

Nuovamente rimessa all'Adunanza Plenaria la questione dell'idoneità dell'istanza di rateizzazione ai fini della regolarità fiscale

di Anna Carella

Data di pubblicazione: 24-4-2013

Consiglio di Stato, Sez. V, ordinanza 15 aprile 2013, n. 2031

Presidente Pajno; Estensore Atzeni

Va rimessa all'esame dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato la questione se, per la sussistenza del requisito della regolarità fiscale di cui all'art. 38, comma 1, lett. g), del Codice dei contratti pubblici, sia sufficiente che entro il termine di presentazione dell'offerta sia stata presentata istanza di rateazione del debito tributario oppure occorra che il relativo procedimento si sia concluso con l'accoglimento dell'istanza del contribuente prima del termine per la presentazione della domanda di partecipazione alla gara di appalto.

REPUBBLICA ITALIANA

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

ORDINANZA DI RIMESSIONE ALL'ADUNANZA PLENARIA

sul ricorso in appello numero di registro generale 7640 del 2012, proposto da:

Teknoservice s.r.l. in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dagli avvocati Mario Sanino e Luigi Gili, con domicilio eletto presso l'avvocato Mario Sanino in Roma, viale Parioli n. 180;

contro

Consorzio intercomunale di servizi per l'ambiente - Cisa Ciriè, in persona del legale rappresentante rappresentato e difeso dagli avv. Antonio Finocchiaro ed Andrea Manzi, con domicilio eletto presso l'avvocato Andrea Manzi in Roma, via Confalonieri n. 5; Armellini s.r.l. in persona del legale rappresentante, non costituita in questo grado del giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo del Piemonte, Sezione I, n. 00635/2012, resa tra le parti, concernente revoca aggiudicazione del servizio raccolta e trasporto rifiuti solidi urbani nei comuni di Ciriè e San Francesco al Campo – risarcimento danni

Visti il ricorso in appello ed i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Consorzio intercomunale di servizi per l'ambiente - Cisa Ciriè;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 26 marzo 2013 il cons. Manfredo Atzeni e uditi per le parti gli avvocati Gili, Sanino e Manzi;

1. Con ricorso al Tribunale amministrativo del Piemonte, rubricato al n. 1026/11, Teknoservice s.r.l. impugnava la deliberazione n. 48 in data 14 luglio 2011 con la quale il Consiglio di Amministrazione del Consorzio intercomunale di servizi per l'ambiente - Cisa Ciriè aveva disposto la revoca della aggiudicazione provvisoria a Teknoservice s.r.l. del servizio di raccolta e trasporto rifiuti solidi urbani, assimilati, raccolta differenziata e nettezza urbana, la comunicazione alla Procura della Repubblica ed all'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici delle asserite irregolarità emerse durante le operazioni di verifica, l'escussione della

cauzione provvisoria per il tramite del responsabile del procedimento e l'aggiudicazione del predetto servizio ad Armellini s.r.l.

L'impugnazione era estesa a tutti gli atti presupposti, connessi e consequenziali, ivi compresi:

la nota prot. n. 2348, 20 luglio 2011, con cui CISA aveva comunicato la revoca dell'aggiudicazione provvisoria, la nota prot. n. 2537, 4 agosto 2011, con cui CISA aveva rigettato l'istanza di annullamento in autotutela della suddetta aggiudicazione, la nota prot. n. 2538, 4 agosto 2011, con cui CISA aveva dichiarato efficace l'aggiudicazione definitiva dell'appalto ad Armellini s.r.l., il bando e il capitolato speciale d'appalto.

Chiedeva inoltre la conseguente dichiarazione di inefficacia del contratto eventualmente stipulato e la condanna dell'Amministrazione a risarcire i danni.

La ricorrente riferiva di avere dichiarato, nella domanda di partecipazione, di avvalersi dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-professionale di Nuova Spurghi Jet s.r.l.

Quest'ultima ha reso, quale impresa ausiliaria, la dichiarazione circa la sussistenza dei requisiti generali di cui all'art. 38 del D. Lgs. 163/2006, dichiarando, tra l'altro, di non aver commesso violazioni, definitivamente accertate, rispetto agli obblighi relativi al pagamento di imposte e tasse.

All'esito della procedura di gara, la ricorrente si è collocata al secondo posto; poiché, però, la prima classificata è stata esclusa (con atto non impugnato), la gara le è stata aggiudicata in via provvisoria con provvedimento del 28 giugno 2011.

