

**APPALTI: Gara - Esclusione - Per gravi violazioni, seppure ancora non definitivamente accertate, relativamente agli obblighi di pagamento delle imposte e tasse - Illegittimità - Fattispecie.**

**Tar Lazio - Roma, Sez. III, 28 luglio 2022, n. 10712**

*“[...] Il provvedimento in questione risulta palesemente carente dell’indispensabile corredo motivazionale.*

*Esso, infatti, si basa, nel primo capoverso, sulla mera asserzione della presenza di tali gravi violazioni non definitivamente accertate senza che venga adeguatamente dato conto delle caratteristiche di tali violazioni (tipologia, rilievo dell’importo anche in rapporto alla commessa di cui trattasi, esistenza o meno di procedure compositive, presenza di un contenzioso pendente e stadio del medesimo) e della concreta incidenza delle stesse sul rapporto fiduciario.*

*Proprio con riguardo al profilo dell’affidabilità dell’operatore in parole, infatti, RFI nel secondo capoverso del provvedimento gravato, si limita ad una mera trasposizione del dettato normativo contenuto nel Disciplinare del Sistema di Qualificazione di RFI [...] senza però, anche in questo caso, prendere una chiara posizione in proposito ed esplicitare i profili incidenti sul paventato venir meno del vincolo di affidabilità [...]”.*

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Rete Ferroviaria Italiana S.p.A. e di Consorzio Armatori Ferroviari S.C.P.A.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell’udienza pubblica del giorno 20 luglio 2022 il dott. Roberto Montixi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO

1. Fersalento S.r.l. è un’impresa che opera – quale fornitore “qualificato” di RFI nel settore degli appalti pubblici ferroviari, facente parte del consorzio stabile denominato “*Consorzio Armatori Ferroviari («CAF»)*”(struttura che partecipa agli appalti pubblici che vengono poi assegnati, in caso di aggiudicazione, ai singoli consorziati per l’esecuzione) unitamente alla GlobalFer S.p.A., e alla Francesco Ventura Costruzioni Ferroviarie S.r.l.;

2. Con comunicazione prot. RFI\_DAC\A0011\ P\2020\0003324, Rete Ferroviaria Italiana («RFI») trasmetteva al CAF la lettera d’invito alla procedura ristretta n. DAC.0201.2020, Accordi Quadro

per l'affidamento di lavori e forniture per l'esecuzione di un programma d'interventi di "Rinnovo", da eseguirsi su Lotti individuati sull'intera rete nazionale di RFI;

3. In vista della partecipazione alla suddetta procedura, Fersalento predisponeva a beneficio del suddetto Consorzio la documentazione necessaria, ivi compreso il DGUE, compilato nella Parte relativa al pagamento di imposte o contributi previdenziali. In tale documento, dichiarava l'assenza di carichi pendenti definitivamente accertati nei suoi confronti e la presenza di una serie di carichi tributari non definitivamente accertati;

4. In particolare, Ferservizi dava conto dell'emissione di un processo verbale di constatazione del 21.5.2019, relativo agli anni 2015-2016 e 2017 inerenti alla contestazione di presunti costi non deducibili dell'importo di euro 353.181,42, per il 2015, di euro 500.890,18, per il 2016, e di euro 136.996,95, per il 2017. Con riguardo alla prima annualità l'esponente dava atto dell'emissione dei relativi avvisi di accertamento, preannunciando la loro impugnazione nanti la Commissione Tributaria, mentre per le restanti due Ferservizi dichiarava di essere in attesa di ricevere apposita convocazione per il tentativo di accertamento con adesione. Infine, la ricorrente evidenziava la presenza di un avviso di accertamento relativo all'anno di imposta 2005, sul quale era pendente un giudizio nanti la Corte di Cassazione con importo contestato pari ad € 255.084,00.

