

- Agenzia delle Entrate - Direzione Provinciale Napoli I, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa per legge dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Napoli, presso la cui sede è legalmente domiciliata, in Napoli, via Armando Diaz n. 11;

nei confronti di

Gpn S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Bruno Mercurio, con il quale è elettivamente domiciliata in Napoli, alla via Raffaele De Cesare n. 7, presso lo studio dell'avv. Alfredo Contieri;

(per quanto riguarda il ricorso introduttivo)

per l'annullamento, previa sospensione dell'efficacia,

1. della determinazione n. 133 dell'11.05.2017, trasmessa con nota del 19 maggio 2017, prot. n. 9618, (rimasta sospesa per trenta giorni) a firma del Responsabile del Servizio Tecnico Manutentivo del Comune di San Giorgio del Sannio (BN), recante l'aggiudica definitiva a favore della G.P.N. s.r.l. (controinteressata);
2. dei verbali della Commissione di gara (da 1 a 7), con particolare riguardo a quelli relativi all'ammissione e alla valutazione dell'offerta della citata GPN;
3. del provvedimento di conferma dell'aggiudica (prot. n. 29496 del 14 luglio 2017), adottato all'esito del procedimento di riesame dal Responsabile della SUA;
4. della determina n. 797 del 19 aprile 2017, con la quale la SUA-Provincia di Benevento ha approvato gli atti di gara, la graduatoria e l'aggiudica provvisoria;
5. della determina n. 192 del 2 febbraio 2017, con la quale la SUA ha nominato la Commissione di gara, in violazione dell'art. 77 del d. lgs. n. 50/2016;
6. della determinazione dirigenziale adottata dalla SUA n. 579/06 del 13 dicembre 2016, di approvazione degli atti indittivi della gara;
7. ove occorrente ed in parte qua, degli atti indittivi della gara;

8. ove necessario, dell'attestazione dell'Agenzia delle Entrate – Direzione Provinciale II di Napoli, datata 23 giugno 2017, relativa alla posizione della controinteressata,

nonché per il risarcimento

di tutti i danni patiti dalla ricorrente per l'illegittimo operato dell'intimata PA;

ed infine, per la declaratoria di inefficacia del contratto di appalto,

qualora nelle more intervenuto (ovvero qualora dovesse essere sottoscritto in costanza

del presente giudizio), con richiesta di subentro della ricorrente;

(per quanto riguarda il ricorso per motivi aggiunti)

per l'annullamento, previa sospensione dell'efficacia,

1. della determina n. 229 del 26.07.2017, a firma del Responsabile del Servizio tecnico manutentivo del Comune di San Giorgio del Sannio, di conferma della determina di aggiudicazione n. 133/2017 a favore della srl G.P.N., notificata a mezzo pec il successivo 28 luglio;

2. ove occorrente, della delibera di indirizzo della Giunta Comunale di San Giorgio del Sannio, n. 147 del 26.07.2017;

3. ove occorrente, della determina n. 1562 del 17 luglio 2017, con la quale la SUA ha revocato la sospensione della determina di aggiudicazione provvisoria;

nonché per il risarcimento

di tutti i danni patiti dalla ricorrente per l'illegittimo operato dell'intimata PA;

ed infine, per la declaratoria di inefficacia del contratto di appalto,

qualora nelle more intervenuto (ovvero qualora dovesse essere sottoscritto in costanza del presente

giudizio), con richiesta di subentro della ricorrente.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di San Giorgio del Sannio, della Gpn S.r.l., della Provincia di Benevento, e dell'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Napoli per l'Agenzia delle Entrate - Direzione Provinciale Napoli I;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 18 ottobre 2017 il dott. Michelangelo Maria Liguori e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso introduttivo notificato tra il 17 e il 21 luglio 2017 e depositato il 19 luglio dello stesso anno, la "L'Igiene Urbana" srl ha esposto

- che, con determinazione del 13 dicembre 2016, prot. n. 579/06, il Comune di San Giorgio del Sannio indiceva la gara per l'affidamento dei servizi di igiene urbana e raccolta differenziata sistema "porta a porta" dei rifiuti urbani, con bando di gara (predisposto ed approvato dalla SUA – Provincia di Benevento ed a firma del dr. Augusto Travaglione) pubblicato in data 20 dicembre 2016;
- che la lex specialis era costituita anche dal disciplinare, a firma anche del citato Responsabile del Servizio Appalti della Provincia di Benevento (dr. Travaglione);
- che, nel partecipare, la GPN srl attestava il suo essere in possesso del requisito della regolarità fiscale, in virtù del provvedimento (datato 20 gennaio 2017) di ammissione alla rateizzazione (di un debito tributario di oltre 300.000 euro);
- che, con determina del 2 febbraio 2017, veniva nominata (da parte della SUA) la Commissione giudicatrice, presieduta dal dr Travaglione Augusto;
- che, all'esito delle operazioni di gara (verbale del 21 marzo 2017), la GPN srl risultava aggiudicataria, con un punteggio complessivo di 94,547/100 (in

particolare, la citata società conseguiva il punteggio di 54,547/60 per l'offerta tecnica e di 40/40 per l'offerta economica);

- che tanto avrebbe imposto, alla stregua del vigente codice dei contratti (art. 97), l'attivazione del sub procedimento di verifica della anomalia prima di pervenirsi all'aggiudicazione, ma che ciò non era avvenuto;

- che, con determina n. 797 del 13 aprile 2017, a firma sempre del dr Travaglione, venivano invece approvati gli atti di gara e la graduatoria dei punteggi, con contestuale aggiudica provvisoria a favore della citata GPN srl;

- che, al contempo, venivano trasmessi gli atti all'Amministrazione comunale per l'aggiudica definitiva (nota prot. n. 17671 del 28 aprile 2017, sempre a firma del dr Travaglione), la quale veniva disposta con determina dell'11 maggio 2017, prot. n. 133 (trasmessa alla ricorrente con nota del successivo 19 maggio, prot. n. 9618), sulla scorta della documentazione acquisita e delle verifiche eseguite dalla SUA;

- che tuttavia, con attestazione del 19 maggio 2017 (inoltrata alla SUA a mezzo pec del 24 maggio 2017), la Direzione provinciale II di Napoli dell'Agenzia delle Entrate (Ufficio territoriale di Castellammare di Stabia), nell'eseguire le verifiche a carico della aggiudicataria dichiarava che: *“Risulta il seguente carico iscritto a ruolo alla data del 23/3/2017: cartella ... di € 302.037,04 notificata il 13 gennaio 2017, con decreto di rateizzo del 20 gennaio 2017, scadenza prima rata il 10/3/2017 da pagare”*, per cui, alla stregua di tale attestazione di irregolarità, la Stazione appaltante invitava (con nota del 25 maggio 2017) la GPN srl a controdedurre sul punto;

- che la GPN srl, in riscontro, inoltrava (con pec del 29 maggio 2017) l'attestazione dell'avvenuto (tardivo) pagamento (dei ratei scaduti e mai pagati nei termini).