Il giorno successivo, tuttavia, la stazione appaltante le ha comunicato di avere avviato il procedimento di revoca dell'aggiudicazione provvisoria in quanto, in sede di verifica dei requisiti dichiarati ex art. 48 D. Lgs. 163/2006, si era accertato che la dichiarazione resa dall'impresa ausiliaria Nuova Spurghi Jet non era veritiera dal momento che, da informazioni assunte presso l'Agenzia delle Entrate, era risultata l'esistenza a carico della predetta società di debiti tributari definitivamente accertati e non ancora pagati.

In particolare, secondo la comunicazione dell'Agenzia delle Entrate del 27 giugno 2011, risultavano a quella data insolute le seguenti cartelle esattoriali:

- cartella n. 110 2010 00110054 64, notificata il 26 marzo 2010, per € 2.338,78;
- cartella n. 110 2010 001666698 71, notificata il 17 aprile 2010, per € 4.403,89;
- cartella n. 110 2011 00059463 48, notificata il 15 febbraio 2011, per € 57.378,00.

Nell'ambito del procedimento di revoca dell'aggiudicazione, Teknoservice ha presentato due memorie di controdeduzioni (il 4 novembre 2011 e il 07 novembre 2011) nelle quali ha fatto presente:

- che le prime due cartelle esattoriali erano già state oggetto di un accordo di rateazione con l'Amministrazione finanziaria intervenuto prima della pubblicazione del bando di gara e prima della dichiarazione ex art. 38 resa dall'impresa ausiliaria, la quale, allo stato, era in regola con il pagamento dei ratei:

- che la terza cartella era stata notificata all'impresa ausiliaria in corso di gara, dopo che l'impresa aveva presentato la dichiarazione ex art. 38 (la quale, pertanto, non poteva essere ritenuta non veritiera); la stessa cartella, inoltre, aveva formato oggetto di una richiesta di rateazione formulata dall'interessata in data 30 marzo 2011 e accolta da Equitalia in data 4 luglio 2011;

- ha sostenuto, quindi, di essere in regola dal punto di vista fiscale dal momento che la situazione debitoria oggetto delle prime due cartelle esattoriali era già stata regolarizzata prima della dichiarazione ex art. 38 (e prima dello stesso bando di gara), mentre la seconda, intervenuta in corso di gara dopo la presentazione della dichiarazione ex art. 38, era stata comunque regolarizzata dall'interessata, mediante accordo di rateazione, prima dell'aggiudicazione definitiva;

- ha evidenziato, in ogni caso, che l'impresa ausiliaria aveva presentato l'istanza di rateazione sin dal 30 marzo 2011 e che il ritardo nella concessione della dilazione di pagamento era interamente imputabile ad Equitalia, impossibilitata a provvedere in tempi più celeri perché impegnata a provvedere su un numero ingente di istanze analoghe.

Nondimeno, con provvedimento del consiglio di amministrazione n. 48 del 14 luglio 2011, CISA ha deliberato di revocare l'aggiudicazione provvisoria in favore di Teknoservice s.r.l., di comunicare le irregolarità riscontrate alla competente Procura della Repubblica e all'Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici, di escutere la cauzione provvisoria versata da Teknoservice e di aggiudicare definitivamente la gara alla società Armellini s.r.l., terza classificata.

Teknoservice ha impugnato quest'ultimo provvedimento e gli ulteriori atti sopra indicati e ne ha domandato l'annullamento sulla base di due motivi, con i quali viene lamentato, in sintesi:

1) che erroneamente la stazione appaltante l'ha ritenuta priva del requisito della regolarità fiscale di cui all'art. 38 comma 2 lett. g) del Codice dei Contratti, dal momento che:

- in relazione alle prime due cartelle esattoriali l'impresa ausiliaria aveva ottenuto dall'amministrazione finanziaria la rateazione dei relativi pagamenti già prima della pubblicazione del bando di gara ed era in regola con il versamento dei ratei convenuti al momento della presentazione della domanda di partecipazione alla gara;

- la terza cartella era stata notificata in corso di gara, dopo che l'impresa ausiliaria aveva reso la dichiarazione ex art. 38, e comunque anche detta cartella era stata oggetto di un accordo di rateazione richiesto sollecitamente dall'interessata e intervenuto prima dell'aggiudicazione definitiva;

2) che, in ogni caso, l'amministrazione aveva ommesso di valutare la gravità degli

inadempimenti, disattendendo principi giurisprudenziali già vigenti prima della modifica dell'art. 38 comma 1 lett. g) da parte del d.l. 13 maggio 2011, n. 70.