5. In data 29 ottobre 2021 RFI, con nota prot. n.DAC\A0011\P\2021\0005189, all'esito delle verifiche operate dalla Commissione di gara nelle sedute riservate tenutesi tra il 26/02/2021 ed il 26/03/2021, comunicava al RTI composto dal CAF (Capogruppo Mandataria), e per esso alle consorziate designate esecutrici (Fersalento, Globalfer e Francesco Ventura), alla Margaritelli Ferroviaria S.p.A., I.CE.P. S.p.A. Industria Cementi Prefabbricati-Traversud S.r.l.-Pizzarotti Lodovichi Armamento (Mandanti), l'aggiudicazione definitiva dell'appalto in questione, trasmettendo l'allegato verbale della seduta di gara del 29 ottobre 2021;

6. In data 3 marzo 2022, RFI con nota n. RFI DAC\A0011\P\2022\0000886, avviava la procedura di soccorso istruttorio nei confronti di Fersalento in relazione alle informazioni rilevate nel certificato dell'Agenzia delle Entrate del 23 febbraio 2022, richiedendo chiarimenti in merito al Processo Verbale di Constatazione 774 del 21.5.2019 inerente alle annualità d'imposta 2016-2017, ai ricorsi proposti avverso gli avvisi di accertamento relativi all'anno d'imposta 2015 e al ricorso proposto avverso l'avviso di accertamento per l'anno d'imposta 2005;

7. Fersalento, con nota del 7 marzo 2022, riscontrava la richiesta di chiarimenti e, in sintesi, rappresentava che le contestazioni attenevano ad una verifica effettuata dalla Guardia di Finanza, per i periodi d'imposta 2015-2016-2017, a seguito della quale era stato notificato il processo verbale di constatazione del 21.05.2019.

Veniva altresì rappresentato che, con riguardo all'anno 2015, l'Agenzia delle Entrate aveva notificato, in data 21.12.2020, un avviso di accertamento impugnato nanti la Commissione Tributaria, mentre con riferimento alle annualità 2016 e 2017 era in corso il contraddittorio conseguente alla proposta dell'istanza di accertamento con adesione preventivo all'emissione dell'avviso di accertamento.

Infine, evidenziava che il contenzioso tributario pendente dinanzi alla Corte di Cassazione era stato instaurato dall'Agenzia delle Entrate e riguardava un avviso di accertamento notificato il 7 giugno 2008 rispetto alla quale sia la Commissione Tributaria provinciale che quella regionale avevano annullato tre dei quattro rilievi sollevati dall'Ente impositore;

8. Con lettera del 1° aprile 2022, prot. n. 191/2022, RFI comunicava di aver: *“rilevato la sussistenza, a carico della consorziata indicata Fersalento s.r.l., di motivi di esclusione ai sensi di quanto espressamente previsto dall'art. 80, comma 4, del D.Lgs. 50/2016 e s.m.i., risultando sussistenti gravi violazioni, seppure ancora non definitivamente accertate, relativamente agli obblighi di pagamento delle imposte e tasse;*

*Inoltre, la scrivente Stazione appaltante ha rilevato che le contestazioni di natura fiscale attengono a fatti idonei ad essere autonomamente valutabili e che rendono necessario verificare la permanenza del rapporto fiduciario con RFI e la sussistenza dei presupposti per la sospensione dell'efficacia della qualificazione ai sensi dell'art. 13.7 del Disciplinare del Sistema di Qualificazione il quale dispone che: “RFI si riserva la facoltà di sospendere temporaneamente il procedimento di qualificazione o l'efficacia della qualificazione ovvero di annullare la qualificazione stessa di un operatore economico nel caso in cui: 1. (omissis) 2. (...) qualora RFI venga a conoscenza, in occasione di attività di audit interna/esterna o di indagini svolte da Autorità Giudiziarie e/o di provvedimenti da queste ultimi adottati, di atti e/o comportamenti violanti il Codice Etico del Gruppo F.S. e in ogni caso tali da pregiudicare l'integrità e affidabilità dell'operatore economico e ledere gravemente il rapporto fiduciario con RFI e conseguentemente incidenti sull'inserimento e/o mantenimento nei Sistemi di Qualificazione”.*

Quanto sopra tenendo conto che le contestazioni attengono a fattispecie particolarmente ricorrenti nell'esecuzione dei contratti pubblici, compresi quelli in cui committente è RFI (ad es. ipotesi di noleggi e/o distacchi non legittimi riconfigurabili come subappalti), che tra l'altro «sembrano connessi ad indagini dell'Autorità Giudiziaria attualmente in corso rispetto alle quali codeste imprese sono già state invitate a dedurre».

