

L'ESCLUSIONE DALLE GARE PER VIOLAZIONI "DEFINITIVAMENTE ACCERTATE" IN MATERIA DI IMPOSTE E TASSE E LA CONTINUITÀ DEL POSSESSO DEL REQUISITO TRA CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI E NORMATIVA EUROPEA

I motivi di esclusione degli operatori economici dalle procedure di appalto o di concessione sono individuati dall'art. 80 del d.lgs. n. 18 aprile 2016 (Codice dei contratti pubblici) e tracciano i requisiti di ordine generale che i concorrenti devono possedere per partecipare alle gare pubbliche. La nuova disposizione sostituisce il previgente art. 38 del D. Lgs. n. 163/2006 e come l'art. 38 si riferisce ai requisiti cosiddetti di carattere soggettivo dei concorrenti. La norma in esame recepisce l'art. 57 della Direttiva 2014/24/UE, che individua i criteri di selezione degli operatori economici che partecipano alla procedura di gara. La nuova disciplina, più articolata di quella contenuta nell'art. 45 della previgente Direttiva 18/2004/UE, è ispirata al principio di proporzionalità. Da un lato, viene espresso l'intento di dissuadere gli operatori economici dal porre in essere comportamenti scorretti che possano metterne in discussione l'integrità morale; dall'altro, il legislatore ha voluto evitare che i concorrenti possano essere esclusi per lievi irregolarità e negligenze non dolose.

Tra i requisiti di ordine generale che un operatore economico deve possedere per poter contrarre obbligazioni con l'amministrazione aggiudicatrice, l'art.80 del Codice individua quello della regolarità contabile, fiscale e contributiva. La novità rispetto alle corrispondenti previsioni dell'art. 38, commi 1, lett. i) e comma 2, del D.Lgs. n. 163 del 2006 è costituita da una maggiore ampiezza riconosciuta alla nozione di "regolarità contributiva e fiscale", dovendosi intendere per tale non solo l'avvenuto pagamento delle imposte e dei contributi previdenziali dovuti, ma anche la formalizzazione dell'impegno al pagamento, purché entrambi intervenuti prima della scadenza del detto termine¹. In sostanza, la norma attuale consente la partecipazione alla gara anche all'operatore economico

¹ In tal senso, Cons. Stato, Sez. V, sent. n. 4039 del 2 luglio 2018.

che, pur non in regola con gli obblighi fiscali e contributivi al momento della scadenza del termine per la presentazione della domanda, provveda entro il termine di presentazione della domanda a regolarizzare la propria posizione fiscale o contributiva, eventualmente anche mediante richiesta di rateizzazione. Nondimeno, l'omesso pagamento di imposte o contributi previdenziali, che la direttiva 2014/24/UE individua come causa di esclusione facoltativa, è stata elevata dal legislatore italiano a causa di esclusione inderogabile e pressoché automatica. La ragione di siffatta rigidità è presto trovata nella positivizzazione di alcuni principi che la giurisprudenza italiana aveva anticipato già nella vigenza del precedente codice degli appalti².

L'art. 80, co. 4, d. lgs n. 50/2016 recita: «*Un operatore economico è escluso dalla partecipazione a una procedura d'appalto se ha commesso violazioni gravi, definitivamente accertate, rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse o dei contributi previdenziali, secondo la legislazione italiana o quella dello Stato in cui sono stabiliti. Costituiscono **gravi violazioni** quelle che comportano un omesso pagamento di imposte e tasse superiore all'importo di cui all'articolo 48-bis, commi 1 e 2-bis del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 602. Costituiscono **violazioni definitivamente accertate** quelle contenute in sentenze o atti amministrativi non più soggetti ad impugnazione. Costituiscono gravi violazioni in materia contributiva e previdenziale quelle ostative al rilascio del documento unico di regolarità contributiva (DURC), di cui al decreto del Ministero del lavoro e delle politiche sociali 30 gennaio 2015, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 125 del 1° giugno 2015, ovvero delle certificazioni rilasciate dagli enti previdenziali di riferimento non aderenti al sistema*

² L'art. 38, d. lgs n. 163/2006 si limitava a stabilire che 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».

dello sportello unico previdenziale. 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, purché il pagamento o l'impegno siano stati formalizzati prima della scadenza del termine per la presentazione delle domande».