Tanto esposto, la società ricorrente ha impugnato gli atti indicati in epigrafe, chiedendone l'annullamento per i seguenti motivi:

1. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE ART. 80, COMMI 4 e 6, DEL CODICE DEI CONTRATTI E PAR. 2 DEL DISCIPLINARE DI GARA. ILLOGICITA' E SVIAMENTO.

La ditta aggiudicataria non ha mantenuto il requisito della regolarità fiscale nel corso della procedura di gara né all'atto dell'aggiudicazione, e la scansione temporale degli accadimenti sta a suffragio di tale assunto. Alla data di partecipazione alla gara la GPN era stata ammessa alla rateizzazione del debito tributario (di oltre 300.000 €), giusto decreto di rateizzo del 20 gennaio 2017, per cui in ragione della predetta rateizzazione si sarebbe imposto il versamento dei ratei nei termini all'uopo assegnati (e la prima rata scadeva il 10 marzo 2017): ma alla data di conclusione delle operazioni di gara (21 marzo 2017) e alla data dell'aggiudica (11 maggio 2017) la citata società non aveva versato alcun importo, disattendendo le scadenze dei ratei nelle more maturati; e solo una volta conosciuto l'esito della gara (stante l'attivazione dei doverosi controlli di rito) aveva provveduto al pagamento (in data 29 maggio 2017) delle rate scadute. Il requisito della regolarità fiscale, quindi, risultava perduto durante la gara, non essendo state versate tempestivamente le prime rate, il cui pagamento era intervenuto solo in data 29 maggio 2017 (e tanto sarebbe comprovato dall'attestazione dell'Agenzia delle Entrate resa in data 19 maggio 2017). Il comportamento assunto dalla GPN avrebbe assunto connotati elusivi e fuorvianti, avendo detta impresa, al fine di partecipare a gara, chiesto ed ottenuto la rateizzazione, per poi non rispettarne impegni e scadenze: solo all'esito della selezione, avendo conseguito l'aggiudica (in data 11 maggio 2017), nella consapevolezza della doverosità dei controlli (ed al fine di vedersi confermato il beneficio pubblico), essa aveva provveduto al pagamento dei ratei scaduti. Tale comportamento, oltre a disvelare l'inaffidabilità del concorrente, sarebbe foriero di agevoli raggiri e suscettibile di minare la par condicio dei concorrenti. Tanto rileva

ancor più ove, come nella fattispecie, il concorrente aveva provveduto al pagamento solo a seguito della nota trasmessa dalla stazione appaltante (in data 25 maggio 2017), sulla scorta dell'attestazione rilasciata dall'Agenzia delle Entrate (datata 19 maggio 2017) in sede di controllo sulle autocertificazioni. Ciò nonostante, all'esito del procedimento di riesame, l'Amministrazione (ovvero la SUA) aveva deciso di confermare l'aggiudica, richiamando un'ulteriore e successiva attestazione dell'Agenzia delle Entrate (datata 23 giugno 2017, inoltrata il successivo 26 giugno) in cui si affermava che alla data del 31 maggio 2017 (ovvero dopo l'avvenuto pagamento dei ratei) non sussistevano in capo alla GPN srl violazioni gravi e definitivamente accertate: tanto è avvenuto però su riferimenti a inconferenti e non pertinenti orientamenti giurisprudenziali, concernenti la vincolatività e la rilevanza delle attestazioni dell'Ente impositore. L'Agenzia dell'Entrate con l'attestazione datata 23 giugno 2017 avrebbe solo preso atto dell'assenza di inadempienze alla data del 31 maggio, sul presupposto che in data 29 maggio 2017 la concorrente avesse pagato i ratei scaduti, ma non ha affatto attestato la persistenza del requisito durante l'arco della gara, alla stregua di quanto prescrive ed impone la legislazione di settore. Né rileva il mancato accertamento della decadenza dalla rateizzazione, trattandosi di profili operanti su piani diversi: il perdurare della ottenuta rateizzazione rileverebbe nei rapporti tra Agenzia delle Entrate e contribuente (impedendo l'avvio delle azioni esecutive), mentre il mancato pagamento dei ratei ("sanati" dopo l'aggiudica) rileverebbe nei rapporti "esterni" tra stazione appaltante e concorrente. In tale contesto la verifica del requisito avrebbe dovuto essere condotta in termini rigorosi, al fine di evitare comportamenti sviati dei partecipanti alla gara, quale il beneficiare di una rateizzazione ottenuta sulla scorta di una mera richiesta, suscettibile di essere poi disattesa nel corso della celebrazione della gara, per essere infine sanata all'esito della stessa (e solo in caso di risultato positivo, per conseguire l'aggiudica o per