In ragione di quanto precede si richiede al Consorzio in indirizzo di voler confermare «la propria volontà di procedere al necessario riassetto organizzativo e di concorrere alla procedura in oggetto

solo per le altre consorziate indicate (Globalfer S.p.A. e Francesco Ventura Costruzioni Ferroviarie S.r.l.)».

9. In data 7 aprile 2022, con lettera prot. n. 305/2022, RFI, tenuto conto dell'esclusione di Fersalento dalle due procedure di gara e della volontà del CAF di procedere al proprio riassetto organizzativo al fine di concorrere nelle due procedure richiamate, comunicava l'efficacia dell'aggiudicazione definitiva;

10. Avverso le predette determinazioni assunte da RFI, insorgeva Fersalento srl che formulava due distinti motivi di gravame;

10.1. Con il primo censurava la violazione dell'art. 3 della legge n. 241/90 per difetto assoluto di motivazione e di istruttoria.

10.1.1. Rappresentava l'esponente che il provvedimento non esplicitava quali gravi violazioni, seppure ancora non definitivamente accertate, relativamente agli obblighi di pagamento delle imposte e tasse, supportavano i motivi di esclusione ai sensi dell'art. 80, né a quali fatti (idonei ad essere autonomamente valutabili per verificare la permanenza del rapporto fiduciario con RFI e la sussistenza dei presupposti per la sospensione dell'efficacia della qualificazione ai sensi dell'art. 13.7 del Disciplinare), tali violazioni fossero attinenti.

10.1.2. Inoltre, parte ricorrente evidenziava che il provvedimento non dava conto delle ragioni per cui le dichiarazioni rese, dapprima ritenute idonee ai fini dell'aggiudicazione definitiva, avessero formato oggetto di una nuova valutazione e portato RFI a mutare le conclusioni che aveva prima raggiunto. Infatti la posizione tributaria era da tempo nota a RFI, in quanto oggetto di specifiche dichiarazioni caricate da Fersalento sul Portale RFI –Sistemi di Qualificazioni e non avevano mai costituito motivo di annullamento o sospensione della qualificazione ed anzi, in occasione del Mantenimento Triennale LOC, la stessa RFI, in data 22 settembre 2021, aveva espressamente comunicato a Fersalento l'esito positivo delle verifiche effettuate ed il mantenimento della qualificazione;

10.1.3. Ulteriormente Fersalento si doleva del fatto che con il proprio operato, RFI avesse, sostanzialmente, fondato la propria decisione espulsiva unicamente sulla presunta sussistenza di violazioni tributarie oggetto di contestazione, eccedenti la soglia, così di fatto trasformando l'esclusione facoltativa –subordinata alla valutazione di integrità e affidabilità dell'operatore– in una esclusione automatica, che invece l'art. 80, comma 4, cit. riconnette unicamente alle violazioni tributarie gravi definitivamente accertate: viceversa, nel caso di violazioni non definitivamente accertate, occorreva una motivata valutazione discrezionale della stazione appaltante che, nella fattispecie, era mancata.

10.1.4. Conclusivamente sul punto, Fersalento evidenziava l'oscurità del riferimento riportato nella nota gravata alle indagini dell'Autorità Giudiziaria, stante che né Fersalento, né altre società controllate o collegate, né alcuna persona titolare di organi sociali (nell'ultimo quinquennio) aveva ricevuto notifiche da parte dell'Autorità Giudiziaria;

10.2. Con il secondo motivo di gravame, l'esponente censurava la violazione e falsa applicazione dell'art. 80, co. 4, d.lgs. 50/2016; difetto di motivazione ed illogicità manifesta. Errore nei presupposti. Violazione del principio di proporzionalità.

Rappresentava la ricorrente che RFI non aveva rispettato il dettato normativo non avendo adeguatamente dimostrato (come imponeva la norma) che la ricorrente avesse commesso gravi violazioni.

