

Oggetto

.....OMISSIS..... - gravi violazioni non definitivamente accertate agli obblighi relativi al pagamento di imposte e tasse - art. 95, comma 2, d.lgs. 36/2023 - richiesta di parere.

UPREC-CONS-0175-2025

FUNZ CONS 52/2025

In esito a quanto richiesto con nota pervenuta in data 29 agosto 2025 acquisita al prot. Aut. n. 117398, ai sensi del Regolamento sulla funzione consultiva del 17 giugno 2024, si comunica che il Consiglio dell'Autorità, nell'adunanza del 10 dicembre 2025, ha approvato le seguenti considerazioni.

Si rappresenta preliminarmente che esula dalla sfera di competenza di questa Autorità il rilascio di pareri preventivi in ordine ad atti e provvedimenti delle stazioni appaltanti, nonché alla stipula di contratti d'appalto o di concessione, fatto salvo l'esercizio dell'attività di vigilanza collaborativa in materia di contratti pubblici ai sensi del relativo Regolamento. Pertanto, il presente parere è volto a fornire un indirizzo generale sulla questione sollevata nell'istanza, esclusivamente sulla base degli elementi forniti nella stessa.

Con la nota sopra indicata e allegata memoria,OMISSIS..... comunica che nello svolgimento delle procedure di affidamento di contratti pubblici e con riguardo all'attività finalizzata alla verifica dei requisiti di ordine generale in capo agli operatori economici partecipanti (artt. 94 e 95 del d.lgs. n. 36/2023), la stessa riscontra numerose violazioni sussumibili all'interno della causa di esclusione non automatica delle gravi violazioni non definitivamente accertate agli obblighi relativi al pagamento di imposte e tasse. Osserva al riguardo che dal tenore della disposizione sembra derivare una discrezionalità in capo alla stazione appaltante nella valutazione del concetto di "gravità" della violazione, pertanto, è pregnante la necessità di individuare sicuri criteri per l'esercizio della predetta discrezionalità.

In relazione a quanto sopra, l'Amministrazione provinciale formula quindi i seguenti quesiti:

- (i) se, alla luce dell'art. 95, comma 2, del Codice, così come integrato dagli artt. 2, 3 e 4 dell'All. II.10 al D. Lgs n. 36/2023, sia corretto interpretare la causa di esclusione ivi prevista come sub-procedimento amministrativo vincolato, caratterizzato da discrezionalità tecnica nella valutazione della gravità della violazione il cui parametro di riferimento è di natura prettamente economica, funzionalizzato a verificarne, attraverso la citata gravità della violazione, l'affidabilità dell'operatore economico;
- (ii) se è conforme alle disposizioni richiamate, in ossequio al citato carattere economico della valutazione discrezionale sulla gravità della violazione, un criterio di valutazione che metta in rapporto le violazioni non definitivamente accertate sia al fatturato medio annuo maturato nei migliori tre anni degli ultimi cinque anni precedenti a quello di indizione della procedura, sia al valore del contratto da aggiudicare, con la conseguenza che qualora le violazioni superino, contestualmente, l'80% del valore del fatturato medio annuo descritto e del valore del contratto da

aggiudicare, le stesse possano considerarsi gravi, determinando quindi l'esclusione dell'operatore economico dalla procedura di gara.

Al fine di fornire riscontro sui quesiti posti, riferiti alle disposizioni dell'art. 95 (*cause di esclusione non automatica*), comma 2, del d.lgs. 36/2023 (e non anche alle disposizioni dell'art. 94, comma 6, del Codice, riferite alla causa di esclusione automatica per violazioni gravi, definitivamente accertate, degli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse o dei contributi previdenziali) nei termini meglio indicati nell'istanza di parere, sembra opportuno premettere che ai sensi dell'art. 10, comma 1, del Codice, «I contratti pubblici non sono affidati agli operatori economici nei confronti dei quali sia stata accertata la sussistenza di cause di esclusione espressamente definite dal codice». Ai sensi del successivo comma 2 «Le cause di esclusione di cui agli articoli 94 e 95 sono tassative e integrano di diritto i bandi e le lettere di invito; le clausole che prevedono cause ulteriori di esclusione sono nulle e si considerano non apposte».