sottrarsi alle sanzioni). In tal senso milita il dettato normativo (art. 80, co. 6, cdc) che impone la persistenza dei requisiti durante tutto l'arco della gara (senza soluzione di continuità) sanzionando con l'esclusione l'accertamento, in qualsiasi momento, della perdita di uno di essi. Se è astrattamente vero che la condizione di irregolarità non appariva sussistente al momento della domanda di partecipazione alla gara, tuttavia il suo sopravvenire non avrebbe potuto essere indifferente per la stazione appaltante, essendo *jus receptum* che il requisito della regolarità fiscale - così come tutti i requisiti di moralità professionale - deve essere posseduto dal concorrente senza soluzione di continuità per tutta la durata della gara. Tale ultimo assunto sarebbe posto a garanzia della permanenza della serietà e della volontà dell'impresa di presentare un'offerta credibile e, perciò, della sicurezza, per la stazione appaltante, dell'instaurazione di un rapporto con un soggetto, che, dalla candidatura in sede di gara fino alla stipula del contratto e poi ancora fino all'adempimento dell'obbligazione, sia provvisto di tutti i requisiti di ordine generale e tecnicoeconomico-professionale necessari per contrattare con la Pubblica Amministrazione. Sotto altro profilo, la regolarità contributiva, nell'economia del bando di gara mutuante la disciplina normativa, sarebbe un requisito necessario di partecipazione che deve essere posseduto dall'impresa partecipante alla procedura non solo al momento di scadenza del termine di presentazione dell'offerta ma per tutto l'arco temporale in cui s'articola il procedimento di gara (cfr., da ultimo, C.G.A. 8 febbraio 2016 n. 33). In caso contrario, accedendo all'indirizzo patrocinato dall'Amministrazione in sede di contraddittorio endoprocedimentale, la regolarizzazione postuma in corso di gara pregiudicherebbe la *par condicio* dei concorrenti (cfr., TAR Lazio, Roma, 15 settembre 2015). Contrariamente a quanto sostenuto dalla stazione appaltante (ovvero che la decadenza dalla rateizzazione consegue all'omesso versamento di almeno cinque rate non consecutive), nel nostro caso troverebbe applicazione l'art.

3 bis del Decr. Leg.vo n. 462/1997 (come novellato dall'art. 2 del Decr. Leg.vo 159/201), nel quale si richiama l'art. 15 ter del DPR n. 602 del 1973, secondo cui: *“Il mancato pagamento della prima rata entro il termine di trenta giorni dal ricevimento della comunicazione ... comporta la decadenza dal beneficio della rateazione ...”*; cosicché nella vicenda in esame deve ritenersi che la GPN srl sia decaduta dal beneficio invocato ai fini della partecipazione a gara. In sintesi, alla stregua dei principi elaborati in sede giurisprudenziale (Corte Giustizia CE, sentenza del 9 febbraio 2007, n. 228/04 e n. 226/04; Consiglio di Stato, sentenza del 22 marzo 2013, n. 1633; Consiglio di Stato, sentenza del 5 marzo 2013, n. 1332; Consiglio di Stato, sentenza del 29 gennaio 2013, n. 531; Consiglio di Stato, sentenza del 18 novembre 2011, n. 6084; Consiglio di Stato, sentenza del 20 agosto 2013, n. 20; Consiglio di Stato, sentenza del 24 marzo 2014, n. 1436; Consiglio di Stato, sentenza del 27 agosto 2014, n. 4382) emergerebbe sia che l'istanza di rateizzazione deve essere accolta con l'adozione del relativo provvedimento costitutivo, prima del decorso del termine per la presentazione della domanda di partecipazione alla gara di appalto, sia che il contribuente deve essere in regola con il pagamento di tutte le rate. L'operato amministrativo sarebbe anche contraddittorio, in quanto, a seguito dell'aggiudica, dopo aver avviato i controlli di rito e acquisito l'attestazione dell'Agenzia delle Entrate del 19 maggio 2017 (da cui emergeva l'omesso pagamento della prima rata dell'importo iscritto a ruolo), ha disposto la sospensione dell'aggiudica, nonostante l'avvenuta acquisizione, da parte della GPN della dichiarazione dell'avvenuto (tardivo) pagamento. Alla stregua di tali evidenze documentali ha poi avviato il procedimento di esclusione della citata ditta, ma, all'esito di tale ultimo procedimento, pur restando immutati i dati di fatto e di diritto, si è determinata in senso opposto, richiamando gli stessi orientamenti giurisprudenziali citati nel provvedimento di sospensione, oltre che la nuova attestazione dell'Agenzia delle Entrate (datata 26 giugno 2017) in cui si è dato atto

che alla data del 31 maggio 2017 (quindi dopo il pagamento tradivo) non vi era irregolarità. Si tratterebbe di una determinazione intrinsecamente illogica e contraddittoria.

2. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELLA MEDESIMA NORMATIVA DI CUI ALLA RUBRICA PRECEDENTE.

Qualora l'operato dell'Amministrazione dovesse ricondursi alla natura e al contenuto dell'attestazione rilasciata dall'Agenzia delle Entrate (in data 23 giugno 2017), quest'ultima merita di essere censurata, posto che non riporta correttamente quanto avvenuto, ovvero che, alla data dell'aggiudica (rispetto alla quale essa era stata richiesta dalla stazione appaltante) la ditta non aveva versato i ratei nelle more scaduti, limitandosi ad attestare che alla data del rilascio non emergevano inadempienze. Così operando avrebbe tratto in inganno la stazione appaltante, agevolando il comportamento sviato del concorrente.

3. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ARTT. 97 DEL D. LGS. N. 50/2016, CARENZA DI ISTRUTTORIA E MOTIVAZIONE. TRAVISAMENTO DEI FATTI. ILLOGICITA' E SVIAMENTO.

Qualora la circostanza di cui al punto precedente non dovesse risultare dirimente, l'aggiudica a favore della GPN srl risulterebbe comunque viziata, per non essere stata valutata, preliminarmente, la serietà della relativa offerta, nonostante il verificarsi della condizione di cui alla rubricata norma.