Evidente è l'attuazione del principio di proporzionalità: le amministrazioni aggiudicatrici devono escludere gli operatori economici che si sono dimostrati inaffidabili, ma le irregolarità lievi dovrebbero comportare l'esclusione di un operatore economico dalla gara solo in circostanze eccezionali.

L'interesse pubblico è quello di consentire all'Amministrazione di contrarre obbligazioni con soggetti affidabili nel rispetto del principio di *par condicio* tra concorrenti, in fase di gara, con l'intento di garantire la certezza dei rapporti giuridici tra le parti, in fase di esecuzione del contratto (*ex multis*, TAR Lazio, Roma, sez. I, n. 5582/2018).

Il controllo del possesso dei requisiti e della veridicità delle autodichiarazioni rese dai concorrenti può essere effettuato anche a campione e in tutti i casi in cui ciò si rendesse necessario per assicurare la correttezza della procedura, compresa l'ipotesi in cui sorgano dubbi. In ogni caso, le stazioni appaltanti hanno l'obbligo di controllare il primo classificato – ossia l'offerente cui hanno deciso di aggiudicare l'appalto – prima dell'aggiudicazione stessa (art. 85, co. 5, d. lgs n. 50/2016)³. In linea generale, l'accertamento del requisito della regolarità fiscale e contributiva del concorrente non ha ad oggetto l'apprezzamento dei dati riportati nei certificati rilasciati da Agenzia delle Entrate ed Istituti previdenziali e, quindi, valutazioni discrezionali o di opportunità sotto il profilo della gravità e della definitività dell'inadempimento contributivo dell'operatore economico, ma soltanto la regolare registrazione di tali dati.

³ Si veda: ANAC - Comunicato del Presidente del 08/11/2017 recante “*Indicazioni alle stazioni appaltanti e agli operatori economici sulla definizione dell'ambito soggettivo dell'art. 80 del d.lgs. 50/2016 e sullo svolgimento delle verifiche sulle dichiarazioni sostitutive rese dai concorrenti ai sensi del d.p.r. 445/2000 mediante utilizzo del modello di DGUE*”.

L'accertamento riguarda, infatti, profili predefiniti per legge che vengono certificati da appositi soggetti mediante il rilascio di documenti attestanti la regolarità o la irregolarità fiscale e contributiva del concorrente. Difatti, qualora l'esito dell'accertamento non sia contestato, non vi è alcun margine di valutazione riservato alla stazione appaltante in punto di gravità e di definitività delle irregolarità contributive oggettivamente esistenti.

Ciononostante, l'accertamento del possesso del requisito di regolarità fiscale e contributiva è piuttosto delicato e i ricorsi proposti dinanzi al Giudice Amministrativo per l'annullamento dei provvedimenti di esclusione dalle procedure ad evidenza pubblica ai sensi dell'art. 80, co. 4 d, lgs n. 20/2016 sono molto frequenti.

Cosa debba intendersi per violazione "grave" per cui l'operatore deve essere escluso dalla gara viene definito dalla legge: costituiscono "grave violazione" gli omessi pagamenti di imposte e tasse per un importo superiore a quello indicato all'art. 48-bis, commi 1 e 2-bis del D.P.R. 29 settembre 1973, n. 602⁴ e, in materia contributiva e previdenziale, le violazioni ostative al rilascio del documento unico di regolarità contributiva (DURC) ovvero delle certificazioni rilasciate dagli enti previdenziali di riferimento non aderenti al sistema dello sportello unico previdenziale.