La norma richiamata «cristallizza il principio della tassatività delle cause di esclusione, con un duplice risvolto. Da un lato, indica la preferenza per riordinare e codificare, allo stato, in questo testo legislativo tutti motivi di esclusione, in coerenza con i principi di qualità della regolazione e coerenza sistematica (...). Dall'altro lato, il comma comporta – stavolta con valenza precettiva e non programmatica – il divieto di introdurre cause di esclusione con fonte regolamentare o con la *lex specialis* del bando di gara. In tale comma si è ritenuto altresì di inserire, accanto al principio di tassatività, quello di eterointegrazione dei bandi e delle lettere di invito, alla luce delle riflessioni emerse nell'elaborazione giurisprudenziale. Detto principio è correlato a quello di tassatività; ove venga in rilievo, infatti, un precezzo previsto da una norma imperativa che impone un determinato onere ai partecipanti alla gara, la sua violazione non può che determinare l'esclusione, anche laddove il bando di gara abbia omesso di menzionare la necessità di produrre dichiarazioni o allegazioni "a pena di esclusione". È necessario, infatti, che i requisiti indicati e previsti dalle norme imperative siano osservati dal concorrente a prescindere da una espressa previsione contenuta nel bando di gara, poiché essi hanno la funzione fondamentale di soddisfare l'interesse pubblico a che le prestazioni siano rese da soggetti adeguatamente qualificati. Completano il comma in esame le previsioni a presidio del principio della tassatività delle cause di esclusione, imponendosi la nullità delle "clausole ulteriori" di esclusione che si pongano in contrasto con le cause previste dalla legge e con il connesso divieto per le stazioni appaltanti di introdurre cause di esclusioni ulteriori. Al riguardo, recependo l'orientamento espresso dall'Adunanza Plenaria (cfr. n. 22 del 2020), viene specificato che le clausole nulle "si considerano non apposte", in tal modo chiarendo che trattasi di una nullità parziale limitata alla clausola e che non si estende all'intero atto».

Il principio di tassatività delle cause di esclusione sancito dall'art. 10 del d.lgs. 36/2023 comporta quindi, da un lato la rigorosa applicazione della disciplina dettata dal Codice in materia, dall'altro il divieto di introdurre clausole espulsive con fonti diverse della legge, con la conseguenza che ulteriori clausole escludenti (rispetto a quelle stabilite dal d.lgs. 36/2023) previste dalla *lex specialis* devono considerarsi come non apposte.

Premesso quanto sopra, in ordine ai quesiti posti, si richiama l'art. 95, comma 2, del Codice, ai sensi del quale «La stazione appaltante esclude altresì un operatore economico qualora ritenga, sulla base di qualunque mezzo di prova adeguato, che lo stesso ha commesso gravi violazioni non definitivamente accertate agli obblighi relativi al pagamento di imposte e tasse o contributi previdenziali. Costituiscono gravi violazioni non definitivamente accertate in materia fiscale quelle indicate nell'Allegato II.10. La gravità va in ogni caso valutata anche tenendo conto del valore dell'appalto. 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 sanzioni, oppure 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 di presentazione dell'offerta, oppure nel caso in cui l'operatore economico abbia compensato il debito tributario con crediti certificati vantati nei confronti della pubblica amministrazione».

A sua volta, l'Allegato II.10 del Codice cui rinvia la norma richiamata, dispone all'art. 1, comma 2, che «in relazione agli articoli 94, comma 6 e 95, comma 2, si considera mezzo di prova, con riferimento ai contributi previdenziali e assistenziali, il documento unico di regolarità contributiva acquisito d'ufficio dalle stazioni appaltanti presso gli istituti previdenziali ai sensi della normativa vigente». Si specifica, inoltre, all'art. 2 che «Ai sensi e per gli effetti dell'articolo 95, comma 2, del codice, si considera violazione l'inottemperanza agli obblighi, relativi al pagamento di imposte e tasse derivanti dalla: a) notifica di atti impositivi, conseguenti ad attività di controllo degli uffici; b) notifica di atti impositivi, conseguenti ad attività di liquidazione degli uffici; c) notifica di cartelle di pagamento concernenti pretese tributarie, oggetto di comunicazioni di irregolarità emesse a seguito di controllo automatizzato o formale della dichiarazione, ai sensi degli articoli 36-bis e 36-ter del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 600 e dell'art. 54-bis del decreto del Presidente della Repubblica 26 ottobre 1972, n. 633».