In particolare, posto che il punteggio conseguito dall'aggiudicataria superava i 4/5 sia per l'offerta economica che per quella tecnica (54,547 su 60, per l'offerta tecnica e 40/40, per quella economica) si sarebbe imposto l'avvio del procedimento di verifica dell'anomalia. Né varrebbe quanto asserito nel verbale di aggiudicazione e nel provvedimento di conferma dell'aggiudica, secondo cui il citato punteggio sarebbe stato conseguito a seguito della riparametrazione, posto che i punteggi inizialmente assegnati sono, comunque, superiori al prescritto limite

dei quattro/quinti. Precisamente, in allegato al verbale di gara n. 6, sono riportate le schede riepilogative dei punteggi assegnati per l'offerta tecnica, ed ivi sono rinvenibili cinque griglie: la SUA, in sede di conferma dell'aggiudica, ha considerato i punteggi di cui alla prima griglia, recante il coefficiente medio per ogni subelemento, arrivando a determinare il valore finale dell'offerta tecnica in pt 43,02 (ovvero al di sotto della soglia dei 4/5, pari a 48); mentre nella fattispecie ciò che rilevava era il punteggio per ogni elemento (ivi riportato nella quarta griglia, da cui emerge che alla GPN srl erano stati assegnati 53,273 pt (superiori alla soglia di anomalia). Tanto senza considerare che a seguito della riparametrazione, detto punteggio era stato pari a 54,547 (ancora maggiore). L'errore interpretativo della SUA emergerebbe anche da una corretta lettura del disciplinare, il quale, a pag. 15, nel prevedere la riparametrazione sancisce che *“Se nessuna offerta ottiene come punteggio, per singolo criterio, il valore massimo del peso previsto per il criterio medesimo è effettuata la riparametrazione dei punteggi”*: dalla lettura della lex specialis emergerebbe così che la riparametrazione si applica sul valore finale e non sul singolo subelemento, con la conseguenza che, nella vicenda in questione sarebbe occorso tener conto dell'ultima o della penultima griglia non della prima, anche perché il dettato normativo non pone alcun filtro al riguardo, limitandosi ad imporre la doverosa verifica dell'anomalia una volta che il punteggio conseguito risulti superiore al predetto parametro (dei 4/5).

4. VIOLAZIONE DELL'ARTT. 77 DEL D. LGS. N. 50/2016.

Risulterebbero viziate anche la nomina e la composizione della Commissione di gara. In violazione del comma 4, del rubricato art. 77, la stessa è stata presieduta dal Responsabile del Servizio appalti presso la CUC (dott. Travaglione) che, ab initio, ha predisposto ed emanato tutti gli atti di gara, tra cui il disciplinare (recante i criteri di valutazione delle offerte), successivamente ha approvato gli atti di gara, ha verificato i requisiti, ha aggiudicato in via provvisoria (cfr. determina del 19

aprile 2017): avendo adottato, prima e dopo, atti riguardanti la procedura, egli non poteva però far parte della Commissione, in ragione della normativa vigente *ratione temporis*. Sulla portata cogente di tale incompatibilità, è stata ritenuta <<Illegittima la composizione di una commissione di una gara di appalto nel caso in cui risulti che, in violazione dell'art. 77, comma 4 del D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (secondo cui "i commissari non devono aver svolto né possono svolgere alcun'altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta"), il presidente della commissione stessa abbia redatto, approvato e sottoscritto l'avviso pubblico di indizione della gara (...). La preventiva redazione dell'atto indittivo della gara, infatti, è tale da determinare la situazione di incompatibilità che la norma sopra richiamata ha inteso scongiurare>> (cfr. Tar Lazio, Latina, Sez. I, 23 maggio 2017 n. 325; Tar Puglia, Lecce, Sez. II, 29 giugno 2017 n. 1074). Violazione ulteriore deriva dal fatto che la nomina della Commissione sarebbe stata una prerogativa del RUP della Stazione appaltante, e non certo del Responsabile del Servizio presso la CUC, trattandosi di una funzione gestionale appannaggio dell'organo competente dell'Amministrazione procedente. Nel caso in oggetto, la detta funzione, oltre ad essere stata esercitata da altro soggetto (esterno alla PA) sarebbe inficiata anche dalla nomina di se stesso, da parte del sottoscrittore.

5. VIOLAZIONE DELL'ARTT. 97 DEL D. LGS. N. 50/2016. DIFETTO DI MOTIVAZIONE.

Sempre sotto il medesimo crinale dell'interesse strumentale, si contesta la valutazione dell'offerta tecnica per carenza di un idoneo profilo motivazionale. In particolare, nell'indicare i criteri di individuazione dell'offerta tecnica, la *lex specialis* (cfr. pag. 3 del disciplinare), prevedeva una griglia di punteggi particolarmente ampia, senza contenere idonei sub criteri funzionali a limitare il possibile arbitrio in sede di celebrazione della gara. Tra gli altri, veniva previsto per la migliororia relativa allo svolgimento del servizio il punteggio di 30 punti, ripartiti in

20 pt per l'organizzazione del servizio e 10 pt. per il potenziamento del servizio, senza alcuna griglia di valutazione o subcriteri. A fronte di tali previsioni, la Commissione si è limitata ad assegnare il punteggio attraverso meri coefficienti numerici, senza esplicitare gli elementi di valutazione e di apprezzamento, idonei a chiarire la relativa valutazione.

Contestualmente, la società ricorrente ha proposto istanza di risarcimento, richiedendo il ristoro dei danni subiti in conseguenza dell'operato della P.A. (sia quale mancato utile, sia quale perdita di chance e di danno curriculare, da determinarsi in corso di giudizio), nonché ha chiesto dichiararsi l'inefficacia del contratto eventualmente nelle more stipulato (con diritto di subentro di essa ricorrente).

Con distinto atto, notificato tra il 10 e il 17 agosto 2017 e depositato il successivo 22 agosto, la medesima "L'Igiene Urbana" srl ha impugnato alcuni atti sopravvenuti nella vicenda in questione (la determina n. 229 del 26.07.2017, a firma del Responsabile del Servizio tecnico manutentivo del Comune di San Giorgio del Sannio, di conferma della determina di aggiudicazione n. 133/2017 a favore della srl G.P.N.; ove occorrente, la delibera di indirizzo della Giunta Comunale di San Giorgio del Sannio, n. 147 del 26.07.2017; ove occorrente, la determina n. 1562 del 17 luglio 2017, con la quale la SUA aveva revocato la sospensione della determina di aggiudicazione provvisoria), riproponendo, quali motivi aggiunti, le medesime censure già articolate con il ricorso introduttivo, nonché chiedendo anche in questa occasione il risarcimento dei danni subiti in conseguenza dell'asserito illegittimo operato della P.A., nonché la declaratoria di inefficacia del contratto di appalto eventualmente stipulato.

