

Il mancato possesso dei requisiti di carattere generale di cui all'art. 38 del D. Lgs. 163/2006: automatismo sanzionatorio e principio di proporzionalità.

di Francesca Mazzetta

Data di pubblicazione: 4-6-2013

Tar Lazio, Roma, Sez. II, 13 maggio 2013, n. 4749

Presidente Tosti; Estensore Quiligotti

Il requisito della regolarità fiscale di cui all'art. 38, comma 1, lett. g) d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 deve essere presente al momento della presentazione della domanda di partecipazione e permanere durante tutta la durata della procedura di gara, nonché sussistere anche al momento della stipula del contratto.

La valutazione, con significato rigidamente preclusivo, di qualsivoglia inadempimento tributario nasce dalla esigenza di assicurare l'effettività del principio di libera concorrenza, che non esplica soltanto effetti positivi sull'ampliamento della partecipazione alle pubbliche gare per le imprese presenti nel mercato, ma anche effetti positivi per la pubblica amministrazione, effetti diretti a che non si configurino, a carico delle imprese, debiti tributari, che incidono oggettivamente sull'affidabilità e solidità finanziaria delle stesse e quindi sul servizio reso all'amministrazione. Con la conseguenza che deve essere, di volta in volta, in concreto indagata la situazione relativa all'assolvimento degli obblighi di pagamento di imposte e di tasse per accertarne la rilevanza, mirando la verifica ad appurare la globale regolarità sul piano tributario di ciascuna impresa partecipante alla gara quale eventuale contraente con la pubblica amministrazione, coincidente con la sottesa correttezza delle scritture contabili e del conseguente pagamento di ogni correlata prestazione imposta, che si renda a tal fine dovuta, capace di accreditare anche sotto questo particolare aspetto una regolare gestione finanziaria e la conseguente solvibilità della impresa.

L'impresa la quale abbia ottenuto la rateizzazione del debito tributario deve essere considerata in regola ai fini della presentazione della domanda di partecipazione a gara pubblica, stante il valore novativo che tale atto assume, ma a condizione che l'istanza di rateizzazione sia stata accolta prima della scadenza del termine di presentazione della domanda di partecipazione alla gara e preceda l'autodichiarazione circa il possesso della regolarità, essendo inammissibile una dichiarazione che attesti il possesso di un requisito in data futura.

Il principio di immodificabilità soggettiva dei concorrenti, a tutela dei requisiti di partecipazione, non tollera che limitate eccezioni; vi rientrano quelle previste all'art. 37, commi 18 e 19 d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 per motivi indipendenti dagli operatori economici e nell'interesse della stazione appaltante alla continuazione della gara; pertanto, al di fuori delle ipotesi normativamente previste, non è ammissibile alcuna modifica della composizione del raggruppamento affidatario.

Il raggruppamento temporaneo di imprese non dà luogo alla costituzione di un soggetto autonomo e distinto, con la conseguenza che il recesso di una delle componenti nel corso della gara non vale a sanare ex post una situazione di preclusione all'ammissione alla procedura sussistente al momento dell'offerta; pertanto, l'accertamento di una causa ostativa in capo ad una componente del raggruppamento non è pregiudicato dal successivo recesso di detta impresa, in quanto esso si colloca in una fase anteriore: diversamente, si consentirebbe l'elusione delle prescrizioni legali che impongono il possesso dei requisiti all'atto della scadenza dei termini per la presentazione delle domande di partecipazione.

L'esclusione del concorrente dalla gara per mancanza dei requisiti di partecipazione è una sanzione amministrativa con funzione generale e speciale preventiva a garantire la regolarità delle procedure; l'esclusione tout court, che si pone a tutela dell'interesse pubblico "attuale" rispetto alla singola procedura concorsuale, si configura come un meccanismo di automatismo sanzionatorio che prescinde dall'elemento soggettivo; ne deriva che l'irrigidimento del rapporto tra illecito e sanzione - nel quale si concretizza appunto l'automatismo del meccanismo sanzionatorio - non determina un vizio di inadeguatezza della misura sanzionatoria espulsiva, avuto riguardo al necessario bilanciamento con gli altri interessi quale, nello specifico, quello al buon andamento ed al regolare e celere svolgimento della procedura di gara.

Non lede il principio di proporzionalità l'automatismo della sanzione espulsiva, atteso che tale

principio si concretizza nella comparazione tra gli interessi pubblici e gli interessi privati coinvolti in ogni singola vicenda, ai fini dell'assunzione della decisione finale; in particolare, in ambito sanzionatorio, il principio mira a garantire che i relativi provvedimenti non superino la misura di quanto appaia assolutamente necessario al conseguimento dell'obiettivo; di conseguenza, non è consentito all'amministrazione pubblica adottare atti restrittivi della sfera giuridica dei privati in misura non proporzionata all'interesse pubblico.

L'incameramento della cauzione provvisoria non può essere disposto per colpire la falsità delle dichiarazioni sul possesso dei requisiti generali di cui all'art. 38, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 sulla base dell'articolo 75, comma 6, che estende la garanzia alle ipotesi di mancata stipulazione del contratto per fatto dell'affidatario, atteso che tale norma disciplina la fase del procedimento successiva all'aggiudicazione definitiva e che, ai sensi dello stesso, la cauzione provvisoria può essere escussa solo per rifiuto dell'aggiudicatario a sottoscrivere il contratto; invece, la carenza dei requisiti di carattere generale è compiutamente regolata dall'articolo 38 del codice dei contratti che prevede, in tal caso, solo l'esclusione del concorrente dalla gara e costituisce situazione ontologicamente diversa dal mancato possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa disciplinata dall'articolo 48 del medesimo codice.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 58 del 2013, integrato da motivi aggiunti, proposto dalla: società ROMA TPL S.C. a r.l., in persona del legale rappresentante p.t., in proprio e nella qualità di capogruppo-mandataria del R.T.I. costituito con le società mandanti Consorzio Trasporti Italiani- CO.TRI., Ronabus s.r.l. e Società Abruzzese Trasporti Automobilistici - S.A.T.A. s.r.l., rappresentato e difeso dagli avv.ti prof. Stefano Vinti e Chiara Carosi ed elettivamente domiciliato presso il loro studio, in Roma, via Emilia n. 88;

contro

Roma Capitale, in persona del Sindaco p.t., rappresentato e difeso dall'avv. Luigi D'Ottavi e elettivamente domiciliato presso gli uffici dell'Avvocatura comunale, in Roma, alla via del

Tempio di Giove n. 21;

nei confronti di

società Turismo Fratarcangeli Cocco di Cocco Fratarcangeli Vincenzina C Sas, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avv. Aldo Ceci, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Anna Maria Venchi, in Roma, v.le G. Mazzini n. 142; società Miccolis s.p.a., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avv. prof. Salvatore Alberto Romano, con domicilio eletto presso lo studio dello stesso, in Roma, viale XXI Aprile n. 11; società Metauro Bus di Metauro Albino & C s.n.c., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avv. Maria Cristina Lenoci, con domicilio eletto presso lo studio della stessa, in Roma, via Cola di Rienzo n.271; società Autoservizi Meridionali s.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avv. Massimo Rutigliano e Francesca Giuffré, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Francesca Giuffré, in Roma, via dei Gracchi n. 39;

per l'annullamento

- della determinazione dirigenziale del Direttore della Direzione coordinamento e controllo del Dipartimento per la razionalizzazione della spesa per l'acquisto di beni e servizi di Roma Capitale n. 803 del 27.11.2012 con la quale è stato disposto:

1) *"di escludere, per le motivazioni di cui in premessa ed ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 38 del Dlgs 12 aprile 2006 n. 163, il RTI tra "Roma TPL S.c. a r.l. con Consorzio Trasporti Italiani CO.TR.I. con Ronabus S.r.l. e con Società abruzzese Trasporti S.A.TA. a.r.l." dalla gara d'appalto, suddivisa in quattro lotti, per l'affidamento dei "servizi di trasporto riservato scolastico e per l'affidamento del servizio trasporto disabili a chiamata II per la durata di 8 anni;*

2) *per l'effetto, di non convalidare l'aggiudicazione provvisoria dei lotti A e B della gara in oggetto al predetto raggruppamento temporaneo di imprese, di cui alla propria precedente determinazione dirigenziale n. 573 del 26 luglio 2012;*

3) *di procedere, ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 38, comma I-ter, del Dlgs 163/2006, alla segnalazione all'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici;*

4) *di procedere, con separato provvedimento, all'incameramento della cauzione provvisoria prodotta dal RTI escluso per la partecipazione alla gara".*

- della relativa nota di comunicazione di cui al prot. n. 25687 del 28.11.2012;

- della determinazione dirigenziale n. 833 del 5.12.2012, con la quale è stata disposta l'aggiudicazione definitiva del lotto A e il rilascio del nulla osta alla stipula del relativo contratto in favore della società Turismo Fratarcangeli Cocco di Cocco Fratarcangeli Vincenzina & C. s.a.s., nonché l'approvazione integrale della soluzione tecnica (con conseguente integrazione dell'art. 33 del CSA) da quest'ultima proposta;

- della relativa nota di comunicazione di cui al prot. n. 314921 del 7.12.2012;
- della relazione sull'espletamento del controllo dei requisiti ai sensi dell'articolo 38 del Codice dei Contratti - Lotto A, di cui al prot. n. 25407 del 26.11.2012, redatta dal RUP e inviata in pari data al Direttore della Direzione Coordinamento e Controllo;
- della nota di cui al prot. n. 26436 del 5.12.2012, con la quale Roma Capitale ha comunicato e segnalato all'Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici l'esclusione disposta con la determinazione dirigenziale n. 803/2012, inviandola via fax unitamente al Modello A;
- della determinazione dirigenziale n. 906 del 24.12.2012, con la quale è stato determinato di *"non accogliere l'istanza di autotutela presentata in data 18 dicembre 2012- ai sensi dell'articolo 243 bis del D. Lgs. n. 163/2006"*;
- della relativa nota di comunicazione di cui al prot. n. 28625 del 24.12.2012;
- e, per quanto occorrer possa, del punto III.2) del bando di gara e del punto 1.1, lett. B) e delle sezioni 4 e 8 del disciplinare di gara;
- nonché di ogni altro atto presupposto, connesso o consequenziale, ivi compresi il contratto di appalto eventualmente già stipulato con l'aggiudicatario, l'atto di affidamento del servizio all'aggiudicatario definitivo a partire dal 1.1.2013 nonché ogni atto successivo alla D.D. n. 803 del 27.11.2012, riguardante l'aggiudicazione definitiva del Lotto B e la stipula del relativo contratto di appalto;

e per il risarcimento

dei danni illegittimi conseguenti, in forma specifica mediante aggiudicazione in favore della ricorrente e stipulazione del relativo contratto, ovvero mediante subentro nello predetto contratto, nel frattempo eventualmente stipulato, previa dichiarazione di inefficacia del medesimo, nonché, in via subordinata, per il risarcimento per equivalente monetario del danno subito e subendo per effetto dell'attività illegittima posta in essere.

e con il ricorso per motivi aggiunti

- della determinazione dirigenziale di Roma Capitale n. 119 del 15.2.2013, con la quale è stato disposto l'incameramento della cauzione provvisoria.

e con il ricorso incidentale

- tutti gli atti impugnati con il ricorso introduttivo del presente giudizio;
- il bando di gara, il disciplinare di gara, il capitolato speciale di appalto nonché tutti i verbali di gara e, in particolare, il verbale relativo alla seduta pubblica del 2-6 marzo 2012;
- la nota di cui al prot. n. 17269 del 7.8.2012 di rigetto del preavviso di ricorso, nella parte in cui non è stata disposta l'esclusione dalla gara della società Roma TPL;

Visti il ricorso introduttivo, il ricorso per motivi aggiunti nonché il ricorso incidentale e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Roma Capitale, della società Turismo Fratarcangeli Cocco di Cocco Fratarcangeli Vincenzina C s.a.s. , Miccolis s.p.a., Metauro Bus di Metauro Albino & C s.n.c. e di Autoservizi Meridionali s.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 24 aprile 2013 il cons. Maria Cristina Quiligotti e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Roma Capitale- Dipartimento per la razionalizzazione della spesa per l'acquisto di beni e servizi, con il bando di gara spedito per la pubblicazione sulla G.U.U.E in data 21.11.2011, ha indetto una procedura aperta, suddivisa in quattro lotti, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per *“l'affidamento dei servizi di trasporto riservato scolastico e per l'affidamento del servizio trasporto disabili a chiamata, per la durata di 8 anni”*.

Alla predetta procedura di gara ha preso parte anche il costituendo R.T.I. tra la società designata mandataria ROMA TPL S.C. a r.l. (d'ora in poi, per brevità, solo Roma TPL) e le società mandanti Consorzio Trasporti Italiani- CO.TRI., Ronabus s.r.l. (d'ora in poi, per brevità, solo Ronabus) e Società Abruzzese Trasporti Automobilistici- S.A.T.A., il quale costituendo RTI, con la determinazione dirigenziale n. 573 del 26.07.2012, è stato dichiarato aggiudicatario provvisorio di entrambi i lotti A e B.

Con la successiva nota di cui al prot. n. 16536 del 27.07.2012 è stata avviata la fase di verifica del possesso dei requisiti di partecipazione dichiarati in sede di domanda di partecipazione alla gara ai sensi dell'articolo 38 del D.Lgs. n. 163/2006, che si è conclusa con l'adozione della determinazione dirigenziale n. 803 del 27.11.2012, con la quale è stata disposta l'esclusione del costituendo R.T.I. dalla partecipazione alla procedura di gara di cui trattasi per entrambi i lotti A e B, comunicata con la nota di cui al prot. n. 25687 del 28.11.2012.

L'amministrazione ha assunto, a fondamento dell'esclusione della ricorrente, una motivazione che è stata articolata su tre distinti ed autonomi profili, tutti inerenti alla violazione dell'articolo 38 del D.lgs. n. 163/2006 e riferiti in parte alla società mandataria Roma TPL e in parte alla società mandante Ronabus.

In particolare il primo motivo di esclusione riguarda le dichiarazioni rese ai sensi dell'articolo 38, comma 1, lett. c, del D. Lgs. n. 163 del 2006 in conseguenza della discrasia riscontrata in sede di comprova del possesso dei requisiti, tra quanto dichiarato in sede di offerta e quanto risultante dalle certificazioni acquisite dall'amministrazione successivamente all'aggiudicazione provvisoria, essendo emerse condanne non dichiarate nei confronti dei sig.ri Antonio Pompili, Presidente del C.d.A. della società mandataria Roma TPL e del CO.TR.I., Marco Cialone, Direttore Generale e Direttore Tecnico della Roma TPL e Consigliere del CO.TR.I. e Carlo Troiani, legale rappresentante della società Autoservizi Troiani S.r.l., consorziata del CO.TR.I. .

Il secondo motivo di esclusione riguarda la insussistenza del requisito della regolarità fiscale, ai sensi dell'articolo 38, comma 1, lett. g, del D. Lgs. n. 163 del 2006, atteso che risulterebbero a carico della società Ronabus plurime violazioni definitivamente accertate di violazione degli obblighi relativi al pagamento delle imposte e delle tasse per un importo complessivo superiore a euro 140.000,00, e, pertanto, superiore al limite previsto dall'articolo 48 bis, commi 1 e 2 bis, del d.P.R. 29 settembre 1973, n. 602, come da attestazione di regolarità fiscale dell'Agenzia delle entrate del 12.9.2012 in copia agli atti.

Il terzo motivo di esclusione riguarda la insussistenza del requisito della regolarità contributiva, ai sensi dell'articolo 38, comma 1, lett. g, del D. Lgs. n. 163 del 2006, atteso che la società Ronabus non risulterebbe in regola con il versamento dei premi e accessori come da DURC dell'INPS emesso in data 19.10.2012 e in copia agli atti.

Ne è conseguita la comunicazione e segnalazione all'A.V.C.P. dell'esclusione disposta con la determinazione dirigenziale n. 803 del 2012 con la nota di cui al prot. n. 26436 del 5.12.2012 nonché la deliberazione dell'incameramento della cauzione provvisoria con separato provvedimento.

Contestualmente, con la determinazione dirigenziale n. 833 del 5.12.2012, è stata disposta l'aggiudicazione definitiva del lotto A e il rilascio del nulla osta alla stipulazione del relativo contratto in favore della società Turismo Fratarcangeli Cocco di Cocco Fratarcangeli Vincenzina & C. s.a.s., nonché l'approvazione integrale della soluzione tecnica (con conseguente integrazione dell'art. 33 del CSA) da quest'ultima proposta, comunicata con la nota di cui al prot. n. 314921 del 7.12.2012.

La società mandataria Roma TPL ha, quindi, chiesto di avere accesso alla documentazione amministrativa relativa al procedimento di verifica di possesso dei requisiti di cui trattasi e posta a fondamento dell'esclusione, alla cui istanza è stata data regolarmente seguito con la relativa acquisizione in data 14.12.2012; la Roma TPL ha, quindi, presentato l'istanza di annullamento in autotutela del provvedimento di esclusione disposto nei propri confronti, anche ai sensi e per gli effetti dell'articolo 243 bis del D.lgs. n. 163 del 2006.

La suddetta istanza è stata, tuttavia, respinta con la determinazione dirigenziale n. 906 del 24.12.2012, con la quale sono state ribadite le motivazioni in precedenza addotte a fondamento della disposta esclusione, con conseguente conferma della stessa.