La ricorrente ha chiesto, quindi, l'annullamento degli atti impugnati, la declaratoria di inefficacia del contratto medio tempore eventualmente stipulato e il risarcimento dei danni.

Con la sentenza in epigrafe, n. 635 in data 1 giugno 2012, il Tribunale amministrativo del Piemonte, Sezione I, dava atto della fondatezza delle argomentazioni svolte in relazione alle prime due cartelle ma respingeva comunque il ricorso ritenendo infondate le argomentazioni proposte in relazione alla problematica relativa alla terza cartella.

2. Avverso la predetta sentenza Teknoservice s.r.l. propone il ricorso in appello in epigrafe, rubricato al n. 7640/12, contestando gli argomenti che ne costituiscono il presupposto e chiedendo la sua riforma e l'accoglimento del ricorso di primo grado.

Si è costituito il Consorzio intercomunale di servizi per l'ambiente - Cisa Ciriè chiedendo il rigetto dell'appello.

Le parti hanno scambiato memorie.

La causa è stata assunta in decisione alla pubblica udienza del 26 marzo 2013.

3. Come risulta dalla esposizione di cui al punto 1 che precede l'odierna appellante è stata esclusa dalla gara d'appalto di cui si tratta, nella quale in un primo momento era stata dichiarata aggiudicataria provvisoria, per mancanza del requisito della regolarità fiscale di cui all'art. 38, primo comma lett. g), del d. lgs. 12 aprile 2006, n. 163, in capo all'impresa ausiliaria, di cui si è avvalsa per dimostrare il possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-professionale, in relazione a tre cartelle esattoriali.

L'appellante afferma l'inesistenza dell'inadempimento tributario laddove il contribuente sia stato ammesso al pagamento rateale, come è avvenuto nel caso di specie in relazione alle prime due cartelle.

Inoltre, la terza cartella è stata notificata all'ausiliaria dopo la presentazione della relativa dichiarazione, per cui questa è veridica.

Il primo giudice ha impostato il proprio ragionamento sul presupposto secondo il quale l'ammissione a rateazione fa venir meno lo stato di irregolarità fiscale, peraltro rilevando che questa è intervenuta solo per le prime due cartelle, riguardo alle quali l'Amministrazione finanziaria aveva già accolto l'istanza relativa.

Quanto alla terza cartella, quella di importo più elevato, il primo giudice ha osservato che l'istanza di rateazione è stata accolta solo dopo l'aggiudicazione provvisoria, per cui alla scadenza del termine per la presentazione delle domande di partecipazione l'appellante, ovvero la sua ausiliaria, era in situazione di irregolarità tributaria.

L'appellante contesta tale impostazione, affermando che il tardivo accoglimento dell'istanza è stato provocato dal fatto dell'Amministrazione, per cui la tempestiva presentazione dell'istanza comporta la regolarizzazione della sua posizione.

Osserva il Collegio che nel primo grado del giudizio è stata superata ogni questione relativa all'idoneità del mancato pagamento delle prime due cartelle a sostenere il giudizio di irregolarità fiscale.

La controversia, nel presente grado, riguarda quindi esclusivamente la terza cartella, riguardo alla quale si pongono le seguenti questioni:

- in che limiti debba essere ritenuto in regola con gli obblighi tributari, in relazione all'applicazione dell'art. 38, primo comma lett. g), del d. lgs. 12 aprile 2006, n. 163, il contribuente ammesso alla rateazione del proprio debito;
- se la mera presentazione dell'istanza di rateazione sia sufficiente ad affermare la regolarità tributaria ovvero se occorra, a tal fine il suo accoglimento da parte dell'Amministrazione finanziaria;
- in che limiti la violazione tributaria debba essere qualificata grave, per i fini che ora interessano.

Quanto al terzo profilo, esso appare manifestamente irrilevante nel caso che ora occupa.

Invero, il debito di cui si tratta ammonta ad € 57.378,00, per cui non può certo essere ritenuto di modesto rilievo.

Sotto il secondo profilo, la successione dei fatti è stata la seguente:

- l'ausiliaria dell'appellante ha dichiarato la propria regolarità fiscale;
- successivamente ha ricevuto la notifica della cartella di cui si è detto;
- ancora successivamente ha presentato istanza di rateazione;
- l'appellante è stata dichiarata aggiudicataria provvisoria; avendo la stazione appaltante ottenuto dall'Amministrazione finanziaria certificazione di irregolarità fiscale dell'ausiliaria, l'aggiudicazione provvisoria è stata annullata ed il contratto è stato aggiudicato ad altra impresa, anch'essa chiamata in causa nel presente giudizio ma rimasta contumace;
- l'istanza di rateazione è stata accolta dall'Amministrazione.