In data 30 agosto 2017 si è costituita in giudizio l'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Napoli per l'Agenzia delle Entrate – Direzione Provinciale Napoli I, onde resistere in giudizio.

In data 1 settembre 2017 si sono costituiti in giudizio la Provincia di Benevento e la GPN srl, contestando la proponibilità, l'ammissibilità e, comunque, la fondatezza tanto del ricorso introduttivo quanto dei successivi motivi aggiunti.

Il 4 settembre 2017 si costituito anche il Comune di San Giorgio del Sannio, depositando il successivo 6 settembre una memoria, anch'esso contestando la proponibilità, l'ammissibilità e la fondatezza degli avversi ricorso e motivi aggiunti.

All'udienza camerale del 6 settembre 2017, fissata per la discussione dell'istanza cautelare avanzata dalla ricorrente, quest'ultima vi ha rinunciato in vista di una sollecita fissazione della trattazione del merito della controversia.

In data 30 settembre 2017 la società ricorrente ha presentato una memoria.

Il 6 ottobre 2017 la GPN srl ha depositato una memoria di replica.

Alla pubblica udienza del 18 ottobre 2017 la causa è stata, infine, trattenuta in decisione, sulla precisazione – ad opera della controinteressata – della non avvenuta sottoscrizione del contratto di appalto.

DIRITTO

A mezzo del presente giudizio, la società "L'Igiene Urbana" srl impugna tutti gli atti della gara indetta dal Comune di San Giorgio del Sannio (ma poi concretamente svolta dalla Provincia di Benevento quale Stazione Unica Appaltante) per l'Affidamento del Servizio di Igiene Urbana e Raccolta Differenziata con il Sistema "Porta a Porta" dei Rifiuti Urbani – CIG 6904635D0A, da espletarsi mediante procedura aperta (ai sensi dell'art. 60 del Decr. Leg.vo n. 50/2016), con il sistema della offerta economicamente più vantaggiosa, in applicazione dell'art. 95 comma 2 del medesimo Decr. Leg.vo n. 50/2016.

Va chiarito che aggiudicataria della detta gara è risultata la GPN srl (dopo un fase di verifica circa il possesso, da parte sua, del requisito della assenza di "*violazioni gravi, definitivamente accertate, rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e delle*

tasse o dei contributi previdenziali, secondo la legislazione italiana o quella dello Stato in cui sono stabiliti”, richiesto dall’art. 80 del Decr. Leg.vo), avendo riportato punti 94,547; mentre seconda graduata è risultata appunto la “L’Igiene Urbana srl” con punti 84,820, e ulteriori graduate sono state la “Ecojunk srl” con punti 82,030; la “Tekra srl” con punti 75,627; e la “Buttol srl” con punti 66,107.

Nell’occasione, la società “L’Igiene Urbana” propone con il ricorso introduttivo cinque censure (poi replicate con il ricorso per motivi aggiunti, in occasione dell’impugnazione di ulteriori provvedimenti sopravvenuti), delle quali le prime due perseguono il fine dell’annullamento della aggiudicazione alla GPN srl (che, nella prospettazione della ricorrente avrebbe dovuto essere esclusa per mancato possesso del necessario requisito della regolarità fiscale) onde poter subentrare al suo posto; la terza è finalizzata ad imporre alla stazione appaltante la verifica dell’anomalia dell’offerta della controinteressata (susceptibile, a sua volta, di determinarne l’esclusione, in caso esito negativo); mentre le ultime due perseguono un interesse strumentale per la ricorrente, ovvero quello della ripetizione dell’intera gara, sull’assunto che questa sia stata viziata quanto alla composizione della Commissione giudicatrice (quarto motivo), oppure per carenza della motivazione nell’attribuzione dei punteggi tecnici, a fronte di una griglia di valutazione *“particolarmente ampia”*, non contenente *“idonei sub criteri funzionali a limitare il possibile arbitrio in sede di celebrazione della gara”* (quinto motivo).

Seguendo l’ordine di prospettazione utilizzato da parte ricorrente, le prime due censure vanno esaminate congiuntamente e per prime, riguardando un medesimo aspetto della vicenda e, peraltro, essendo atte ad assicurare alla ricorrente – in caso di accoglimento – la maggiore utilità possibile.

Esse, tuttavia a giudizio del Tribunale sono da disattendere, per essere infondata la tesi di fondo del non aver la GPN conservato il requisito della regolarità fiscale per tutto il tempo della gara, fino all’aggiudicazione.

Va premesso che la ricorrente basa la sua prospettazione sul fatto che l’Agenzia delle Entrate – Direzione Provinciale II di Napoli – Ufficio Territoriale di Castellammare di Stabia, con certificazione datata 19.5.2017, abbia attestato, in sede di “*controllo veridicità dichiarazione-attestazione dei carichi pendenti risultanti al sistema informativo dell’anagrafe tributaria*”, che a carico della GPN srl risultava “*il seguente carico iscritto a ruolo alla data del 23.3.2017: cartella n. 07120170003107445 di €302.037,04 notificata il 13.1.2017 con decreto di rateizzo n° 2017/39872 del 20.1.2017 con scadenza prima rata il 10.3.2017 da pagare*”; per dedurre che appunto la GPN non sia stata in regola con gli obblighi fiscali proprio nel periodo di svolgimento della gara, a nulla rilevando in contrario la certificazione della medesima l’Agenzia delle Entrate – Direzione Provinciale II di Napoli – Ufficio Territoriale di Castellammare di Stabia, datata 23.6.2017, successivamente acquisita, contenente l’attestazione “*che alla data del 31.5.2017 non risultano violazioni gravi, definitivamente accertate, rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse, secondo la legislazione italiana*”, poiché insuscettibile di ripristinare una situazione ormai pregiudicata (atteso che, secondo consolidata giurisprudenza, il requisito in parola deve, a pena di esclusione, essere posseduto e conservato fino all’aggiudicazione definitiva). In particolare, a dire della “L’Igiene Urbana” srl, a seguito del mancato tempestivo pagamento della prima rata del 10.3.2017 (riferita dalla Agenzia delle Entrate), si sarebbe verificata la decadenza della società debitrice dal beneficio del rateizzo, che non avrebbe potuto non essere rilevata dalla Commissione di gara, la quale avrebbe dovuto, perciò escludere l’odierna controinteressata.