Quanto alla c.d. "soglia di gravità", l'art. 3 dello stesso Allegato II.10 stabilisce che «Ai sensi e per gli effetti dell'art. 95, comma 2, del codice, la violazione si considera grave quando comporta l'inottemperanza a un obbligo di pagamento di imposte o tasse per un importo che, con esclusione di sanzioni e interessi, è pari o superiore al 10 per cento del valore dell'appalto. Per gli appalti suddivisi in lotti, la soglia di gravità è rapportata al valore del lotto o dei lotti per i quali l'operatore economico concorre. In caso di subappalto o di partecipazione in raggruppamenti temporanei o in consorzi, la soglia di gravità riferita al subappaltatore o al partecipante al raggruppamento o al consorzio è rapportata al valore della prestazione assunta dal singolo operatore economico. In ogni caso, l'importo della violazione non deve essere inferiore a 35.000 euro. Costituiscono gravi violazioni in materia contributiva e previdenziale quelle ostative al rilascio del DURC, di cui al decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali 30 gennaio 2015, ovvero delle certificazioni rilasciate dagli enti previdenziali di riferimento non aderenti al sistema dello sportello unico previdenziale».

Infine, il successivo art. 4 aggiunge che «Ai sensi e per gli effetti dell'articolo 95, comma 2, del codice, la violazione grave di cui all'articolo 3, comma 1, del presente allegato si considera non definitivamente accertata, e pertanto valutabile dalla stazione appaltante per l'esclusione dalla partecipazione alle procedure di affidamento di contratti pubblici, quando siano decorsi inutilmente i termini per adempiere all'obbligo di pagamento e l'atto impositivo o la cartella di pagamento siano stati tempestivamente impugnati (...)».

Tale ultima disposizione introduce, quindi, «un ineludibile criterio cronologico, prevedendo che la violazione si considera non definitivamente accertata ai fini dell'esclusione solo dopo la scadenza del termine decorrente dalla notificazione della cartella e sempreché quest'ultima risulti impugnata, condizione, quest'ultima, che segna la distinzione dai casi di esclusione automatica, allorché il contribuente non abbia invece proposto l'impugnazione» (TAR Campania n. 1641/2024).

Per la disciplina dell'esclusione si rinvia, inoltre, alle disposizioni dell'art. 96 del Codice.

Come chiarito dall'Autorità, «Ai sensi e per gli effetti dell'art. 95, comma 2 del Codice la "gravità" della violazione (non definitivamente accertata) agli obblighi relativi al pagamento di imposte e tasse o contributi previdenziali deve essere valutata sulla base delle condizioni dettate dall'art. 3 dell'Allegato II.10 del Codice, ossia quando la violazione è pari o superiore al 10 per cento del valore dell'appalto e purché tale l'importo non sia inferiore a 35.000 euro. La disposizione di cui

all'art. 95, comma 2, 3° periodo secondo cui «La gravità va in ogni caso valutata anche tenendo conto del valore dell'appalto» deve essere intesa quale clausola interpretativa che la Stazione appaltante deve utilizzare, all'interno dei due sopracitati parametri di riferimento predeterminati dal legislatore, ai fini della valutazione discrezionale circa l'esclusione o meno del concorrente che sia inciso nella violazione non immediatamente escludente» (Delibera n. 234/2024-UPREC-PRE-0105-2024-S-PREC-massima).

