dell'ATI Ladisa S.p.A., Pastore s.r.l. e Cocktail s.r.l..

In particolare la ricorrente espone quanto segue:

- con bando GU/S-100-152473-2010-IT, pubblicato nella GUCE del 26 maggio 2010, il Ministero dell'Interno indiceva la gara de qua, suddivisa in 4 lotti;

- il punto III.2.1. del bando stabiliva che ciascun partecipante presentasse, tra le altre, una dichiarazione, resa ai sensi degli artt. 46 e 47 D.P.R. 445/2000, circa la non sussistenza di cause di esclusione ex art. 38 del d.lgs. n. 163/2006;

- entro il termine all'uopo prescritto (21 giugno 2010), presentava regolare domanda ed, in seguito, veniva invitata a presentare l'offerta;

- la procedura si concludeva con l'aggiudicazione provvisoria a suo favore, avendo ottenuto il punteggio massimo di 100 punti;

- veniva, pertanto, invitata a presentare la documentazione dimostrante il possesso dei requisiti di ordine speciale dichiarati, tra cui il certificato del Ministero dell'Economia e delle Finanze – Agenzia delle Entrate, da cui si evincesse la regolarità con il pagamento di imposte e tasse;

- atteso che dal documento presentato emergevano violazioni definitivamente accertate, con provvedimento del 7 dicembre 2010 il Ministero dell'Interno decretava la sua esclusione dalla gara e la decadenza dall'aggiudicazione provvisoria per carenza del requisito di cui all'art. 38, lett. g, d.lgs. n. 163/2006;

- di seguito l'Amministrazione aggiudicava il lotto n. 4 (relativo al servizio di mensa per gli organi di Polizia di Stato dislocati nelle Regioni del Sud ed Isole) all'ATI Ladisa S.p.A., Pastore s.r.l. e Cocktail s.r.l..

Avverso i su indicati provvedimenti la ricorrente insorge deducendo i seguenti motivi di diritto:

I. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 45 DIRETTIVA 2004/18. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEGLI ARTT. 38, COMMA 1, LETT. G), 2, D.LGS. 163/2006. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEL PRINCIPIO DI IMPARZIALITA' E BUON ANDAMENTO DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE, DI CUI ALL'ART. 97 COSTITUZIONE. Lo scopo della previsione in materia di "violazioni definitivamente accertate rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse" è quello "di impedire la partecipazione alle gare di soggetti che non siano da ritenere affidabili". Ciò detto, appare evidente che non possono considerarsi tali i soggetti a carico dei quali risultano violazioni definitivamente accertate di cui non hanno consapevolezza. Tale è la situazione nel caso di specie: la ricorrente non aveva consapevolezza delle violazioni "definitivamente accertate", atteso che quest'ultime si riferivano alla Palmar S.p.A., dalla predetta incorporata nel 2009. Quanto detto trova, tra l'altro, conferma nella circostanza che in certificati rilasciati in

precedenza alla ricorrente “non vi è alcuna traccia delle violazioni in questione”. Le altre violazioni riportate nel certificato non erano definitivamente accertate al momento della presentazione della domanda di partecipazione. In particolare, la violazione relativa alla cartella di pagamento n. 1102010028890374 era stata già pagata il 28 luglio 2010; tuttavia, il pagamento era stata effettuato – per mero errore scusabile – mediante modello F 24 e, dunque, non era stato accettato dall’Agenzia delle Entrate. L’ulteriore violazione è stata, invece, sospesa il 24 agosto 2010, dietro presentazione di ricorso. In definitiva, non può essere sanzionata alcuna inaffidabilità, atteso che le uniche violazioni definitivamente accertate alla data di scadenza del termine di presentazione della domanda di partecipazione non erano conoscibili dalla ricorrente a causa di un disguido dell’Ufficio deputato al rilascio dei certificati, “le cui conseguenze, certamente, non possono ricadere sulla Compass”.

II. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL’ART. 45, DIRETTIVA 2004/18. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEGLI ARTT. 38, COMMA 1, LETT. G), 2, D.LGS. 163/2006. ECCESSO DI POTERE PER DIFETTO DI MOTIVAZIONE, DIFETTO DI ISTRUTTORIA, SVIAMENTO, IRRAGIONEVOLEZZA. Nel caso in esame, la Commissione di gara non ha operato alcuna valutazione in concreto volta ad appurare la “globale regolarità sul piano tributario di ciascuna impresa partecipante alla gara quale eventuale futura contraente con la Pubblica Amministrazione”, la quale – per quanto attiene alla ricorrente – avrebbe avuto sicuro esito negativo, tenuto conto dell’irrisorietà delle somme segnalate nel certificato del 12 novembre 2010 dell’Agenzia delle Entrate.

III. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL’ART. 45, DIRETTIVA 2004/18. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEGLI ARTT. 38, COMMA 1, LETT. G), 2, D.LGS. 163/2006. ECCESSO DI POTERE PER VIOLAZIONE DEI PRINCIPI DI CONCORRENZA E MASSIMA PARTECIPAZIONE ALLE GARE PUBBLICHE.

In ultimo, la ricorrente formula anche istanza di risarcimento del danno, ai sensi dell’art. 30 del d.lgs. n. 104 del 2010 “nel caso di impossibilità di risarcimento in forma specifica”.

In data 10 gennaio 2011 si è costituita la Pastore s.r.l., in proprio e quale capogruppo mandataria dell’ati costituita con le società Ladisa s.p.a. e Cocktail Service s.r.l., così confutando i motivi di impugnativa formulati dalla ricorrente: - ai fini dell’ammissione alle gare, rileva la mera regolarità fiscale, con conseguente irrilevanza della modestia dell’entità del debito definitivamente accertato (la cui sussistenza è desumibile dall’iscrizione al ruolo esecutivo); - ciò detto, il provvedimento di esclusione è immune da censure.