Con il ricorso in epigrafe, notificato in data 27.12.2012 e depositato in data 4.1.2013, la Roma TPL ha impugnato:

A) la determinazione dirigenziale del Direttore della Direzione coordinamento e controllo del Dipartimento per la razionalizzazione della spesa per l'acquisto di beni e servizi di Roma Capitale n. 803 del 27.11.2012 con la quale è stato disposto:

1) *"di escludere, per le motivazioni di cui in premessa ed ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 38 del Dlgs 12 aprile 2006 n. 163, il RTI tra "Roma TPL S.c. a r.l. con Consorzio Trasporti Italiani CO.TR.I. con Ronabus S.r.l. e con Società abruzzese Trasporti S.A.TA. a.r.l." dalla gara d'appalto, suddivisa in quattro lotti, per l'affidamento dei "servizi di trasporto riservato scolastico e per l'affidamento del servizio trasporto disabili a chiamata II per la durata di 8 anni;*

2) *per l'effetto, di non convalidare l'aggiudicazione provvisoria dei lotti A e B della gara in oggetto al predetto raggruppamento temporaneo di imprese, di cui alla propria precedente determinazione dirigenziale n. 573 del 26 luglio 2012;*

3) *di procedere, ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 38, comma I-ter, del Dlgs 163/2006, alla segnalazione all'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici;*

4) *di procedere, con separato provvedimento, all'incameramento della cauzione provvisoria prodotta dal RTI escluso per la partecipazione alla gara " e la relativa nota di comunicazione di cui al prot. n. 25687 del 28.11.2012;*

B) la determinazione dirigenziale n. 833 del 5.12.2012, con la quale è stata disposta l'aggiudicazione definitiva del lotto A e il rilascio del nulla osta alla stipula del relativo contratto in favore della società Turismo Fratarcangeli Cocco di Cocco Fratarcangeli Vincenzina & C.

s.a.s., nonché l'approvazione integrale della soluzione tecnica (con conseguente integrazione dell'art. 33 del CSA) da quest'ultima proposta e la relativa nota di comunicazione di cui al prot. n. 314921 del 7.12.2012;

C) la relazione sull'espletamento del controllo dei requisiti ai sensi dell'articolo 38 del Codice dei Contratti - Lotto A, di cui al prot. n. 25407 del 26.11.2012, redatta dal RUP e inviata in pari data al Direttore della Direzione Coordinamento e Controllo;

D) la nota di cui al prot. n. 26436 del 5.12.2012, con la quale Roma Capitale ha comunicato e segnalato all'Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici l'esclusione disposta con la determinazione dirigenziale n. 803/2012, inviandola via fax unitamente al Modello A;

E) la determinazione dirigenziale n. 906 del 24.12.2012, con la quale è stato determinato di *"non accogliere l'istanza di autotutela presentata in data 18 dicembre 2012- ai sensi dell'articolo 243 bis del D. Lgs. n. 163/2006"* e la relativa nota di comunicazione di cui al prot. n. 28625 del 24.12.2012;

F) per quanto necessario, il punto III.2) del bando di gara ed il punto 1.1, lett. B) e le sezioni 4 e 8 del disciplinare di gara;

G) ogni altro atto presupposto, connesso o consequenziale, ivi compresi il contratto di appalto eventualmente già stipulato con l'aggiudicatario, l'atto di affidamento del servizio all'aggiudicatario definitivo a partire dal 1.1.2013 nonché ogni atto successivo alla d.d. n. 803 del 27.11.2012, riguardante l'aggiudicazione definitiva del Lotto B e la stipulazione del relativo contratto di appalto.

Ha, altresì, chiesto la condanna di Roma Capitale al risarcimento dei danni illegittimi conseguenti, in via principale, in forma specifica mediante aggiudicazione in favore della ricorrente e stipulazione del relativo contratto, ovvero mediante subentro nello predetto contratto, nel frattempo eventualmente stipulato, previa dichiarazione di inefficacia del medesimo, e, in via meramente subordinata, per il risarcimento per equivalente monetario del danno subito, che è stato quantificato nella misura del 13% dell'importo posto a base di gara, oltre alle spese sostenute per la partecipazione alla procedura di gara, da liquidarsi anche in via equitativa ai sensi dell'articolo 1226 cod. civ. .

Ha dedotto l'illegittimità degli atti e provvedimenti impugnati con un unico complesso motivo di censura *per violazione e falsa applicazione degli articoli 37, 38, comma 1, lett. c), g) e i), e comma 2, e 45 del D.Lgs. n. 163/2006, dell'articolo 48-bis del d.P.R. n. 602/1973 e dell'articolo 45, comma 2, lett. g), della Direttiva UE 18/2004 e per eccesso di potere per violazione e falsa applicazione della lex specialis di gara, in particolare del punto 111.2) del bando e del punto 1.1, lett. B), del disciplinare di gara, per violazione del principio di buon andamento e correttezza dell'azione amministrativa nonché dei principi di proporzionalità, tassatività e di stretta interpretazione delle norme sanzionatorie e dei principi di massima concorrenza e partecipazione alle gare, per carenza di istruttoria e di presupposti, travisamento, illogicità, irragionevolezza e disparità di trattamento e difetto di motivazione.*

Quanto al primo motivo di esclusione, concernente la violazione dell'articolo 38, comma 1, lett. c), in conseguenza della discrasia riscontrata in sede di comprova del possesso dei requisiti ai sensi dell'articolo 48, tra quanto dichiarato in sede di offerta e quanto risultante dalle certificazioni acquisite dall'amministrazione successivamente all'aggiudicazione provvisoria, essendo emerse condanne non dichiarate nei confronti dei legali rappresentanti e dei direttori tecnici delle società partecipanti al costituendo RTI, varrebbero le seguenti considerazioni:

- la pena pecuniaria cui il sig. Pompili è stato condannato, oltre undici anni fa, in conseguenza di un reato, concernente peraltro la violazione del Codice della Strada, commesso diciotto anni prima, sarebbe estinta da oltre due anni per l'applicazione dell'indulto di cui alla legge n. 241 del 2006 e, peraltro, non sarebbe dovuta essere resa alcuna dichiarazione al riguardo, in quanto trattasi di reato estraneo rispetto alla tipologia dei reati a cui si riferisce l'articolo 38 richiamato;

- il reato, commesso diciassette anni prima, in conseguenza del quale il sig. Cialone è stato condannato, oltre tredici anni fa, sarebbe stato *medio tempore* depenalizzato ai sensi dell'articolo 2630 c.c., riformato, insieme all'intero Titolo XI del Libro V, dal D.Lgs. n. 61 del 2002 e, pertanto, ai sensi dello stesso articolo 38, comma 1, lett. c, del medesimo decreto, non sarebbe dovuta essere resa alcuna dichiarazione al riguardo, in quanto la norma dispone espressamente che *"l'esclusione e il divieto in ogni caso non operano quando il reato è stato depenalizzato ..."*;

- sarebbe, al momento, ancora in corso il procedimento di riabilitazione del sig. Troiani cui è stata ascritta, diciassette anni prima, una cd. *"pena patteggiata"*, ai sensi dell'articolo 444 c.p.p., commutata in una multa di € 632,66, eseguita da sedici anni, per un reato commesso diciotto anni fa e, pertanto, anche in tal caso non sarebbe dovuta essere resa alcuna dichiarazione al riguardo, in quanto il reato dovrebbe considerarsi estinto *ope legis* ai sensi dell'articolo 445 c.p.p., atteso che l'estinzione del reato di cui all'articolo 445, comma 2, c.p.p., nella sussistenza dei requisiti normativamente richiesti, circostanza che, nel caso di specie, sarebbe incontestabile, dovrebbe essere dichiarata d'ufficio da parte del giudice dell'esecuzione sul quale incomberebbe il relativo onere, non potendone fare derivare conseguenze negative in capo all'interessato nel caso di mancata tempestiva adozione del relativo provvedimento;

- in una prospettiva comunitariamente orientata, avuto riguardo al tenore dell'articolo 45, comma 2, lett. G) della direttiva UE n. 18/2004, dovrebbe ritenersi rilevante non la mera fattispecie della falsa dichiarazione in se, quanto piuttosto il fatto che, da un alto, l'asserita falsità sia stata prodotta sulla scorta di una colpa grave in capo al dichiarante e, dall'altro, che l'informazione omessa o non correttamente rappresentata sia idonea a minare l'affidabilità del concorrente;

- secondo un orientamento della stessa giurisprudenza amministrativa più attenta sussisterebbe la necessità di *"indagare se il reato per il quale si è verificata la mancata dichiarazione incida effettivamente sul requisito di affidabilità morale richiesto dal Codice per essere destinatari dell'affidamento di una commessa pubblica"* con il conseguente esercizio,

da parte dell'amministrazione aggiudicante, di un potere discrezionale di valutazione dei reati ascritti agli interessati;

- nel caso di specie, invece, non sarebbe stato svolto da parte dell'amministrazione alcun accertamento in concreto, in quanto, come emergerebbe dalla lettura della determinazione dirigenziale n. 803 del 2012, questa si sarebbe limitata a riscontrare la discrasia esistente tra il contenuto della dichiarazione resa in sede di domanda di partecipazione alla gara e quanto successivamente emerso in sede di comprova dei requisiti, senza svolgere alcun approfondimento istruttorio al riguardo, non potendo, in senso contrario, valere il richiamo alla relazione redatta dal R.U.P. di cui al prot. n. 25407 del 26.11.2012, atteso che, da un lato, neppure quest'ultima avrebbe dato atto dello svolgimento di approfondimenti specifici sul punto e, dall'altro, comunque l'amministrazione non avrebbe nemmeno, in sede di esclusione dalla gara della ricorrente, analizzato le argomentazioni ivi articolate in maniera critica, limitandosi a richiamarne gli esiti, con il conseguente difetto di istruttoria e di motivazione, che non può ritenersi colmato neppure dal detto richiamo "*per relationem*";

- nessuna delle condanne riportate dai soggetti in questione potrebbe essere comunque ritenuta incidente sulla moralità professionale e, pertanto, idonea a determinare l'esclusione dell'offerta;

- si tratterebbe, peraltro, di reati o depenalizzati o abrogati o estinti e, in ogni caso, commessi in epoca decisamente remota nel tempo;

- sarebbe confermata, dalle considerazioni che precedono, l'assoluta buona fede con cui le relative dichiarazioni di gara negative sono state rese;

- si tratterebbe, comunque, infine, anche nel caso in cui si ritenesse l'effettiva sussistenza di una dichiarazione qualificabile in termini di falsità, di un'ipotesi di cd. "*falso innocuo*", secondo un - sebbene non univoco - orientamento della giurisprudenza in materia, che riconosce la doverosità dell'effettuazione di una valutazione sostanzialistica della sussistenza delle cause ostative, nella considerazione che il primo comma dell'articolo 38 del D. Lgs. n. 163 del 2006 ricolleggerebbe l'esclusione dalla gara al dato sostanziale del mancato possesso dei requisiti indicati.

Altrettanto infondato sarebbe il secondo motivo dell'esclusione concernente l'insussistenza del requisito della regolarità fiscale, ai sensi dell'articolo 38, comma 1, lett. g, del D. Lgs. n. 163 del 2006, atteso che risulterebbero a carico della società Ronabus plurime violazioni definitivamente accertate di violazione degli obblighi relativi al pagamento delle imposte e delle tasse per un importo complessivo superiore a euro 140.000,00, e, pertanto, superiore al limite previsto dall'articolo 48 *bis*, commi 1 e 2 *bis*, del d.P.R. 29 settembre 1973, n. 602, come da attestazione di regolarità fiscale del 12.9.2012 in atti.

La relativa dichiarazione sarebbe stata resa in assoluta buona fede e senza alcuna colpevolezza da parte della Ronabus, atteso che gli adempimenti fiscali della stessa sarebbero stati per lungo tempo curati tramite uno studio esterno di consulenza fiscale, cui era stata demandata l'intera gestione fiscale ed erano state rilasciate anche le deleghe per effettuare

direttamente i pagamenti, con la conseguenza che questa non avrebbe avuto alcuna contezza in tempo reale della propria posizione fiscale, confidando, tuttavia, nella regolarità e tempestività della gestione dei propri adempimenti fiscali.

La mancanza della malafede sarebbe, peraltro, comprovata ulteriormente dalla circostanza che, prima di avere notizia dell'esclusione, la società ha revocato la delega al proprio consulente fiscale, inoltrando all'Agenzia delle Entrate una domanda di regolarizzazione mediante rateizzazione degli importi dovuti, che è stata accolta e alla quale è seguita non solo l'elaborazione di un piano di rientro ma anche il versamento della prima rata addirittura prima del relativo termine di scadenza; e, nonostante nell'ipotesi in questione la rateizzazione sia stata accordata successivamente alla presentazione dell'offerta, dovrebbe ritenersi che la società, avendo ottenuto la detta rateizzazione, dovrebbe essere considerata in regola ai fini della presentazione della domanda di partecipazione alla gara, atteso che l'istanza è stata presentata e accolta comunque prima dell'emanazione del provvedimento di esclusione.

L'esclusione disposta per il suddetto motivo sarebbe, peraltro, stata adottata in violazione del principio di proporzionalità, atteso che, nonostante la dichiarazione in questione riguardi la sola società mandante, tuttavia questa colpisce l'intero costituendo RTI, a cui peraltro la Ronabus partecipa per il solo 14% mentre la mandataria Roma TPL, partecipante al RTI con il 51%, sarebbe comunque ampiamente qualificata per assumere la detta quota e svolgere i relativi servizi.

Il carattere tipicamente personale che ogni sanzione riveste di per se avrebbe, invece, dovuto condurre al più all'esclusione della sola mandante e non anche dell'intero RTI, essendo la mandataria e le altre mandanti in possesso di tutti requisiti richiesti dal bando di gara.

Né in senso contrario varrebbe il richiamo al principio dell'immodificabilità soggettiva dei partecipanti, atteso che, nel caso di specie, si tratta di escludere (e non invece di aggiungere) una mandante, peraltro portatrice di una quota del tutto esigua, con la conseguenza che resterebbe ferma l'identità del soggetto partecipante.

Infine anche il terzo motivo di esclusione, riguardante l'insussistenza del requisito della regolarità contributiva, ai sensi dell'articolo 38, comma 1, lett. g, del D. Lgs. n. 163 del 2006, atteso che la società Ronabus non risulterebbe in regola con il versamento dei premi e accessori come da DURC dell'INPS emesso in data 19.10.2012 e in atti, sarebbe infondato, trattandosi di una valutazione frutto di un vero e proprio errore commesso dall'Istituto certificatore, atteso che l'INPS, avrebbe erroneamente considerato, alla data dell'1.3.2012, come non tempestivamente versate, due rate di contributi il cui termine di pagamento sarebbe tuttavia scaduto solo in epoca successiva, ossia, rispettivamente, in data 16.5.2012 e 16.8.2012; peraltro il suddetto errore sarebbe stato prontamente corretto dallo stesso istituto, in sede di autotutela, in data 29.11.2012, con il suo annullamento e la remissiva di un certificato con l'indicazione della dicitura di regolarità.

Anche la comminatoria delle sanzioni accessorie, ossia della segnalazione all'A.V.C.P. e l'incameramento della cauzione provvisoria, sarebbe illegittima, atteso che i requisiti la cui carenza è sanzionabile nei predetti termini, sarebbero riferibili esclusivamente a quelli inerenti

la capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa e non anche quelli di carattere generale richiesti ai fini della partecipazione alla gara ai sensi dell'articolo 38.

La società Autoservizi Meridionali s.r.l. (d'ora in poi per brevità solo Autoservizi) si è costituita in giudizio con comparsa di mera forma in data 15.1.2013 e ha depositato memoria difensiva in data 4.2.2013, con la quale ha dedotto l'infondatezza nel merito del ricorso in quanto:

- l'indulto, ai sensi dell'articolo 174 c.p., estingue la pena ma non la relativa condanna penale e il reato sottostante e la condanna andava, pertanto, necessariamente dichiarata;
- l'estinzione del reato non risultava essere ancora stata dichiarata alla data di presentazione della domanda di partecipazione e, pertanto, non essendo sufficiente, ai fini, la mera sussistenza dei relativi presupposti, la relativa condanna necessariamente dichiarata;
- l'ammissione alla rateizzazione del pagamento del debito fiscale è irrilevante se il relativo provvedimento è stato adottato in data successiva a quella presentazione della domanda di partecipazione, con la conseguenza che anche in tal caso, la regolarità fiscale non poteva essere dichiarata;
- atteso che l'offerente è unico e le parti del servizio da svolgersi da parte di ciascuna impresa deve essere predeterminate in sede di presentazione dell'offerta, la mancanza di regolarità fiscale e contributiva della Ronabus non avrebbe potuto se non comportare l'esclusione dell'intero RTI dalla partecipazione alla gara, determinandosi necessariamente, nel caso della sua sola esclusione, una modificazione del soggetto contraente, che sarebbe inammissibile al di fuori dei casi tassativamente individuati dalla legge.

Si è, altresì, costituita in giudizio la società Miccolis s.p.a. con comparsa di mera forma in data 18.1.2013, cui ha fatto seguito il deposito della memoria difensiva in data 4.2.2013, con la quale ha dedotto di avere partecipato alla procedura di gara di cui trattasi in raggruppamento con la società Metauro Bus e di essersi collocata al secondo posto della graduatoria relativamente al lotto B, nonché di avere, a sua volta, impugnato gli atti della medesima gara con l'autonomo ricorso di cui al rg. n. 815/2013, insistendo per l'accoglimento dell'istanza cautelare avanzata dalla ricorrente ma non per i motivi esposti nel relativo ricorso, bensì per i distinti motivi articolati nel proprio richiamato ricorso.

Roma Capitale si è costituita in giudizio in data 21.1.2013, depositando articolata memoria difensiva, con la quale ha dedotto che:

- per la stazione appaltante, l'esclusione del concorrente che non abbia dichiarato anche una sola delle condanne penali riportate, anche nel caso in cui manchi la relativa menzione nel certificato del casellario giudiziario, costituisce un atto dovuto;
- grava sul partecipante un onere di rendere una dichiarazione completa al riguardo mentre l'amministrazione valuta le eventuali condanne indicate nell'esercizio del potere discrezionale spettantegli, con il conseguente penetrante onere motivazionale;

- allo stesso modo, per la stazione appaltante costituisce atto dovuto l'esclusione del concorrente nel caso in cui sia stata accertata la mancanza del requisito della regolarità fiscale, atteso che la valutazione sul punto è già stata effettuata da parte del legislatore;
- il raggruppamento deve essere valutato in termini di unitarietà ai fini della partecipazione alla procedura di gara, avuto, altresì, riguardo al compito di coordinamento e di controllo rimesso alla società capogruppo;
- l'incameramento della cauzione provvisoria riguarderebbe tutti i casi di mancata stipulazione del contratto per fatto imputabile all'affidatario, ricomprendendo nella fattispecie anche la successiva accertata mancanza dei requisiti di ordine generale di cui all'articolo 38.