Ad avviso del Collegio, non può essere revocata in dubbio l'applicazione del principio secondo il quale in tutte le procedure nelle quali diversi interessati si contendono l'attribuzione di un bene della vita, offerto dall'Amministrazione, i requisiti di partecipazione devono essere posseduti alla data di scadenza del termine per la presentazione delle istanze di

partecipazione.

Nel caso di specie, quindi, non ha certamente rilievo il fatto che l'ausiliaria dell'appellante sia stata ammessa a rateazione dopo la scadenza del suddetto termine.

Occorre invece stabilire se le giovi, per il fine che ora occupa, la mera presentazione dell'istanza di rateazione prima della scadenza del suddetto termine.

Osserva al riguardo il Collegio come la Sesta Sezione con ordinanza 11 febbraio 2013, n. 766, abbia già rimesso all'Adunanza Plenaria la questione relativa all'idoneità della mera presentazione dell'istanza di rateazione di un debito tributaria ad escludere la situazione di irregolarità retributiva del contribuente.

Alle osservazioni esposte dalla Sesta Sezione il Collegio soggiunge quanto segue.

A) in giurisprudenza (C. di S. V, 19 giugno 2012, n. 3556; III, 3 agosto 2012, n. 4424) sono stati sollevati dubbi sulla effettiva estensione del principio secondo il quale l'ammissione del contribuente alla rateazione del pagamento comporta la regolarità della sua posizione retributiva; è stato infatti rilevato che da un lato si colloca la posizione di quanti di fronte ad una difficoltà finanziaria chiedono di essere ammessi a dilazionare il pagamento e dall'altra quella di chi avendo evaso un'imposta ottenga di poter pagare ratealmente il dovuto, osservando come a voler premiare quest'ultima posizione verrebbe privilegiato chi pur essendo evasore fiscale – tanto che gli vengono applicate le relative sanzioni - ottiene di poterla pagare in termini temporali più favorevoli rispetto a quelli imposti ai contribuenti diligenti.

B) L'ammissione alla rateazione non costituisce, di norma (fa eccezione l'art. 38 del d. lgs. 31 ottobre 1990, n. 346, relativo all'imposta di successione), atto dovuto, in quanto l'art. 19 del d.P.R. 29 settembre 1973, n. 602, conferisce all'Amministrazione la discrezionalità di valutare "*l'obiettiva difficoltà economica*", determinante per l'eventuale concessione della rateazione di somme iscritte a ruolo.

Tale osservazione fa propendere, ad avviso del Collegio, per la soluzione più rigorosa, affermando quindi che anche nell'ipotesi in cui l'ammissione a rateazione possa essere presa in considerazione per affermare la regolarità contributiva ai sensi dell'art. 38 più volte richiamato questa rilevi solo ove il relativo procedimento si sia concluso accogliendo l'istanza del contribuente prima del termine per la presentazione della domanda di partecipazione – in questo caso – alla gara di appalto.

Atteso peraltro che il Collegio condivide quanto osservato dalla Sesta Sezione con l'ordinanza sopra citata circa l'esistenza di un contrasto esegetico sulla portata dell'art. 38, comma 1, lett. g), codice appalti, la presente controversia deve essere rimessa all'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato.

P.Q.M.

il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta) non definitivamente pronunciando

sul ricorso in appello n. 7640/12 indicato in epigrafe, ne dispone il deferimento all'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato.

Manda alla segreteria della Sezione per gli adempimenti di competenza, e, in particolare, per la trasmissione del fascicolo di causa e della presente ordinanza al segretario incaricato di assistere all'adunanza plenaria.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 26 marzo 2013 con l'intervento dei magistrati:

Alessandro Pajno, Presidente

Francesco Caringella, Consigliere

Manfredo Atzeni, Consigliere, Estensore

Antonio Bianchi, Consigliere

Fabio Franconiero, Consigliere

BREVI ANNOTAZIONI

L'OGGETTO DELLA PRONUNCIA

Con l'ordinanza in esame i Giudici della Quinta Sezione rimetto, nuovamente, all'Adunanza Plenaria la questione relativa all'idoneità della mera presentazione dell'istanza di rateazione di un debito tributario ad escludere la situazione di irregolarità retributiva del contribuente, la quale – com'è noto – costituisce causa di esclusione dalle pubbliche gare ai sensi dell'art. 38, comma 1, lett. g) del Codice dei contratti pubblici.