Nel contempo, la controinteressata ha proposto “ricorso incidentale” per impugnare “gli atti gravati, segnatamente quelli afferenti la procedura di affidamento del lotto n. 4 nella parte in cui la Stazione appaltante ha omesso di escludere dalla gara la Compass Group Italia spa per carenza dei requisiti di ammissione”, denunciando i seguenti vizi:

1. VIOLAZIONE DI LEGGE (ART. 38, D.LGS. N. 163/2006; ART. 17 DELLA L. 12 MARZO 1999 N. 68). VIOLAZIONE DELLA LEX SPECIALIS E DELLA PAR CONDICIO. ECCESSO DI POTERE PER ERRONEA PRESUPPOSIZIONE, ILLOGICITA’ MANIFESTA, TRAVISAMENTO, DISPARITA’ DI TRATTAMENTO. SVIAMENTO. La ricorrente “non ha reso la dichiarazione circa il rispetto delle norme a tutela del diritto al lavoro dei disabili”, “diversa ed ulteriore rispetto a quella relativa al (generico) possesso dei requisiti di carattere generale di cui all’art. 38, d.lgs. n. 163/2006”. “Manca, altresì, la dichiarazione relativa alla situazione di controllo di cui all’articolo 2359 del codice civile”. Non consta, poi, che la dichiarazione ex art. 38 in argomento sia stata resa da tutti gli amministratori della società, “nel cui novero rientrano .. numerosi procuratori speciali”. “Si deduce, infine, che la fideiussione allegata all’offerta dell’aggiudicataria provvisoria non riporta in forma esplicita, come richiesto dalla lettera d’invito, la clausola che la garanzia seguirà ad essere in vigore oltre la scadenza prevista fino al rilascio del nulla osta di svincolo”.

Con memoria prodotta l’11 gennaio 2011 la controinteressata ha insistito sulla rilevanza della regolarità fiscale non

solo al momento di presentazione dell'offerta ma anche nelle fasi successive, sino al momento dell'aggiudicazione, e sul trasferimento ipso iure delle situazioni soggettive proprie delle incorporate alla società incorporante.

Con atto depositato in data 14 gennaio 2011 si è costituito il Ministero dell'Interno.

In data 24 gennaio 2011 il Consorzio Nazionale Servizi Soc. Coop. – interessato all'aggiudicazione della gara in quanto “attualmente secondo in graduatoria” e proponente di apposito ricorso avverso il provvedimento di aggiudicazione al RTI Pastore, Ladisa, Cocktail – ha prodotto intervento ad opponendum”, caratterizzato – in sintesi – dal seguente contenuto: - premesso che la Compass, pur avendo presentato domanda di partecipazione per tutti e quattro i lotti, ha poi presentato offerta per i solo lotti 1 e 4, ottenendo l'aggiudicazione provvisoria di quest'ultimo, è da rilevare la sussistenza a suo carico di ben cinque irregolarità tributarie riportate in note esattoriali definitive e non impugnate; - ciò detto, la carenza del requisito della regolarità tributaria risulta provata; - posta l'irrelevanza dell'aspetto soggettivo della consapevolezza (a cui può essere eventualmente riconosciuto rilievo sul piano della falsità o meno della dichiarazione) e di qualsiasi apprezzamento discrezionale in ordine all'entità della violazione contestata, il provvedimento di esclusione è da ritenere legittimamente adottato.

2. In data 25 gennaio 2011 la ricorrente ha depositato ricorso per motivi aggiunti, notificato in pari data, proposto per l'annullamento – previa sospensiva – della delibera di indizione della gara, di tutti i verbali di gara, della lettera di invito, del bando di gara e del D.M. 28 maggio 2010 di nomina della Commissione di gara.

A tale fine deduce i seguenti motivi di diritto:

SULLA ILLEGITTIMITA' DELLA FASE DI PREQUALIFICA.

I. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEGLI ARTT. 2, 84 D.LGS. 163/2006. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEI PRINCIPI DI: BUON ANDAMENTO NELLE GARE PUBBLICHE; TRASPARENZA, PAR CONDICIO, in quanto la Commissione di gara è stata nominata con decreto del 28 maggio 2010, ovvero ben prima del termine di scadenza fissato per la presentazione delle offerte

II. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 2 D.LGS. 163/2006. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEL PRINCIPIO DI PUBBLICITA', IMPARZIALITA' E BUON ANDAMENTO DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE, DI CUI ALL'ART. 97 COSTITUZIONE, atteso che la Commissione non ha proceduto alla verifica dell'integrità dei plichi e del loro contenuto in una regolare seduta pubblica.

SULL'ILLEGITTIMITA' DELLA FASE SUCCESSIVA ALL'INVIO DELLA LETTERA DI INVITO.

III. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 2 D.LGS. 163/2006. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEL PRINCIPIO DI PUBBLICITA', IMPARZIALITA' E BUON ANDAMENTO DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE, DI CUI ALL'ART. 97 COSTITUZIONE. Posto che non è ravvisabile discrezionalità nell'attribuzione del punteggio alle offerte tecniche, anche tale fase non doveva essere espletata in seduta riservata.

IV. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEI PRINCIPI GENERALI IN TEMA DI CONSERVAZIONE DELLA DOCUMENTAZIONE DI GARA. VIOLAZIONE DEL PRINCIPIO DI TRASPARENZA, IMPARZIALITA' E BUON ANDAMENTO DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE, DI CUI ALL'ART. 97 COSTITUZIONE, perché non vi è traccia alcuna dell'avvenuta sigillatura delle buste tra una seduta e l'altra.

In medesima data la ricorrente ha depositato “memoria di replica al ricorso incidentale”, in cui afferma che: - le dichiarazioni che la controinteressata sostiene essere carenti “sono in realtà presenti” perché, “non richiedendo il bando la presentazione di due dichiarazioni separate per le lettere l) ed m) ter” dell'art. 38 d.lgs. n. 163/2006, “bene ha fatto la Compass a rendere un'unica dichiarazione omnicomprensiva”; - la censura sui procuratori è generica e, comunque, infondata perché la dichiarazione ex art. 38 è stata resa da tutti i soggetti a ciò tenuti (ossia i soggetti per i quali la legge richiede il possesso dei requisiti di moralità professionali); - la censura riguardante la garanzia

fideiussoria prestata risulta poi smentita per tabulas.

Con memoria prodotta il 7 febbraio 2011 la ricorrente ha ribadito le censure sollevate.