La società Turismo Fratarcangeli Cocco di Cocco Fratarcangeli Vincenzina & c. s.a.s. (d'ora in poi per brevità solo Fratarcangeli) si è costituita in giudizio con comparsa di mera forma in data 23.1.2013, depositando in data 30.1.2013 memoria difensiva con la quale, dopo avere premesso in punto di fatto di avere partecipato alla procedura di cui trattasi e di essersi collocata al secondo posto della graduatoria relativamente al lotto A e di essere stata dichiarata aggiudicataria definitiva a seguito dell'esclusione della ricorrente disposta con il principale dei provvedimenti impugnati in questa sede con esecuzione anticipata del servizio a decorrere dalla data dell'1.1.2013 e al momento in corso di regolare esecuzione, ha dedotto che:

- l'esclusione della ricorrente era atto dovuto trattandosi della pacifica e oggettiva riscontrata sussistenza di dichiarazioni non veritiere sui requisiti di ordine generale richiesti dal codice dei contratti nonché dalla *lex specialis* di gara proprio a pena di esclusione, regolarmente accertata in sede di verifica, relativamente alle quali dichiarazioni non rileva alcuna valutazione né, da un lato, dell'elemento soggettivo, in termini di buona fede e di colpevolezza del dichiarante, proprio al fine del non aggravamento procedimentale e della certezza giuridica, con la conseguenza che la teoria del cd. falso innocuo non potrebbe trovare applicazione nel caso di specie, attesa la valenza degli interessi tutelati dalla normativa di settore, né, dall'altro, della gravità delle condanne subite, attesa la rilevanza assorbente proprio della mera mancata dichiarazione al riguardo delle condanne effettivamente subite;
- ai sensi dell'articolo 38, peraltro, ai fini della non necessità di un dichiarazione al riguardo è necessario che sia intervenuta la previa formale dichiarazione dell'estinzione del reato da parte del giudice penale dell'esecuzione nonché la previa adozione del provvedimento di riabilitazione dell'interessato, fattispecie che, nel caso di specie, non ricorrerebbero;
- per quanto attiene poi alla regolarità fiscale, rilevarebbe analogamente la rilevanza meramente oggettiva della violazione e comunque l'imputabilità alla società degli inadempimenti fiscali cui è conseguito l'accertamento del debito fiscale nonché la circostanza che la - solo parziale rateizzazione del debito di cui trattasi- è comunque intervenuta successivamente alla presentazione dell'offerta di gara;
- i requisiti di partecipazione di ordine generale devono essere posseduti da parte di tutti partecipanti alla procedura di gara ai fini della valutazione dell'affidabilità del soggetto

contraente con l'amministrazione e la mancanza dei detti requisiti anche nei confronti di una sola delle società partecipanti al RTI determina di conseguenza necessariamente l'esclusione dalla gara dell'intero RTI, non rilevando nemmeno, ai fini, l'eventuale recesso postumo della società mandante priva del requisito di legge;

- il certificato DURC sulla base del quale è fondato l'ultimo motivo di censura è stato comunque rilasciato in data successiva all'adozione del provvedimento di esclusione dalla gara della ricorrente, e, pertanto, per questioni di ordine temporale, non assume alcuna rilevanza dirimente.

La società Metauro Bus di Metauro A. & Co. s.n.c. si è costituita in giudizio in data 23.1.2013 con comparsa di mera forma e ha successivamente depositato memoria difensiva in data 4.2.2013, con la quale, dopo avere dedotto di avere partecipato alla procedura di gara di cui trattasi in raggruppamento con la società Miccolis e di essersi collocata al secondo posto della graduatoria relativamente al lotto B, nonché di avere, a sua volta, impugnato gli atti della medesima gara con l'autonomo ricorso di cui al rg. n. 815/2013, ha dedotto l'infondatezza del ricorso sostanzialmente per le medesime considerazioni già esposte da parte degli altri controinteressati, argomentando, in particolare, l'infondatezza del secondo motivo atteso che:

- la soglia di gravità dell'inadempimento fiscale individuato dalla legge è stato obiettivamente superato;

- le relative infrazioni fiscali, concernenti 19 cartelle fiscali interessanti il periodo 2004/2012, e le cui cartelle di pagamento risultano essere state tutte regolarmente notificate in data antecedente il termine dell'1.3.2012 fissato come data ultima di presentazione della domanda di partecipazione, devono ritenersi essere state definitivamente accertate;

- l'istanza di rateizzazione è stata presentata in data successiva a quella del termine di scadenza per la presentazione della domanda di partecipazione e rileva, comunque, l'esistenza di oltre 70 cartelle rimaste insolute.

Con il ricorso incidentale, notificato in data 29.1.2013 e depositato in data 4.2.2013, la Fratarcangeli ha impugnato i medesimi atti impugnati con il ricorso introduttivo nonché l'aggiudicazione provvisoria in favore della ricorrente, il bando di gara, il disciplinare di gara, il capitolato speciale di appalto e tutti i verbali di gara e, in particolare, il verbale relativo alla seduta pubblica del 2-6 marzo 2012 e infine la nota, di cui al prot. n. 17269 del 7.8.2012, di rigetto del preavviso di ricorso, nella parte in cui non è stata disposta l'esclusione dalla gara della società Roma TPL anche per il motivo nuovo indicato.

Ne ha dedotto l'illegittimità con un unico complesso motivo di censura *per violazione e falsa applicazione dell'articolo 37, comma 4, del D. Lgs. n. 163 del 2006 e per eccesso di potere per violazione del punto 1.1E del disciplinare di gara e dei principi in materia di partecipazione dei raggruppamenti temporanei alle procedure di gara nonché per difetto di istruttoria.*

Ha dedotto che l'amministrazione avrebbe dovuto procedere all'esclusione della ricorrente non solo per i fondati motivi di cui alla determinazione di esclusione impugnata in via principale

con il ricorso introduttivo ma anche per non avere dichiarato, in quanto raggruppamento soltanto costituendo, al momento di presentazione dell'offerta, la percentuale di esecuzione del servizio nonché le parti del servizio che sarebbero state eseguite dalle società mandanti ai sensi del comma 4 dell'articolo 37 richiamato nonché della corrispondente disposizione del disciplinare di gara; né, in senso contrario, rileverebbe, comunque, l'eventuale successiva sanatoria della predetta dichiarazione, in considerazione dell'interesse pubblico che, con la predetta disposizione, si intende tutelare.

Alla camera di consiglio del 6.2.2013, fissata per la trattazione dell'istanza cautelare, il ricorso è stato rinviato alla pubblica udienza del 24.4.2013 ai fini della trattazione direttamente nel merito.

Con il ricorso per motivi aggiunti, notificato in data 18.3.2013 e depositato in data 2.4.2013, la ricorrente - dopo avere dato atto che comunque deve ritenersi che la determinazione di cui trattasi fosse già ricompresa tra gli atti impugnati con il ricorso introduttivo e che, inoltre, la sua esecutività è stata differita da parte dell'amministrazione fino alla definizione del presente giudizio con la nota di cui al prot. n. 5491 del 25.2.2013 - ha impugnato la determinazione dirigenziale di Roma Capitale n. 119 del 15.2.2013, con la quale è stato disposto l'incameramento della cauzione provvisoria, deducendone l'illegittimità esclusivamente in via derivata per i medesimi motivi di cui al ricorso introduttivo, pedissequamente riportati in ricorso.

Roma Capitale ha depositato documentazione integrativa in data 5.4.2013.

Con la successiva memoria, depositata in data 8.4.2013, la Roma TPL ha ribadito i motivi di censura di cui al ricorso introduttivo, articolandoli più diffusamente anche alla luce delle controdeduzioni delle parti. In particolare, dalla lettura in combinato disposto degli articoli 38 e 46 del D. Lgs. n. 163 del 2006, ha dedotto che:

- contrasterebbe con i principi di cui alla citata direttiva comunitaria il ritenere la completezza delle dichiarazioni come un valore da perseguire di per sé, indipendentemente dall'effettivo possesso del relativo requisito di partecipazione;

- in un'ottica sostanzialista comunitariamente orientata l'esclusione poteva essere deliberata soltanto nel caso in cui si fosse effettivamente ritenuta la sussistenza di una causa ostativa;

- le condanne penali di cui trattasi non avrebbero comunque nel merito potuto comportare l'esclusione in quanto riferite a reati risalenti nel tempo e non conferenti ai fini del giudizio di moralità di cui alla procedura di gara;

- sempre in un'ottica sostanzialista comunitariamente orientata la rateizzazione del debito fiscale rilevarebbe, ai fini indicati in ricorso, indipendentemente dalla circostanza che la relativa istanza sia stata presentata ed anche accolta in data antecedente alla data di scadenza del termine di presentazione delle domande di partecipazione, in applicazione dei principi di proporzionalità e ragionevolezza, con la conseguente richiesta di disapplicazione della relativa norma interna per il rinvenuto contrasto con la normativa comunitaria in materia e, in via subordinata, di valutazione dell'opportunità di sollevare la questione pregiudiziale dinanzi alla

Corte di Giustizia dell'Unione Europea in relazione all'articolo 45 della direttiva 2004/18/CE;

- ai medesimi fini di cui da ultimo è sollecitata, altresì, la valutazione del principio secondo cui, anche nel caso in cui una sola delle imprese partecipanti al costituendo RTI abbia reso una dichiarazione non veritiera, l'esclusione deve essere disposta nei confronti dell'intero RTI concorrente.

Con la memoria dell'8.4.2013 la Fratarcangeli ha più articolatamente argomentato il motivo di censura di cui al ricorso incidentale anche alla luce delle controdeduzioni di cui alla memoria di Roma TPL e ha, altresì, ribadito più diffusamente le argomentazioni in precedenza spese ai fini dell'infondatezza nel merito del ricorso introduttivo, insistendo ai fini del rigetto.

Con la memoria dell'8.4.2013 l'Autoservizi si è limitata a richiamare le difese già in precedenza svolte.

Con la memoria di replica del 12.4.2013 Roma TPL ha ribadito l'infondatezza nel merito del ricorso incidentale, in quanto l'indicazione in termini percentuali delle quote di esecuzione riportata nell'offerta sarebbe in realtà idonea a soddisfare la prescrizione di cui al richiamato comma 4 dell'articolo 37, in applicazione del principio sostanzialistico, dovendosi ritenere, contrariamente a quanto dedotto, che non sia necessaria anche l'indicazione delle singole parti del servizio in quanto, in realtà, il servizio oggetto della procedura non potrebbe essere effettivamente qualificato in termini di disomogeneità in quanto ricomprensivo di due diverse categorie di servizio, ossia il trasporto scolastico per i normodotati e il trasporto dedicato alle comunità nomadi. La natura omogenea del servizio, consistente nel trasporto scolastico sarebbe, peraltro, confermata dalle prescrizioni della *lex specialis*, che considera il predetto servizi in termini unitari. E, ancora, i calcoli effettuati nel ricorso incidentale non troverebbero conferma negli atti di gara, ove sarebbero indicate n. 78 corse e non invece n. 93, come dedotto.

Con la memoria di replica del 12.4.2013 la Miccolis ha dedotto l'inammissibilità del ricorso per difetto di interesse a ricorrere "*non risultando in concreto finalizzata alla caducazione di alcun provvedimento*" nonché l'irricevibilità o improcedibilità per la mancata previa tempestiva impugnazione del provvedimento di aggiudicazione definitiva relativa al lotto B in favore del RTI di cui è parte la stessa Miccolis e di cui alla determinazione dirigenziale n. 87 del 7.2.2013, la quale non risulta essere stata impugnata nei termini né con il ricorso introduttivo né con successivo ricorso per motivi aggiunti e non potendosi ritenere che l'impugnazione sia implicita conseguenza dell'impugnazione del precedente provvedimento di esclusione dalla gara della ricorrente, anche perché, nel caso di specie, non si tratta della conferma dell'aggiudicazione provvisoria ma anzi proprio dell'aggiudicazione in favore di un terzo soggetto. Né ancora la locuzione degli "*atti conseguenti*" contenuta nel ricorso per motivi aggiunti sarebbe idonea a ricomprendervi anche la predetta aggiudicazione definitiva disposta in suo favore, trattandosi pacificamente di una mera locuzione di stile. E, anche se si ritenesse diversamente, comunque, il ricorso per motivi aggiunti sarebbe tardivo avuto riguardo alla data della sua notificazione con riferimento alla data di adozione dell'aggiudicazione definitiva di cui trattasi. Nel merito ha, quindi, ribadito l'infondatezza del ricorso, rilevando, in particolare, come non sia pertinente al caso di specie l'ordinanza di rimessione alla Corte di Giustizia del

TAR Milano n. 213/2013 in ordine alla compatibilità dell'articolo 38 del D. Lgs. n. 163 del 2006 con l'articolo 45 della direttiva 2004/18/CE.

Con la memoria di replica del 13.4.2013 l'Autoservizi si è riportata ai precedenti scritti difensivi limitandosi a rilevare che, per quanto attiene alla questione della rilevanza della rateizzazione del debito fiscale, varrebbero nel caso di specie i principi di cui alla sentenza della Corte di Giustizia del 9.2.2006, che ne delimita la rilevanza al solo caso della presentazione della relativa istanza in data antecedente alla scadenza del termine di presentazione delle offerte.

Con la memoria di replica del 13.4.2013 la Fratarcangeli - dopo avere ribadito di avere sostenuto oramai una spesa di oltre 9.000.00,00 euro ai fini dell'acquisto dei mezzi ecologici per l'espletamento del servizio - ha controdedotto alla memoria difensiva della ricorrente dell'8.4.2013, ribadendo che la mancata produzione di una dichiarazione completa, relativa a tutte le condanne penali riportate, salve le eccezioni tassative indicate nell'articolo 38, costituisce, di per se sola considerata, una causa specifica di esclusione dalla partecipazione alla gara e evidenziando gli aspetti critici rinvenibili nella citata ordinanza di rimessione della questione alla Corte di Giustizia del TAR Milano di cui in precedenza, che, comunque, non atterrebbe al caso di specie in quanto qui la dichiarazione concerne effettivamente i soggetti puntualmente indicati dalla normativa ed inoltre effettivamente vi sono tre condanne penali, con riferimento all'intero RTI, che non sono state fatte oggetto di apposita dichiarazione. Ne consegue l'opposizione a che la questione sia valutata ai fini della rimessione nei termini indicati, in considerazione dell'orientamento maggioritario in ordine all'inoperatività nella fattispecie del cd. falso innocuo.

Roma Capitale ha depositato documentazione integrativa in data 17.4.2013, consistente nei rapporti di comunicazione via fax alla Roma TPL, ai sensi dell'articolo 79 del d.lgs. n. 163 del 2006, delle aggiudicazioni definitive relative ai lotti A e B.

Alla pubblica udienza del 24.4.2013 il ricorso è stato trattenuto in decisione alla presenza degli avvocati come da separato verbale di causa.

DIRITTO

1- La società Fratarcangeli, divenuta aggiudicataria definitiva a seguito dell'esclusione della Roma TPL, in quanto posizionatasi al secondo posto della graduatoria, ha proposto il ricorso incidentale, con il quale ha impugnato i medesimi atti impugnati con il ricorso introduttivo nonché gli atti successivi, deducendone l'illegittimità sotto un diverso ed autonomo profilo di censura, atteso che l'amministrazione avrebbe dovuto procedere all'esclusione della ricorrente non solo per i fondati motivi di cui alla determinazione di esclusione impugnata in via principale con il ricorso introduttivo ma anche per non avere dichiarato, in quanto raggruppamento soltanto costituendo, al momento di presentazione dell'offerta ai fini della partecipazione alla procedura di gara, la percentuale di esecuzione del servizio nonché le parti del servizio che sarebbero state eseguite dalle società mandanti ai sensi del comma 4 dell'articolo 37 richiamato nonché della corrispondente disposizione del disciplinare di gara.

Considerato che, quindi, con il ricorso introduttivo è stata impugnata l'esclusione dalla gara

dell'originaria aggiudicataria e che con il ricorso incidentale la nuova aggiudicataria ne ha chiesto l'esclusione sulla base di un ulteriore e diverso motivo, la questione dell'ordine di trattazione dei ricorsi deve essere affrontata e decisa secondo gli ordinari parametri di valutazione, secondo cui, attesa la peculiare natura del ricorso incidentale, la sua trattazione rimane subordinata alla trattazione nel merito del ricorso principale. Si procede, pertanto, con l'esame, in via prioritaria, del ricorso introduttivo del presente giudizio.

2- Con la memoria di replica del 12.4.2013 la Miccolis ha dedotto l'irricevibilità per tardività del ricorso per motivi aggiunti, ove anche si ritenesse la locuzione degli "atti conseguenti" ivi contenuta idonea a ricomprendervi anche l'aggiudicazione definitiva, relativa al lotto B, disposta in favore del RTI di cui è parte la stessa Miccolis e di cui alla determinazione dirigenziale n. 87 del 7.2.2013, interpretazione tuttavia in effetti contestata in quanto si tratterebbe pacificamente di una mera locuzione di stile nonché l'inammissibilità e/o l'improcedibilità del ricorso introduttivo, per la mancata previa tempestiva impugnazione del detto provvedimento di aggiudicazione definitiva in suo favore, il quale non risulterebbe appunto essere stato impugnato nei termini né con il ricorso introduttivo né con il successivo ricorso per motivi aggiunti e non potendosi ritenere che l'impugnazione sia implicita conseguenza dell'impugnazione del precedente provvedimento di esclusione dalla gara della ricorrente, anche perché, nel caso di specie, non si tratterebbe della conferma dell'aggiudicazione provvisoria al primo classificato ma anzi proprio dell'aggiudicazione in favore di un terzo soggetto, a seguito dello scorrimento della graduatoria.

2.1 - Per un principio giurisprudenziale consolidato nella materia l'omessa o tardiva impugnazione dell'aggiudicazione definitiva rende improcedibile, per sopravvenuto difetto di interesse, il ricorso già proposto avverso l'esclusione e/o l'aggiudicazione provvisoria, non potendo l'impresa ricorrente trarre alcun concreto vantaggio dall'ipotetico annullamento dell'esclusione e/o dell'aggiudicazione provvisoria, in ragione della definitiva preclusione della possibilità di conseguire il bene della vita ambito, ossia l'affidamento e la conseguente stipulazione dell'appalto.

Fermo restando, quindi, l'onere di impugnazione immediata dell'esclusione quale atto endoprocedimentale di carattere direttamente ed autonomamente lesivo, pertanto, una volta impugnato in via autonoma il provvedimento di esclusione dalla gara, rimane, altresì, fermo l'onere del ricorrente di estendere l'impugnazione agli ulteriori atti pregiudizievoli, fino all'aggiudicazione definitiva.

L'impugnazione dell'aggiudicazione definitiva non è, tuttavia, da reputarsi compresa nella eventuale formula contenuta nell'atto introduttivo del giudizio, che si riferisca genericamente al "*provvedimento di aggiudicazione definitiva della gara ... se e in quanto intervenuto, non conosciuto*", nonché al "*contratto di appalto, se e in quanto stipulato ... non conosciuto*", trattandosi di formula puramente ipotetica, non espressiva dell'intendimento di impugnare un determinato provvedimento amministrativo, ed essendo, viceversa, necessario che il ricorrente indicasse in maniera puntuale gli atti gravati (T.A.R. Campania – Napoli, sez. VIII, 6 giugno 2012, n. 2665; T.A.R. Lazio - Roma, sez. II *ter*, 3 novembre 2011, n. 8417; Cons.giust.amm. Sicilia, sez. giurisd., 5 gennaio 2011, n. 16; Consiglio di Stato, sez. V, 26 novembre 2008, n. 5845).

2.1 - Tanto premesso, quanto alla decorrenza del termine di impugnazione dell'aggiudicazione definitiva valgono le considerazioni che seguono.

L'articolo 120 c.p.a., rubricato "*Disposizioni specifiche ai giudizi di cui all'articolo 119, comma 1, lettera a)*", dispone testualmente che "*5. Per l'impugnazione degli atti di cui al presente articolo il ricorso, principale o incidentale e i motivi aggiunti, anche avverso atti diversi da quelli già impugnati, devono essere proposti nel termine di trenta giorni, decorrente, per il ricorso principale e per i motivi aggiunti, dalla ricezione della comunicazione di cui all'articolo 79 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, ...; ovvero, in ogni altro caso, dalla conoscenza dell'atto. ...*".