Più in dettaglio nella pronuncia citata è stato osservato che il chiaro disposto normativo contenuto nell'art. 3, comma 1, 4° periodo ("In ogni caso, l'importo della violazione non deve essere inferiore a 35.000 euro"), «costituisce una norma di chiusura dettata dalla evidente ratio di non prevedere sanzioni particolarmente gravi, come è certamente quella espulsiva, nel caso di violazioni di modesto valore economico e considerato che l'indicazione contenuta nell'art. 95, comma 2, 3° periodo, secondo cui la gravità deve essere comunque valutata tenendo conto del valore dell'appalto, deve essere intesa quale clausola interpretativa che la Stazione appaltante deve utilizzare all'interno dei due parametri di riferimento predeterminati dal legislatore, costituiti, da un lato, dalla "violazione superiore al 10% del valore dell'appalto" e, dall'altro, dalla soglia minima di "35.000,00 euro", ai fini della valutazione discrezionale circa l'esclusione o meno del concorrente che sia inciso nella violazione non immediatamente escludente». È stata evidenziata, inoltre, la ratio della norma «che stabilisce in modo inequivocabile che la effettiva gravità può essere oggetto di valutazione, per gli esiti della quale potrebbe assumere rilevanza determinante anche il rapporto tra il peso economico della violazione medesima e il valore complessivo dell'affidamento, unicamente nel caso in cui venga superata l'indicata soglia minima dei 35.000 euro».

Deriva da quanto sopra che a differenza del meccanismo automaticamente escludente fissato nell'art. 94, comma 6, del Codice (di natura vincolata e non soggetto a valutazione della stazione appaltante, in ordine all'incidenza delle violazioni riscontrate sull'affidabilità dell'operatore economico, nei termini indicati dall'Autorità nella Delibera n. 564/2024-UPREC/PRE/314/2024/S/PREC), nella fattispecie disciplinata dall'art. 95, comma 2, del Codice, trattandosi di causa di esclusione non automatica, è richiesto alla stessa SA un processo valutativo in ordine alla gravità della violazione degli obblighi relativi al pagamento di imposte e tasse o contributi previdenziali, sulla base dei parametri di riferimento predeterminati dal legislatore e in rapporto al valore dell'appalto.

In tal senso, del resto, depone il dato testuale dell'art. 95, comma 2, d.lgs. 36/2023, la cui formulazione è comunque chiara nell'individuare una fattispecie "non automatica" di esclusione, laddove stabilisce che la stazione appaltante esclude un operatore economico "qualora ritenga", sulla base di qualunque mezzo di prova adeguato, che lo stesso ha commesso gravi violazioni non definitivamente accertate agli obblighi relativi al pagamento di imposte e tasse o contributi previdenziali, con ciò richiedendo, con ogni evidenza, alla SA di valutare (e quindi motivare) in ordine alle ragioni che hanno condotto la stessa a ritenere inaffidabile l'operatore economico.

Come osservato in materia dal giudice amministrativo in materia, la disposizione dell'art. 95, comma 2, citata, «...in verità impone che "La gravità va in ogni caso valutata anche tenendo conto del valore dell'appalto" e che, comunque, essa "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". [...] l'art. 94 d.lgs. n. 36 del 2023 contempla le cause di esclusione automatiche, applicabili sulla base della mera constatazione, l'art. 95 d.lgs. n. 36 del 2023 prevede invece le cause di esclusione non automatiche, le quali ultime vanno accertate e ponderate, previa apposita istruttoria e puntuale contraddittorio con l'operatore economico interessato». Inoltre, sulla base dei principi del risultato, della fiducia, dell'accesso al mercato e di buona fede, di cui agli artt.

1, 2, 3 e 5 del d.lgs. 36/2023, è stato aggiunto che «L'operare congiunto di consimili principi impone di approfondire la verifica dei requisiti generali di partecipazione all'appalto – che sono previsti essenzialmente per assicurare la partecipazione prima e, soprattutto, l'affidamento poi del contratto di appalto soltanto in favore di operatori economici solidi e affidabili (e, nella specie, in regola nei rapporti obbligatori fiscali e previdenziali) – in modo sostanzialistico e non più in modo formalistico; ciò che importa è verificare la sostanziale posizione di affidabilità e di capacità dell'operatore economico a soddisfare i requisiti generali e specifici e la capacità operativa nel realizzare l'opera o i lavori, la fornitura, o il servizio, a seconda dei casi» (TAR Puglia, n. 975/2024).