Tale dimostrazione, a detta della ricorrente, era peraltro, impossibile stante che la posizione tributaria della ricorrente al momento presentava due avvisi di accertamento sospesi, due procedimenti di accertamento su processo verbale di contestazione, aventi natura endo-procedimentale e non rientranti, quindi, nei presupposti di esclusione dell'art. 80, co. 4 D.Lgs. 50/2016, ed un ricorso pendente in Cassazione, proposto dall'Agenzia delle Entrate che era risultata soccombente in entrambi i due precedenti gradi di giudizio;

10.2.1. Più nello specifico, evidenziava come, con riguardo al PVC inerente all'anno 2015, gli avvisi di accertamento emessi erano stati impugnati nante la Commissione Tributaria Provinciale e questa, con due distinte ordinanze aveva sospeso l'efficacia di tali avvisi. Con riferimento ai PVC del 2016 e 2017 era pendente il procedimento inerente all'eventuale definizione dell'accertamento con adesione e, allo stato non era stato emesso alcun avviso di accertamento. Infine, con riguardo all'Avviso di accertamento risalente al 2005, questo era stato impugnato con soccombenza dell'Agenzia delle Entrate in primo e secondo grado e allo stato il giudizio pendeva nante la Corte di Cassazione.

In ragione di quanto sopra, osservava l'esponente, che con riguardo agli avvisi di accertamento relativi all'annualità 2015, l'intervenuta sospensione degli stessi ad opera della Commissione Tributaria escludeva una qualsiasi rilevanza di essi ai fini dell'esclusione ai sensi dell'art. 80, 4° co., d.lgs. 50/2016; con riferimento ai PVC relativi alle annualità 2016 e 2017 questi non potevano comportare l'esclusione del concorrente, poiché, la pretesa erariale non era ancora accertata, neppure in via non definitiva, trattandosi il PVC di atto endoprocedimentale neppure autonomamente impugnabile; infine, con riguardo all'accertamento del 2005, con giudizio pendente in Cassazione, lo stesso si riferiva ad un presunto carico tributario assai risalente nel tempo, ben

noto a RFI, che mai lo aveva considerato rilevante ed era stato inciso da un contenzioso che aveva visto l'Agenzia delle Entrate, soccombente nei primi due gradi di giudizio;

10.2.2. Conclusivamente, la Fersalento sottolineava che il provvedimento impugnato avrebbe potuto pregiudicare la stessa sopravvivenza del complesso aziendale e si rivelava del tutto sproporzionato stante che Fersalento non era obbligata al pagamento di alcuna imposta o tassa e che, in ogni caso, anche a voler sommare tutte le contestazioni prospettate dall'amministrazione erariale, le stesse in base ad un primo calcolo orientativo, sarebbero state pari a circa lo 0,2% del valore della commessa pubblica DAC.0201.2020, nonché allo 0,1%, considerando complessivamente il valore della commessa DAC.0192.2021 e DAC.0201.2020.

11. Si costituivano in giudizio RFI e il Consorzio stabile CAF.

11.1. RFI evidenziava di aver provveduto, in data 31 gennaio 2022 ad acquisire un nuovo certificato da parte dell'Agenzia delle entrate riportante le pendenze tributarie di Fersalento dal quale era emersa l'esistenza di quattro avvisi di accertamento per gli anni d'imposta 2016 e 2017 successivi ai PVC cui si riferiva controparte, e di essere venuta a conoscenza dell'esistenza di un filone di indagini penali condotte dalla DDA e dalla Procura di Milano, in cui, secondo alcune notizie di stampa, risultava coinvolta anche Fersalento oltre alla stessa RFI quale parte lesa.

RFI, evidenziava, pertanto, che erano chiare le ragioni sottese all'adozione dei provvedimenti impugnati e la logica che li sorreggeva stante che questi erano volti a chiedere la disponibilità dell'operatore economico concorrente, il consorzio stabile CAF, a rivedere l'indicazione delle consorziate esecutrici al fine di ottenere l'aggiudicazione della gara;

11.2. RFI ulteriormente evidenziava che ciò che sorreggeva la decisione assunta era il vaglio discrezionale operato dalla Stazione appaltante in ordine all'incidenza dei carichi fiscali pendenti emersi in sede istruttoria sulla integrità e affidabilità di Fersalento a eseguire l'appalto oggetto della gara; valutazione questa che prescindeva dal merito delle pretese erariali, il quale non poteva essere verificato dalla Stazione appaltante non potendo essa sostituirsi alle prerogative dell'ente impositore o del concessionario della riscossione e non dovendo essa appiattirsi su risultanze procedurali o processuali non ancora definitive.

12. Con ordinanza n° 3307 del 25 maggio 2022, resa all'esito dell'apposita istanza cautelare, veniva sospesa l'efficacia degli atti impugnati.