Il richiamato articolo 79, rubricato "*Informazioni circa i mancati inviti, le esclusioni e le aggiudicazioni*", dispone al riguardo che "*2. Le stazioni appaltanti inoltre comunicano:*

a) ad ogni candidato escluso i motivi del rigetto della candidatura; ...

c) ad ogni offerente che abbia presentato un'offerta selezionabile, le caratteristiche e i vantaggi dell'offerta selezionata e il nome dell'offerente cui è stato aggiudicato il contratto o delle parti dell'accordo quadro. ...

5. In ogni caso l'amministrazione comunica di ufficio:

a) l'aggiudicazione definitiva, tempestivamente e comunque entro un termine non superiore a cinque giorni, all'aggiudicatario, al concorrente che segue nella graduatoria, a tutti i candidati che hanno presentato un'offerta ammessa in gara, a coloro la cui candidatura o offerta siano state escluse se hanno proposto impugnazione avverso l'esclusione ... ;

b-ter) la data di avvenuta stipulazione del contratto con l'aggiudicatario, tempestivamente e comunque entro un termine non superiore a cinque giorni, ai soggetti di cui alla lettera a) del presente comma; ...

5-bis. Le comunicazioni di cui al comma 5 sono fatte per iscritto, con lettera raccomandata con avviso di ricevimento o mediante notificazione o mediante posta elettronica certificata ovvero mediante fax, se l'utilizzo di quest'ultimo mezzo e' espressamente autorizzato dal concorrente, al domicilio eletto o all'indirizzo di posta elettronica o al numero di fax indicato dal destinatario in sede di candidatura o di offerta. La comunicazione e' accompagnata dal provvedimento e dalla relativa motivazione contenente almeno gli elementi di cui al comma 2, lettera c), e fatta salva l'applicazione del comma 4; l'onere può essere assolto nei casi di cui al comma 5, lettere a), b), e b-bis), mediante l'invio dei verbali di gara,

5-quinquies. Il bando o l'avviso con cui si indice la gara o l'invito nelle procedure senza bando fissano l'obbligo del candidato o concorrente di indicare, all'atto di presentazione della candidatura o dell'offerta, il domicilio eletto per le comunicazioni; il bando o l'avviso possono altresì obbligare il candidato o concorrente a indicare l'indirizzo di posta elettronica o il numero di fax al fine dell'invio delle comunicazioni."

Con riferimento allo speciale rito di cui all'articolo 120 c.p.a., pertanto, la ricezione della comunicazione di aggiudicazione ai sensi dell'articolo 79 del D.lgs. n. 163 del 2006 cristallizza il momento della piena conoscenza; il dimezzamento dei termini per proporre ricorso previsto dal citato articolo 120 c.p.a. non ha tuttavia diminuito gli oneri di diligenza a carico delle imprese partecipanti, con la conseguenza che, qualora la comunicazione dell'aggiudicazione definitiva avvenga mediante la ricezione della comunicazione individuale di cui all'articolo 79 è ad essa che deve farsi riferimento ai fini della proposizione del ricorso, potendo la conoscenza di ulteriori atti della procedura consentire la proposizione di eventuali motivi aggiunti (T.A.R. Sardegna - Cagliari, sez. I, 10 maggio 2011, n. 464).

E, tuttavia, la predetta comunicazione non può dirsi esclusiva e tassativa, non potendosi escludere che la piena conoscenza, al fine del decorso del termine di impugnazione, sia acquisita anche in momento anteriore e con altre forme, con onere della prova a carico di chi la eccepisce (T.A.R. Calabria - Catanzaro, sez. II, 20 luglio 2012, n. 793); la comunicazione prevista dal citato articolo 79, infatti, che ha la finalità di garantire la piena conoscenza e la certezza della data di conoscenza in relazione agli atti di gara - e segnatamente esclusioni e aggiudicazioni - non incide sulle regole processuali generali del processo amministrativo, in tema di decorrenza dei termini di impugnazione dalla data di notificazione, comunicazione o comunque piena conoscenza dell'atto, cosicché la detta norma lascia appunto in vita la possibilità che la piena conoscenza dell'atto, ai fini che interessano sia acquisita con forme diverse.

E, secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale nella materia, la piena conoscenza del provvedimento amministrativo, ai fini della decorrenza del termine per l'impugnazione (che usualmente si ricollega all'intervenuta individuazione del contenuto dell'atto), per essere rispondente al principio costituzionale della effettività del diritto di difesa, deve essere della parte e non del suo difensore, con la conseguenza che il deposito dei provvedimenti impugnati in giudizio non è di per sé idoneo a far ritenere avvenuta la conoscenza degli stessi ai fini della decorrenza dei termini di impugnazione giurisdizionale (Consiglio di Stato, sez. V, 20 ottobre 2010, n. 7574).

Peraltro, poiché l'articolo 79, letto in combinato disposto con l'articolo 120 c.p.a., stabilisce il principio secondo il quale per l'impugnativa è necessaria non la semplice conoscenza dell'atto nei suoi elementi imprescindibili, vale a dire la semplice comunicazione del soggetto risultato aggiudicatario, ma, proprio per consentire un corretto rapporto processuale, altresì quella relativa alle motivazioni e/o alle procedure che hanno determinato l'amministrazione nella scelta operata, ne consegue che la norma di "apertura" contenuta sempre nell'articolo 120 c.p.a., all'ultimo inciso, secondo il quale il termine per l'impugnazione decorre, appunto, in ogni altro caso, dalla conoscenza dell'atto, deve essere letta in maniera sistematica, intendendo per detta conoscenza, esclusivamente quella del provvedimento completo degli elementi ritenuti rilevanti dallo stesso art. 79 codice degli appalti (T.A.R. Sicilia - Catania, sez. III, 22 novembre 2012, n. 2654).

Non si disconosce, tuttavia, l'esistenza di un orientamento contrario sul punto, e secondo il quale la conoscenza, pur *aliunde* acquisita, dell'esito negativo del procedimento di gara integra gli estremi della "piena conoscenza", non essendo richiesta, a tal fine, la cognizione anche

della motivazione e di copia degli atti, rilevante al solo fine della proposizione di motivi aggiunti, in relazione agli elementi ritenuti lesivi non conosciuti al momento della proposizione del ricorso introduttivo (T.A.R. Puglia - Bari, sez. I, 6 dicembre 2012, n. 2061), atteso che, attraverso il combinato disposto degli articoli 79 e 120 c.p.a., si è inteso delimitare ad un massimo di quaranta giorni dalla comunicazione dell'aggiudicazione, ossia 10 giorni per esercitare l'accesso alla documentazione, decorrenti dalla comunicazione, più 30 giorni per la proposizione del ricorso, sia o meno accompagnata dal provvedimento o dai verbali di gara recanti la motivazione (Consiglio di Stato, sez. V, 1 settembre 2011, n. 4895), con la conseguenza che la formalizzazione di una autonoma ordinaria istanza di accesso agli atti del procedimento non può consentire di spostare surrettiziamente in avanti nel tempo il periodo di incertezza sulla proposizione della lite che la legge ha individuato nei termini di cui in precedenza.

Peraltro, agli effetti del decorso del termine d'impugnazione dell'aggiudicazione definitiva di gara pubblica, di esclusione dalla stessa e dell'avvenuta stipula del contratto con l'aggiudicatario le relative comunicazioni d'ufficio possono essere effettuate mediante fax, secondo quanto disposto dall'articolo 79 comma 5 *bis*, solo se l'utilizzo di detto mezzo è stato espressamente autorizzato dal concorrente (Consiglio di Stato, sez. IV, 3 maggio 2011, n. 2646).

Ne consegue che, atteso che nel sistema previsto dal codice dei contratti e dal c.p.a., il termine di impugnazione degli atti di una gara pubblica decorre dal momento in cui la società partecipante ha avuto conoscenza del provvedimento di aggiudicazione definitiva, che è l'atto con il quale naturalmente si conclude la fase concorsuale, è irricevibile per tardività un ricorso giurisdizionale proposto avverso l'aggiudicazione definitiva oltre il termine decadenziale dalla sua comunicazione, legittimamente effettuata a mezzo fax dalla stazione appaltante ai sensi dell'articolo 79 (T.A.R. Sardegna - Cagliari, sez. I, 10 maggio 2011, n. 464).

2.3 - Nel caso di specie il ricorso introduttivo del ricorso è stato notificato in data 27.12.2012 e risulta proposto avverso gli atti e i provvedimenti puntualmente indicati in epigrafe nonché avverso *“ogni altro atto presupposto, connesso o consequenziale, ivi compresi il contratto di appalto eventualmente già stipulato con l'aggiudicatario (non conosciuto), l'atto di affidamento del servizio all'aggiudicatario definitivo a partire dal 1.1.2013 (non conosciuto) nonché ogni atto successivo alla D.D. n. 803 del 27.11.2012, riguardante l'aggiudicazione definitiva del Lotto B e la stipula del relativo contratto di appalto (non conosciuti)”*.

Il ricorso per motivi aggiunti è stato notificato in data 18.3.2013 e risulta proposto avverso la determinazione dirigenziale di Roma Capitale n. 119 del 15.2.2013, con la quale è stato disposto, come indicato epigrafe, l'incameramento della cauzione provvisoria, deducendone l'illegittimità in via derivata per i medesimi motivi di censura di cui al ricorso introduttivo che sono stati pedissequamente riportati nonché in via autonoma; nella parte delle conclusioni, poi, è stato chiesto l'annullamento de *“il provvedimento di esclusione, gli atti impugnati e ogni altro atto presupposto, connesso e/o consequenziale eventualmente intervenuto e dichiarare l'inefficacia del contratto di appalto ove eventualmente stipulato”*.

L'aggiudicazione definitiva della gara di cui trattasi, è avvenuta in momenti temporali distinti

relativamente al lotto A ed al lotto B; in particolare relativamente al lotto A, l'aggiudicazione definitiva in favore della Fratarcangeli è intervenuta con la determinazione dirigenziale n. 833 del 5.12.2012 mentre, invece, relativamente al lotto B, l'aggiudicazione definitiva in favore della Miccolis - Metauro è intervenuta con la determinazione dirigenziale n. 87 del 7.2.2013.

Mentre la determinazione dirigenziale n. 833 del 5.12.2012 è stata puntualmente indicata nell'epigrafe del ricorso introduttivo nonché nelle conclusioni del ricorso per motivi aggiunti e, quindi, non si pone alcun problema di procedibilità sotto il dedotto profilo del ricorso introduttivo, invece, la determinazione dirigenziale n. 87 del 7.2.2013 - la quale è intervenuta in data successiva all'introduzione del ricorso principale ma in data antecedente a quella di notificazione del ricorso per motivi aggiunti - non risulta essere compresa tra gli atti impugnati con il ricorso per motivi aggiunti del 18.3.2012 né formalmente in quanto non puntualmente indicata nell'epigrafe del detto ricorso né nelle relative conclusioni né sostanzialmente, atteso che, dalla lettura del ricorso per motivi aggiunti, non è possibile evincere che vi sia in qualche modo ricompresa, non essendo nemmeno stata menzionata né nei suoi estremi né nei suoi contenuti. Né, ancora, risulta che sia mai stato notificato un ulteriore e diverso ricorso per motivi aggiunti avente specificatamente ad oggetto l'impugnazione della predetta aggiudicazione definitiva in favore della Miccolis - Metauro.

Atteso che i due lotti in cui è suddiviso un appalto costituiscono procedure di gara distinte ed autonome, è bene possibile che l'impugnazione del provvedimento unico di esclusione per entrambi i lotti, disposta nei confronti di una medesima partecipante, effettuata con un unico ricorso, conduca astrattamente a diverse conclusioni, relativamente in particolare, per quanto di interesse in questa sede, alla procedibilità del ricorso, avuto riguardo e alla luce delle diverse risultanze processuali.

2.4 - E, quindi, è necessario verificare se, effettivamente, limitatamente al lotto B, il ricorso introduttivo sia divenuto, nelle more della trattazione del merito, improcedibile per la mancata tempestiva impugnazione dell'aggiudicazione definitiva alla seconda classificata.

Ai fini, in punto di fatto, è importante evidenziare come la procedura di gara sia stata particolarmente farraginoso; e, infatti, successivamente all'esclusione dalla gara della ricorrente Roma TPL nonché alla contestuale esclusione anche del costituendo RTI Miccolis - Metauro, l'aggiudicazione è stata disposta in favore della Autoservizi Meridionali, ossia della terza classificata e, solo successivamente all'annullamento in autotutela della determinazione di esclusione della Miccolis - Metauro, è stata disposta l'aggiudicazione definitiva in suo favore con la richiamata determinazione dirigenziale n. 87 del 7.2.2013; tanto è vero che la società Autoservizi Meridionali ha impugnato, dapprima, con ricorso incidentale e, successivamente, con un ricorso autonomo il predetto annullamento in autotutela dell'esclusione della Miccolis - Metauro, cui è conseguito, altresì, l'annullamento, sempre in via di autotutela, dell'aggiudicazione del lotto B in suo favore; il ricorso, di cui al rg. n. 2065/2013, è chiamato alla trattazione nel merito alla presente udienza pubblica e il suo esito è necessariamente condizionato dall'esito del giudizio in trattazione al momento.

Ai fini della verifica di cui trattasi, è pertanto necessario valutare se chi ha eccepito la improcedibilità per tardività del ricorso, e su cui grava il relativo onere probatorio, abbia

effettivamente fornito una adeguata prova al riguardo nonché se, alla presente data in cui il ricorso è stato introitato per la decisione nel merito, non debba, invece, eventualmente ritenersi che per la ricorrente non sia ancora pendente il termine per la relativa impugnazione, alla luce dei principi di cui in precedenza nella materia specifica.

E, infatti, dal combinato disposto degli articoli 79 del codice appalti e 120 c.p.a. risulta che la ricezione della comunicazione di aggiudicazione ai sensi dell'articolo 79 cristallizza il momento della piena conoscenza e che, tuttavia, la predetta comunicazione non può dirsi esclusiva e tassativa, non potendosi escludere che la piena conoscenza, al fine del decorso del termine di impugnazione, sia acquisita anche in momento anteriore e con altre forme, con onere della prova a carico di chi la eccepisce; peraltro, poiché l'articolo 79 richiede la comunicazione relativa alle motivazioni e/o alle procedure che hanno determinato l'amministrazione nella scelta operata, ne consegue che anche la norma di "apertura" contenuta sempre nell'articolo 120 c.p.a., all'ultimo inciso, deve essere letta in maniera sistematica, intendendosi necessaria ai fini la conoscenza del provvedimento completo degli elementi ritenuti rilevanti dallo stesso art. 79 codice degli appalti.

Né la piena conoscenza, ai medesimi fini, può essere del difensore della parte, e acquisita attraverso il deposito del provvedimento in giudizio, atteso che, per essere rispondente al principio costituzionale della effettività del diritto di difesa, la detta conoscenza deve essere della parte.

Nel caso di specie è comprovato che Roma Capitale ha depositato in atti, in data 17.4.2013, copia delle comunicazioni delle aggiudicazioni definitive per entrambi i lotti A e B, effettuate ai sensi dell'articolo 79, via fax, al costituendo RTI Roma TPL al numero 06/64778285, come da rapporto di trasmissione, e, in particolare:

A) con la nota di cui al prot. n. SC/314921 del 7.12.2012, è stata comunicata, nella medesima data, l'aggiudicazione definitiva del lotto A in favore della società Fratarcangeli Cocco di Cocco Fratarcangeli Vincenzina & C. s.a.s., disposta con la determinazione dirigenziale n. 833 del 5.12.2012;

B) con la nota di cui al prot. n. SC/43616 del 12.2.2013, è stata comunicata, nella medesima data, l'aggiudicazione definitiva del lotto B in favore del RTI Miccolis s.p.a.-Metauro Bus di Metauro Albino & C. s.n.c., di cui alla determinazione dirigenziale n. 87 del 7.2.2013.

Al riguardo del detto deposito documentale, deve, in via preliminare, evidenziarsi che, in sede di trattazione orale del ricorso, la difesa di Roma TPL ha eccepito la tardività dello stesso, in quanto effettuato oltre i termini di legge, e ne chiesto lo stralcio.

Ai sensi dell'articolo 73 c.p.a., rubricato "*Udienza di discussione*", "*1. Le parti possono produrre documenti fino a quaranta giorni liberi prima dell'udienza, memorie fino a trenta giorni liberi e presentare repliche, ai nuovi documenti e alle nuove memorie depositate in vista dell'udienza, fino a venti giorni liberi, ...*".

Ai sensi del successivo articolo 119, rubricato "*Rito abbreviato comune a determinate materie*

”, “1. Le disposizioni di cui al presente articolo si applicano nei giudizi aventi ad oggetto le controversie relative a:

a) i provvedimenti concernenti le procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi e forniture, salvo quanto previsto dagli articoli 120 e seguenti; ...

2. Tutti i termini processuali ordinari sono dimezzati salvo, nei giudizi di primo grado, quelli per la notificazione del ricorso introduttivo, del ricorso incidentale e dei motivi aggiunti, nonché quelli di cui all'articolo 62, comma 1, e quelli espressamente disciplinati nel presente articolo. ...”.

Infine l'articolo 120, rubricato “Disposizioni specifiche ai giudizi di cui all'articolo 119, comma 1, lettera a)”, dispone che “3. Salvo quanto previsto dal presente articolo e dai successivi, si applica l'articolo 119.”.

Ne consegue che il combinato disposto degli articoli 119, comma 2, e 120, comma 3, c.p.a. introduce un sistema accelerato di definizione delle controversie, prevedendo, con una norma eccezionale insuscettibile di applicazione analogica, che il dimezzamento dei termini ordinari di impugnazione vale esclusivamente con riferimento a controversie aventi ad oggetto i contratti pubblici disciplinati dal d.lg. n. 163 del 2006; ne consegue che, pacificamente, i giudizi in materia di appalti pubblici sono assoggettati al rito abbreviato con dimezzamento di tutti i termini processuali (Consiglio di Stato, sez. V, 1 agosto 2012, n. 4399).

Tanto premesso, deve, altresì, rilevarsi che i termini fissati dall'articolo 73, comma 1, c.p.a. per il deposito di memorie difensive e documenti hanno carattere perentorio in quanto espressione di un precetto di ordine pubblico processuale posto a presidio del contraddittorio e dell'ordinato lavoro del giudice; sicché la loro violazione conduce all'inutilizzabilità processuale delle memorie e dei documenti presentati tardivamente, che vanno considerati *tamquam non essent* (Consiglio di Stato, sez. III, 25 marzo 2013, n. 1640); peraltro le dette conclusioni sono avvalorate anche da un consolidato orientamento giurisprudenziale, formatosi ancora prima dell'entrata in vigore del codice del processo amministrativo, che ha configurato come perentori i termini per il deposito di documenti e memorie difensive, in quanto posti a salvaguardia non solo del diritto al contraddittorio ma anche del corretto svolgimento del processo.