Il successivo 8 febbraio 2011 l'Amministrazione resistente ha prodotto una memoria, sostenendo: - l'irrelevanza dell'entità del debito; - la mancanza di serietà della società ricorrente per mancata conoscenza della posizione debitoria all'interno del Gruppo; - la necessità della persistenza della regolarità contributiva per tutto l'iter della procedura di gara. In ultimo, ha evidenziato che "la mancata consapevolezza dell'irregolarità potrà .. eventualmente essere valutata positivamente da parte dell'Autorità di Vigilanza dei contratti servizi e forniture, cui il Ministero effettuerà la prevista segnalazione di esclusione, ma non può modificare l'aggiudicazione effettuata a favore di altra ditta che legittimamente ha ora l'aspettativa di eseguire il contratto".

Anche la controinteressata – in medesima data - ha prodotto – documenti ed una memoria, ribadendo la rilevanza della "obiettiva irregolarità fiscale" ai fini dell'esclusione dalla gara. In relazione ai motivi aggiunti, ha sollevato eccezioni di irricevibilità per tardività e di inammissibilità per carenza di interesse; nel merito, ha opposto l'infondatezza delle censure formulate. In ultimo, ha reiterato i motivi di cui al ricorso incidentale.

3. Con ordinanza n. 537/2011 dell'11 febbraio 2011 la Sezione – pronunciandosi sulle domande cautelari di cui ai precedenti gravami – le ha respinte.

Tale provvedimento è stata poi confermato dal Consiglio di Stato con ordinanza n. 1582/2011 dell'8 aprile 2011.

4. Con "ricorso per motivi aggiunti" notificato in data 11 aprile 2011 e depositato il successivo 20 aprile 2011, la ricorrente impugna la nota prot. n. 750.C.1/CONT.LOTTO 4.11-12/1449 del 9 marzo 2011, con la quale il Ministero dell'Interno le ha comunicato l'intervenuta stipulazione del contratto con il RTI Pastore s.r.l, Ladisa S.p.A. e Cocktail Service s.r.l.. Nel contempo, chiede la dichiarazione di inefficacia di quest'ultimo e la condanna, "nel caso di impossibilità al risarcimento in forma specifica", al risarcimento del danno ai sensi dell'art. 30 del d.lgs. n. 104 del 2010.

Ai fini dell'annullamento la ricorrente ripropone le medesime censure già oggetto dei precedenti ricorsi.

5. Il successivo 25 maggio 2011 la ricorrente ha depositato un ulteriore "ricorso per motivi aggiunti" per l'annullamento – previa sospensione - della nota con cui, in data 10 maggio 2011, il Ministero dell'Interno ha comunicato di provvedere ad incamerare la cauzione provvisoria prestata per conto della predetta e, ove occorrer possa, dell'atto di segnalazione all'AVCP e della relativa nota del 12 maggio 2011, prot. n. 750.C.1.CONT.LOTTO4.11-12/2705, nella parte in cui, sub punto 8.2., ha indicato quale provvedimento adottato in caso di esclusione dalla gara quello dell'escussione della cauzione.

A tale fine la ricorrente – dopo aver rappresentato che, a seguito del decreto legge 13 maggio 2011, n. 70, l'art. 38, comma 1, lett. g), del d.lgs. 163/2006 è stato modificato con l'introduzione, dopo la parola "violazioni", dell'aggettivo "gravi" – ha dedotto le seguenti censure:

- illegittimità derivata dall'illegittimità degli atti che precedono, con richiamo dei motivi già formulati;

- illegittimità propria:

VII. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 45, DIRETTIVA 2004/18. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEGLI ARTT. 38, COMMA 1, LETT. G), 2, D.LGS. 163/2006. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEL PRINCIPIO DI IMPARZIALITÀ E BUON ANDAMENTO DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE DI CUI ALL'ART. 97 COSTITUZIONE. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 45, DIRETTIVA 2004/18. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEGLI ARTT. 38, COMMA 1, LETT. G, 2 D.LGS. 163/2006. ECCESSO DI POTERE PER DIFETTO DI MOTIVAZIONE, DIFETTO DI ISTRUTTORIA SVIAMENTO, IRRAGIONEVOLEZZA, atteso che le irregolarità fiscali – al fine di determinare l'esclusione – devono essere ritenute gravi, come, tra l'altro, ora espressamente statuito dalla modifica legislativa

introdotta dal d.l. n. 70 del 2011. Nel caso di specie, è – in primis – da rilevare che la Commissione di gara non ha operato alcuna valutazione in concreto “volta ad appurare non la sussistenza di una mera singola violazione, ma la globale regolarità sul piano tributario” dell’impresa. Se tale indagine fosse stata condotta, sarebbe, comunque, emerso “che le violazioni in questione non erano da ritenersi gravi in quanto ammontavano a 6.835,97 euro, cifra del tutto irrisoria rispetto all’importo totale dell’appalto” ed al volume di affari della ricorrente (pari, per il 2009, a ben 400.385.788,00 euro).

VIII. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL’ART. 45, DIRETTIVA 2004/18. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEGLI ARTT. 38, COMMA 1, LETT. G), 2, D.LGS. 163/2006. ECCESSO DI POTERE PER VIOLAZIONE DEI PRINCIPI DI CONCORRENZA E MASSIMA PARTECIPAZIONE ALLE GARE PUBBLICHE.

Con memorie depositate in date 26 maggio 2011 e 7 giugno 2011 la controinteressata ha ribadito la natura di atto dovuto della disposta esclusione, anche in ragione della valenza della previsione del d.l. n. 70 del 2011, invocata dalla ricorrente, solo per le gare indette “successivamente alla data di entrata in vigore del presente decreto-legge”, come normativamente statuito. Nel contempo, ha insistito sulla fondatezza del ricorso incidentale.

Sempre in data 7 giugno 2011 anche l’Amministrazione resistente ha prodotto documenti ed una memoria con cui ha rilevato che il procedimento in esame è da ritenere soggetto alla disciplina vigente ante d.l. n. 70 del 2011.

Alla camera di consiglio del 10 giugno 2011 la Sezione ha respinto l’istanza cautelare con ordinanza n. 2145/2011.