13. In vista dell'udienza di merito le parti producevano documenti e memorie insistendo nelle rispettive domande e eccezioni.

14. La causa veniva trattenuta in decisione alla pubblica udienza del 20 luglio 2022;

**DIRITTO**

1. RFI basa la richiesta inoltrata al Consorzio concorrente di provvedere al necessario riassetto organizzativo e di partecipare alla procedura esclusivamente per conto delle restanti due consorziate associate (Globalfer s.p.a. e Francesco Ventura Costruzioni Ferroviarie srl) con esclusione, dunque, della ricorrente Fersalento, in dichiarata applicazione dell'art. 80 comma 4, del D.Lgs 50/2016, risultando sussistenti gravi violazioni, seppure ancora non definitivamente accertate, relativamente agli obblighi di pagamento delle imposte e delle tasse.

Ulteriormente, RFI rileva che le contestazioni di natura fiscale attengono a fatti autonomamente valutabili che rendono necessario verificare la permanenza del rapporto fiduciario con RFI e i presupposti per la sospensione dell'efficacia della qualificazione ai sensi dell'art. 13.7. del relativo Disciplinare, in ragione del fatto che le contestazioni *“attengono a fattispecie particolarmente ricorrenti nell'esecuzione dei contratti pubblici, compresi quelli in cui è committente RFI (ad es. ipotesi di noleggi e/o distacchi non legittimi, riconfigurabili come subappalti), che tra l'altro, sembrano connessi ad indagini dell'autorità giudiziaria attualmente in corso rispetto alle quali codeste imprese sono già state invitate a dedurre.”*

1.1. Osserva il Collegio, come l'art. 80 comma 4, nel testo vigente all'epoca della procedura indetta da RFI, prevedeva, nella parte che rileva, che: *“Un operatore economico puo' essere escluso dalla partecipazione a una procedura d'appalto se la stazione appaltante e' a conoscenza e puo' adeguatamente dimostrare che lo stesso non ha ottemperato agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse o dei contributi previdenziali non definitivamente accertati qualora tale mancato pagamento costituisca una grave violazione ai sensi rispettivamente del secondo o del quarto periodo. Il presente comma non si applica quando l'operatore economico ha ottemperato ai suoi obblighi pagando o impegnandosi in modo vincolante a pagare le imposte o i contributi previdenziali dovuti, compresi eventuali interessi o multe, ovvero quando il debito tributario o previdenziale sia comunque integralmente estinto, purché l'estinzione, il pagamento o l'impegno si siano perfezionati anteriormente alla scadenza del termine per la presentazione delle domande.”*

1.2. La norma in questione è stata introdotta al fine di adeguare la normativa interna a quanto disposto dalla quella comunitaria, la cui violazione aveva condotto all'avvio di una procedura di infrazione da parte della Commissione Europea per non conformità dell'art. 80, comma 4, D.Lgs. n. 50/2016, alle disposizioni dell'art. 38, par. 5, comma 2, della direttiva n. 2014/23/UE.

La finalità della disposizione è quella di consentire alle stazioni appaltanti di escludere operatori economici che si siano dimostrati inaffidabili, ma altresì quella, sempre trasversalmente implicita nelle disposizioni di origine eurolunitaria, di garantire condizioni di effettiva concorrenza tra gli operatori. (cfr. Tar Sardegna Sez. I, 1.2.2022, n° 72).

Recita, a tal proposito, il considerando n° 101 della Direttiva 2014/14/UE “...È opportuno chiarire che una grave violazione dei doveri professionali può mettere in discussione l'integrità di un operatore economico e dunque rendere quest'ultimo inidoneo ad ottenere l'aggiudicazione di un appalto pubblico indipendentemente dal fatto che abbia per il resto la capacità tecnica ed economica per l'esecuzione dell'appalto. Tenendo presente che l'amministrazione aggiudicatrice sarà responsabile per le conseguenze di una sua eventuale decisione erronea, le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero anche mantenere la facoltà di ritenere che vi sia stata grave violazione dei doveri professionali qualora, prima che sia stata presa una decisione definitiva e vincolante sulla presenza di motivi di esclusione obbligatori, possano dimostrare con qualsiasi mezzo idoneo che l'operatore economico ha violato i suoi obblighi, inclusi quelli relativi al pagamento di imposte o contributi previdenziali, salvo disposizioni contrarie del diritto nazionale (...)”;

1.3. Con la norma interna di recepimento, dunque, il legislatore ha introdotto la possibilità per le Stazioni Appaltanti di disporre l'esclusione degli operatori in presenza della mancata ottemperanza agli obblighi relativi al pagamento di imposte e tasse integranti un “grave violazione” anche ove tale inottemperanza non sia stata accertata in via definitiva.