La conseguenza ulteriore è che, in quanto perentori, i suddetti termini non possono essere superati neanche ove sussistesse eventualmente un accordo specifico sul punto tra le parti, essendo il deposito tardivo di memorie e documenti ammesso in via del tutto eccezionale nei soli casi di dimostrazione dell'estrema difficoltà di produrre l'atto nei termini di legge, siccome previsto dall'articolo 54 comma 1, dello stesso c.p.a. (Consiglio di Stato, sez. IV, 15 febbraio 2013, n. 916; Consiglio di Stato, sez. V, 28 dicembre 2012, n. 6690).

Nel caso di specie, essendo stata fissata l'udienza pubblica di trattazione nel merito del ricorso introduttivo alla data del 24.4.2013 è evidente che, anche considerato il dimezzamento dei termini di cui sopra, il deposito documentale di Roma Capitale, che sarebbe dovuto intervenire entro i 20 giorni antecedenti alla data dell'udienza, in quanto effettuato, invece, in

data 17.4.2013, e quindi a ridosso dell'udienza, è tardivo; la conseguenza è, anche tenuto conto della puntuale richiesta della difesa della ricorrente in sede di trattazione orale del ricorso, l'inutilizzabilità processuale dei predetti documenti, i quali vanno, pertanto, considerati *tamquam non essent*.

D'altronde, l'estrema difficoltà di produrre l'atto nei termini di legge, ai sensi dell'articolo 54, comma 1, c.p.a., non è stata neanche invocata, nel caso di specie, dalla parte interessata.

Anche a prescindere, comunque, dalla dichiarata inutilizzabilità, il Collegio non può esimersi dal rilevare che, peraltro, la comunicazione dell'intervenuta aggiudicazione definitiva in favore del costituendo RTI Miccolis - Metauro di cui all'articolo 79, della quale in atti sarebbe stata offerta la prova della relativa comunicazione via fax con il deposito documentale in contestazione, non sarebbe stata potuta essere valutata positivamente ai fini della decorrenza del termine della relativa impugnazione, per le seguenti considerazioni:

- da un lato, non è stato dedotto da nessuna parte che le comunicazioni d'ufficio potessero essere effettuate mediante fax, secondo quanto disposto dall'articolo 79, comma 5 *bis*, in quanto l'utilizzo di detto mezzo era stato espressamente autorizzato dal concorrente;

- dall'altro, comunque, l'articolo 79, al medesimo comma 5 *bis*, richiede, altresì, che la comunicazione sia accompagnata dal provvedimento e dalla relativa motivazione contenente almeno l'indicazione delle caratteristiche e i vantaggi dell'offerta selezionata e il nome dell'offerente e che l'onere possa essere assolto, nel caso dell'aggiudicazione definitiva della procedura di gara, mediante l'invio dei verbali di gara, mentre, nel caso di specie, sarebbe comprovato, proprio dal predetto deposito documentale in contestazione, che la stazione appaltante si è limitata a inoltrare in allegato copia della predetta determinazione dirigenziale, ove, tuttavia, manca l'indicazione degli elementi di cui sopra non essendo stati nemmeno in alternativa allegati i relativi verbali di gara (la detta determinazione è incentrata principalmente sull'annullamento in autotutela della precedente determinazione n. 861 dell'11.12.2012 di esclusione dalla partecipazione alla gara della Miccolis – Metauro e dedica appena alcune righe all'aggiudicazione definitiva, laddove si limita a rilevare che “*la soluzione tecnica, comprensiva degli allegati, ... è parte integrante del Capitolato Speciale di Appalto, in tal senso aggiornato dell'art. 33 e dei suoi allegati*” e che “*il corrispettivo per detto appalto ... è fissato in euro 31.857.170,80 IVA inclusa, oneri della sicurezza pari a zero*”).

Nel caso in cui, poi, effettivamente la determinazione dirigenziale di aggiudicazione definitiva del lotto B dell'appalto di cui trattasi n. 87 del 7.2.2013 risulti essere stata depositata in giudizio da una delle parti in data antecedente al 17.4.2013, circostanza che, tuttavia, al Collegio, dall'esame della documentazione tutta versata in giudizio dalle parti, in realtà non risulta, comunque, alla luce di quanto in precedenza esposto, il predetto eventuale deposito non sarebbe in grado di integrare quella piena conoscenza richiesta dalla normativa di settore ai fini della decorrenza del termine di impugnazione.

Ne consegue che l'eccezione di improcedibilità del ricorso non è fondata per tutte le considerazioni che precedono e, pertanto, deve essere respinta.

3. Passando ora alla trattazione nel merito del ricorso, deve rilevarsi l'infondatezza per le considerazioni che seguono.

L'amministrazione ha assunto, a fondamento dell'esclusione della ricorrente, una motivazione che è stata articolata su tre distinti profili, tutti inerenti alla violazione dell'articolo 38 del D.lgs. n. 163/2006 e riferiti in parte alla società mandataria Roma TPL e in parte alla società mandante Ronabus.

In particolare il primo motivo di esclusione riguarda le dichiarazioni rese ai sensi dell'articolo 38, comma 1, lett. c, del D. Lgs. n. 163 del 2006 in conseguenza della discrasia riscontrata in sede di comprova del possesso dei requisiti ai sensi dell'articolo 48, tra quanto dichiarato in sede di offerta e quanto risultante dalle certificazioni acquisite dall'amministrazione successivamente all'aggiudicazione provvisoria, essendo emerse condanne non dichiarate nei confronti dei sig.ri Antonio Pompili, Presidente del C.d.A. della società mandataria Roma TPL e del CO.TR.I., Marco Cialone, Direttore Generale e Direttore Tecnico della Roma TPL e Consigliere del CO.TR.I. e Carlo Troiani, legale rappresentante della società Autoservizi Troiani S.r.l., consorziata del CO.TR.I. .

Il secondo motivo di esclusione riguarda la sussistenza del requisito della regolarità fiscale, ai sensi dell'articolo 38, comma 1, lett. g, del D. Lgs. n. 163 del 2006, atteso che risulterebbero a carico della società Ronabus plurime violazioni definitivamente accertate di violazione degli obblighi relativi al pagamento delle imposte e delle tasse per un importo complessivo superiore a euro 140.000,00, e, pertanto, superiore al limite previsto dall'articolo 48 bis, commi 1 e 2 *bis*, del d.P.R. 29 settembre 1973, n. 602, come da attestazione di regolarità fiscale del 12.9.2012 in atti.

Il terzo motivo di esclusione riguarda la sussistenza del requisito della regolarità contributiva, ai sensi dell'articolo 38, comma 1, lett. g, del D. Lgs. n. 163 del 2006, atteso che la società Ronabus non risulterebbe in regola con il versamento dei premi e accessori come da DURC dell'INPS emesso in data 19.10.2012 e in atti.

Ne è conseguita la comunicazione e segnalazione all'A.V.C.P. dell'esclusione disposta con la determinazione dirigenziale n. 803/2012 con la nota di cui al prot. n. 26436 del 5.12.2012 nonché l'incameramento della cauzione provvisoria.

Si tratta, all'evidenza, di tre motivi non solo distinti ma ciascuno idoneo, da solo, se ritenuto esente dalle censure di illegittimità dedotte, a sostenere la legittimità del provvedimento di esclusione adottato da parte della stazione appaltante.

3.1 - Nonostante l'ordine di articolazione dei motivi di censura di cui al ricorso, che segue peraltro l'ordine dell'esposizione dei motivi di esclusione nel relativo provvedimento di esclusione della stazione appaltante, il Collegio, in considerazione di quanto in precedenza esposto, ritiene di potere prendere le mosse dalla trattazione del secondo motivo di esclusione, proprio in quanto presenta maggiori aspetti problematici anche in relazione alla richiesta rimessione della relativa questione interpretativa alla Corte di Giustizia della Unione Europea ai sensi dell'articolo 267 del Trattato (ed è, comunque, appunto di per se assorbente

della eventuale legittimità del provvedimento espulsivo impugnato, in caso di sua ritenuta infondatezza).

3.2 - Quanto al detto motivo di esclusione, riguardante l'insussistenza del requisito della regolarità fiscale, ai sensi dell'articolo 38, comma 1, lett. g, del D. Lgs. n. 163 del 2006, atteso che risulterebbero a carico della società Ronabus plurime violazioni definitivamente accertate di violazione degli obblighi relativi al pagamento delle imposte e delle tasse per un importo complessivo superiore a euro 140.000,00, e, pertanto, superiore al limite previsto dall'articolo 48 bis, commi 1 e 2 bis, del d.P.R. 29 settembre 1973, n. 602, come da attestazione di regolarità fiscale del 12.9.2012 in atti, valgono le considerazioni di cui di seguito.

La richiamata determinazione dirigenziale n. 803 del 27.11.2012 ha disposto l'esclusione della Roma TPL sulla base delle seguenti considerazioni:

“come risulta da relazione del RUP, allegata in atti, prot. n. SU25407 del 26 novembre 2012, detta verifica ha avuto esito negativo, poiché le relative risultanze documentali e certificative non hanno confermato alcune delle dichiarazioni rese, ai sensi dell'art. 38 del Dlgs 163/2006, in sede di partecipazione alla gara dal medesimo per il RTI Roma TPL s.c.a.r.l. ...;

che specificatamente la mancata comprova dei requisiti in oggetto ha riguardato: ...

B) relativamente all'articolo 38, comma 1, lett. g): risultano a carico dell'impresa Ronabus s.r.l. plurime violazioni, definitivamente accertate, degli obblighi relativi al pagamento di imposte e tasse per un importo complessivo superiore a quello previsto dall'articolo 48-bis, commi 1 e 2-bis, del dPR 29 settembre 1973, n. 602, come da Attestazione di regolarità fiscale AGE.AGEDP3RM.Registro.0165732 del 12/9/2012, acquisito in atti con protocollo SU/18934 del 12/9/2012 ...

Considerato: ...

- che la risultanza evidenziata alla predetta lettera B) configura la fattispecie del mancato possesso del relativo requisito, poiché le violazioni sono sia dichiarate – nell'Attestazione rilasciata dall'Agenzia delle Entrate- come “definitivamente accertate” e sia caratterizzate dall'elemento della “gravità”, in quanto di importo complessivo superiore a quello previsto dall'art. 48-bis del dPR 602/73, come richiesto dall'art. 38, comma 2, del Dlgs 163/2006; ...”

Da quanto esposto consegue che l'esclusione non è stata disposta in quanto risulterebbe che la Ronabus abbia reso una dichiarazione non veritiera in ordine al possesso del requisito della regolarità fiscale ai sensi del comma 2 dell'articolo 38 ma, nello specifico, proprio per la sostanziale insussistenza in concreto del predetto requisito; ne consegue che è alla luce della predetta considerazione che deve essere affrontato il relativo motivo di censura.

E, pur tuttavia, non può, comunque, esimersi dal rilevare che è opinione largamente condivisa in giurisprudenza che costituisca in sé motivo di esclusione dalla gara il fatto che l'autodichiarazione presentata dalla concorrente, al fine della dimostrazione della posizione di regolarità fiscale, sia risultata non veritiera (Consiglio di Stato, sez. III, n. 1332 del 5.3.2013).

3.3 - Alla luce delle considerazioni che precedono e considerata la valenza sostanziale del provvedimento che ha comminato l'esclusione, appare non dirimente la questione concernente la sussistenza della buona fede da parte della ricorrente nel rendere la dichiarazione di cui trattasi; e, infatti, anche a prescindere dalla sostanziale irrilevanza dell'elemento soggettivo, ai fini che interessano, secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale nella materia, quel che rileva, ai fini della valutazione della legittimità della disposta esclusione, è la verifica in concreto dell'effettiva mancanza in capo al costituendo RTI del requisito soggettivo di ordine generale rappresentato dalla regolarità fiscale, indipendentemente dal contenuto della relativa dichiarazione.

E, al riguardo, non può prescindersi dall'osservare che il requisito della regolarità fiscale di cui trattasi deve essere presente al momento della presentazione della domanda di partecipazione e permanere durante tutta la durata del procedimento concorsuale (cfr. in termini Cons. Stato, sez. VI, 21 aprile 2010, n. 2226), nonché sussistere anche al momento della stipula del contratto.

L'articolo 38 dispone al riguardo, al comma 1, nel testo risultante dalla modifica apportata con l'articolo 4, comma 2, lettera b), del D.L. 13 maggio 2011, n. 70, che *"1. Sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, né possono essere affidatari di subappalti, e non possono stipulare i relativi contratti i soggetti: ... g) che hanno commesso violazioni gravi, definitivamente accertate, rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse, secondo la legislazione italiana o quella dello Stato in cui sono stabiliti; ..."* e, al comma 2, nel testo risultante dalla modifica apportata con l'articolo 1, comma 5, del D.L. 2 marzo 2012, n. 16, che *"2. Il candidato o il concorrente attesta il possesso dei requisiti mediante dichiarazione sostitutiva in conformità alle previsioni del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445, ... Ai fini del comma 1, lettera g), si intendono gravi le violazioni che comportano un omesso pagamento di imposte e tasse per un importo superiore all'importo di cui all' articolo 48 bis, commi 1 e 2-bis, del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 602; costituiscono violazioni definitivamente accertate quelle relative all'obbligo di pagamento di debiti per imposte e tasse certi, scaduti ed esigibili"*

Il testo della detta disposizione vigente in epoca antecedente alle due modifiche di cui sopra era, invece, il seguente *"1. Sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, né possono essere affidatari di subappalti, e non possono stipulare i relativi contratti i soggetti ... g) che hanno commesso violazioni, definitivamente accertate, rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse, secondo la legislazione italiana o quella dello Stato in cui sono stabiliti"*.

In sostanza, il legislatore, intervenendo due volte sulle disposizioni di cui trattasi ha elaborato una norma complessa che, da un lato, con il d.l. n. 70/2011, introduce il concetto di *"gravità"* della violazione, predeterminandone però il *quantum* attraverso il rinvio contenuto nel terzo periodo del comma 2 dell'articolo 38, all'articolo 48 bis del d.P.R. n. 602 del 1973 (ossia euro diecimila, salvo modifiche da disporsi con apposito d.m.) e, dall'altro lato, con il d.l. n. 16 del 2012, alla seconda parte del terzo periodo del comma 2 dell'articolo 38 fornisce la definizione

del concetto di “*violazioni definitivamente accertate*”, che sono solo quelle “*relative all'obbligo di pagamento di debiti per imposte e tasse certi, scaduti ed esigibili.*”.

Le disposizioni di cui al d.l. n. 70 del 2011, nel testo risultante dalla legge di conversione, sono a stretto rigore applicabili solo alle procedure i cui bandi siano pubblicati successivamente alla data di entrata in vigore del d.l. n. 70 del 2011 ai sensi dell'articolo 4, comma 3, del d.l. n. 70 del 2011; al contrario le disposizioni di cui al d.l. n. 16 del 2012, che hanno introdotto la seconda parte del terzo periodo del comma 2 dell'articolo 38, si applicano retroattivamente, per espressa previsione della legge, ai sensi dell'articolo 1, comma 6, del d.l. n. 16 del 2012.

Essendo stato il bando di gara di cui trattasi pubblicato nel mese di novembre 2011, ne consegue che al caso di specie trovano applicazione entrambe le innovative disposizioni in materia di cui in precedenza. Ciò consente, appunto, di ritenere la gravità delle violazioni fiscali nel solo caso in cui sia superato il limite puntualmente individuato, senza alcun margine per una valutazione discrezionale da parte della stazione appaltante nel caso in cui l'importo ancora dovuto a titolo di imposte e tasse sia inferiore alla predetta soglia (come peraltro confermato con la determinazione dell'A.V.C.P. n. 1/2012, secondo cui “*non residua in capo alla stazione appaltante alcun margine di discrezionalità per effettuare un apprezzamento sulla gravità dell'illecito commesso dall'operatore economico; dunque, in presenza di un debito fiscale definitivamente accertato di importo superiore a quello previsto dalla legge citata, la stazione appaltante è costretta ad escludere, poiché la valutazione della gravità è stata già effettuata a monte dal legislatore*”) nonché la definitività solo nel caso in cui i predetti debiti siano effettivamente certi, scaduti ed esigibili.

Sotto il predetto ultimo profilo, deve rilevarsi che l'accertamento è considerato come divenuto definitivo per effetto della decorrenza del termine di impugnazione dell'atto stesso, senza che l'impresa abbia presentato ricorso o per effetto di una pronuncia giurisdizionale che abbia acquisito autorità di cosa giudicata (Consiglio di Stato, sez. V, 23 gennaio 2012, n. 262; T.A.R. Lazio – Roma, sez. III, 3 luglio 2012, n. 6072).

Ne consegue che non è sufficiente la circostanza che il concorrente sia destinatario di una cartella esattoriale, attesa la necessità non solo che la pendenza con il fisco sia stata debitamente accertata dai competenti organi come esistente ad una determinata data, ma anche che la pretesa tributaria si sia consolidata in favore dell'amministrazione finanziaria per l'inutile decorso del termine di impugnazione o per l'adempimento, che è di sessanta giorni dalla notifica degli atti dell'amministrazione finanziaria; e, tuttavia, dall'altra, è pur vero che la notifica della cartella esattoriale si presume preceduta dalla notifica dell'avviso di accertamento a seguito del quale si sarebbe già potuto proporre ricorso giurisdizionale o istanza di rateazione, anche se, in assenza di elementi al riguardo forniti da parte del diretto interessato, deve ritenersi sufficiente ai fini la valutazione della data di notificazione della cartella esattoriale.

Nel caso di specie non è in discussione nel merito l'esistenza di un debito fiscale della Ronabus del rilevante importo indicato, superiore ai 140.000,00 euro; ciò che la ricorrente ha dedotto al riguardo, infatti, è stato, in primo luogo, la sussistenza della propria buona fede nel rendere la relativa dichiarazione di regolarità fiscale e sulla quale censura già in precedenza si

è trattenuti, nonché l'intervenuta rateizzazione del proprio debito fiscale cui conseguirebbe in via retroattiva la regolarità fiscale sin dal momento di presnetazione della domanda di partecipazione alla procedura di gara.

3.4 - Tanto premesso deve ora, pertanto, valutarsi la rilevanza della detta intervenuta rateizzazione del debito fiscale di cui trattasi.

E infatti è comprovato in atti che la Ronabus ha presentato all'Agenzia delle entrate, in data 13.11.2012, l'istanza di concessione del beneficio della rateizzazione del pagamento del debito fiscale residuo, istanza che è stata protocollata con il n. 711377 e a cui è conseguito il provvedimento di concessione del detto beneficio adottato in data 19.11.2012 e successivamente comunicato all'interessata; entrambe le suddette date di riferimento sono evidentemente posteriori alla data dell'1.3.2012, ossia al termine ultimo di scadenza per la presentazione delle domande di partecipazione alla procedura di gara di cui trattasi.

