



DELIBERA N. 157

24 febbraio 2021

Oggetto

Istanza congiunta di parere per la soluzione delle controversie *ex* articolo 211, comma 1, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 presentata da Presidenza del Consiglio dei Ministri, SIPAL S.p.A. e SELTA S.p.A. in Amministrazione Straordinaria - RDO su MEPA per la fornitura di apparati hardware con omologazione Tempest con servizio di garanzia per la durata di tre anni – Criterio di aggiudicazione: minor prezzo – Importo a base di gara: euro 40.000,00 - S.A.: Presidenza del Consiglio dei Ministri

PREC 30/2021/F

Riferimenti normativi

Art. 80, d.lgs. n. 50/2016

Art. 110, d.lgs. n. 50/2016

Artt. 1, 18, 48 e 56, d.lgs. n. 270/1999

Parole chiave

Appalto di forniture – Operatore economico in amministrazione straordinaria – Cause di esclusione - Irregolarità tributaria – Ammissione al passivo del debito fiscale

Massime

Operatore economico in Amministrazione Straordinaria

Nel caso di impresa in amministrazione straordinaria partecipante a procedura di gara, l'ammissione al passivo del debito fiscale e il previsto pagamento secondo la procedura concorsuale, tenuto conto del programma di recupero, integra la fattispecie di cui all'art. 80, comma 4, d.lgs. n. 50/2016 secondo cui la causa di esclusione determinata dall'irregolarità tributaria non opera se l'operatore economico si sia impegnato in modo vincolante a pagare il debito.

Art. 80, comma 4, d.lgs. n. 50/2016

Art. 1 e ss., d.lgs. n. 270/1999

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 24 febbraio 2021

DELIBERA

VISTA l'istanza di precontenzioso congiunta presentata dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri – Dipartimento per i servizi strumentali e dalle società Sipal S.p.A. e Selta S.p.A. in amministrazione straordinaria, acquisita al prot. n. 4896 del 20/01/2021, nell'ambito della procedura di gara in oggetto e concernente la legittimità del provvedimento di revoca dell'aggiudicazione ed esclusione dalla procedura di Selta S.p.A. in Amministrazione straordinaria, adottato in data 12/11/2020 in ragione della verifica a carico della società di carichi tributari non dichiarati, derivanti da obbligazioni fiscali non adempiute, sorte in periodi di imposta precedenti all'apertura della procedura di amministrazione straordinaria e alla gara stessa;

VISTO che, con la richiesta di parere, gli istanti domandano all'Autorità di valutare se l'insinuazione al passivo delle posizioni debitorie della società in amministrazione straordinaria, in quanto antecedente alla procedura di gara in oggetto, possa far venir meno l'irregolarità fiscale che ne ha determinato l'esclusione; quindi, se sia corretto procedere all'annullamento in autotutela del provvedimento di esclusione e alla conseguente aggiudicazione della fornitura alla società in amministrazione straordinaria piuttosto che procedere con l'aggiudicazione in favore della società classificatasi seconda in graduatoria;

VISTO l'avvio del procedimento comunicato alle parti interessate con nota prot. n. 5930 del 25/01/2021;

VISTE le memorie e i documenti trasmessi in atti dalle parti interessate;

CONSIDERATO che con provvedimento del 23/10/2020, la gara era aggiudicata a Selta S.p.A. che aveva presentato un'offerta economica pari a euro 21.826,86, mentre la società seconda in graduatoria presentava un'offerta economica pari a euro 27.085,50;

CONSIDERATO che, in vista della sottoscrizione del contratto, l'amministrazione accertava a carico dell'aggiudicataria, attraverso l'acquisizione di certificato dell'Agenzia delle Entrate, la sussistenza di debiti fiscali non dichiarati in sede di presentazione dell'offerta così da evincere l'assenza del requisito della regolarità fiscale; in ragione dell'irregolarità fiscale accertata, in data 12/11/2020, l'amministrazione adottava un provvedimento di revoca dell'aggiudicazione e di esclusione dalla gara cui seguiva la proposta di aggiudicazione del RUP in favore della società seconda in graduatoria;

CONSIDERATO che, con il provvedimento di esclusione del 12/11/2020, richiamati gli esiti della verifica compiuta tramite richiesta all'Agenzia dell'Entrate concernenti i debiti tributari riscontrati e non dichiarati nel DGUE presentato in gara dalla società, l'amministrazione aggiudicatrice ha motivato la decisione assunta indicando che «a fronte di un'attestazione negativa di regolarità fiscale rilasciata dall'Agenzia delle Entrate nei confronti di un'impresa partecipante alla gara, la stazione appaltante è vincolata a disporre l'esclusione, a nulla valendo la sussistenza di un'Amministrazione straordinaria in corso, che, sebbene garantisca la prosecuzione dell'attività imprenditoriale pur in presenza di una situazione di forte esposizione debitoria, non è tale da poter consentire la prosecuzione dell'attività nel caso in cui la suddetta esposizione debitoria sussista nei confronti dell'Agenzia delle Entrate, pena la violazione dell'art. 80, comma 4 (stante l'irregolarità fiscale ammontante a circa ...)»;