Cosa debba intendersi per violazione "definitivamente accertata" è, invece, tra gli aspetti più dibattuti nei giudizi instaurati dinanzi ai TT.AA.RR.. Anche in questo caso la giurisprudenza ha chiarito che costituiscono violazioni definitivamente accertate quelle relative all'obbligo di pagamento di debiti per imposte e tasse certi, scaduti ed esigibili (oggi l'art. 80, co. 4, fa espresso riferimento ad atti amministrativi non più soggetti ad impugnazione). Ai sensi del combinato disposto degli articoli 36 bis e ter del d.P.R. n. 600/1973 e dell'art. 25 del d.P.R. n. 602/1973, le violazioni degli obblighi relativi al pagamento di imposte e tasse si considerano definitivamente accertate se contenute in sentenza o

⁴ L'importo che determina la "gravità" della violazione è stato stabilito fino al 1 marzo 2018 in Euro 10.000,00 e rimodulato dal art. 1, comma 988, L. 27 dicembre 2017, n. 205 in Euro 5.000,00. Cfr. Cons. Stato Sez. V, sent., n. 5285 del 10 settembre 2018. n. 5285.

in atti amministrativi non più soggetti ad impugnazione; tali sono le cartelle di pagamento emesse a seguito di avviso di accertamento non impugnato ovvero confermato all'esito del giudizio, e, in genere, le cartelle di pagamento che, pur essendo il primo atto con il quale si manifesta la pretesa impositiva, non siano state tempestivamente impugunate.⁵ A tal riguardo, è stato puntualizzato che la cartella di pagamento (che non è atto del titolare della pretesa tributaria, ma del soggetto incaricato della riscossione) *«costituisce solo uno strumento in cui viene enunciata una pregressa richiesta di natura sostanziale, cioè non possiede ... alcuna autonomia che consenta di impugnarla prescindendo dagli atti in cui l'obbligazione è stata enunciata»* (ex multis, Cass., SS.UU., 8 febbraio 2008, n. 3001). È l'avviso di accertamento – il cd. avviso bonario – l'atto mediante il quale l'ente impositore notifica formalmente la pretesa tributaria al contribuente, a seguito di un'attività di controllo sostanziale sui dati o sulle dichiarazioni del contribuente.

Altro tema è quello del termine entro il quale l'operatore economico può ottemperare ai suoi obblighi senza temere l'esclusione dalla gara.

La Direttiva 2014/24/UE non fissa i limiti temporali entro i quali la regolarizzazione va realizzata. All'art. 57, par. 2, comma 3 chiarisce solo che il motivo di esclusione *«non è più applicabile 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»*.

Il nostro legislatore delegato, accogliendo un principio in parte già affermato dalla giurisprudenza italiana nella vigenza del precedente art. 38 d. lgs n. 163/2006⁶, ha stabilito che il termine ultimo per la regolarizzazione della posizione fiscale o contributiva dell'operatore economico è il termine di presentazione delle domande, con l'ulteriore

⁵ In tal senso, Cons. Stato Sez. V, sent. n. 5285 10 settembre 2018.

⁶ Il principio delineato dall'Adunanza Plenaria 8/2015 nel vigore del vecchio codice consentiva all'operatore economico di sanare la propria posizione solo sino al termine di presentazione della domanda. Cons. Stato, Ad Plen. 20 agosto 2013, n. 20, riaffermato in dal Cons. Stato, Ad. Plen. 29 febbraio 2016, nn. 5 e 6 e Cons. Stato, Ad. Plen. 25 maggio 2016, n. 10.

specificazione che, entro detto termine, l'impresa può anche solo impegnarsi in modo vincolante a pagare. Tale norma, quindi, impedisce l'esclusione dalla gara dell'impresa partecipante che, in maniera vincolante, si è obbligata a pagare il debito tributario anche, eventualmente, articolando una domanda di rateizzazione del debito stesso. Anche questa soluzione normativa rispecchia l'inclinazione del legislatore a valorizzare il principio del *favor participationis*, distinguendo, però, contestualmente, il piano della definizione agevolata del debito fiscale da quello della regolare partecipazione alla gara pubblica.