L'accoglimento parziale dell'istanza di rateizzazione di cui al protocollo n. 711377 del 13.11.2012, con il provvedimento del 19.11.2012, avente ad oggetto n. 71 cartelle di pagamento per un importo totale di euro 270.972,06, prevede il pagamento in 60 rate a decorrere dal 10.1.2013, ed è documentati in atti che il primo pagamento è intervenuto come da RAV del 17.12.2012 per l'importo di euro 6.600,85.

Non può, tuttavia, il Collegio esimersi dall'evidenziare che, dal raffronto tra l'attestazione di regolarità fiscale AGE.AGEDP3RM.Registro.0165732 del 12.9.2012, acquisito in atti con protocollo n. SU/18934 del 12.9.2012 ed il provvedimento di accoglimento parziale dell'istanza di rateizzazione di cui sopra, emerge che una delle cartelle indicate nell'attestazione non è comunque inclusa nella rateizzazione disposta e trattasi della cartella esattoriale n. 09720050214786903 per euro 9.813,45.

Si ritiene di dovere prendere le mosse, ai predetti fini, dalla valutazione dell'interesse sotteso alla richiesta del possesso del detto requisito di ordine generale, consistente appunto nella cd. regolarità fiscale.

E, al riguardo, non può se non evidenziarsi che la valutazione, con significato rigidamente preclusivo, di qualsivoglia inadempimento tributario nasce dalla esigenza di assicurare l'effettività del principio di libera concorrenza, che non esplica soltanto effetti positivi sull'ampliamento della partecipazione alle pubbliche gare per le imprese presenti nel mercato, ma anche effetti positivi per la pubblica amministrazione, effetti diretti a che non si configurino, a carico delle imprese, debiti tributari, che incidono oggettivamente sull'affidabilità e solidità finanziaria delle stesse e quindi sul servizio reso all'amministrazione. Con la conseguenza che deve essere, di volta in volta, in concreto indagata la situazione relativa all'assolvimento degli obblighi di pagamento di imposte e di tasse per accertarne la rilevanza, mirando la verifica ad appurare la globale regolarità sul piano tributario di ciascuna impresa partecipante alla gara quale eventuale contraente con la pubblica amministrazione, coincidente con la sottesa correttezza delle scritture contabili e del conseguente pagamento di ogni correlata prestazione imposta, che si renda a tal fine dovuta, capace di accreditare anche sotto questo particolare aspetto una regolare gestione finanziaria e la conseguente solvibilità della impresa (Consiglio

di Stato, sez. III, n. 1332 del 5.3.2013).

La rateizzazione, in quanto comporta la sostituzione del debito originario con uno diverso, ne fa conseguire un effetto novativo non dissimile da quello che si produce in seguito all'accoglimento della domanda di condono (e, per principio generale, l'accordo sulla rateizzazione si perfeziona con il pagamento della prima rata (T.A.R. Brescia, sez. II, 10 dicembre 2012, n. 1924)); il risultato è 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 .

E il carattere novativo della rateizzazione è una manifestazione 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; in questa prospettiva la rateizzazione può essere considerata una misura di sostegno alle imprese (T.A.R. Roma, sez. III, 3 luglio 2012, n. 6072; Consiglio di Stato, sez. V, 18 novembre 2011, n. 6084).

La conferma della predetta impostazione è rinvenibile nel D.L. n. 16 del 2012, che ha inserito un implicito ma chiaro riferimento alla rateizzazione proprio nell'articolo 38 comma 2, nella parte in cui ha precisato che costituiscono violazioni definitivamente accertate quelle relative all'obbligo di pagamento di debiti per imposte e tasse "*certi, scaduti ed esigibili*"; dalla predetta formula, infatti, si deduce che la rateizzazione, rimodulando la scadenza dei debiti tributari e differendone l'esigibilità, cancella anche l'originario inadempimento dei destinatari delle cartelle esattoriali.

La detta soluzione appena descritta appare maggiormente conforme ai principi elaborati dalla giurisprudenza comunitaria nella materia (Corte Giustizia, sez. I, 9 febbraio 2006 C-226/04 e C-228/04). In particolare la suddetta giurisprudenza, pur riconoscendo agli Stati membri la facoltà di stabilire entro quale termine gli interessati devono aver effettuato i pagamenti corrispondenti ai loro obblighi tributari per poter essere ammessi alle procedure a evidenza pubblica, ha precisato che vi sono alcune circostanze da cui può legittimamente derivare una regolarizzazione successiva. Tra queste circostanze sono espressamente indicati i ricorsi amministrativi o giurisdizionali, i condoni fiscali, e i concordati diretti alla rateizzazione del debito tributario. La rateizzazione non preceduta da concordato in senso proprio, come quella disposta dall'agente della riscossione, pur non essendo indicata, sembra pacificamente assimilabile alle predette ipotesi di ampliamento della partecipazione alle gare.

E, tuttavia, una volta accertato il fatto storico dell'esistenza in capo a un concorrente di irregolarità fiscali definitivamente accertate alla data della presentazione della domanda di partecipazione, la tardiva ammissione al beneficio della rateizzazione non consente, comunque, di ammetterlo alla partecipazione alla gara.

Al riguardo è stato chiarito che la normativa comunitaria non si oppone ad una normativa o ad una prassi amministrativa nazionali in base alle quali il concorrente che, alla data di scadenza per la presentazione della domanda di partecipazione alla gara, non ha adempiuto, effettuando integralmente il pagamento corrispondente, i suoi obblighi in materia di imposte e tasse, può

regolarizzare la sua situazione successivamente (*inter alia*) in forza di misure di condono fiscale o di sanatoria adottate dallo Stato, a condizione che provi, entro il termine stabilito dalla normativa o dalla prassi amministrativa nazionali (nel caso di specie: entro la data per la presentazione della domanda di partecipazione), di aver beneficiato di tali misure o di un tale concordato (Corte di Giustizia delle Comunità europee 9 febbraio 2006 nella causa C-226/04).

Il suddetto principio è stato successivamente ribadito dalla giurisprudenza interna, la quale ha chiarito che l'impresa la quale abbia ottenuto la rateizzazione del debito tributario deve essere considerata in regola ai fini della presentazione della domanda di partecipazione a gara pubblica, proprio stante il valore novativo che tale atto assume, ma a condizione che l'istanza di rateizzazione sia stata accolta prima della scadenza del termine di presentazione della domanda di partecipazione alla gara e preceda l'autodichiarazione circa il possesso della regolarità, essendo inammissibile una dichiarazione che attesti il possesso di un requisito in data futura (Consiglio di Stato, V, 18 novembre 2011, n. 6084).

Non può, tuttavia, sottacersi che il Consiglio di Stato ha recentemente rimesso all'Adunanza Plenaria la questione se, ai fini della sussistenza del requisito della regolarità fiscale nelle gare di appalto, sia sufficiente che sia stata presentata domanda di rateizzazione del debito fiscale o se sia necessario che il concorrente sia già stato ammesso al beneficio della rateizzazione (Consiglio di Stato, sez. V, ordinanza 15 aprile 2013, n. 2031; ma, in precedenza vedi anche, *idem*, sez. VI, ordinanza 11 febbraio 2013, n. 766), propendendo per la soluzione più rigorosa e affermando, quindi, che la rateizzazione rileva solo nel caso in cui il relativo procedimento si sia concluso con l'accoglimento dell'istanza del contribuente prima del termine per la presentazione della domanda di partecipazione alla gara di appalto, atteso che l'ammissione alla rateazione non costituisce, di norma atto dovuto, in quanto l'articolo 19 del d.P.R. 29 settembre 1973, n. 602, conferisce all'amministrazione la discrezionalità di valutare "*l'obiettiva difficoltà economica*", determinante per l'eventuale concessione della rateazione di somme iscritte a ruolo.

Tanto premesso, nel caso di specie, ritenendosi di dovere aderire alla tesi più restrittiva per le medesime considerazioni esposte nella giurisprudenza in materia nonché nella citata ordinanza di rimessione alla Plenaria, l'accordo di rateizzazione, perfezionatosi con il pagamento della prima rata nel termine perentorio indicato, non può assumere la rilevanza dirimente dedotta e, pertanto, non può farsi riferimento al detto accordo al fine di ritenere la regolarità fiscale alla data dell'1.3.2012.

3.5 - In via subordinata la ricorrente ha dedotto che l'esclusione disposta per il suddetto motivo sarebbe, stata, comunque, adottata in violazione del principio di proporzionalità di derivazione comunitaria inteso in senso sostanzialistico, atteso che, nonostante la dichiarazione in questione riguardi la sola società mandante, tuttavia questa colpisce l'intero costituendo RTI, a cui, peraltro, nel caso di specie, la Ronabus partecipa per il solo 14% mentre la mandataria Roma TPL, partecipante al RTI con il 51%, sarebbe ampiamente qualificata per assumere la detta quota e svolgere i relativi servizi; il carattere tipicamente personale che ogni sanzione riveste di per se avrebbe, invece, dovuto condurre al più all'esclusione della sola mandante e non anche dell'intero RTI, essendo la mandataria e le altre mandanti in possesso di tutti requisiti richiesti dal bando di gara; né in senso contrario

varrebbe il richiamo al principio dell'immodificabilità soggettiva dei partecipanti, atteso che, nel caso di specie, si tratta di escludere (e non invece di aggiungere) una mandante, peraltro portatrice di una quota del tutto esigua, con la conseguenza che resterebbe ferma l'identità del soggetto partecipante.

Si premette in punto di fatto che, nel caso di specie, la società Ronabus non è mai concretamente ed effettivamente receduta formalmente dal costituendo RTI ed è invece la ricorrente Roma TPL, nella sua qualità di mandataria del predetto RTI, che sostiene l'illegittimità del provvedimento di esclusione dell'intero RTI dalla partecipazione alla gara nella parte in cui la stazione appaltante non si è limitata a deliberare l'esclusione della sola mandante priva del requisito di partecipazione di cui trattasi, mantenendo l'aggiudicazione in favore del RTI ricorrente.

La ricorrente sostiene sostanzialmente che (in presunta applicazione dell'articolo 37, comma 9, del D. Lgs. n. 163 del 2006) si sarebbe dovuto consentire agli altri componenti del RTI di proseguire autonomamente la gara, ove in possesso di tutti i richiesti requisiti, previa "estromissione" della mandante e che il principio di immodificabilità soggettiva del RTI non rappresenterebbe nella sostanza un ostacolo al riguardo.

Si premette che l'istituto del raggruppamento temporaneo di imprese rappresenta uno strumento volto ad agevolare la partecipazione alle gare di appalto disposte dalle pubbliche amministrazioni e dagli organismi pubblici in genere, al duplice scopo di consentire l'ampliamento delle imprese partecipanti, e dunque le occasioni di lavoro per le medesime, e di offrire al contempo alla stazione appaltante una più ampia possibilità di scelta con conseguente migliore definizione dell'offerta.

Proprio perché la finalità è costituita dalla agevolazione partecipativa alle gare attraverso temporanee aggregazioni "di scopo", il raggruppamento temporaneo di imprese - come è stato chiarito anche dalla giurisprudenza risalente (Cons. Stato, sez. V, 16 aprile 1987 n. 246) fino alla più recente (Cons. Stato, Ad. Plen., 13 giugno 2012 n. 22) - non dà luogo alla costituzione di un soggetto autonomo e distinto dalle imprese che lo compongono (mancando qualunque organizzazione comune), né ad un rigido collegamento strutturale.

L'articolo 37 del D. Lgs. n. 163 del 2006, rubricato "*Raggruppamenti temporanei e consorzi ordinari di concorrenti*", dispone, per quanto di specifico interesse in questa sede, che "9. È vietata l'associazione in partecipazione. Salvo quanto disposto ai commi 18 e 19, è vietata qualsiasi modificazione alla composizione dei raggruppamenti temporanei e dei consorzi ordinari di concorrenti rispetto a quella risultante dall'impegno presentato in sede di offerta. ...

18. In caso di fallimento del mandatario ovvero, qualora si tratti di imprenditore individuale, in caso di morte, interdizione, inabilitazione o fallimento del medesimo ovvero nei casi previsti dalla normativa antimafia, la stazione appaltante può proseguire il rapporto di appalto con altro operatore economico che sia costituito mandatario nei modi previsti dal presente codice purché abbia i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori o servizi o forniture ancora da eseguire; non sussistendo tali condizioni la stazione appaltante può recedere dall'appalto.

19. In caso di fallimento di uno dei mandanti ovvero, qualora si tratti di imprenditore individuale, in caso di morte, interdizione, inabilitazione o fallimento del medesimo ovvero nei casi previsti dalla normativa antimafia, il mandatario, ove non indichi altro operatore economico subentrante che sia in possesso dei prescritti requisiti di idoneità, è tenuto alla esecuzione, direttamente o a mezzo degli altri mandanti, purché questi abbiano i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori o servizi o forniture ancora da eseguire. ...”.

Il principio di immodificabilità soggettiva dei partecipanti alle gare pubbliche, mira a garantire una conoscenza piena da parte delle amministrazioni aggiudicatrici dei soggetti che intendono contrarre con le amministrazioni stesse consentendo una verifica preliminare e compiuta dei requisiti di idoneità morale, tecnico-organizzativa ed economico-finanziaria dei concorrenti, verifica che non deve essere resa vana in corso di gara con modificazioni di alcun genere

Ed è per tali ragioni, che l'art. 37, comma 9, stabilisce il divieto di modificare la composizione dei raggruppamenti temporanei e pertanto le eccezioni previste ai commi 18 e 19 sono ammissibili in quanto riguardano motivi indipendenti dalla volontà del soggetto partecipante alla gara e trovano giustificazione nell'interesse della stazione appaltante alla continuazione della stessa; pertanto, al di fuori delle ipotesi normativamente previste, non è ammissibile alcuna modifica della composizione del raggruppamento affidatario (Consiglio di Stato, sez. IV, 14 dicembre 2012, n. 6446).

I richiamati commi 18 e 19 dell'articolo 37 individuano, dunque, i casi ritenuti tassativi in cui è possibile la modifica soggettiva del RTI già aggiudicatario in quanto trattasi di vicende patologiche che colpiscono il mandante o il mandatario; secondo un'interpretazione restrittiva, se ne desume il divieto della modifica della compagine soggettiva in corso di gara o dopo l'aggiudicazione, al di fuori dei detti casi tassativamente consentiti; ciò in quanto, con la sottoscrizione del mandato da parte di tutte le componenti del RTI, la stazione appaltante è posta in grado di conoscere in modo puntuale ed esatto i singoli soggetti giuridici con i quali andrà a contrattare. Ne consegue che una modifica della compagine comporterebbe invece una formazione a geometria variabile, adattabile agli sviluppi della procedura di gara secondo le esigenze dei singoli partecipanti al RTI.

Una parte della giurisprudenza ha avuto modo di statuire che il rigore della disposizione che non consente la variazione della compagine sociale aggiudicataria va temperato in ragione dello scopo che detta regola persegue, che è appunto quello di consentire alla stazione appaltante, in primo luogo, di verificare il possesso dei requisiti da parte dei soggetti che partecipano alla gara e, correlativamente, di precludere modificazioni soggettive, sopraggiunte ai controlli, e dunque, in grado di impedire le suddette verifiche preliminari.

Ne consegue che il divieto di modificazione soggettiva dei partecipanti alle gare pubbliche non ha l'obiettivo di precludere sempre e comunque il recesso dal raggruppamento in costanza di procedura di gara e che le modificazioni soggettive senz'altro elusive sono quelle di tipo additivo, che portano all'aggiunta od alla sostituzione delle imprese partecipanti, ma non anche quelle che conducono al recesso di una delle imprese del raggruppamento.

Nel caso, infatti, del recesso di una delle imprese del raggruppamento le esigenze succitate

non risulterebbero affatto frustrate poiché l'amministrazione, al momento del mutamento soggettivo, ha in realtà già provveduto a verificare i requisiti di capacità e di moralità dell'impresa o delle imprese che restano, sicché i rischi che il divieto mira ad impedire non possono verificarsi (Cons. St., sez. VI, 13 maggio 2009, n. 2964).

Tale orientamento, peraltro, non solo non penalizza la stazione appaltante, non creando incertezze, ma, dall'altro lato, non penalizza le imprese, le cui dinamiche non di rado impongono modificazioni soggettive di consorzi e raggruppamenti, per ragioni che prescindono dalla singola gara, e che non possono precluderne la partecipazione se nessun documento ne deriva per la stazione appaltante.

E tuttavia, anche nel suddetto caso di limitata ammissibilità della modificazione soggettiva, ci si è premurati di puntualizzare che, tale soluzione va seguita purché la modifica della compagine soggettiva in senso riduttivo avvenga per esigenze organizzative proprie del RTI, e non invece per eludere la legge di gara e, in particolare, per evitare una sanzione di esclusione dalla gara per difetto dei requisiti in capo al componente del RTI che viene meno per effetto dell'operazione riduttiva (Cons. St., sez. VI, 16 febbraio 2010, n. 842).

Tale soluzione, peraltro, non è postulabile allorché il recesso avvenga prima dell'espletamento del controllo dei requisiti di capacità e di moralità, allo scopo di impedire l'applicazione della sanzione espulsiva all'operatore economico partecipante, in quanto, ammettendo l'operazione riduttiva in tale evenienza, si determinerebbe una chiara violazione della *par condicio* dei concorrenti, atteso che il recesso assume una valenza elusiva della legge di gara, finalizzata, appunto, ad evitare la sanzione dell'esclusione per difetto dei requisiti in capo ad un componente del raggruppamento.

Ne consegue che deve ritenersi che il recesso dell'impresa componente di un raggruppamento nel corso della procedura di gara non valga a sanare *ex post* una situazione di preclusione all'ammissione alla procedura sussistente al momento dell'offerta in ragione della sussistenza di cause di esclusione riguardanti il soggetto recedente, pena la violazione della *par condicio* tra i concorrenti (Consiglio di Stato, Ad. Plen., 4 maggio 2012, n. 8 e, *idem*, 15 aprile 2010, n. 2155; Cons. St., sez. V, 10 settembre 2010, n. 6546)

L'accertamento di una causa ostativa in capo ad una componente del raggruppamento non è pertanto pregiudicato dal successivo recesso di detta impresa dalla compagine associativa, in quanto esso si colloca in una fase anteriore a quella del successivo recesso dal RTI e il principio della *par condicio* impone di valutare le offerte come presentate, in guisa da impedire il facile aggiramento dell'obbligatoria verifica in merito alla sussistenza di cause di esclusione attraverso il recesso dal raggruppamento di alcune imprese (Consiglio di Stato, sez. V, 12 settembre 2012, n. 4842).

Una diversa soluzione ermeneutica, che intendesse impedire il controllo sui requisiti di ammissione delle imprese recedenti, consentirebbe l'elusione delle prescrizioni legali che impongono il possesso dei requisiti stessi in capo ai soggetti originariamente facenti parte del raggruppamento all'atto della scadenza dei termini per la presentazione delle domande di partecipazione (Cons. St., sez. V, 28 settembre 2011, n. 5406).