CONSIDERATO che la comunicazione dell'Agenzia delle Entrate che ha riscontrato l'irregolarità tributaria della società in amministrazione straordinaria concerne l'esistenza di carichi pendenti definitivamente accertati relativi a due cartelle di pagamento emesse a seguito di liquidazione di imposte di competenza degli esercizi 2014 e 2017, che derivano da obbligazioni tributarie non adempiute e risalenti a un periodo antecedente sia l'apertura della procedura concorsuale sia la presentazione dell'offerta nella gara in oggetto;



CONSIDERATO che, nella corrispondenza intercorsa con l'amministrazione aggiudicatrice, la società in amministrazione straordinaria sostiene che le obbligazioni tributarie, in quanto sorte in periodi di imposta antecedenti l'apertura della procedura di amministrazione straordinaria dichiarata con decreto del Tribunale di Milano in data 12/06/2019, non dovrebbero rilevare ai fini dell'accertamento del requisito morale nel periodo successivo visto che l'amministrazione straordinaria è funzionale alla salvaguardia del complesso aziendale e i debiti tributari sono stati ammessi al passivo secondo le norme della procedura prima della presentazione della domanda di partecipazione alla procedura di gara in oggetto; la società richiama l'art. 110, commi 1 e 2, d.lgs. n. 50/2016 che prevede deroghe alla causa di esclusione prevista dall'art. 80, comma 5, lett. b), d.lgs. n. 50/2016, il DM n. 22 del 29/07/2008 e l'art. 48-bis, d.P.R. n. 602/1973 in tema di rilascio di DURC;

CONSIDERATO che l'art. 80, comma 4, d.lgs. n. 50/2016 prevede l'esclusione dalla gara dell'operatore economico che ha commesso violazioni gravi, definitivamente accertate, rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse, stabilendo altresì che la causa di esclusione non operi ove egli abbia «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»;

CONSIDERATO che, ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. b), d.lgs. n. 50/2016, le stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione alle gare l'operatore economico che «sia stato sottoposto a fallimento o si trovi in stato di liquidazione coatta o di concordato preventivo o sia in corso nei suoi confronti un procedimento per la dichiarazione di una di tali situazioni, fermo restando quanto previsto dall'articolo 110 del presente codice e dall'articolo 186-bis del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267»;

CONSIDERATO che l'art. 110, commi 3, 4 e 5, d.lgs. n. 50/2016 prescrive: «Il curatore della procedura di fallimento, autorizzato all'esercizio provvisorio dell'impresa, può eseguire i contratti già stipulati dall'impresa fallita con l'autorizzazione del giudice delegato. Alle imprese che hanno depositato la domanda di cui all'articolo 161, anche ai sensi del sesto comma, del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, si applica l'articolo 186-bis del predetto regio decreto. Per la partecipazione alle procedure di affidamento di contratti pubblici tra il momento del deposito della domanda di cui al primo periodo ed il momento del deposito del decreto previsto dall'articolo 163 del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267 è sempre necessario l'avvalimento dei requisiti di un altro soggetto. L'impresa ammessa al concordato preventivo non necessita di avvalimento di requisiti di altro soggetto; inoltre, l'art. 186-bis, r.d. n. 267/1942 concernente il concordato con continuità aziendale prescrive che, fermo quanto previsto nell'articolo 169-bis e alle condizioni indicate nell'articolo, «i contratti in corso di esecuzione alla data di deposito del ricorso, anche stipulati con pubbliche amministrazioni, non si risolvono per effetto dell'apertura della procedura»; inoltre, sempre alle condizioni di legge, è ammessa la partecipazione a procedure di affidamento di contratti pubblici che «deve essere autorizzata dal tribunale, e, dopo il decreto di apertura, dal giudice delegato, acquisito il parere del commissario giudiziale ove già nominato»;