6. In data 8 novembre 2012 la ricorrente ha prodotto copia del provvedimento con cui, in data 3 ottobre 2012, l’AVCP ha disposto l’archiviazione del procedimento avviato per l’inserimento della predetta nel casellario informatico.

Il successivo 13 novembre 2012 la ricorrente e l’Amministrazione resistente hanno depositato scritti difensivi, insistendo sui rilievi formulati.

All’udienza pubblica del 29 novembre 2012 la causa è stata introitata per la decisione.

DIRITTO

1. In via preliminare, il Collegio ritiene di doversi soffermare sull’ordine di trattazione dei ricorsi principale ed incidentale.

1.1. Al riguardo, appare opportuno ricordare che – da ultimo e precisamente con decisione n. 4 del 2011 – l’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato ha affermato – in sintesi – che:

- il giudizio deve essere sempre definito muovendo dall’esame della questioni preliminari (riguardanti, tra l’altro, la legittimazione e l’interesse al ricorso), così come ora statuito anche dal codice del processo amministrativo (art. 76, comma 4, il quale richiama l’art. 276, comma 2, del c.p.c.);

- “la pregiudizialità logica della verifica della legittimazione alla proposizione del ricorso si manifesta indipendentemente dallo strumento processuale utilizzato per evidenziare la questione”;

- “la contestazione della legittimazione e dell’interesse al ricorso (peraltro, normalmente rilevabili anche d’ufficio dal giudice....) può prospettarsi, a seconda delle circostanze, mediante una semplice deduzione difensiva dell’Amministrazione resistente o del controinteressato. Ma può emergere anche attraverso la proposizione del ricorso incidentale, qualora l’attivazione di tale strumento costituisca lo strumento necessario per accertare l’illegittimità dell’atto su cui si fonda la legittimazione asserita dall’attore principale”;

- da ciò “discende che, qualora il ricorso incidentale abbia la finalità di contestare la legittimazione al ricorso principale, il suo esame assume carattere necessariamente pregiudiziale”, posto che “la sua accertata fondatezza preclude, al giudice, l’esame del merito delle domande proposte dal ricorrente”;

- in definitiva, deve “essere confermato il più risalente indirizzo interpretativo ... , in forza del quale il giudice ha il dovere di decidere gradualisticamente la controversia, secondo l’ordine logico che, di regola, pone la priorità della

definizione delle questioni di rito rispetto alle questioni di merito, e fra le prime la priorità dell'accertamento della ricorrenza dei presupposti processuali rispetto alle condizioni dell'azione", con la conseguenza che le questioni dedotte con il ricorso incidentale della parte controinteressata debbono essere esaminate con precedenza rispetto ad ogni altra sollevata con il ricorso principale qualora comportino "soluzioni ostative o preclusive delle ragioni dedotte col ricorso principale".

Prendendo – in particolare - in considerazione la proposizione di impugnative contro gli atti di affidamento di un contratto pubblico, l'Adunanza Plenaria perviene, pertanto, alle seguenti conclusioni:

- "la situazione legittimante costituita dalla partecipazione alla procedura ... costituisce ... la condizione necessaria per acquisire la legittimazione al ricorso", la quale – comunque – postula "il positivo esito del sindacato sulla ritualità dell'ammissione del soggetto ricorrente alla procedura selettiva", con la conseguenza che "la definitiva esclusione o l'accertamento della illegittimità della partecipazione alla gara impedisce di assegnare al concorrente la titolarità di una situazione sostanziale che lo abiliti ad impugnare gli atti della procedura selettiva";
- "l'accertamento della legittimazione al ricorso, imperniato sull'apprezzamento della legittimità del titolo di partecipazione alla gara del soggetto concorrente, assume comunque rilievo pregiudiziale", sicchè l'esame del ricorso incidentale "escludente" deve sempre assumere carattere preliminare rispetto all'esame del ricorso principale.

1.2. Tutto ciò premesso, il Collegio ritiene che la sopra indicata pronuncia non si attagli alla questione prospettata, posto che i principi nella stessa sanciti investono ipotesi in parte differenti.

Come emerge da quanto rilevato, l'Adunanza Plenaria incentra, infatti, le proprie valutazioni sulla legittimazione e sull'interesse al ricorso in caso di impugnazione degli atti della procedura di gara.

Orbene, la questione prospettata dalla Compass riguarda un caso differente e, precisamente, un caso in cui:

- la ricorrente principale figura già come soggetto escluso dalla gara e, pertanto, il ricorso principale è diretto – primariamente e, comunque, in via pregiudiziale - ad ottenere l'annullamento del provvedimento di esclusione;
- il ricorso incidentale mira alla declaratoria dell'esclusione dalla gara della ricorrente principale, ossia della Compass s.pa., in quanto la controinteressata ravvisa motivi di esclusione differenti da quelli già rilevati ed opposti dall'Amministrazione.

Appare, pertanto, evidente che le questioni prospettate con i ricorsi principale ed incidentale si pongono sostanzialmente su di un medesimo piano, investendo – entrambi – la partecipazione della ricorrente principale alla gara.

Ciò detto, il Collegio ritiene che tale constatazione non possa che indurre ad escludere la sussistenza di un rapporto di pregiudizialità del ricorso incidentale rispetto al ricorso principale, di cui dà conto anche la netta contrapposizione che caratterizza gli interessi perseguiti dalle parti (nel senso che la ricorrente mira – non all'annullamento degli atti della procedura bensì – alla riammissione alla gara – per poi ottenere, in seguito a quest'ultima, l'annullamento dell'aggiudicazione - mentre la ricorrente incidentale tende ad ottenere l'esclusione della predetta dalla gara per ulteriori motivi, con conseguente stabilizzazione di effetti giuridici già prodottisi).

In ragione dei sopra esposti rilievi, appare fondato affermare che, nel caso in esame, non possa che tomare ad avere piena applicazione il principio secondo cui spetta al giudice fondare l'ordine di priorità dei ricorsi, attenendosi ai principi di economia processuale e di logicità.

In aderenza a tale principio, il Collegio ritiene di dare precedenza al ricorso principale, diretto a valutare un'esclusione già decisa dall'autorità amministrativa mediante l'adozione di un provvedimento amministrativo espresso (e, dunque, sostanzialmente caratterizzata da priorità logica rispetto all'ulteriore ipotesi di esclusione che – in quanto semplicemente vantata dalla controinteressata – è ancora priva di valenza oggettiva e concreta).