Ne consegue che deve essere disposta l'esclusione del sodalizio, seppure dotato di soggettività giuridica autonoma, qualora la singola associata non possenga i requisiti di moralità professionale, dovendosi ritenere cumulabili i soli requisiti di idoneità tecnica e finanziaria di cui all'articolo 35 (Consiglio di Stato, ad. plen., 4 maggio 2012, n. 8).

Non è, quindi, possibile sostenere che imprese possano, dapprima, decidere di partecipare ad una gara in forma associata, per poi - per le circostanze più varie - mutare tale forma composita di partecipazione, senza che ciò assuma - in presenza dei requisiti di partecipazione alle altre imprese del raggruppamento - alcuna rilevanza per l'amministrazione.

Ne consegue specularmente che deve ritenersi che la stazione appaltante non possa legittimamente procedere alla estromissione di una delle mandanti, indipendentemente dalla sua effettiva quota di partecipazione al RTI, qualora accerti la mancanza da parte di questa di un requisito di ordine generale successivamente all'aggiudicazione della gara al RTI del quale questa fa parte.

3.5 – Tanto premesso avuto riguardo all'ordinamento interno, si deve considerare che la ricorrente, soprattutto nei successivi scritti difensivi, ha dedotto la violazione del principio, di derivazione comunitaria, della proporzionalità, tassatività e stretta interpretazione delle norme sanzionatorie, da intendersi in senso sostanzialistico; e ha chiesto, altresì, di rimettere la relativa questione interpretativa alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea ai sensi dell'articolo 267 del Trattato.

In particolare, nel caso di specie la ricorrente ritiene che sia *“doveroso per una stazione appaltante, prima di procedere all'esclusione, (che) misuri la portata della violazione commessa in concreto dal concorrente non solo alla luce del dato formale posto dalla norma, ma anche e soprattutto in virtù di un'interpretazione comunitariamente orientata del precetto e della sua ratio”* per cui *“non può che tornarsi ... alla valorizzazione del profilo soggettivo, che ... costituisce anche l'aspetto centrale che permette ... di reputare come regolare la condizione di chi, a livello oggettivo, regolare non è poiché ha un debito fiscale ... ma semplicemente ne ha ottenuto la rateizzazione prima della compilazione della domanda di partecipazione alla gara”*; *“la ratio sottesa all'art. 38 ... non può essere rintracciata in una condizione di regolarità intesa in senso formalistico e rigoroso ...”*.

E conclude nel senso di *“sollecitare il Collegio a valutare l'opportunità di sollevare la questione pregiudiziale dinanzi alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, ai sensi dell'articolo 267 del Trattato sul funzionamento dell'Unione, in relazione all'interpretazione della normativa comunitaria al fine di verificare se l'articolo 45 della direttiva 2004/18/CE nonché i principio di proporzionalità e ragionevolezza ostano ad una normativa nazionale che permetta di essere interpretata:*

- nel senso di sanzionare con l'esclusione il concorrente cui sia stata accordata la rateizzazione del debito tributario prima che la stazione appaltante abbia percepito l'irregolarità della dichiarazione resa in gara;

- nel senso di sanzionare con l'esclusione non la sola impresa che ha reso la dichiarazione irregolare bensì l'intero RTI concorrente, nonostante possieda in maniera completa tutti i requisiti di qualificazione anche in assenza dell'impresa che avrebbe irregolarmente dichiarato".

Nell'articolazione della argomentazione della relativa censura da parte della ricorrente, nella parte che precede la formulazione dei quesiti, si vengono, pertanto, a verificare interferenze tra i diversi aspetti giuridici della vicenda, ossia, da un lato, la rilevanza del momento temporale di intervento della rateizzazione nonché, dall'altro, l'imputabilità soggettiva nell'ambito del RTI dell'insussistenza del requisito ai fini dell'operatività della conseguente sanzione di esclusione.

Assume, tuttavia, valenza preliminare, ai fini della valutazione dei quesiti per come formulati, la considerazione che, mentre i detti due quesiti si incentrano essenzialmente sulla valenza di una dichiarazione, relativa al possesso di un requisito di ordine generale, della quale si asserisce la falsità, invece, come già in precedenza ripetutamente ribadito, alla luce del tenore testuale e dell'articolazione del provvedimento di esclusione impugnato, la detta esclusione è stata comminata da parte della stazione appaltante non solo, da un punto di vista formale, per l'intervenuta falsa dichiarazione di regolarità fiscale ma soprattutto per la mancanza, da un punto di vista prettamente sostanziale, del detto requisito di ordine generale. Atteso che, tuttavia, la formulazione del quesito da parte del Collegio non è comunque vincolata alla specifica articolazione dell'interessato, la valutazione delle questioni sottese, viene effettuata alla luce della considerazione che, nel caso di specie, in realtà, ciò che è stato contestato da parte della stazione appaltante è appunto proprio la mancanza del requisito generale della regolarità fiscale.

3.6 - E, quanto al primo quesito, è sufficiente rilevare che, secondo la consolidata giurisprudenza comunitaria nella specifica materia, l'esclusione dalla partecipazione alla gara per la mancanza del requisito della regolarità fiscale può essere legittimamente disposta anche nel caso in cui sia intervenuta una regolarizzazione, da un punto di vista amministrativo, del debito fiscale definitivamente accertato, nel caso in cui la detta rateizzazione sia intervenuta successivamente al termine individuato ai predetti fini da parte della legislazione nazionale, cui è rimessa esclusivamente la valutazione di opportunità sul punto, e che, nel nostro ordinamento interno, è stata individuata proprio nel termine ultimo di presentazione della domanda di partecipazione alla procedura di gara di cui alla *lex specialis* di gara.

Il principio di proporzionalità non può, pertanto, correttamente essere invocato ai fini di ritenere che l'applicazione della sanzione dell'esclusione dalla partecipazione alla gara non ne rispetti i relativi canoni nel caso in cui sia intervenuta una rateizzazione del debito fiscale successivamente al termine ultimo individuato in seno all'ordinamento interno, e, pertanto anche nel caso in cui la rateizzazione, pur se successiva all'indicato termine, sia stata, tuttavia, conseguita prima che l'irregolarità della dichiarazione o l'insussistenza del requisito sia stata effettivamente in concreto percepita da parte della stazione appaltante, proprio in quanto vi osta un pacifico orientamento della giurisprudenza comunitaria sul punto, che non risulta essere mai stata messa in discussione in quella sede.

3.7 - Non rimane che il distinto ed autonomo secondo profilo dell'eventuale violazione del predetto principio nel caso in cui la causa sostanziale di esclusione, ossia in questo caso la mancanza di uno dei requisiti di ordine generale, consistente nella regolarità fiscale, interessi esclusivamente uno solo dei partecipanti al costituendo RTI, e, nello specifico, soltanto una delle mandanti cui sia attribuita una percentuale di partecipazione sostanzialmente irrisoria rispetto al total; in tal caso il principio di proporzionalità viene ad essere invocato con precipuo riferimento proprio all'ambito sanzionatorio ed al relativo necessario profilo soggettivo sottostante.

In definitiva, quello che si sostiene da parte della ricorrente è sostanzialmente che la necessaria imputabilità soggettiva della sanzione espulsiva non consente di estenderne l'operatività anche nei confronti di distinti soggetti giuridici, quali devono essere intesi le singole imprese partecipanti ad costituendo RTI, nel caso in cui la causa di esclusione interessi esclusivamente una delle mandanti.

E, per quanto attiene al detto secondo profilo, si osserva, in via preliminare, che non possono condividersi le deduzioni di cui alla memoria della Autoservizi Meridionali del febbraio 2013 nella parte in cui afferma la non riconducibilità dell'esclusione dalla partecipazione alla procedura di gara al *genus* delle sanzioni, negandone, pertanto, in radice, la natura sanzionatoria, in quanto *"le sanzioni, se del caso, saranno comminate dall'AVCP e saranno applicate nei confronti dei soggetti che quelle dichiarazioni hanno reso"*; e, infatti, a parte le diverse sanzioni di specifica competenza dell'AVCP, non può assolutamente negarsi la natura sanzionatoria dell'esclusione dalla gara.

La verifica di regolarità affidata alla stazione appaltante comporta una serie di conseguenze sfavorevoli di diversa natura dirette contro i concorrenti che si trovino a non corrispondere alle caratteristiche loro richieste sotto specie dei requisiti di partecipazione alla procedura di gara di cui trattasi; le dette conseguenze si sostanziano nell'adozione di provvedimenti sanzionatori adottati da parte dell'amministrazione proprio a presidio del corretto svolgimento della medesima procedura di gara.

L'esclusione del concorrente dalla gara per mancanza dei requisiti di partecipazione è pertanto una tipica sanzione amministrativa e anzi in tal senso il detto provvedimento rappresenta un primo gradino, strettamente funzionale al buon andamento della singola gara in corso, e presupposto logico necessario per poter procedere all'escussione della cauzione provvisoria e alla successiva segnalazione del fatto all'AVCP, che sono specificazioni ulteriori dirette - con funzione generale e speciale preventiva - a garantire anch'esse la regolarità delle procedure.

Ferma restando tale connessione logica, all'interno di un rapporto di presupposizione delle diverse sanzioni nell'ambito di una fattispecie sanzionatoria articolata, va, tuttavia, tenuto conto di come i tre ordini di provvedimenti sanzionatori abbiano diversa natura e, quindi, di come possano presentare conseguenze, rilevanza e requisiti differenziati.

In particolare, l'esclusione da una gara pubblica e l'escussione della cauzione provvisoria o la segnalazione all'AVCP - pregiudicando con la propria azione interessi differenti - realizzano

esigenze non omogenee; la prima, come visto, ha, in particolare, una ricaduta immediata sulla corretta realizzazione della procedura *in itinere*, mentre gli altri provvedimenti svolgono funzioni essenzialmente preventive incidendo sulla sfera di interesse e sui beni del concorrente “inadempiente” o “non idoneo”, con funzione di conferire efficacia dissuasiva ai precetti restrittivi dell’accesso alle procedure ad evidenza pubblica.

Connesso alla natura differenziata delle sanzioni citate è anche considerabile un diverso rilievo da attribuire all’elemento soggettivo; se da un lato l’incameramento della cauzione provvisoria ha chiara natura sanzionatoria di condotte disincentivate, e presuppone, quindi, un elemento di colpevolezza, l’esclusione *tout court*, che si pone a tutela dell’interesse pubblico “attuale” rispetto alla singola procedura concorsuale, sembra poter perciò prescindere da qualunque profilo soggettivo di imputabilità.

L’assenza di un elemento di rimproverabilità soggettiva rende, infatti, evidente l’inutilità, in funzione preventiva, dell’introduzione di sanzioni ulteriori a carattere punitivo.

Si tratta, pertanto, di un meccanismo di automatismo sanzionatorio che prescinde pertanto dall’elemento soggettivo (rispetto alla quale peraltro, la Corte Costituzionale ha già in passato avuto occasione di affermare, in specifiche e determinate fattispecie, la possibile illegittimità costituzionale delle relative disposizioni legislative che prevedono l’irrogazione di diritto di una sanzione a carattere amministrativo, in quanto la presenza di un momento di bilanciamento degli interessi “concreto” demandato all’autorità amministrativa, e successivo a quello astratto svolto dal legislatore, sarebbe essenziale in funzione del ragionevole e buon funzionamento del procedimento amministrativo sanzionatorio stesso, quale valore costituzionalmente protetto, riconducibile ad un’applicazione sinergica tanto del principio di proporzionalità quanto del buon andamento, ricostruiti a partire dagli articoli 3 e 97 delle Costituzione).

3.8 - Ai fini che interessano nello specifico, devono, pertanto, prendersi le mosse proprio dall’individuazione delle caratteristiche e dell’ambito applicativo del principio di proporzionalità.

Nell’ordinamento interno il principio di proporzionalità rappresenta una delle fondamentali regole dell’agire dell’amministrazione pubblica, e si concretizza nell’atto della comparazione tra gli interessi pubblici e gli interessi privati coinvolti in ogni singola vicenda, ai fini dell’assunzione della decisione finale; la proporzionalità, pertanto, si inserisce in modo peculiare nell’ambito dello spazio riservato alla discrezionalità amministrativa, atteso che proprio in tale ambito il principio di proporzionalità opera nella sua massima estensione, attraverso il bilanciamento tra i vari interessi contrapposti coinvolti.

Il suo fondamento è rinvenibile nella Costituzione, con i conseguenti effetti riflessi che essa ha poi gradatamente indotto nell’applicazione dei principi amministrativi; in particolare gli articoli 3 e 97, ma anche l’articolo 113, della Costituzione vengono usualmente richiamati proprio per sostenere l’esigenza che l’azione amministrativa sia proporzionata, e che sia, quindi, adeguata rispetto alla finalità da realizzare.

La proporzionalità consiste, pertanto, nella verifica della congruità e del giusto equilibrio degli interessi, perseguita attraverso il provvedimento amministrativo.

Nel caso, in particolare, dell'applicazione delle sanzioni, il principio di proporzionalità vuole sostanzialmente garantire che i relativi provvedimenti non superino la misura di quanto appaia assolutamente necessario al conseguimento dell'obiettivo da raggiungere.

Il principio di proporzionalità, il quale è, in realtà, di derivazione comunitaria non consente all'amministrazione pubblica di adottare atti restrittivi della sfera giuridica dei privati in misura non proporzionata all'interesse pubblico richiedendo, in particolare, l'idoneità del mezzo prescelto rispetto al fine perseguito, la necessità dello stesso nonché la sua adeguatezza rispetto al sacrificio imposto al privato.

Il principio di proporzionalità si delinea, quindi, quale risultante dell'unione di tre diversi elementi: l'idoneità, la necessità e la proporzionalità in senso stretto.

Per quanto riguarda l'idoneità, uno strumento appare idoneo al raggiungimento dell'obiettivo prefissato, allorché con il suo ausilio si possa sensibilmente favorire il raggiungimento del risultato desiderato. Il pronostico effettuato deve risultare giustificato e ragionevole, ma, comunque, appare sufficiente l'esistenza della possibilità in astratto che l'obiettivo venga raggiunto. Viceversa, uno strumento appare necessario per il raggiungimento dell'obiettivo, soltanto qualora non ne sia disponibile nessun altro, egualmente efficace, ma che sia tale da incidere meno negativamente nella sfera del singolo.

L'elemento della necessità impone, pertanto, la scelta, fra più mezzi tutti astrattamente idonei al raggiungimento dell'obiettivo prefissato, di quello la cui adozione implichi le minori conseguenze negative per il privato; peraltro, necessità significa soltanto "necessità relativa", nel senso che viene valutato se l'utilizzazione di un dato mezzo sia indispensabile allo scopo di raggiungere un dato obiettivo, ma non viene, viceversa, sindacata la necessità in sé dell'obiettivo prescelto. Dunque, un mezzo ha la medesima efficacia rispetto ad un altro mezzo, soltanto qualora esso consenta il raggiungimento dell'obiettivo con la medesima intensità.

Per quanto concerne, infine, l'elemento della proporzionalità in senso stretto, una decisione adottata dai pubblici poteri non deve mai essere tale da gravare in misura eccessiva sull'interessato, e non deve risultare intollerabile per quest'ultimo; in altri termini, mezzo e fine non devono risultare sproporzionati l'uno rispetto all'altro.

La proporzionalità in senso stretto impone di paragonare obiettivo e mezzo e di ponderarli nella loro rispettiva importanza. Il che potrà anche avere, come ultima conseguenza, che la pubblica amministrazione debba astenersi dall'adottare la decisione oggetto della decisione comparativa, nonostante che essa abbia già superato l'esame relativo, rispettivamente alla sua idoneità ed alla sua necessità. La valutazione comparativa è necessariamente influenzata, nel suo esito finale, dall'incisività dell'intervento lesivo programmato. Quanto più sensibilmente si ritiene di dover intervenire nella sfera giuridica del singolo, tanto più rilevante dovrà essere l'interesse generale della collettività, che con tale intervento si vuole perseguire.

Naturalmente, una valutazione così congegnata non può avvenire in modo astratto, in quanto la relativa effettuazione necessita sempre di concretizzazione.

Anche e soprattutto nelle procedure di gara, il principio di proporzionalità viene invocato per legittimare la necessità di un'attenta valutazione comparativa, fra le esigenze di pubblico interesse e gli interessi privati, diretta all'elaborazione di una decisione ponderata ed al contempo esaustiva, nel senso di presa in considerazione di tutti i diversi interessi in gioco.

3.9 - E, allora, appare necessario prendere le mosse proprio dall'esigenza che il legislatore ha inteso soddisfare con il disposto normativo di cui al richiamato articolo 38 nella parte in cui fa derivare dall'insussistenza di uno dei requisiti di ordine generale puntualmente indicati ai sensi del combinato disposto dei commi 1 e 2, l'applicazione dell'automatica sanzione dell'esclusione dalla partecipazione alla gara. Non vi è dubbio che, come peraltro già in precedenza evidenziato, la sanzione espulsiva nel caso di specie sia finalizzata essenzialmente ad assicurare il soddisfacimento dell'esigenza di garantire il regolare e rapido espletamento della procedura di gara, mentre, a causa della mancanza dei requisiti da parte del concorrente, si produrrebbe una alterazione della stessa.

Ne consegue che la norma si presenta proprio come strumentale rispetto all'esigenza, da ritenersi prevalente nel bilanciamento degli interessi, di garantire l'imparzialità e il buon andamento dell'azione amministrativa.

L'impiego del parametro di proporzionalità, sebbene in astratto possa pertanto condurre ad escludere la legittimità dell'automatismo del meccanismo sanzionatorio, nel caso di specie, invece, non consente di addivenire alle medesime conclusioni, atteso che, trattandosi dell'ambito relativo alle sanzioni connesse al settore delle gare pubbliche, vengono in rilievo, e non potrebbe essere diversamente, in primo luogo, le specifiche esigenze del detto settore; di tal che l'irrigidimento del rapporto tra illecito e sanzione - nel quale si concretizza appunto l'automatismo del meccanismo sanzionatorio - non determina un vizio di non necessità e soprattutto inadeguatezza della misura sanzionatoria espulsiva, avuto riguardo al necessario bilanciamento con gli altri interessi quale, nello specifico, può essere proprio appunto il buon andamento e il regolare e celere svolgimento della procedura di gara.

Alla luce delle considerazioni che precedono, non ravvisandosi alcuna violazione del principio di proporzionalità di derivazione comunitaria, non si ritiene, pertanto, che possa essere fondatamente proposta alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea la questione interpretativa proposta da parte della ricorrente ai sensi dell'articolo 167 del Trattato sull'Unione Europea.