RITENUTO che le sopra richiamate norme, che dispongono deroghe all'art. 80, comma 5, lett. b), d.lgs. n. 50/2016, non trovino applicazione alla procedura di amministrazione straordinaria, essendo specificamente riferite alle procedure concorsuali di fallimento e di concordato preventivo; inoltre, non appare conferente nemmeno il richiamo all'art. 48-bis, d.P.R. n. 602/1973 relativo alla disciplina dei pagamenti delle pubbliche amministrazioni né può estendersi analogicamente all'irregolarità tributaria l'art. 3, comma 2, lett. b), DM 30/01/2015 che concerne il rilascio del DURC in caso di sospensione *ex lege* dei pagamenti; tali norme evidenziano la scelta del legislatore di tutelare l'esercizio provvisorio dell'attività o la sua continuazione in casi e a condizioni determinate, derogando all'applicazione della causa di esclusione prevista dall'art. 80, comma 5, lett. b), d.lgs. n. 50/2016 e nonostante la pendenza della procedura concorsuale presupponga molto probabilmente la pendenza anche di debiti contributivi e fiscali;

CONSIDERATO che l'amministrazione straordinaria costituisce una procedura concorsuale che non determina l'esclusione dalla gara non rientrando tra le procedure indicate all'art. 80, comma 5, lett. b), d.lgs. n. 50/2016, perseguendo «finalità conservative del patrimonio produttivo, mediante prosecuzione, riattivazione o riconversione delle attività imprenditoriali» (art. 1, d.lgs. n. 270/1999) e rispondendo a una pluralità di interessi, quali l'interesse al recupero dell'equilibrio economico delle attività imprenditoriali, alla tutela dell'occupazione nonché alla soddisfazione dei diritti di credito; inoltre, per quanto concerne le posizioni debitorie, l'art. 18, comma 2, d.lgs. n. 270/1999 prevede che «sono inefficaci rispetto ai creditori i pagamenti di debiti anteriori alla dichiarazione dello stato di insolvenza eseguiti dall'imprenditore dopo la dichiarazione stessa senza l'autorizzazione del giudice delegato»; l'art. 48, d.lgs. n. 270/1999 indica che «Sui beni dei soggetti ammessi alla procedura di amministrazione straordinaria non possono essere iniziate o proseguite azioni esecutive individuali, anche speciali»; quindi, l'art. 53, d.lgs. n. 270/1999 disciplina l'accertamento del passivo con sottoposizione dei debiti dell'impresa alla procedura, mentre gli artt. 54 e ss., d.lgs. n. 270/1999 disciplinano la predisposizione e l'autorizzazione del programma di recupero, stabilendo, in particolare, all'art. 56, comma 3, che nel caso di adozione dell'indirizzo della ristrutturazione dell'impresa «il programma deve indicare, in aggiunta a quanto stabilito nel comma 1, le eventuali previsioni di ricapitalizzazione dell'impresa e di mutamento degli assetti imprenditoriali, nonché i tempi e le modalità di soddisfazione dei creditori, anche sulla base di piani di modifica convenzionale delle scadenze dei debiti o di definizione mediante concordato»;

RITENUTO che, alla luce della normativa esaminata, rispetto alle imprese in amministrazione straordinaria, può confermarsi l'orientamento espresso dal Consiglio di Stato nella sentenza n. 4241/2001 secondo cui, per tali imprese, «*si rende necessario il coordinamento delle disposizioni concernenti, in via generale, la partecipazione alle gare predette con quelle relative allo status delle imprese in a.s.*», con possibilità di deroghe alla normativa sui requisiti di partecipazione; come indicato dal Consiglio di Stato, la sussistenza di una situazione debitoria in materia fiscale e previdenziale non è di ostacolo alla partecipazione alla gara purché sia stata «*osservata la procedura prescritta per le imprese in amministrazione straordinaria ai fini della rilevazione dei debiti in questione, del loro inserimento nello stato passivo e del relativo pagamento, non appena possibile, in prededuzione*»;

RITENUTO, pertanto, che l'apertura della procedura concorsuale e l'ammissione al passivo dei debiti fiscali in periodo antecedente la presentazione della domanda di partecipazione alla gara insieme al previsto pagamento degli stessi nell'ambito del programma di cui agli artt. 54 e ss., d.lgs. n. 270/1999, siano circostanze idonee ad integrare la deroga di cui all'art. 80, comma 4, d.lgs. n. 50/2016 che esclude l'applicazione della causa di esclusione relativa alla irregolarità fiscale nell'ipotesi in cui l'operatore economico abbia «ottemperato ... impegnandosi in modo vincolante a pagare le imposte dovute»;

RITENUTO che ogni definitiva decisione in ordine all'aggiudicazione della gara resti nella competenza dell'amministrazione istante;

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che il provvedimento di esclusione non sia conforme alla normativa di settore, tenuto conto dell'ammissione al passivo dei debiti fiscali e del previsto pagamento degli stessi nell'ambito del programma di recupero.

Il Presidente
Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la Segreteria del Consiglio il 3 marzo 2021
Per il Segretario Maria Esposito
Rosetta Greco

Atto firmato digitalmente