

DELIBERA N. 215

9 marzo 2021.

Oggetto

Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1, del d.lgs. 50/2016 presentata da Solemare Società Cooperativa Sociale – Procedura negoziata ex art. 36, comma 2, lett. b) del D.Lgs. n. 50/2016- R.d.o. sul MEPA – per l’affidamento dei servizi cimiteriali e apertura parchi anni 2021 – 2022 – 2023 - Importo a base di gara: Euro 171.348,38 - S.A.: Comune di Ponte San Nicolò (PD).

PREC 26/2021/S

Riferimenti normativi

Art. 80, comma 4, del D.Lgs. n. 50/2016.

Parole chiave

Violazioni fiscali non definitivamente accertate.

Massima

Motivi di esclusione – Regolarità fiscale – Violazioni non definitivamente accertate - Modifica introdotta dal D.L. Semplificazione n. 76/2020 – Mancato richiamo nella *lex specialis* di gara – Applicabilità.

Con la modifica all’art. 80, comma 4, del Codice apportata dall’art. 8, comma 5, lettera b), della L. 11 settembre 2020 (di conversione, con modificazioni, del Decreto-Legge 16 luglio 2020, n. 76 recante “*Misure urgenti per la semplificazione e l’innovazione digitale*”, cd. Decreto Semplificazione) è stato superato il pregresso principio secondo cui, in mancanza di un accertamento di carattere definitivo, non era possibile, per la stazione appaltante, escludere il concorrente dalla gara. Tale causa di esclusione si applica alle procedure di gara i cui bandi sono stati pubblicati o i cui inviti sono stati trasmessi dopo l’entrata in vigore del Decreto-legge, a prescindere da un esplicito richiamo della nuova disposizione nella *lex specialis* di gara, trattandosi di una normativa di carattere cogente ed imperativo.



Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 9 marzo 2021

DELIBERA

VISTA l'istanza acquisita al prot. gen. ANAC n. 1142 dell'8 gennaio 2021, con la quale la Società Cooperativa Sociale Solemare ha contestato il provvedimento di esclusione dalla procedura di gara in oggetto disposto dalla stazione appaltante ai sensi dell'art. 80, comma 4, del Codice, a fronte della riscontrata sussistenza di violazioni fiscali non definitivamente accertate a proprio carico per complessivi € 149.107,31;

RILEVATO che la Cooperativa istante deduce che dal certificato rilasciato dall'Agenzia delle Entrate in data 23.11.2020 risulta una situazione di regolarità fiscale ai fini della partecipazione alla gara e che le pendenze fiscali segnalate dall'Agenzia delle Entrate alla SA si riferiscono a semplici avvisi bonari (non definitivi per definizione) emessi prima del termine di scadenza delle offerte, mentre la successiva notifica delle relative cartelle esattoriali risulta tutt'oggi sospesa a causa dell'emergenza sanitaria in corso. L'istante sottopone, in particolare, all'Autorità quattro quesiti:

- i)* se sia legittima l'esclusione per violazioni gravi, anche se non definitivamente accertate, rispetto agli obblighi relativi al pagamento di imposte e tasse, nell'ipotesi in cui la *lex specialis* di gara non preveda espressamente tale causa di esclusione;
- ii)* se vada disapplicato *in parte qua* l'art. 80, comma 4, del Codice, in quanto l'art. 38, par. 5, della direttiva 2014/23/UE e l'art. 57, par. 2, della direttiva 2014/24/UE non prevedono tale causa di esclusione;
- iii)* in subordine, viene chiesto di rimettere alla CGUE la questione pregiudiziale sul seguente quesito: *"se l'art. 38, par. 5, della direttiva n. 2014/23/UE e l'art. 57, par. 2, della direttiva n. 2014/24/UE vadano interpretati nel senso che non è consentito al legislatore nazionale di prevedere che le stazioni appaltanti possano escludere un concorrente anche a fronte di violazioni agli obblighi relativi al pagamento di imposte o contributi previdenziali non definitivamente accertati, ovvero se ciò non è stato stabilito da una decisione giudiziaria o amministrativa avente effetto definitivo e vincolante secondo la legislazione del paese dove è stabilito o dello Stato membro dell'amministrazione aggiudicatrice e quindi anche laddove un operatore economico sia regolare dal punto di vista fiscale/contributivo secondo la legislazione predetta"*;
- iv)* se sia legittimo l'invito (e la conseguente aggiudicazione) in favore della Società Cooperativa esecutore uscente del medesimo servizio, in violazione del principio di rotazione;

VISTO l'avvio dell'istruttoria comunicato con nota prot. n. 5045 del 21 gennaio 2021;

VISTA la documentazione in atti e le memorie presentate dalle parti, in particolare la memoria della stazione appaltante (acquisita al prot. n. 6248 del 25 gennaio 2021);