E, infatti, da un lato, non lede il richiamato principio di proporzionalità l'automatismo della sanzione espulsiva, che si presenta pertanto autonoma rispetto ad una valutazione dell'elemento soggettivo sottostante, con la conseguenza che finisce per cadere anche la considerazione secondo cui con l'esclusione dell'intero RTI si determinerebbe una violazione del principio dell'imputabilità soggettiva della sanzione; dall'altro, comunque, la circostanza che la mancanza di un requisito di ordine generale da parte di una delle mandanti comporti l'esclusione dell'intero costituendo RTI - indipendentemente dalla circostanza che la detta mandante partecipi in misura irrisoria al RTI, che residuino altre mandanti e che comunque le

imprese residue siano in grado di comprovare nel complesso il possesso di tutti i requisiti speciali - non viola il suddetto richiamato principio di proporzionalità in considerazione della circostanza che l'istituto del raggruppamento temporaneo di imprese rappresenta uno strumento volto ad agevolare la partecipazione alle gare di appalto disposte dalle pubbliche amministrazioni e dagli organismi pubblici in genere, al duplice scopo di consentire l'ampliamento delle imprese partecipanti, e dunque le occasioni di lavoro per le medesime, e di offrire al contempo alla stazione appaltante una più ampia possibilità di scelta con conseguente migliore definizione dell'offerta, senza dare luogo alla costituzione di un soggetto autonomo e distinto dalle imprese che lo compongono, con la conseguenza che la scelta operativa in tal senso posta in essere dai concorrenti interessati non può legittimamente riflettersi in senso negativo sull'andamento della procedura di gara che è interesse assolutamente primario dell'amministrazione che sia celere e soprattutto regolare.

4. Mantenuto fermo quanto dedotto con riferimento alla sanzione espulsiva, deve ora affrontarsi la censura avente ad oggetto le ulteriori sanzioni, rappresentate dalla segnalazione all'A.V.C.P. e dall'incameramento della cauzione provvisoria, in ordine alla quale la ricorrente ha dedotto che sarebbero entrambe illegittime, atteso che i requisiti la cui carenza è sanzionabile nei predetti termini, sarebbero riferibili esclusivamente a quelli inerenti la capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa e non anche quelli di carattere generale richiesti ai fini della partecipazione alla gara ai sensi dell'articolo 38.

4.1 - Per quanto attiene alla sanzione della segnalazione all'A.V.C.P. deve, in via preliminare, rilevarsi che, da ultimo, superandosi il contrasto giurisprudenziale esistente in materia, è stato affermato che la segnalazione all'Autorità va fatta non solo nel caso di riscontrato difetto dei requisiti di ordine speciale in sede di controllo a campione, ma anche in caso di accertamento negativo sul possesso dei requisiti di ordine generale (Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, n. 8/2012; T.A.R. Lazio – Roma, sez. III, 7 dicembre 2012, n. 10249). La detta soluzione trova conferma nel nuovo regolamento di esecuzione del codice dei contratti pubblici, che, nell'indicare i dati da iscrivere nel casellario informatico, sia per le imprese qualificate con il sistema s.o.a., sia per le altre imprese, menziona i "provvedimenti di esclusione dalle gare, ai sensi delle vigenti disposizioni del d.P.R. n. 207/2010" (Consiglio di Stato, sez. VI, 4 dicembre 2012, n. 6210).

Peraltro la segnalazione all'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici dell'esclusione di un'impresa da una gara non produce direttamente un effetto lesivo, ma costituisce l'atto di promovimento di un procedimento in contraddittorio e, quindi, avviso di procedimento che consente all'impresa di presentare all'Autorità proprie deduzioni, ad esempio circa l'avvenuta impugnazione del provvedimento di esclusione (Consiglio di Stato, sez. V, 6 marzo 2013, n. 1370).

La segnalazione all'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici, ai fini dell'inserimento di un'annotazione nel casellario informatico delle imprese, si configura pertanto come atto prodromico ed endoprocedimentale e, come tale, non impugnabile perché non dotato di autonoma lesività, potendo essere fatti valere eventuali suoi vizi solo in via aderivata, impugnando il provvedimento finale dell'Autorità di vigilanza, unico atto avente natura provvedimento e carattere autoritativo.

Per quanto attiene alla sanzione dell'incameramento della cauzione provvisoria, si premette che la relativa determinazione dirigenziale n. 115 del 15.2.2013 è stata impugnata puntualmente con il ricorso per motivi aggiunti notificato in data 18.3.2013; pertanto, il ricorso introduttivo, notificato in data 27.1.2013, è stato presentato in data antecedente alla formale adozione del relativo provvedimento e quindi nella detta parte deve essere considerato inammissibile, atteso che, con la determinazione n. 803 del 2012 di esclusione dalla partecipazione alla gara, la stazione appaltante si è limitata a determinare di procedere con separato provvedimento all'incameramento della cauzione provvisoria prodotta dal RTI escluso dalla gara. Vale, invece, il successivo ricorso per motivi aggiunti, con il quale è stata dedotta l'illegittimità del provvedimento di incameramento della cauzione da parte della stazione appaltante in via derivata in conseguenza dell'illegittimità del provvedimento di esclusione dalla gara.

Sul punto si deve dare atto di un acceso contrasto giurisprudenziale in ordine alla possibilità per la stazione appaltante di procedere legittimamente alla predetta escussione nel caso di riscontro della mancanza di uno dei requisiti generali di cui all'articolo 38.

Secondo un primo orientamento nelle gare pubbliche la possibilità per la stazione appaltante d'incamerare la cauzione provvisoria discende dall'articolo 75, comma 6, del d.lg. 12 aprile 2006, n. 163, e riguarda tutte le ipotesi di mancata sottoscrizione del contratto per fatto dell'affidatario, intendendosi per tale qualunque ostacolo alla stipulazione a lui riconducibile, e quindi non solo il rifiuto di stipulare il contratto o il difetto di requisiti speciali, ma anche il difetto di requisiti generali di cui al precedente art. 38.

Secondo un contrapposto orientamento, invece, l'incameramento della cauzione provvisoria non può essere disposto per colpire la falsità delle dichiarazioni riscontrata in sede di controllo sul possesso dei requisiti generali di cui all'art. 38, d.lg. n. 163 del 12 aprile 2006, sulla base dell'articolo 75, comma 6, che estende la garanzia alle ipotesi di mancata stipulazione del contratto per fatto dell'affidatario, atteso che tale norma disciplina la fase del procedimento successiva all'aggiudicazione definitiva e che ai sensi dello stesso, la cauzione provvisoria può essere escussa solo per rifiuto dell'aggiudicatario a sottoscrivere il contratto; una tale interpretazione, infatti, ove accolta, comporterebbe un'arbitraria estensione dei limiti di operatività dell'articolo 48 ad una fattispecie diversa da quelle in esso considerate.

Ai sensi dell'articolo 75, rubricato "*Garanzie a corredo dell'offerta*", infatti, "*6. La garanzia copre la mancata sottoscrizione del contratto per fatto dell'affidatario, ed è svincolata automaticamente al momento della sottoscrizione del contratto medesimo.*".

L'articolo 48 citato, invece, prevede l'esclusione del partecipante alla gara e l'escussione della cauzione provvisoria soltanto con riferimento alla mancanza del possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa richiesti dal bando di gara che sono, quindi, considerati quali "requisiti di partecipazione" e a tale disposizione, in considerazione della sua funzione sanzionatoria, deve attribuirsi carattere tassativo, mentre, invece, la carenza dei requisiti di carattere generale "è compiutamente regolata dall'articolo 38 del codice dei contratti che prevede, in tal caso, solo l'esclusione del concorrente e ee dalla gara e costituisce situazione ontologicamente diversa dal mancato possesso dei requisiti di capacità

economico-finanziaria e tecnico-organizzativa disciplinata dall'articolo 48 del medesimo codice" (Consiglio di Stato, sez. IV, n. 80/2012).

Il Collegio ritiene, nel caso di specie, di dovere aderire a questo secondo orientamento, con la conseguenza che il motivo di censura di cui trattasi deve trovare accoglimento in questa sede.

5. Conclusivamente il ricorso introduttivo è in parte inammissibile e per la parte che residua infondato nel merito e deve, pertanto, essere respinto; il successivo ricorso per motivi aggiunti, deve, invece, essere accolto nei limiti di cui in precedenza. In conseguenza dell'esito complessivo del giudizio di annullamento, deve, essere, infine, respinta la domanda di risarcimento dei danni conseguenti all'illegittimità dei provvedimenti espulsivi impugnati.

6. La trattazione del ricorso incidentale, con il quale la Fratarcangelo ha dedotto l'illegittimità della determinazione dirigenziale n. 803 del 2012 nella parte in cui Roma TPL non è stata esclusa altresì da parte della stazione appaltante anche per l'ulteriore e diverso motivo ivi indicato, diviene, invece, superflua, attesa la infondatezza nel merito del ricorso introduttivo.

7. Attesa la complessità delle questioni sottese, si ritiene di dovere compensare tra le parti le spese del presente giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sui ricorsi, come in epigrafe proposti, in parte, dichiara inammissibile e, per la parte che residua, respinge il ricorso introduttivo del presente giudizio e accoglie il ricorso per motivi aggiunti nell'indicata parte e , per l'effetto, annulla il provvedimento di Roma Capitale con il quale è stato disposto l'incameramento della cauzione provvisoria.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 24 aprile 2013 con l'intervento dei magistrati:

Luigi Tosti, Presidente

Elena Stanizzi, Consigliere

Maria Cristina Quiligotti, Consigliere, Estensore

BREVI ANNOTAZIONI

L'OGGETTO DELLA PRONUNCIA

La sentenza del Tar del Lazio prende in esame importanti profili inerenti le procedure di gara, i quali possono essere così sintetizzati:

(i) in primo luogo, se sia o meno legittima la sanzione dell'esclusione dalla procedura di gara a causa del mancato possesso, da un punto di vista sostanziale prima ancora che formale, del requisito di regolarità fiscale di cui all'art. 38 d.lgs. n. 163/2006 e la conseguente valutazione circa l'insussistenza della violazione del principio di proporzionalità di derivazione comunitaria;

(ii) in secondo luogo, se la comminatoria di sanzioni accessorie, quali, nello specifico, l'incameramento della cauzione provvisoria, possa essere legittimamente disposta dalla stazione appaltante per la mancanza dei requisiti di carattere generale richiesti ai fini della partecipazione alla gara ai sensi dell'art. 38 del Codice ovvero se tali sanzioni siano riferibili esclusivamente alla carenza di requisiti inerenti la capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa.

IL PERCORSO ARGOMENTATIVO

Relativamente al primo ordine di questioni il Tar Lazio, nella sentenza in esame, ritiene che l'insussistenza in concreto del requisito di regolarità fiscale ai sensi del comma 2 dell'art. 38, anche a prescindere dalla sostanziale irrilevanza dell'elemento soggettivo, ben possa giustificare l'operato della stazione appaltante, la quale, in conseguenza della discrasia emersa in sede di comprova del possesso dei requisiti fra quanto dichiarato dal concorrente in sede di offerta e quanto risultante dalle certificazioni acquisite dall'Amministrazione posteriormente all'aggiudicazione provvisoria, ha assunto tale irregolarità a fondamento della disposta esclusione. Conseguentemente, ad avviso del Collegio, non è censurabile la scelta amministrativa, atteso che l'esclusione disposta per il suddetto motivo si appalesa ragionevole anche in riferimento al principio di proporzionalità.

In ordine alla possibilità di procedere legittimamente all'escussione della garanzia fideiussoria per colpire la falsità delle dichiarazioni sul possesso dei requisiti generali di cui all'art. 38, il Tar del Lazio ritiene che l'incameramento della cauzione provvisoria, disposto ai sensi dell'art. 75, comma 6 (in combinato disposto con l'art. 48), sia illegittimo, atteso che tale norma disciplina la fase del procedimento successiva all'aggiudicazione definitiva, stabilendo altresì che la cauzione provvisoria possa essere escussa soltanto per rifiuto

dell'aggiudicatario a sottoscrivere il contratto. In altri termini, la carenza dei requisiti di carattere generale, regolata dallo stesso art. 38, che prevede, in tal caso, solo l'esclusione del concorrente dalla procedura, è da tenersi ontologicamente ben distinta rispetto alla mancanza dei requisiti di capacità economico- finanziaria e tecnico- organizzativa, disciplinata dall'art. 48 del Codice dei contratti.

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

La sentenza oggetto di approfondimento aiuta a consolidare e chiarire alcuni aspetti di fondamentale rilevanza in tema di gare d'appalto.

In primo luogo, il Collegio pone dei principi importanti con riferimento al **carattere automatico delle sanzioni**, con uno sguardo particolare al pieno rispetto dei principi comunitari.

Nello specifico, ai fini di garantire la regolarità delle procedure di affidamento di lavori o servizi pubblici, il Tar sottolinea come la sanzione principale, consistente nell'esclusione dalla gara, sia posta a tutela dell'interesse pubblico attuale rispetto alla singola procedura concorsuale, potendo perciò prescindere da qualunque profilo soggettivo di imputabilità.

Da qui lo scaturire del meccanismo del **c.d. "automatismo sanzionatorio"**, diretto cioè all'irrogazione di diritto di una sanzione amministrativa, rispetto al quale si pone il problema della violazione del **principio, di derivazione comunitaria, di proporzionalità**.

Una considerazione va fatta: certamente, per prassi e giurisprudenza consolidata, l'esclusione di un concorrente dalla gara è qualificabile in termini di atto dovuto, qualora venga oggettivamente accertata l'insussistenza di requisiti di ordine generale richiesti dal Codice dei contratti nonché dalla legge speciale.

Ed allora, non rilevando alcuna valutazione dell'elemento soggettivo, in termini di buona fede o colpevolezza del dichiarante, rilevanza sostanziale va riconosciuta al dato oggettivo del mancato possesso di tali requisiti. Ed è in quest'ottica che il Tar, chiamato a decidere, si esprime, riconoscendo la piena conformità del provvedimento amministrativo di esclusione al richiamato principio di proporzionalità, il quale impone la scelta, fra più mezzi astrattamente idonei al raggiungimento dell'obiettivo prefissato, di quello con minor sacrificio per il privato.

In altre parole, ciò che la proporzionalità richiede è un attento bilanciamento degli interessi in gioco, volto all'elaborazione di una decisione ponderata ed esaustiva.

Ne segue logicamente che la sanzione espulsiva, proprio perché finalizzata ad assicurare il regolare e rapido espletamento della procedura di gara, ben si coniuga con l'impiego del parametro di proporzionalità, tenuto conto delle specifiche esigenze di correttezza e trasparenza che il settore delle gare pubbliche persegue.

Quanto al secondo profilo, nonostante la chiara e condivisibile motivazione assunta dal Tar a fondamento della propria decisione, non può tacersi sul fatto che il tema è ancora oggi oggetto di contrasto giurisprudenziale, lontano dal trovare univoca soluzione.

Due sono gli orientamenti che meritano un approfondimento: **il primo** è quello che riconosce la possibilità, per l'Amministrazione appaltante, di incamerare la cauzione provvisoria ai sensi dell'art. 75, comma 6 (in combinato disposto con l'art. 48), nell'ambito del quale rientreranno, allora, tutte le ipotesi di mancata stipula del contratto per fatto dell'affidatario, ivi compreso il difetto di requisiti generali ex art. 38. Di diverso avviso è **altra parte della giurisprudenza** la quale ritiene che una simile impostazione, se accolta, comporterebbe illegittima ed arbitraria estensione dei limiti di operatività dell'art. 75 a fattispecie diverse da quelle in esso considerate, sul mero rilievo che l'incameramento della cauzione si correli direttamente alla violazione delle comuni regole di diligenza e correttezza.

In particolare **la Seconda Sezione, relativamente al caso de quo, aderisce alla seconda delle due tesi** prospettate, postulando un principio di portata generale quale quello della netta distinzione, su un piano prettamente ontologico, fra il mancato possesso di requisiti di capacità economico finanziaria e tecnico organizzativa e la carenza di requisiti a carattere generale, disciplinata dall'art. 38 e sanzionata con l'esclusione del concorrente dalla procedura di gara, primo *step* per poter procedere non certo all'escussione della garanzia (volendo accedere alla tesi del Collegio), quanto piuttosto alla segnalazione del fatto all'Autorità, confortata sul punto dall'autorevole giurisprudenza del Consiglio di Stato. Proprio i Giudici di Palazzo Spada, recentemente, hanno infatti disposto che la suddetta segnalazione debba essere effettuata non solo in caso di riscontrato difetto dei requisiti di ordine speciale, ma anche in caso di mancato possesso dei requisiti generali, principio che trova conferma nel nuovo Regolamento di esecuzione del Codice dei contratti pubblici (cfr. Cons. St., Ad. Plen., n. 8/2012 e Cons. St., Sez. VI, n. 6210/2012).

Per concludere, la decisione in esame aiuta a far luce su alcuni aspetti problematici relativi all'interpretazione dell'art. 38 del Codice ed alla sua esatta portata applicativa, anche in virtù del carattere complesso e talvolta farraginoso delle procedure di gara. Invero, la suddetta sentenza pone principi basilari che aiutano a chiarire e rafforzare la *ratio* della disposizione, la quale deve necessariamente rispondere all'esigenza di garantire l'Amministrazione circa la solvibilità e la solidità finanziaria del soggetto con cui essa contrae. Ed allora, appare pienamente giustificato l'orientamento espresso dal Tar secondo cui la regolarità contributiva e fiscale debba essere assicurata non soltanto al momento della presentazione della domanda e dell'offerta, ma permanere per tutto lo svolgimento della gara, restando evidentemente ferma l'esigenza di verificare l'affidabilità del potenziale aggiudicatario fino alla conclusione della procedura ad evidenza pubblica. Alla luce di quanto fin qui detto, deve pertanto ritenersi esente da censure l'operato della P.A. nel disporre l'esclusione di un concorrente a seguito dell'accertata mancanza di possesso di un requisito di carattere generale prescritto dalla legge, anche e soprattutto in una prospettiva comunitariamente orientata. Sulla scorta della succitata norma, infatti, si configura una preclusione volta ad evitare la potenziale contrattazione della stazione appaltante con soggetti inaffidabili, rispetto ai quali il pagamento di tasse e imposte si qualifica come strumento idoneo ad evidenziare la globale regolarità, sul piano tributario, delle sottese scritture contabili e del susseguente pagamento di ogni correlata

prestazione, espressione di un'attenta gestione finanziaria e della conseguente garanzia di solvibilità dell'impresa partecipante alla gara. L'agire della P.A. non appare contestabile neppure nell'ottica della ritenuta violazione del principio di proporzionalità, atteso che la stessa ha agito con diligenza e sulla base di vincolanti risultanze che non avrebbe in alcun modo potuto disattendere, visto che la realtà dei fatti, per come emersi dalla parte narrativa della vicenda, è nel senso della mancanza "sostanziale" (e non meramente formale) di un requisito previsto dalla legge a pena di esclusione. Tutte le considerazioni fin qui svolte attestano allora la funzione delle prescrizioni di cui all'art. 38 del d.lgs. n. 163/2006, il cui obiettivo altro non è che quello di garantire la sicurezza di una futura contrattazione da parte della P.A. e, dunque, assicurare la presumibile certezza dell'adempimento delle prestazioni convenute e degli altri obblighi connessi al contratto sottoscritto all'esito di una procedura di gara.