Tale possibilità, consegue ad un apprezzamento discrezionale della Stazione Appaltante che, è evidentemente chiamata ad operare un attento e prudente vaglio della situazione concreta.

Tale analisi deve poi trovare esplicitazione in una compiuta motivazione idonea a far emergere il percorso logico-giuridico che ha indotto la Stazione appaltante ad adottare la sanzione espulsiva.

2. Parte ricorrente, con il primo motivo di ricorso, censura l'illegittimità del provvedimento che ha disposto la propria sostanziale esclusione dal novero degli operatori facenti parte del Consorzio aggiudicatario, abilitati all'esecuzione della commessa in ragione del rilevato difetto di motivazione e di istruttoria.

2.1. Il motivo è fondato.

2.1.1. Il provvedimento in questione risulta palesemente carente dell'indispensabile corredo motivazionale.

Esso, infatti, si basa, nel primo capoverso, sulla mera asserzione della presenza di tali gravi violazioni non definitivamente accertate senza che venga adeguatamente dato conto delle caratteristiche di tali violazioni (tipologia, rilievo dell'importo anche in rapporto alla commessa di cui trattasi, esistenza o meno di procedure compositive, presenza di un contenzioso pendente e stadio del medesimo) e della concreta incidenza delle stesse sul rapporto fiduciario.

Proprio con riguardo al profilo dell'affidabilità dell'operatore in parole, infatti, RFI nel secondo capoverso del provvedimento gravato, si limita ad una mera trasposizione del dettato normativo

contenuto nel Disciplinare del Sistema di Qualificazione di RFI prospettando il fatto che *“le contestazioni di natura fiscale attengono a fatti idonei ad essere autonomamente valutabili e che rendono necessario verificare la permanenza del rapporto fiduciario con RFI e la sussistenza dei presupposti per la sospensione dell’efficacia della qualificazione ai sensi dell’art. 13.7 del Disciplinare (...)”* senza però, anche in questo caso, prendere una chiara posizione in proposito ed esplicitare i profili incidenti sul paventato venir meno del vincolo di affidabilità.

Parimenti, appare, invero, criptico il riferimento al fatto che *“le contestazioni attengono a fattispecie particolarmente ricorrenti nell’esecuzione dei contratti pubblici, (...) che tra l’altro sembrano connessi ad indagini dell’autorità giudiziaria attualmente in corso (...).”*

In definitiva, il provvedimento in questione non risulta adeguatamente strutturato sotto il profilo motivazionale.

Ciò sia in ragione del fatto che, a fronte dell’esplicarsi di un potere eminentemente discrezionale, quale quello in parola, ciò che non può difettare è proprio la chiara esplicazione del percorso argomentativo che giustifica una scelta drastica, quale quella dell’estromissione di un operatore dal novero delle imprese incaricate di eseguire le prestazioni affidate ad un consorzio stabile del quale il medesimo fa parte, sia in considerazione della circostanza che le pendenze tributarie della ricorrente erano state oggetto di specifico vaglio nel corso dell’endoprocedimento istruttorio, all’esito del quale, *“nella seduta del 18 marzo del 2021, la Commissione, riscontrata la documentazione inviata dal CAF, ha ritenuto di ammettere l’operatore economico alla procedura, tenuto conto che dalle informazioni fornite non emergono univoci elementi di fatto o di diritto su cui fondare un giudizio di inaffidabilità professionale, in assenza di un definitivo accertamento dei fatti”* (cfr. pag. 3 memoria RFI).

Orbene, stante tale presa di posizione da parte di RFI, che all’esito di tale verifica e della posizione assunta dalla Commissione di Gara, ha provveduto ad aggiudicare in via definitiva in data 29 ottobre 2021 la commessa al Raggruppamento capitanato dal Consorzio CAF, nella composizione comprendente anche la ricorrente, non vi è chi non veda come un radicale cambio di rotta dalla Stazione Appaltante dovesse essere adeguatamente motivato.