2. Tale ricorso è infondato e, pertanto, va respinto.

2.1. Come già esposto, con l'atto introduttivo del presente giudizio la ricorrente lamenta l'illegittimità del provvedimento con cui è stata esclusa dalla gara indetta dal Ministero dell'Interno per l'affidamento del servizio di mensa per i propri dipendenti, limitatamente al lotto 4, ai sensi dell'art. 38, comma 1, lett. g), del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, ossia per "la sussistenza di violazioni definitivamente accertate relativamente a cinque cartelle di pagamento per imposte risalenti a pregressi periodi di imposta 2004, 2005, 2006 e 2008".

A tali fini la ricorrente denuncia violazione di legge (in particolare, art. 45 della direttiva 2004/18 e degli artt. 2 e 38, comma 1, lett. g), d.lgs. n. 163/2006) ed eccesso di potere sotto svariati profili.

In particolare, sostiene – in sintesi - che:

- le violazioni "definitivamente accertate" si identificano esclusivamente con quelle relative alla cartella di pagamento n. 11020090016406559, notificata a suo tempo alla PALMAR, società dalla stessa incorporata nel corso del 2009, ma non possono essere prese in considerazione, tenuto conto che non ne aveva conoscenza;
- le violazioni relative alle altre cartelle annotate nel certificato del 12 novembre 2010 non rilevano perché non definitivamente accertate e, comunque, pagate in data 28 luglio 2010 (la n. 1102010028890374) nonché oggetto di ricorso (la n. 0682100265789191);
- in ogni caso, le violazioni de quibus sono irrilevanti perché attengono a cifre irrisorie (pari ad un totale di € 6.835,97 euro);
- l'esclusione si pone in contrasto con i principi di libera concorrenza e di massima partecipazione alle gare pubbliche.

Le predette censure non sono condivisibili per le ragioni di seguito indicate.

2.2. Ai fini del decidere, appare opportuno ricordare che l'art. 38 del codice di regolamento dei contratti pubblici - all'epoca a cui risalgono i fatti di rilevanza in questa sede – prevedeva, al comma 1, lett. g), l'esclusione "dalla partecipazione dalle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi" dei soggetti "che hanno commesso violazioni, definitivamente accertate, rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse, secondo la legislazione italiana e quello dello Stato in cui sono stabiliti".

Tale norma riproponeva essenzialmente l'art. 45 della Direttiva 31 marzo 2004, n. 2004/18/CE, il quale statuisce, al comma 2, che: "Può essere escluso dalla partecipazione all'appalto ogni operatore economico:

.....

f) che non sia in regola con gli obblighi relativi al pagamento delle imposte e delle tasse secondo la legislazione del paese dove è stabilito o del paese dell'amministrazione aggiudicatrice;

.....".

Per quanto attiene alla corretta applicazione della richiamata previsione, nel tenore letterale che la caratterizzava, è bene, ancora, rilevare – anche in virtù di quanto affermato dalla giurisprudenza – quanto segue:

- a differenza di quanto previsto dall'art. 38, comma 1, lett. i), per le violazioni "alle norme in materia di contributi previdenziali ed assistenziali" ma anche dall'attuale formulazione della previsione in argomento, così come risultante in esito alle modificazioni apportate dall'art. 4, comma 2, del d.l. n. 70 del 2011, convertito nella legge n. 22 dicembre 2011, n. 214 (la quale ha introdotto l'aggettivo "gravi"), l'art. 38, comma 1, lett. g), riportava un mero riferimento alla commissione di "violazioni, definitivamente accertate", senza specificazione o, meglio, aggettivazione alcuna. Orbene, come indirettamente si trae anche da quanto statuito dall'Adunanza Plenaria n. 8 del 4 maggio 2012, tale circostanza non può che indurre al riconoscimento della rilevanza ex se delle violazioni in argomento, con conseguente esclusione di ogni potere valutativo in capo all'Amministrazione, la quale – in sintesi – doveva ritenersi tenuta a prendere semplicemente atto della sussistenza o meno di violazioni del genere di quelle

in esame. In altri termini, in ragione del tenore letterale che connotava la norma oggetto di esame appare doveroso affermare che qualsivoglia violazione in ordine al pagamento delle imposte e delle tasse costituiva causa di esclusione, prescindendo dalla gravità o meno della stessa o, ancora, dalla consapevolezza o meno del trasgressore: ciò che rivestiva rilevanza, infatti, era da individuare nella mera regolarità formale, rimessa all'accertamento dell'Agenzia delle Entrate, a cui la stazione appaltante doveva attenersi, in una sorta di automatismo, risultando escluso – in capo a quest'ultima - ogni potere discrezionale (cfr., ex multis, C.d.S., Sez. V, 10 agosto 2010, n. 5556);