Diversamente dalla ricostruzione della ricorrente, appare invece dirimente che la certificazione dell’Agenzia delle Entrate datata 23.3.2017, senza affermare la sussistenza di una violazione grave, definitivamente accertata, rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse, si sia limitata a riferire della esistenza, nei confronti della GPN srl, di un carico iscritto a ruolo con una specifica cartella,

per il cui importo vi era stata ammissione al rateizzo a mezzo di decreto n° 2017/39872 del 20.1.2017 (intervenuto anteriormente al termine ultimo per la presentazione delle offerte, fissato alle ore 13 del 27.1.2017), ancorché la prima rata, scaduta il 10.3.2017 non fosse stata tempestivamente onorata. Occorre, infatti, considerare che *“L'ammissione alla rateizzazione del debito tributario, rimodulando la scadenza dei debiti tributari e differendone l'esigibilità, implica la sostituzione dell'originaria obbligazione a seguito dell'insorgenza di un nuovo rapporto obbligatorio secondo i canoni della novazione oggettiva di cui agli artt. 1230 ss. c.c. e, quindi, la nascita di una nuova obbligazione tributaria, caratterizzata da un preciso piano di ammortamento e soggetta a una specifica disciplina per il caso di mancato pagamento delle rate.”* (così Cons. di Stato Ad. Plen. n. 15 del 5.6.2013), per cui il mero mancato tempestivo pagamento di una rata non necessariamente avrebbe dovuto comportare la decadenza dal conseguito beneficio del rateizzo del debito fiscale e quindi una posizione di irregolarità fiscale rilevante ai fini dell'art. 80 co. 4 Decr. Leg.vo 50/2016 (visto anche che *“la rateizzazione del debito tributario è, sul piano teleologico, espressione del favore legislativo verso i contribuenti in temporanea difficoltà economica, ai quali viene offerta la possibilità di regolarizzare la propria posizione tributaria senza incorrere nel rischio di insolvenza; pertanto, condizione per la concessione del beneficio è la dimostrazione dell'obiettiva situazione di temporanea difficoltà in cui versa il debitore impossibilitato a pagare in un'unica soluzione il debito iscritto a ruolo e, tuttavia, in grado di sopportare l'onere finanziario derivante dalla ripartizione dello stesso debito in un numero di rate congruo rispetto alle sue condizioni patrimoniali. Sul versante tecnico la rateizzazione si traduce in un beneficio che, una volta accordato, comporta la sostituzione del debito originario con uno diverso, secondo un meccanismo di stampo estintivo-costitutivo che dà la stura a una novazione dell'obbligazione originaria.”*- in tal senso sempre Cons. di Stato, Ad. Plen. n. 15 del 5.6.2013): si spiega così perché non sia stata affermata, nell'attestazione del 23.3.2017, la sussistenza di irregolarità fiscali gravi a carico della GPN srl, e come mai la successiva attestazione del 31.5.2017 abbia

espressamente riferito dell'insussistenza di violazioni di tal genere (visto che la GPN srl doveva aver provveduto, nel frattempo, a mettersi in regola con i pagamenti).

Né la Commissione di gara avrebbe potuto autonomamente e diversamente determinarsi rispetto a quanto riferito dall'Agenzia delle Entrate, atteso che in giurisprudenza è stato chiarito (cfr. TAR Campania-Salerno n. 617 del 23.3.2017; T.A.R. Basilicata Potenza n. 884 del 15.9.2016; TAR Veneto n. 152 dell'8.2.2014; parere A.N.A.C. n. 76 del 28.10.2014) come *“le certificazioni relative alla regolarità contributiva e tributaria delle imprese partecipanti, emanate dall'Agenzia delle Entrate, si impongono alle stazioni appaltanti che non possono in alcun modo sindacarne il contenuto, non residuando alle stesse alcun potere valutativo sul contenuto o sui presupposti di tali certificazioni. Spetta, infatti, in via esclusiva all'Agenzia delle Entrate il compito di dare un giudizio sulla regolarità fiscale dei partecipanti a gara pubblica, non disponendo la stazione appaltante di alcun potere di autonomo apprezzamento del contenuto delle certificazioni di regolarità tributaria”*; e ciò al pari della valutazione circa la gravità o meno della infrazione previdenziale, riservata agli enti previdenziali (Cons. di Stato Ad. Plen. n. 8 del 16.4.2012; Cons. di Stato sez. V, n. 2682 del 17.5.2013).

In sostanza, spettava alla sola Agenzia delle Entrate individuare eventuali inadempimenti e stabilirne la gravità o meno ai fini di cui all'art. 80 co. 4 Decr. Leg.vo 50/2016.

Pertanto, va escluso che vi siano state illegittimità nel valutare come posseduto dalla GPN srl requisito della regolarità fiscale richiesto appunto dall'art. 80 co. 4 Decr. Leg.vo 50/2016.

Parimenti infondata risulta, poi, la terza censura prospettata, sia nel ricorso introduttivo quanto in quello per motivi aggiunti.

Sostiene, in proposito la ricorrente, che la Commissione di gara avrebbe dovuto (ai sensi dell'art. 97 co. 3 Decr. Leg.vo 50/2016, secondo cui *“Quando il criterio di*

aggiudicazione è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa la congruità delle offerte è valutata sulle offerte che presentano sia i punti relativi al prezzo, sia la somma dei punti relativi agli altri elementi di valutazione, entrambi pari o superiori ai quattro quinti dei corrispondenti punti massimi previsti dal bando di gara") procedere a verifica dell'anomalia dell'offerta della controinteressata, posto che, a suo dire, il punteggio conseguito dall'aggiudicataria superava *"i 4/5 sia per l'offerta economica che per quella tecnica (54,547 su 60, per l'offerta tecnica e 40/40, per quella economica)"*.