PREMESSO che, ai fini della risoluzione della questione controversa, è assorbente la disamina dei quesiti afferenti la legittimità dell'esclusione dalla gara dell'operatore istante, atteso che solo nel caso in questa non sia conforme alla normativa di settore, costui è legittimato a contestare l'aggiudicazione in favore di altro operatore; ciò in applicazione del consolidato indirizzo giurisprudenziale in base al quale l'impresa



definitivamente esclusa dalla gara (con provvedimento ormai inoppugnabile) non è legittimata a contestare la legittimità dell'aggiudicazione in favore di un terzo, a meno che non faccia valere un interesse strumentale alla ripetizione della procedura di affidamento (in tale sede non azionato; cfr. *ex multis* Cons. Stato, Ad. Plen. n. 9/2014);

CONSIDERATO che l'art. 80, comma 4, del Codice, nella formulazione vigente ed applicabile *ratione temporis* alla procedura in oggetto, dispone che: *"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. [...] Un operatore economico può essere escluso dalla partecipazione a una procedura d'appalto se la stazione appaltante è a conoscenza e può 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"*;

CONSIDERATO che, con l'art. 8, comma 5, lettera b), della L. 11 settembre 2020 (di conversione, con modificazioni, del Decreto-Legge 16 luglio 2020, n. 76 recante *"Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale"*, cd. Decreto Semplificazione) è stato superato il pregresso principio secondo cui, in mancanza di un accertamento di carattere definitivo, non era possibile, per la stazione appaltante, escludere il concorrente dalla gara. Il Decreto Semplificazione, al riguardo, ha modificato il comma 4 dell'art. 80 del Codice aggiungendo che *"un operatore economico può essere escluso dalla partecipazione a una procedura d'appalto se la stazione appaltante è a conoscenza e può 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"*;

CONSIDERATO altresì che tale modifica legislativa (come chiarito anche nella Relazione illustrativa del D.d.l. di conversione del D.L. n. 76/2020) si è resa necessaria per risolvere una delle contestazioni sollevate dalla Commissione europea, nei confronti dello Stato italiano, nella procedura di infrazione n. 2018/2273. Nella lettera di costituzione in mora del 24 gennaio 2019 era stato, infatti, contestato il contrasto tra l'art. 80 del D.Lgs. n. 50/2016 e l'art. 57, par. 2, della direttiva n. 2014/24/UE, laddove la normativa nazionale non consentiva alla stazione appaltante di potere escludere dalle procedure di gara un operatore per il quale la medesima stazione appaltante sia a conoscenza o sia in grado di dimostrare che lo stesso operatore non abbia ottemperato agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse o dei contributi previdenziali anche se non definitivamente accertati. Al fine di superare tale contestazione, già con l'art. 1 del D.L. n. 32/2019 (cd. Decreto Sblocca-cantieri) era stata introdotta una disposizione analoga a quella prevista dal D.L. Semplificazione, salvo poi essere stata espunta in sede di conversione in legge del decreto; il D.L. Semplificazione, invece, non solo ha riprodotto tale prescrizione,



ma, in ossequio al principio di proporzionalità, ha previsto che la stazione appaltante possa addivenire all'esclusione di un operatore solo nel caso in cui il mancato pagamento di imposte, tasse o contributi previdenziali costituisca una "grave" violazione (superiore, cioè, alla soglia di € 5.000,00);

CONSIDERATO, con riferimento al quesito *sub i)*, che ai fini dell'applicazione del disposto di cui all'art. 80, comma 4, del Codice (come modificato dal richiamato D.L. Semplificazione), è irrilevante che la novella legislativa sia espressamente richiamata nella *lex specialis* di gara e nel modulo recante "istanza di partecipazione" predisposto dalla SA. Costituisce, infatti, principio consolidato quello secondo cui i motivi di esclusione di cui all'art. 80 rappresentano una normativa di carattere cogente ed imperativo, applicabile anche ove non specificamente richiamata dalla stazione appaltante (TAR Puglia, Lecce, sez. II, 7 maggio 2019, n. 747; TAR Campania, Salerno, sez. I, 26 marzo 2019, n. 482). In questo caso si verifica un fenomeno di eterointegrazione del bando di gara, ammesso con riferimento alle norme cogenti, imperative e predeterminate nel contenuto, che la SA abbia ommesso di indicare espressamente e delle quali non potrebbe, per ciò solo, dedursi l'inefficacia in singole procedure (cfr. TAR Sicilia, Catania, sez. IV, 16 giugno 2017 n. 1454: "Il principio di eterointegrazione del bando di gara è configurabile esclusivamente in presenza di norme imperative recanti una rigida predeterminazione dell'elemento destinato a sostituirsi alla clausola difforme"; Cons. Stato, sez. III, 24 ottobre 2017 n. 4903: "L'istituto della eterointegrazione del bando di gara ha come necessario presupposto la sussistenza di una lacuna nella legge di gara e, solo nel caso in cui la stazione appaltante ometta di inserire nella disciplina di gara elementi previsti come obbligatori dall'ordinamento giuridico, soccorre il meccanismo di integrazione automatica in base alla normativa in materia");