- costituisce, poi, un principio ormai consolidato quello secondo cui la sussistenza del requisito della regolarità fiscale “deve comunque essere riguardata con riferimento insuperabile al momento ultimo per la presentazione delle offerte, a nulla rilevando una regolarizzazione successiva la quale, pertanto, non potrà in alcun modo incidere sul dato dell'irregolarità ai fini della singola gara” (cfr., Adunanza Plenaria, n. 8 del 2012);
- più specificamente, l'impresa deve essere in regola con i relativi obblighi fin dalla presentazione della domanda e conservare tale regolarità per tutto lo svolgimento della procedura, mentre l'eventuale regolarizzazione ex post – seppure valga ad eliminare il contenzioso tra l'impresa e l'autorità fiscale - è del tutto inidonea a determinare il venir meno della causa di esclusione (cfr., Ad.Pl., già citata; C.d.S., Sez. IV, 12 aprile 2011, n. 2283; C.d.S., Sez. IV, 15 settembre 2010, n. 6907; TAR Campania, Napoli, Sez. VIII, 6 luglio 2012, n. 3262);
- per quanto attiene al requisito che deve connotare le violazioni fiscali, il d.l. 2 marzo 2012, n. 16, convertito nella legge 26 aprile 2012, n. 44, ha precisato - all'art. 1, comma 5 - che “... costituiscono violazioni definitivamente accertate quelle relative all'obbligo di pagamento di debiti per imposte e tasse certi, scaduti ed esigibili”. In ogni caso, in epoca antecedente all'entrata in vigore della predetta disposizione, venivano ordinariamente qualificate “violazioni definitivamente accertate” quelle afferenti a debiti oggetto di emissione di cartelle esattoriali non impugnate entro il termine di legge;
- più correttamente, il carattere della definitività è stato escluso in tutti i casi in cui potesse constatarsi che l'interessato aveva proceduto alla pronta impugnazione degli atti di contestazione o di accertamento che precedono le cartelle esattoriali e, in seguito, all'impugnazione – sempre nei termini di legge - delle cartelle stesse per vizi propri o in via derivata, con onere di fornire valida dimostrazione (cfr., tra le altre, TAR Lombardia, Brescia, Sez. II, 10 dicembre 2012, n. 1924);
- in ragione di tali premesse, la presenza di violazioni definitivamente accertate è stata disconosciuta in caso di liquidazione di imposte regolarmente operata ai sensi dell'art. 36 bis del D.P.R. n. 600/1973 e dell'art. 54 bis del D.P.R. n. 633/1972, sulla base di congrue dichiarazioni di parte non contestate dagli uffici finanziari, cui non è seguito il versamento di quanto dovuto, “avendo la ditta avanzato, prima dell'indizione della gara, istanza di pagamento differito a 6 mesi e rateizzazione”, ossia qualora sia riscontrabile una situazione di accordato pagamento dilazionato del debito fiscale intervenuto anteriormente alla data di presentazione della domanda di partecipazione (cfr., tra le altre, C.d.S., Sez. VI, 21 aprile 2010, n. 2226; TAR Lombardia, Brescia, già citata), o, ancora, nell'ipotesi di mancata notifica della cartella esattoriale (cfr. TAR Campania, Napoli, Sez. VIII, 14 gennaio 2011, n. 201);
- per contro, la presenza di violazioni definitivamente accertate è stata ammessa nei casi di regolarizzazione intervenuta all'indomani del provvedimento di aggiudicazione provvisoria, con indifferenza – tra l'altro - della circostanza “che la cartella esattoriale sia divenuta definitiva dopo la presentazione dell'offerta ma prima dell'adozione del provvedimento di esclusione”, posto che “la ratio della norma, che impone l'esclusione nelle sole situazioni di irregolarità fiscale definitivamente accertate, è volta a garantire che l'impresa non subisca le conseguenze di procedure di accertamento tributario o di riscossione erroneamente intraprese nei suoi confronti” (cfr. TAR Puglia, Bari, Sez. I, 1 febbraio 2011, n. 213). In casi particolarmente recenti, è stato, poi, statuito il carattere determinante della regolarità della situazione tributaria dell'impresa al momento della domanda, con le

ulteriori espresse precisazioni che “non rilevano le successive istanze di rateazione e sospensione del pagamento del debito, poi accolte, né la pendenza del termine per proporre impugnative; né può farsi ricorso al falso innocuo e alla tenuità del debito, nella considerazione che la correttezza fiscale costituisce elemento essenziale per la partecipazione e l’art. 38, nella versione all’epoca vigente e qui applicabile, non contiene alcuna aggettivazione circa la gravità delle violazioni in proposito” (C.d.S., Sez. III, 3 agosto 2012, n. 4424). Sempre in epoca particolarmente recente, il giudice amministrativo ha, ancora, affermato l’irrelevanza della circostanza che, “all’epoca della presentazione dell’offerta, era ancora pendente il termine di sessanta giorni per impugnare la cartella esattoriale” - atteso che la stessa può essere ritenuta rilevante al solo fine di escludere la ravvisabilità nella specie “quale ulteriore motivo di esclusione, della falsità della dichiarazione sul possesso dei requisiti generali” - precisando che esclusivamente la tempestiva estinzione dell’obbligazione tributaria “nel periodo intercorrente tra la notifica della cartella esattoriale e la presentazione dell’offerta” avrebbe consentito “di non incorrere nella impugnata esclusione, cosa che nella specie non è avventa” (TAR Campania, Napoli, Sez. III, 6 luglio 2012, n. 3262).

2.3. Tutto ciò premesso, il Collegio ritiene che, nel caso di specie, sussistano i presupposti per l’applicazione dell’art. 38, comma 1, lett. g), del d.lgs. n. 163 del 2006 – nella versione all’epoca vigente - e che, pertanto, l’Amministrazione abbia correttamente proceduto all’esclusione della ricorrente Compass, atteso che:

- la sussistenza di violazioni fiscali annotate nella certificato dell’Agenzia delle Entrate del 12 novembre 2010 non è posta in contestazione anche da parte della stessa ricorrente;

- tali violazioni fiscali sono da ritenere rilevanti, ai sensi dell’art. 38, comma 1, lett. g), del d.lgs. n. 163 del 2006, così come formulato all’epoca di verifica dei fatti (ossia, in epoca anteriore alle modifiche apportate dal d.l. n. 70 del 13 maggio 2011);

- in particolare, le violazioni di cui alla cartella di pagamento n. 11020090016406559 erano indiscutibilmente “definitivamente accertate” già alla data di presentazione della domanda di partecipazione alla gara (26 giugno 2010), come ammesso anche dalla ricorrente;