In realtà, in contrario va rilevato come i punteggi finali attribuiti a tutti i concorrenti siano stati determinati in conseguenza del procedimento di riparametrazione previsto dal disciplinare di gara (parte seconda n. 1, pag. 15: *"se nessuna offerta ottiene come punteggio, per il singolo criterio, il valore massimo del peso previsto per il criterio medesimo, è effettuata la riparametrazione dei punteggi assegnando il peso totale del criterio all'offerta che ha ottenuto il massimo punteggio quale somma dei punteggi dei sub criteri, e alle altre offerte un punteggio proporzionale decrescente."*); ma, come chiarito dal Consiglio di Stato (sez. III, n. 3455 dell'1.8.2016) *"Nelle gare pubbliche il punteggio da prendere in considerazione, ai fini della verifica dell'anomalia, è quello effettivo, conseguito da ciascuna offerta, e non quello più alto risultante dall'eventuale attività di riparametrazione effettuata dalla stazione appaltante che abbia previsto di esercitare tale facoltà, la quale ha il solo scopo di preservare l'equilibrio fra i diversi elementi, qualitativi e quantitativi stabiliti nel caso concreto per la valutazione dell'offerta."*: quindi, correttamente la Commissione di gara ha escluso la necessità di verificare l'anomalia dell'offerta dell'aggiudicataria, tenendo presente la media non riparametrata dei punteggi attribuiti dai commissari (ovvero i punteggi di cui alla prima tabella presente nell'allegato B al verbale di gara n. 6 del 16.3.2017, in applicazione di quanto disposto sul punto sempre dal Disciplinare di Gara, alla pag. 15).

Anche infondata è, altresì, la quinta censura articolata tanto nel ricorso introduttivo quanto nei motivi aggiunti, atteso che nessuna carenza di motivazione risulta

affliggere la valutazione dell'offerta tecnica della controinteressata (come degli altri partecipanti alla gara) operata dalla Commissione sulla base criteri di aggiudicazione costituenti una griglia idoneamente dettagliata, anche quanto ai sub-criteri funzionali.

Rimane da esaminare la quarta censura proposta, nel ricorso introduttivo come in quello per motivi aggiunti, con cui si lamenta l'illegittima composizione della Commissione di gara per la presenza, quale presidente, del dott. Augusto Travaglione (Responsabile del Servizio Appalti, Assistenza Amministrativa EE.LL. del Settore Tecnico della Provincia di Benevento), il che però, avendo egli in precedenza già curato l'adozione del Bando di Gara e del connesso Disciplinare, avrebbe determinato la violazione del disposto di cui all'art. 77 co. 4 Decr. Leg.vo 50/2016 vigente *ratione temporis*, secondo il quale *“I commissari non devono aver svolto né possono svolgere alcun'altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta”* (solo con il successivo Decr. Leg.vo 19.4.2017, n. 56, art. 46 co. 1, è stata aggiunta la previsione che *“La nomina del RUP a membro delle Commissioni di gara è valutata con riferimento alla singola procedura”*).

Tale censura chiaramente riferita a tutti gli atti di gara oggetto di impugnazione, nonché finalizzata ad una ripetizione dell'intera procedura, a partire appunto dalla nomina della Commissione giudicatrice, deve dirsi tempestivamente proposta, in quanto l'onere di immediata impugnativa è circoscritto alle clausole del bando di gara impeditive della partecipazione alla procedura o impositive di oneri manifestamente incomprensibili o del tutto sproporzionati per eccesso rispetto ai contenuti della procedura concorsuale, e, pertanto, immediatamente lesive sotto questi profili, mentre ogni altra questione, ivi compresa la legittima composizione della Commissione di gara, è rimessa all'impugnazione contro l'altrui aggiudicazione, perché è solo in tale momento che si concretizza la lesione — e quindi l'interesse al ricorso — per gli altri partecipanti alla procedura e può

conseguentemente ritenersi sorto l'onere di impugnazione (cfr. Cons. di Stato sez. sez. V, n. 61 del 18.1.1996; TAR Lazio Roma n. 5063 del 4.5.2016).

Nel merito la censura è fondata.

Si è detto che l'art. 77, comma 4, del d.lgs. 50/2016 ha prescritto che *“I commissari non devono aver svolto né possono svolgere alcun'altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta”* modificando il disposto del previgente codice che all'art. 84 escludeva la figura del Presidente dall'osservanza delle disposizioni citate.

Proprio la modifica legislativa porta a ritenere che anche per il Presidente si applicano le incompatibilità previste dal comma 4, con la conseguenza che questo, per poter assumere la funzione, non deve aver svolto *“alcun'altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta”*.

In proposito, va evidenziato che la giurisprudenza, in vigenza del vecchio codice, ha avuto modo di precisare che *“L'art. 84 comma 4, d.lg. 12 aprile 2006, n. 163, prescrivendo che nelle gare pubbliche i commissari diversi dal presidente non devono aver svolto né possono svolgere alcun'altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta, mira ad assicurare due concorrenti ma distinti valori: quello dell'imparzialità, per evitare indebiti favoritismi da parte di chi conosce approfonditamente le regole del gioco avendo contribuito alla loro gestazione, nascita e formalizzazione; quello dell'oggettività, ad evitare che lo stesso autore di quelle regole dia ad esse significati impliciti, presupposti, indiretti o, comunque, effetti semantici che risentano di convinzioni o concezioni preconcepite che hanno indirizzato la formulazione delle regole stesse”* (cfr. Tar Lecce n. 1040 del 27 giugno 2016).

Orbene, nel caso in esame, il Presidente della Commissione giudicatrice ha partecipato alla redazione di atti dell'appalto (Bando di Gara e relativo Disciplinare, come evincibile dalle firme apposte in calce), nella sua qualità di Responsabile del Servizio Appalti della Provincia di Benevento, con la

conseguenza che non avrebbe poi potuto assumere il ruolo in questione (cfr. TAR Puglia-Lecce n. 1074 de 29.6.2017; TAR Lazio-Latina n. 325 del 23.5.2017; TAR Puglia-Lecce n. 825 del 25.5.2017).