Lo stesso giudice amministrativo, ancorché nel vigore dell'art. 80, comma 4 del d.lgs. 50/2016, ma con avviso utile anche in relazione alla disciplina in esame, ha osservato che «la rilevata sussistenza a carico dell'operatore economico di "violazioni non definitivamente accertate", pur se quantitativamente superiori alla soglia di gravità fissata dal legislatore ai fini della loro rilevanza escludente - rapportata al valore dell'appalto (siccome "pari o superiore al 10%" dello stesso) - non genera un effetto espulsivo automatico, ma subordinato ad una motivata valutazione espressa dalla stazione appaltante in ordine alla sua incidenza negativa sulla affidabilità del concorrente. La ratio sottesa alla causa escludente in discorso ha carattere composito, in quanto scaturente sia da una valutazione negativa di moralità del concorrente - il quale, essendosi reso inadempiente all'obbligo di puntuale e tempestivo pagamento delle imposte, ha violato uno dei fondamentali doveri di solidarietà economico-sociale che fanno capo ai cittadini - sia da una prognosi negativa quanto alla sua capacità di fare fronte agli oneri economici connessi alla esecuzione dell'appalto, tenuto conto, da un lato, dell'esposizione debitoria da cui è gravato nei confronti dell'Erario (il quale dispone di mezzi particolarmente penetranti al fine di conseguire il soddisfacimento delle sue pretese), dall'altro lato, della sua dimostrata inclinazione a non assolvere gli obblighi assunti (o, come per quelli di carattere fiscale, generatisi ex lege a suo carico)» (in tal senso Consiglio di Stato, sez. III, n.7219/2023; sul punto anche TAR Campania n. 2033/2024 che, nell'assimilare le cause di esclusione di cui all'art. 80, comma 4 d.lgs. 50/2016 e all'art. 95, comma 2 del d.lgs. 36/2023, afferma che «a fronte di violazioni non definitivamente accertate agli obblighi fiscali, la loro ricorrenza non comporta l'esclusione automatica del concorrente dalla gara, ma impone alla stazione appaltante di valutarne discrezionalmente l'incidenza sull'affidabilità dell'operatore economico...»).

Anche sulla base delle indicazioni provenienti dalla giurisprudenza in materia, quindi, in risposta ai quesiti sollevati nell'istanza in esame, va ribadito che ai sensi dell'art. 95, comma 2 e dell'Allegato II.10 del Codice, contemplante una causa non automatica di esclusione, è rimessa alla valutazione della stazione appaltante la gravità della violazione degli obblighi relativi al pagamento di imposte e tasse o contributi previdenziali da parte dell'operatore economico, sulla base dei parametri di riferimento indicati dal legislatore e tenendo conto del valore dell'appalto. Si tratta, quindi, di una valutazione discrezionale (come evidenziato nella pronuncia dell'Anac sopra richiamata e dalla giurisprudenza citata) e non di natura vincolata come nella fattispecie disciplinata dall'art. 94, comma 6, del d.lgs. 36/2023, volta a verificare la sostanziale posizione di affidabilità dell'operatore economico interessato in relazione al futuro rapporto negoziale.

Inoltre, anche alla luce del principio di tassatività delle clausole di esclusione fissato dall'art. 10 del Codice – dal quale discende altresì la necessità di procedere ad una attenta applicazione delle disposizioni dettate in materia dal d.lgs. 36/2023 - è sulla base dei parametri contenuti nelle disposizioni sopra menzionate, che la stazione appaltante è tenuta ad effettuare la valutazione in ordine alla gravità della violazione degli obblighi relativi al pagamento di imposte e tasse o contributi previdenziali e, quindi, di affidabilità del concorrente, senza possibilità di ricorrere ad ulteriori e

diversi parametri a tali fini (rispetto a quelli fissati dalle norme in esame), ad esempio riferiti al rapporto tra le violazioni non definitivamente accertate e il fatturato medio annuo maturato nei migliori tre anni degli ultimi cinque precedenti a quello di indizione della procedura del concorrente medesimo, nonché il valore del contratto da aggiudicare, nei termini indicati nell'istanza di parere.

Sulla base delle considerazioni espresse, si rimette dunque a codesta Amministrazione ogni valutazione in ordine agli atti ed ai provvedimenti da adottare nella fattispecie oggetto della richiesta di parere sulla base dell'indirizzo generale sopra illustrato.

Avv. Giuseppe Busia

Firmato digitalmente