



DELIBERA N. 587 del 28 luglio 2021

Oggetto

Istanza di parere congiunta per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 presentata da [OMISSIS] con adesione di [OMISSIS] S.r.l. – Procedura aperta per l'affidamento del servizio di vigilanza con radio allarme e pronto intervento negli edifici di competenza della [OMISSIS] Criterio di aggiudicazione: minor prezzo – Importo a base di gara: euro 99.780,00 – S.A.: [OMISSIS]

PREC 163/2021/S

Riferimenti normativi

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

Parole chiave

Violazioni fiscali non definitivamente accertate – Esclusione – Potere discrezionale della stazione appaltante

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 28 luglio 2021

DELIBERA

VISTA l'istanza prot. n. 48326 del 17/06/2021 con la quale la [OMISSIS]chiede all'Autorità se sia legittima l'esclusione dalla procedura di gara dell'unico operatore economico partecipante [OMISSIS] S.r.l. che ha dichiarato nel DGUE di avere, nei confronti dell'Agenzia delle Entrate, una serie di pendenze tributarie tenuto conto che l'operatore economico interessato sostiene che la causa di esclusione prevista dall'art. 80, comma 4, d.lgs. n. 50/2016 non si sarebbe perfezionata in quanto il debito tributario, sebbene accertato, non potrebbe ritenersi ancora inadempito in quanto la relativa violazione non sarebbe stata ancora notificata; in particolare, l'operatore economico, per alcune pendenze tributarie, avrebbe dichiarato di aver provveduto a concordare la dilazione di pagamento; per altre pendenze, invece, rispetto alle quali è richiesto il parere, l'operatore economico avrebbe dichiarato di non essere nelle condizioni di eseguire il pagamento in quanto le cartelle di pagamento non sarebbero state ancora notificate cosicché tali situazioni dovrebbero ritenersi di fatto inesistenti ai sensi della normativa sui contratti pubblici;

VISTO l'avvio del procedimento comunicato alle parti interessate con nota prot. n. 50473 del 25/06/2021;

VISTE le memorie delle parti e la documentazione trasmessa in atti;

VISTO l'art. 80, comma 4, d.lgs. n. 50/2016, come modificato dall'art. 8, comma 5, lett. b), d.l. n. 76/2020 conv. in l. n. 120/2020 che prescrive in tema di irregolarità fiscale quale causa di esclusione dalle procedure di gara: «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, verificate le dichiarazioni rese dall'operatore economico nel DGUE, l'amministrazione aggiudicatrice avviava un'istruttoria ai fini dell'esclusione del concorrente dalla procedura domandando osservazioni allo stesso e acquisendo documentazione dall'Agenzia delle Entrate in ordine alle pendenze alla data di scadenza del termine per la presentazione delle offerte e dalla Agenzia delle Riscossioni in ordine alla notifica delle cartelle esattoriali; l'Agenzia delle Riscossioni, in particolare, con nota prot. 11557/2021 precisava che i ruoli in argomento sarebbero stati notificati a conclusione dell'emergenza;

CONSIDERATO che, nella memoria trasmessa con nota prot. n. 51163 del 30/06/2021, l'operatore economico ha comunicato di voler aderire a quanto sarà stabilito dall'Autorità nel parere di precontenzioso richiesto evidenziando che le posizioni di cui al certificato dell'Agenzia delle Entrate del 02/04/2021 riguarderebbero violazioni non definitivamente accertate ai sensi dell'art. 80, comma 4, d.lgs. n. 50/2016; nella successiva memoria prot. n. 52915 del 07/07/2021, l'operatore economico evidenzia che rispetto a tre cartelle di pagamento, le stesse non sarebbero state notificate «in quanto con DL 18/2020, convertito in L 27/2020 e s.m. ed i. è stata sospesa la notifica dei ruoli a causa dell'emergenza sanitaria» con la conseguenza che la società, «in relazione alle richiamate posizioni, sospese ex lege, non aveva alcun onere giuridico, in difetto di notificazione dei ruoli, di procedere al loro pagamento, di accedere a forme di rateizzazione o di impegnarsi a pagare, fermo restando che, qualora li avesse ricevuti, si sarebbe attivata così come ha fatto per le restanti posizioni, e si sarebbe impegnata al loro pagamento, ove dovuto»;



CONSIDERATO che, come indicato nel parere di precontenzioso dell'ANAC adottato con Delibera n. 215 del 9 marzo 2021, la modifica dell'art. 80, comma 4, d.lgs. n. 50/2016 apportata dall'art. 8, comma 5, lett. b), d.l. n. 76/2020 conv. in l. n. 120/2020, ha determinato il superamento del pregresso principio secondo cui, in mancanza di un accertamento di carattere definitivo, non era possibile, per la stazione appaltante, escludere il concorrente dalla gara; la modifica apportata al comma 4 dell'art. 80 del Codice risponde alla volontà del legislatore di risolvere una contestazione sollevata dalla Commissione europea nella procedura di infrazione n. 2018/2273 con la previsione della possibilità per la stazione appaltante di escludere il concorrente anche in assenza di un accertamento di irregolarità fiscale definitivo ove dispone 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 che la norma richiamata attribuisce alla stazione appaltante un potere discrezionale in ordine all'esclusione dell'operatore economico di cui abbia riscontrato la violazione grave non definitivamente accertata;

RITENUTO che la previsione normativa sia applicabile alla procedura di gara in esame in quanto quest'ultima è stata indetta con bando pubblicato in data 19/03/2021, quindi successivamente all'entrata in vigore del decreto legge n. 76/2020 e della legge di conversione (la normativa di riferimento è attualmente sottoposta all'esame parlamentare e oggetto di possibili modifiche);

RITENUTO, pertanto, per i motivi sopra evidenziati, che la stazione appaltante possa esercitare il potere discrezionale di escludere l'operatore economico per riscontrate violazioni gravi ai sensi dell'art. 80, comma 4, risultanti dalle cartelle di pagamento non notificate e, quindi, non definitivamente accertate, come risultanti nelle note dell'Agenzia delle Entrate del 02/04/2021 e del 14/05/2021, fermo restando che la decisione assunta deve essere motivata in ordine alla rilevanza delle violazioni anche tenuto conto delle eccezioni sollevate dall'operatore economico;

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che rientri nella facoltà della stazione appaltante di adottare, motivandolo adeguatamente in ordine alla rilevanza dei debiti non definitivamente accertati, il provvedimento di esclusione per gravi violazioni ai sensi dell'art. 80, comma 4, d.lgs. n. 50/2016, anche se non definitivamente accertate.

Il Presidente
Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la Segreteria del Consiglio il 2 agosto 2021
Per il Segretario Maria Esposito
Rosetta Greco

Atto firmato digitalmente