È poi da rilevare che nessuna distinzione nel codice viene fatta tra “atti dovuti” e altri tipi di atti, per cui non è possibile ritenere che vi siano atti di gara la cui redazione sia ammessa da parte di un componente della Commissione.

Né potrebbe, peraltro, ipotizzarsi nella specie l'applicabilità della seconda parte del citato comma 4 dell'art. 77 Decr. Leg.vo 50/2016 (secondo cui “*La nomina del RUP a membro delle Commissioni di gara è valutata con riferimento alla singola procedura*”), sia perché trattasi di modifica normativa sopravvenuta rispetto al momento della nomina della Commissione giudicatrice, sia perché – comunque – il Presidente dott. Travaglione non risulta avere la qualità di RUP (attribuita, invece, all'ing. Mario Fonzo, come espressamente precisato a pag. 6 del Bando).

Nemmeno, per altro verso, appare condivisibile il rilievo secondo cui la nuova regola del comma 4 sarebbe destinata ad operare solo dopo l'istituzione dell'albo dei commissari previsto dall'articolo 77, comma 2 (senso in cui si è orientato il TAR Lombardia-Brescia con le sentenze n. 1757 del 19.12.2016 e n. 422 del 7.9.2017), dato che essa è formulata in termini generali ed è pertanto immediatamente efficace anche nel regime transitorio delineato dal comma 12 dell'articolo 77 (con il quale è compatibile); del resto il Consiglio di Stato sez. V, con la decisione n. 1320 del 23.3.2017, pur riferendosi alla previgente disciplina di cui al Decr. Leg.vo 163/2006, ha chiarito che per potersi concretizzare l'incompatibilità in parola “*non è sufficiente che al singolo funzionario sia stato affidato un qualsivoglia incarico tecnico-amministrativo, ma occorre che nel caso concreto possa venirne oggettivamente messa in discussione la garanzia di imparzialità: il che si verifica quante volte siano individuati quali commissari di gara soggetti che abbiano svolto incarichi - relativi al medesimo appalto - come compiti di progettazione, di verifica della progettazione, di*

predisposizione della legge di gara e simili, e non anche incarichi amministrativi o tecnici genericamente riferiti ad altre gare (ex multis Cons. Stato, VI, 29 dicembre 2010, n. 9577; V, 22 giugno 2012, n. 3682)”: e, nel caso qui in esame, il Presidente della Commissione aveva proprio collaborato, in precedenza, alla predisposizione della legge di gara.

Pertanto, in accoglimento della testé esaminata quarta censura proposta in giudizio, vanno annullati gli atti tutti della gara, dei quali dovrà perciò esservi rinnovazione a partire dalla nomina della Commissione giudicatrice, (e, ovviamente, la valutazione del nuovo seggio non potrà riguardare le medesime offerte già presentate dagli operatori economici partecipanti alla gara, pena l'inevitabile violazione del principio di segretezza che governa tutte le procedure ad evidenza pubblica – cfr. Cons. di Stato sez. III, n. 4934 del 24.11.2016).

In mancanza di prova circa la stipula del contratto di servizio tra il Comune intimato e la controinteressata (la quale, anzi, in giudizio ha escluso tale sopravvenienza), nessuna determinazione può essere presa sul punto.

Da ultimo, va esaminata la domanda risarcitoria proposta dalla società ricorrente contestualmente a quella demolitoria, accolta nei sensi di cui si è detto.

A tal proposito, va osservato che l'annullamento non solo dell'aggiudicazione definitiva, bensì di tutti gli atti della gara, rimette del tutto in gioco la società ricorrente, la quale avrà la possibilità di conseguire, all'esito della opportuna rinnovazione del tratto di azione amministrativa rimasto eliso, il bene della vita (aggiudicazione della gara e contratto di appalto che non risulta al momento ancora stipulato): si tratta in effetti di una reintegrazione in forma specifica nella posizione sostanziale lesa che deve considerarsi integralmente soddisfattiva ed esclude, anche in prospettiva strumentale, ogni ipotesi di risarcimento alternativo. Va, infatti, escluso il risarcimento pecuniario ogni qual volta l'impresa ottenga il sostanziale risarcimento in forma specifica del bene della vita rivendicato, non potendo vantare, in relazione all'esito finale della gara, alcuna situazione allo stato suscettiva

di determinare un oggettivo e certo affidamento circa la sua aggiudicazione in proprio favore (e ciò in particolare allorché, come nel nostro caso, il criterio di aggiudicazione da adottarsi sia quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, atteso il carattere non automatico della procedura) – cfr. Cons. di Stato sez. V, n. 266 del 27.1.2016; TAR Lazio-Roma n. 5000 dell'1.6.2012).

Pertanto la detta domanda risarcitoria va respinta.

Le spese di giudizio vanno compensate per 1/2 in considerazione dell'accoglimento di non tutte le domande formulate in giudizio; mentre il rimanente 1/2 segue la soccombenza e, posto a carico esclusivamente della Provincia di Benevento (che vi ha dato causa), è liquidato come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Ottava), definitivamente pronunciando sul ricorso di cui in epigrafe, integrato da motivi aggiunti, proposto dalla “L'Igiene Urbana” srl, lo accoglie nei sensi e nei limiti di cui in parte motiva, e, per l'effetto così provvede:

- 1) annulla gli atti della gara in questione impugnati con ricorso introduttivo e con motivi aggiunti, a partire da quello di nomina della Commissione giudicatrice;
- 2) compensa le spese di giudizio in ragione di 1/2 del loro importo, e condanna la Provincia di Benevento alla rifusione in favore della società ricorrente del rimanente 1/2, che liquida in complessivi €1.500,00, oltre accessori di legge e oltre al rimborso integrale del contributo unificato.
- 3) respinge la domanda risarcitoria contestualmente proposta.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 18 ottobre 2017 con l'intervento dei magistrati:

Italo Caso, Presidente

Michelangelo Maria Liguori, Consigliere, Estensore

Rosalba Giansante, Consigliere

L'ESTENSORE
Michelangelo Maria Liguori

IL PRESIDENTE
Italo Caso

IL SEGRETARIO