2.1.2 Osserva il Collegio che RFI, con atto prot. 886 del 3 marzo 2022, nel corso dell’interlocuzione intervenuta successivamente alla disposta aggiudicazione (e nell’imminenza dell’adozione del provvedimento di esclusione), nel riferirsi al certificato pervenuto dall’Agenzia delle Entrate in data 23 febbraio 2022 si è limitato a formulare una richiesta di chiarimenti in relazione al Processo Verbale di Constatazione n° 774 relativo ai rilievi per l’anno d’imposta 2016 e 2017 e ai ricorsi

proposti avverso l'Avviso di Accertamento relativo all'anno 2015 (scaturito dal medesimo processo verbale) e a quello inerente all'avviso di accertamento del 2005.

Ma tutti tali elementi erano già stati compiutamente esplicitati da Fersalento nel DGUE e avevano condotto ad un positivo vaglio da parte della Commissione di gara con l'aggiudicazione del 29.10.2021.

Il provvedimento espulsivo, pertanto, non appare basarsi su alcun ulteriore elemento posto a supporto del cambio di rotta in merito alla società esponente, né vengono esplicitate in modo adeguato le valutazioni che hanno condotto alla nuova decisione intrapresa.

RFI, inoltre, non rappresenta concreti ulteriori elementi autonomamente incidenti sul vincolo fiduciario, stante che il mero riferimento al tenore delle contestazioni e alla parvenza della loro connessione con indagini dell'Autorità giudiziaria, non appare offrire alcun connotato di consistenza alla determinazione adottata dall'Appaltante, né la documentazione prodotta ha fornito alcun significativo apporto conoscitivo.

2.1.3. Non coglie, d'altro canto, nel segno quanto affermato dalla difesa di RFI a mente del quale la Commissione di gara non avrebbe formulato un giudizio definitivo allorché si era determinata nel senso di non precludere la partecipazione di Fersalento e di dar corso all'aggiudicazione definitiva della commessa al Consorzio Stabile nella composizione comprendente anche l'esponente.

E' evidente, infatti, che non si discetta, nel caso in questione, della possibilità indubitabilmente riconosciuta a RFI di operare ulteriori verifiche circa il possesso dei requisiti, ma del fatto che l'assunzione di decisioni di segno contrario a quelle originariamente prese debbano transitare attraverso un attento vaglio ed altrettanto scrupoloso corredo motivazionale, che nella specie è mancato.

3. Si rivela fondato anche il secondo motivo di gravame afferente alla violazione dell'art. 80 comma 4 del D.Lgs 50/2016 e del principio di proporzionalità.

3.1. Osserva il Collegio che il tenore letterale della norma, nel riferirsi ad un accertamento non definitivo di inottemperanza degli obblighi, presuppone, tuttavia che un vero e proprio accertamento -dotato di una qualche consistenza- vi sia.

Nel caso in questione, invece, il quadro delle pendenze tributarie si collocava in una fase, invero, prodromica; in tale contesto, il richiamato processo Verbale di Constatazione aveva condotto all'emissione di un primo avviso di accertamento (inerente all'anno 2015) la cui efficacia era stata sospesa da parte della Commissione Tributaria.

Sul punto è stato recentemente affermato che *“le gravi violazioni non definitivamente accertate di cui all’art. 80 comma 4 del D.Lgs. n. 50 del 2016, in combinato con quanto stabilito dall’art. 67 bis del D.Lgs. n. 546 del 1992, devono intendersi quelle sub iudice ma confermate da pronunce giudiziarie, cioè da sentenze di primo grado che hanno respinto il ricorso del contribuente o da sentenze di secondo grado che hanno riformato la pronuncia favorevole al medesimo e sono oggetto di ricorso in cassazione.*

*Diversamente, nel caso di sentenza favorevole al contribuente con conseguente annullamento dell’avviso, non si può ritenere esistente nel mondo giuridico alcun accertamento, almeno fino al momento in cui la sentenza non venga riformata.*

*Altrimenti, la provvisoria esecuzione della sentenza favorevole non avrebbe alcun effetto favorevole per il contribuente vittorioso in giudizio.”* (cfr T.A.R. Lazio Latina Sez. I, Sent. 09-05-2022, n. 427).