- la circostanza che la notificazione della cartella di cui sopra fosse avvenuta nei confronti della società Palmar in data 24 marzo 2009, con conseguente addotta inconsapevolezza da parte della ricorrente delle violazioni ivi indicate, è influente. Come risulta dal ricorso, la Palmar è stata, infatti, oggetto di incorporazione da parte della Compass “nel corso del 2009”. Orbene, tale operazione societaria ha chiaramente comportato il totale trasferimento dei rapporti facenti capo alla prima alla seconda. In ragione di tale constatazione, è indiscusso che anche i debiti riportati in tale cartella sono passati alla società incorporante, ossia la Compass, con assunzione da parte di quest’ultima della relativa posizione nei confronti dell’Erario, ai sensi dell’art. 2504 bis c.c.. Tale rilievo appare sufficiente per affermare la rilevanza delle violazioni de quibus, ai sensi dell’art. 38, comma 1, lett. g), tanto più ove si tenga presente che – in linea con i rilievi dell’Amministrazione resistente - l’incorporante ha comunque l’onere di procedere ad una corretta verifica di tutti i rapporti dell’incorporata mediante la completa disamina dei documenti della società e che, al riguardo, la ricorrente nulla ha addotto (limitandosi a riferire – si noti, tra l’altro, non in fase di presentazione del certificato dell’Agenzia delle Entrate all’Amministrazione e, precisamente, nella nota esplicativa del 17 novembre 2010, bensì soltanto con il ricorso introduttivo del presente giudizio e, dunque, in epoca successiva all’adozione del provvedimento impugnato - una circostanza ben diversa, afferente alla mancanza di tracce delle violazioni in questione in due certificati dell’Agenzia delle Entrate rilasciati in data 24 febbraio 2010 e in data 6 giugno 2010);

- per quanto attiene alle violazioni di cui alla cartella n. 1102100028890374 le considerazioni non mutano. Sulla base della giurisprudenza richiamata in precedenza, è, infatti, chiaro che si tratta di violazioni già accertate e

contestate alla data di presentazione della domanda di partecipazione (atteso che la notificazione di tale cartella risale al 19 maggio 2010), sicché la circostanza che l'impresa abbia – in seguito, ma comunque oltre il termine per proporre eventuale impugnativa, e precisamente in data 28 luglio 2010 - provveduto al pagamento non può che essere ritenuta priva di qualsiasi effetto sanante. A supporto di quanto detto non può, poi, non essere rilevato che il suddetto pagamento non era stato accettato dall'Agenzia delle Entrate. Posto che il nuovo pagamento – ritenuto regolare – risale soltanto al 18 novembre 2010 (cfr. all. 13 al ricorso), risulta evidente che – al momento della verifica dei requisiti da parte dell'Amministrazione – le violazioni sussistevano ancora e non potevano che intendersi definitivamente accertate, essendo ormai decorsi i termini per impugnare la cartella esattoriale;

- ciò premesso, permane da valutare la cartella di pagamento n. 0682100265789191, notificata il 4 giugno 2010, riguardante un debito di € 233,97. Tenuto conto che la società si è prontamente attivata per proporre ricorso avverso tale cartella, ottenendone la sospensione in data 24 agosto 2010, in ordine alla violazione de qua potrebbero – in verità – sorgere dubbi circa la definitività della stessa. Tale conclusione si porrebbe – comunque – in contrasto con l'orientamento del Consiglio di Stato di cui alla già segnalata decisione n. 4424 del 2012, secondo cui – anche in casi del genere – la situazione della società non risulta regolare “al momento di presentazione della domanda”. In ogni caso, il Collegio ritiene che la sicura definizione del profilo della definitività o meno della violazione in trattazione perda di concreta valenza, a fronte della indiscussa presenza di ben altre quattro violazioni definitivamente accertate.

Tutto ciò detto, si perviene alla conclusione che l'Amministrazione – nel disporre l'esclusione dalla gara della ricorrente – ha operato in conformità alle disposizioni di legge che regolamentano la materia, con conseguente irrilevanza degli ulteriori motivi dedotti.

Nei casi in cui risulti accertato che l'Amministrazione ha proceduto all'adozione di provvedimenti amministrativi in ossequio al disposto della legge, le censure riguardanti l'eccesso di potere assumono, infatti, un valore sicuramente recessivo: una volta che la scelta in ordine alle conseguenze di un determinato comportamento assunto dal soggetto privato è già stata operata dal legislatore, la discrezionalità dell'Amministrazione chiaramente svilisce, posto l'obbligo primario per la stessa Amministrazione di operare in osservanza della legge.

In definitiva, l'impugnativa afferente il provvedimento di esclusione è infondata.

In termini di stretta consequenzialità con tale infondatezza, va dichiarata l'inammissibilità per carenza di interesse dell'impugnativa concernente l'aggiudicazione.

Come ha avuto, infatti, modo di affermare anche l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con la già richiamata decisione n. 4 del 2011, “nel caso in cui l'amministrazione abbia escluso dalla gara il concorrente, questi non ha legittimazione ad impugnare l'aggiudicazione al controinteressato, a meno che non ottenga una pronuncia di accertamento della illegittimità dell'esclusione”.

3. Come esposto in narrativa, in data 25 gennaio 2011 la ricorrente ha, poi, proposto motivi aggiunti per chiedere l'annullamento di atti afferenti la procedura di gara (in particolare, riguardanti la nomina e la costituzione della commissione nonché l'operato di quest'ultima).

Tale impugnativa va dichiarata inammissibile per carenza di interesse.

In linea con quanto già rilevato in fase cautelare (cfr. ordinanza n. 537 del 10 febbraio 2011, poi confermata dal Consiglio di Stato con ordinanza n. 1582 del successivo 4 aprile), in ragione dell'esclusione dalla gara la posizione della ricorrente risulta del tutto identica ad un qualsiasi altro soggetto dell'ordinamento.

Come più volte ribadito in ambito giurisprudenziale - “l'aspettativa del concorrente escluso” non è, infatti, “differente da quella ascrivibile ad un qualunque altro soggetto”, ossia in nulla si discosta dall'interesse di fatto di qualsiasi altro operatore (cfr. C.d.S., n. 7443/2009).

Ciò detto, risulta evidente che il concorrente escluso è privo di legittimazione ed interesse a proporre ricorso giurisdizionale per contestare la procedura di gara.

In tal senso – del resto – ha avuto modo di pronunciarsi anche l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con la più volte richiamata decisione n. 4 del 2011, in cui è espressamente statuito che “la determinazione di esclusione, non impugnata o non annullata, cristallizza definitivamente la posizione sostanziale del concorrente, ponendolo nelle stesse condizioni di colui che sia rimasto estraneo alla gara”.

4. Con il secondo “ricorso per motivi aggiunti” la Compass chiede l'annullamento della nota del 9 marzo 2011, con cui il Ministero dell'Interno le ha comunicato l'intervenuta stipulazione del contratto con il R.T.I. Pastore s.r.l., Ladisa S.p.A. e Cocktail Service s.r.l..