RITENUTO, dunque, che il disposto di cui all'art. 80, comma 4, del Codice (come novellato dal D.L. Semplificazione) si applichi anche alla procedura in esame (ai sensi dell'art. 8, comma 6, del D.L. n. 76/2020), il cui avvio è stato effettuato in data 26 ottobre 2020 (dopo l'entrata in vigore del Decreto-legge), anche a prescindere dall'esplicito richiamo nella *lex specialis*,

RITENUTO che anche il quesito *sub ii)* (con cui viene chiesto di disapplicare l'art. 80, comma 4, quinto periodo del Codice) non meriti accoglimento. Come già evidenziato, la previsione della facoltà della stazione appaltante di escludere un operatore anche in presenza di violazioni fiscali o contributive "non definitivamente accertate" è stata introdotta dal legislatore proprio per risolvere una delle contestazioni sollevate dalla Commissione europea nella procedura di infrazione n. 2018/2273, in quanto la pregressa formulazione dell'art. 80, comma 4, del Codice (che non contemplava tale motivo di esclusione) è stata ritenuta non conforme all'art. 57, par. 2, della direttiva 2014/24/UE secondo cui "le amministrazioni aggiudicatrici possono escludere o possono essere obbligate dagli Stati membri a escludere dalla partecipazione a una procedura d'appalto un operatore economico se l'amministrazione aggiudicatrice può dimostrare con qualunque mezzo adeguato che l'operatore economico non ha ottemperato agli obblighi relativi al pagamento di imposte o contributi previdenziali" (cfr. altresì il considerando 101 della citata direttiva: "[...] 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. [...] Nell'applicare motivi di esclusione facoltativi, le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero prestare particolare attenzione al principio di proporzionalità. Lievi irregolarità dovrebbero comportare l'esclusione di un operatore economico solo in circostanze eccezionali. Tuttavia, casi ripetuti di lievi irregolarità possono far nascere dubbi sull'affidabilità di un operatore economico che potrebbero giustificare l'esclusione");



RILEVATO, quanto al quesito *sub iii*), che ai sensi dell'art. 267 del TFUE la facoltà o l'obbligo (a seconda che si tratti di giudice di ultima istanza o meno) di rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia è attribuita solo agli organi giurisdizionali nazionali e che l'Autorità non rientra in tale nozione (cfr. ordinanza CGUE del 17 luglio 2014, C-427/13);

CONSIDERATO, da ultimo, che secondo la giurisprudenza del Consiglio di Stato anche da un avviso bonario di accertamento si può desumere la sussistenza di violazioni gravi e definitivamente accertate rispetto agli obblighi relativi al pagamento di imposte o tasse. È stato, in particolare, affermato che *"la circostanza che all'avviso di accertamento non impugnato non sia seguita una cartella di pagamento (e, prima ancora, che non vi sia stata iscrizione a ruolo delle somme dovute) non è d'impedimento a ritenere la violazione definitivamente accertata. Infatti la cartella di pagamento è il primo atto della fase di riscossione, che può essere contestata per vizi formali, ma senza che possa più discutersi dell'esistenza del debito tributario, che è iscritto a ruolo solo dopo la definitività degli stessi (cfr. Cons. Stato, V, 3 aprile 2018, n. 2049). Sicché – ai fini contrattuali per cui è causa - non ha rilevanza l'argomento dell'appellante di essere ancora per lui possibile impugnare la cartella esattoriale all'atto della notifica. Detto altrimenti e sempre con riguardo alla norma in esame, se la cartella di pagamento è mero strumento della riscossione che segue una notifica di un precedente avviso di accertamento (contenente una pregressa richiesta di pagamento di debito tributario), la definitività dell'accertamento decorre non già dalla notifica della cartella di pagamento, bensì da quella dell'avviso di accertamento (principio consolidato, cfr. Cons. Stato, V, 14 dicembre 2018, n. 7058; V, 12 febbraio 2018, n. 856)"* (Cons. Stato, sez. V, 14 aprile 2020, n. 2397);

RITENUTO che, *a fortiori*, dagli avvisi bonari di accertamento (la cui conoscenza è stata confermata dalla stessa Cooperativa istante), anche se non definitivi e non ancora seguiti dalla cartella di pagamento, la stazione appaltante abbia la facoltà di desumere la sussistenza, a carico dell'operatore, di violazioni fiscali gravi. Ciò anche considerato che, nel caso di specie (come argomentato dalla SA) gli inadempimenti della Cooperativa Solemare ammontano a complessivi € 149.107,31 (dunque sono "gravi"), sono reiterati nel tempo e non risulta un impegno dell'operatore al pagamento delle imposte dovute entro il termine di presentazione dell'offerta.

Il Consiglio

Ritiene, nei termini di cui in motivazione, con riferimento alla questione esaminata, che l'operato della stazione appaltante sia conforme alla normativa di settore.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 25 marzo 2021
Per il Segretario Maria Esposito
Rosetta Greco

Atto firmato digitalmente