3.2. Non può essere condivisa, sul punto, l’argomentazione difensiva di RFI secondo cui ciò che *“sorregge la decisione assunta da RFI è la valutazione discrezionale operata dalla Stazione Appaltante in ordine all’incidenza dei carichi fiscali pendenti emersi in sede istruttoria sulla integrità e affidabilità di Fersalento a eseguire l’appalto oggetto della gara”* (cfr pag. 10 della memoria Rfi del 16 maggio 2022).

Come già osservato, proprio l’ampio potere discrezionale attribuito alle Stazioni Appaltanti dal legislatore deve essere compensato, a meno di trasmodare in arbitrio, in un attento e puntuale vaglio di tutte le circostanze concrete e nella compiuta esplicazione delle motivazioni a supporto della decisione presa;

Anche la recente giurisprudenza ha evidenziato che *“la discrezionalità che permea la novella introdotta dal D.L. n. 76 del 2020 abbisogna di puntuale esternazione della ratio decidendi, in ordine alla concreta incidenza del requisito carente sulla integrità ed affidabilità dell’operatore.”* T.A.R. Lazio Latina Sez. I, Sent., 427/2022 cit.

3.3. La determinazione assunta da RFI si rivela illegittima anche in ragione del mancato rispetto dei canoni di proporzionalità che deve, in via generale, guidare l’operato della pubblica amministrazione soprattutto in ragione dell’espresso richiamo contenuto nella sopra richiamata direttiva 2014/24/UE che al considerando 101 precisa che *“le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero prestare particolare attenzione al principio di proporzionalità.”*

Anche sotto tale profilo, infatti, appare censurabile l’operato di RFI che –come già osservato- non ha ritenuto di prendere posizione sull’esistenza di un unico Processo Verbale di Constatazione da cui sono scaturiti gli avvisi di accertamento nelle annualità 2015-2016 e 2017, sull’intervenuta

sospensione dell'efficacia del primo avviso di accertamento –inerente all'annualità 2015- ad opera della Commissione tributaria Provinciale e sull'esistenza di una procedura di composizione delle pendenze, allo stato non ancora definita.

Tra l'altro, il principio di proporzionalità ben avrebbe dovuto suggerire un vaglio afferente al rapporto esistente tra l'importo della commessa e le pendenze riscontrate. Tale rapporto, espressamente contemplato nella ora vigente versione della norma in parola (che chiarisce che *“costituiscono gravi violazioni non definitivamente accertate in materia fiscale quelle stabilite da un apposito decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, di concerto con il Ministro delle infrastrutture e della mobilità sostenibili e previo parere del Dipartimento per le politiche europee della Presidenza del Consiglio dei ministri, da emanare entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore delle disposizioni di cui al presente periodo, recante limiti e condizioni per l'operatività della causa di esclusione relativa a violazioni non definitivamente accertate che, in ogni caso, devono essere correlate al valore dell'appalto e comunque di importo non inferiore a 35.000 euro.”*) ben avrebbe potuto rappresentare un criterio guida per l'oculato esercizio del potere discrezionale attribuito all'Amministrazione nell'applicazione della disposizione in parola.

D'altro canto, la stessa Giurisprudenza eurounitaria ha sottolineato, in linea generale, che per bilanciare l'interesse pubblico alla tutela della libera concorrenza con quello privato alla partecipazione alla gara, la Stazione Appaltante dovrebbe sempre garantire la proporzionalità della eventuale decisione di esclusione dell'operatore (CGE, sez. IV, 19.6.2019, C-41/2018).

4. Conclusivamente, alla luce delle soprariportate considerazioni, il ricorso, siccome proposto, va accolto in quanto fondato, con conseguente annullamento dei provvedimenti impugnati.

5. Le spese seguono la soccombenza e vengono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie.

Condanna parte resistente alla rifusione delle spese del giudizio che liquida in complessive € 6.000,00 (seimila/00)

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 20 luglio 2022 con l'intervento dei magistrati:

Silvestro Maria Russo, Presidente

Chiara Cavallari, Referendario

Roberto Montixi, Referendario, Estensore

IL SEGRETARIO