A tale fine la ricorrente denuncia illegittimità derivata e, pertanto, deduce le medesime censure già oggetto dell'atto introduttivo del presente giudizio e dei primi motivi aggiunti.

Al riguardo, il Collegio potrebbe ribadire le considerazioni già svolte ma ritiene più corretto dichiarare l'inammissibilità in toto dei suddetti motivi per carenza di interesse della Compass ad ottenere l'annullamento richiesto .

Dato conto della legittimità dell'esclusione, appare, infatti, evidente che l'eventuale accoglimento del ricorso de quo non sarebbe di alcuna utilità per la predetta.

5. Con il terzo “ricorso per motivi aggiunti”, la Compass impugna la nota con cui, in data 10 maggio 2011, il Ministero dell'Interno le ha comunicato “di provvedere ad incamerare la cauzione provvisoria prestata”, per suo conto, “dalla Coface Assicurazioni in favore della Stazione Appaltante ai fini della partecipazione alla gara”.

Ai fini dell'annullamento la ricorrente lamenta che l'atto impugnato è affetto da illegittimità derivata per i medesimi motivi dedotti nel ricorso introduttivo e nei ricorsi per motivi aggiunti “che in questa si intendono riproposti”.

In aggiunta, denuncia, ancora, violazione di legge (in particolare, art. 45 direttiva 2004/18/CE e art. 38 e 2 d.lgs. n. 163/2006) ed eccesso di potere sotto svariati profili, insistendo sull'obbligo della stazione appaltante di indagare sull'entità del debito, tenuto anche conto della modifica apportata all'art. 38, comma 1, lett. g), del d.l.n. 70/2011 con l'aggiunta dell'aggettivazione “gravi” con riferimento alle violazioni (individuate in quelle pari o superiori ai 10.000 euro, in ragione del richiamo dell'art. 48 bis del d.P.R. n. 602 del 1973, figurante nel medesimo art. 38, comma 2, terzo periodo) e sulla violazione dei principi di concorrenza e massima partecipazione alle gare pubbliche.

Come è dato evincere da quanto esposto e, comunque, già rilevato in fase cautelare con l'ordinanza n. 2145 del 2011, le censure formulate investono esclusivamente il provvedimento di esclusione e, dunque, non attengono affatto – almeno in termini diretti – alla nota del 7 dicembre 2010.

Ciò detto, il Collegio ritiene che le predette censure – le quali, nei limiti in cui possano apparire innovative, non appaiono comunque tardive, potendo essere configurate in termini di mera specificazione di quelle inizialmente proposte – non possano essere condivise per le considerazioni in precedenza svolte, da ritenere qui integralmente richiamate, tanto più ove si tenga conto che – come già precisato – la necessità avvertita dal legislatore di modificare l'art. 38, comma 1, lett. g), con l'introduzione dell'aggettivo “grave”, valevole esclusivamente per il futuro, non fa che rafforzare le conclusioni alle quali si è pervenuti in relazione all'ipotesi in esame, specie per quanto riguarda la rilevanza ex se delle violazioni fiscali – in quanto operanti sul piano della chiarezza, correttezza ed affidabilità dell'impresa e non della mera solvibilità di quest'ultima - e, dunque, la carenza di ogni potere investigativo e/o valutativo capo all'Amministrazione resistente (cfr. in tal senso C.d.S., n. 5556 del 2010 ma anche C.d.S., n. 4424 del 2012, già richiamate).

Per completezza, preme, poi, aggiungere che non vale a condurre a valutazioni diverse la circostanza che l'AVCP abbia disposto l'archiviazione della segnalazione ministeriale per l'inserimento nel casellario informatico, atteso che quest'ultima si fonda su presupposti diversi, specificamente inerenti all'accertamento di false dichiarazioni, rese dall'operatore economico con dolo o colpa grave.

In sintesi, il III ricorso per motivi aggiunti è infondato.

6. L'esito delle impugnative proposte dalla Compass non consente di riscontrare un danno c.d. "ingiusto", ossia un danno ascrivibile ad un comportamento *contra legem*, colposo o doloso, dell'Amministrazione.

Ciò detto, la domanda di risarcimento del danno formulata dalla ricorrente è infondata e va rigettata.

7. Sempre in ragione dell'esito delle impugnative proposte dalla Compass, il ricorso incidentale va dichiarato improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse.

Appare, infatti, evidente che la mancata rimozione del provvedimento di esclusione – ritenuto in questa sede legittimo - priva di ogni utilità un eventuale accoglimento di quest'ultimo (cfr., *ex multis*, TAR Campania, Salerno, Sez. II, 23 febbraio 2012, n. 370; TAR Puglia. Bari, Sez. III, 13 ottobre 2009, n. 2422).

8. Per le ragioni illustrate:

- le impugnative di cui al ricorso introduttivo in parte vanno respinte ed in parte vanno dichiarate inammissibili;
- le impugnative di cui ai I e II ricorsi per motivi aggiunti vanno dichiarate inammissibili;
- le domande di condanna dell'Amministrazione resistente al risarcimento del danno vanno respinte;
- il III ricorso per motivi aggiunti va respinto;
- il ricorso incidentale va dichiarato improcedibile.

Tenuto conto delle peculiarità che connotano la vicenda in esame, si ravvisano giustificati motivi per disporre la compensazione delle spese di lite tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima Ter), definitivamente pronunciando sul ricorso n. 129/2011, come in epigrafe proposto:

- in parte respinge ed in parte dichiara inammissibile il ricorso introduttivo;
- in parte dichiara inammissibili ed in parte respinge – precipuamente per quanto riguarda le domande di condanna al risarcimento del danno – i I e II ricorsi per motivi aggiunti;
- respinge il III ricorso per motivi aggiunti;
- dichiara improcedibile il ricorso incidentale;
- compensa le spese di giudizio tra le parti;
- ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 29 novembre 2012 con l'intervento dei Magistrati:

Linda Sandulli, Presidente

Roberto Proietti, Consigliere

Antonella Mangia, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 22/01/2013

IL SEGRETARIO

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