Il Consiglio di Stato ha trovato comunque il modo di agganciare la disciplina Italiana a quella europea seguendo un'interpretazione sistematica dell'art. 57 della Direttiva 2014/24/UE. Il termine entro il quale l'operatore economico può regolarizzare la propria posizione dovrebbe desumersi da quanto disposto dall'art. 57, paragrafo 3, comma 2 della Direttiva: *«Gli Stati membri possono prevedere una deroga alle esclusioni obbligatorie di cui al paragrafo 2 nei casi in cui un'esclusione sarebbe chiaramente sproporzionata, in particolare qualora non siano stati pagati solo piccoli importi di imposte o contributi previdenziali o qualora l'operatore economico sia stato informato dell'importo preciso dovuto a seguito della sua violazione degli obblighi relativi al pagamento di imposte o di contributi previdenziali in un momento in cui non aveva la possibilità di prendere provvedimenti in merito, come previsto al paragrafo 2, terzo comma, prima della scadenza del termine per richiedere la partecipazione ovvero, in procedure aperte, del termine per la presentazione dell'offerta»*.

Detta ultima disposizione confermerebbe il principio per cui deve essere escluso dalla gara il soggetto che avrebbe potuto regolarizzare la propria posizione fiscale o contributiva prima della scadenza del termine di presentazione delle offerte. Essa consente anche di interpretare correttamente l'esimente di cui al paragrafo 2, nel senso che la

regolarizzazione del debito fiscale non può essere effettuata in corso di gara (cfr. Cons. Stato, V, n. 4039/2018).

In effetti, l'orientamento giurisprudenziale più rigoroso – anch'esso fondato sui principi di diritto espressi dall'Adunanza Plenaria del Consiglio Stato n. 8 del 2015 – ritiene che il possesso dei requisiti di partecipazione alle procedure relative ad appalti pubblici debba essere garantito dai concorrenti non solo alla data di presentazione della domanda di partecipazione alla gara, ma anche al momento dell'aggiudicazione e della stipulazione del contratto nonché, successivamente, per tutto il periodo dell'esecuzione dello stesso, senza soluzione di continuità (da ultimo T.A.R. Lazio Roma sent. n. 2547 del 25 febbraio 2019). In sostanza, l'operatore economico dovrebbe essere escluso dalla gara anche qualora fosse in possesso di documenti attestanti la regolarità fiscale e contributiva al momento della presentazione della domanda, laddove emerga una situazione di irregolarità nel corso della procedura e, addirittura, pur se sia ancora in tempo per provvedere alla regolarizzazione e vi provveda tempestivamente ai sensi del D.M. 30 gennaio 2015.

Questa lettura rigorosa si basa sul dettato normativo. L'ultimo inciso dell'art. 80, co. 4 consente infatti all'impresa che intenda partecipare alla gara di aderire all'invito alla regolarizzazione fino al momento di presentazione dell'offerta, potendo perciò autocertificare il possesso del requisito a tale momento anche qualora non abbia ancora pagato le somme dovute agli enti di previdenza ed assistenza, ma si sia formalmente impegnata al pagamento. Non vi è, invece, alcun dato letterale che consenta anche l'adempimento tardivo o l'impegno all'adempimento tardivo, qualora l'invito alla regolarizzazione intervenga nel corso della procedura. Non solo, l'art. 80, co. 6 puntualizza che *“Le stazioni appaltanti escludono un operatore economico in qualunque momento della procedura, qualora risulti che l'operatore economico si trova, a causa di atti compiuti o omessi prima o nel corso della procedura, in una delle situazioni di cui ai commi 1, 2, 4 e 5”*. Detta ultima disposizione non consentirebbe, comunque, di distinguere tra omissioni di pagamenti fiscali

e contributi precedenti o sopravvenuti all'inizio della procedura né consentirebbe di distinguere, ai fini dell'emissione del provvedimento di esclusione, i diversi momenti della procedura di gara, imponendo perciò l'esclusione anche dopo l'aggiudicazione e prima della stipula del contratto di appalto.

Pertanto, l'operatore economico che si trova nella situazione di cui al comma 4 dell'art. 80, d. lgs n. 50/2016 e non abbia pagato o non si sia impegnato a pagare prima della scadenza del termine per la presentazione delle domande, dovrebbe essere escluso ai sensi del comma 6, dello stesso art. 80.

Un altro e più recente filone giurisprudenziale, invero minoritario, ritiene, invece, che la procedura di affidamento debba essere suddivisa in tre fasi: la gara vera e propria (che si conclude con l'aggiudicazione definitiva), la fase tra l'adozione dell'aggiudicazione definitiva e la stipulazione del contratto, la fase tra la stipulazione del contratto e l'integrazione dell'efficacia del contratto stesso e che la procedura ad evidenza pubblica si concluda con l'aggiudicazione definitiva mediante la quale viene selezionato l'affidatario. Solo sino a questa fase troverebbe applicazione l'art. 80 del D.Lgs. n. 50 del 2016, che consente ed impone alla stazione appaltante di escludere le imprese partecipanti in presenza dei presupposti indicati dall'articolo stesso. Solo entro questa fase, pertanto, la stazione appaltante potrebbe adottare un provvedimento di esclusione dimostrando semplicemente che al momento della presentazione della domanda di partecipazione o nel corso della gara si è verificata una situazione di irregolarità prevista dall'art. 80⁷.

Dopo l'aggiudicazione, l'art. 80 del d.lgs. n. 50 del 2016 non sarebbe più applicabile perché, ai sensi dell'art. 32, comma 8, del d.lgs. n. 50 del 2016, una volta divenuta efficace l'aggiudicazione, permane in capo all'amministrazione solo il potere di autotutela che, per essere legittimamente esercitato, dovrebbe trovare la sussistenza degli stringenti presupposti indicati negli articoli 21-*quinquies* e 21-*nonies*, della L. n. 241

⁷ In tal senso, T.A.R. Valle D'Aosta, sent. n. 36/2018.

del 1990, ossia: (i) sopravvenuti motivi di pubblico interesse; (ii) un mutamento della situazione di fatto non prevedibile al momento dell'adozione del provvedimento; (iii) una nuova valutazione dell'interesse pubblico originario.

In effetti, in linea con il precedente art. 11, comma 9 del d.lgs. n. 163/2006, l'art. 32, comma 6, d. lgs n. 50/2016 dispone che l'aggiudicazione non equivale ad accettazione dell'offerta, aggiungendo, al successivo comma 8, che *«divenuta efficace l'aggiudicazione, e fatto salvo l'esercizio dei poteri di autotutela nei casi consentiti dalle norme vigenti, la stipulazione del contratto di appalto o di concessione ha luogo entro i successivi sessanta giorni, salvo diverso termine previsto nel bando o nell'invito ad offrire, ovvero l'ipotesi di differimento espressamente concordata con l'aggiudicatario»*. Il legislatore, in sostanza, ha inteso confermare la distinzione – nell'ambito del complessivo procedimento di affidamento dell'appalto, che ha origine con la determina a contrarre – fra fase di scelta del contraente e fase di stipulazione del contratto.

Nondimeno, il Consiglio di Stato mantiene fermi i principi già enunciati nell'Adunanza Plenaria n. 8 del 20 luglio 2015: i requisiti di qualificazione nelle gare pubbliche devono essere posseduti dai concorrenti, senza soluzione di continuità, all'atto della presentazione dell'offerta, per tutta la durata della procedura fino alla stipula del contratto, nonché per tutto il periodo dell'esecuzione dello stesso. E ciò a conferma dell'interesse dell'amministrazione di non contrarre obbligazioni con soggetti che non garantiscano il possesso dei requisiti di qualificazione e l'adeguata moralità professionale.

Avv. Giovanni Pesce

Avv. Marta Pirocchi