IL PERCORSO ARGOMENTATIVO

Difatti, come segnalato dagli stessi Giudici, la medesima questione è stata già rimessa all'Adunanza Plenaria dalla **Sesta Sezione con ordinanza 11 febbraio 2013, n. 766**.

In aggiunta alle osservazioni già esposte della Sesta Sezione, i Giudici rimettenti della Quinta Sezione compiono una **duplice riflessione**.

Per un verso, si dà conto dei **dubbi sollevati in giurisprudenza sull'ammissione al beneficio della rateizzazione a favore degli evasori fiscali**, i quali, al pari dei contribuenti in difficoltà finanziaria, vedrebbero regolarizzata la loro posizione con il Fisco; in altri termini, per premiare quest'ultimi, si finirebbe per privilegiare *“chi pur essendo evasore fiscale – tanto che gli vengono applicate le relative sanzioni – ottiene di poterla pagare in termini temporali più favorevoli rispetto a quelli imposti ai contribuenti diligenti”*.

Per altro verso, si rileva come **l'ammissione alla rateazione – di norma – non sia affatto un atto dovuto da parte degli uffici finanziari**, quanto piuttosto un atto discrezionale, dovendo quest'ultimi valutare le condizioni richieste dalla legge (art. 19 del d.P.R. 29 settembre 1973), prima fra tutte quella dell'obiettiva difficoltà economica.

Infine, i **Giudici della Quinta Sezione palesano di propendere per la soluzione più rigorosa**, *“affermando quindi che anche nell'ipotesi in cui l'ammissione a rateazione possa essere presa in considerazione per affermare la regolarità contributiva ai sensi dell'art. 38 più volte richiamato questa rilevi solo ove il relativo procedimento si sia concluso accogliendo l'istanza del contribuente prima del termine per la presentazione della domanda di partecipazione – in questo caso – alla gara di appalto”*.

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

L'ordinanza annotata, come si è detto, apporta delle riflessioni rispetto alle considerazioni già spese sull'argomento dell'ordinanza del febbraio 2013, tuttavia caratterizzandosi nel **prendere una posizione rispetto alle tre soluzioni solo prospettate dalla Sesta Sezione**.

Difatti, in risposta al dubbio ermeneutico circa l'idoneità della sola domanda di rateizzazione ad escludere la situazione di irregolarità fiscale, l'ordinanza di remissione n. 766/2013, esponeva **tre possibili soluzioni**:

- (i) ritenere che l'accoglimento dell'istanza di rateizzazione deve in ogni caso precedere l'autodichiarazione circa il possesso della regolarità fiscale;
- (ii) ammettere che entro il termine di presentazione dell'offerta o della domanda di qualificazione è sufficiente che sia stata presentata domanda di rateizzazione del debito fiscale, o che siano ancora pendenti i relativi termini;
- (iii) ipotizzare che l'impresa possa dichiarare che è pendente cartella di pagamento, e che ha presentato impugnazione o istanza di rateizzazione, al fine di consentire alla stazione appaltante di verificare se l'istanza di rateizzazione venga accolta, e l'impugnazione respinta, alla data di aggiudicazione e stipulazione (momenti in cui comunque i requisiti di cui all'art. 38

del Codice devono essere posseduti).

La prima delle tre soluzioni, la più rigorosa, oltre che essere quella preferibile per i Giudici rimettenti della Quinta Sezione, è altresì quella accolta dalla **giurisprudenza decisamente maggioritaria, se non addirittura uniforme** (cfr. Cons. St., Sez. VI, 29 gennaio 2013, n. 531; Sez. V, 18 novembre 2011, n. 6084; Tar Lazio, Roma, Sez. I, 21 marzo 2011, n. 2396; Tar Lazio, Roma, Sez. III *ter*, 17 novembre 2010, n. 33502; Tar Toscana, Sez. II, 13 luglio 2010, n. 2529; Tar Veneto, Sez. I, 10 luglio 2009, n. 2182; Tar Sicilia, Catania, Sez. IV, 8 febbraio 2007, n. 235), nonché dalla **Corte di giustizia europea** (Corte giust. CE, Sez. I, 09 febbraio 2007, n. 228/04 e 226/04) e dall'**AVCP** (determinazione 16 maggio 2012, n. 1; determinazione 12 gennaio 2010, n. 1; Parere 12 febbraio 2009, n. 23; deliberazione 18 aprile 2007, n. 120).

PERCORSO BIBLIOGRAFICO

F. Gasparino, F. Tosco, *Regolarità fiscale e contributiva ai fini della partecipazione agli appalti*, in *Il Fisco*, 4 ottobre 2010, n. 36; T.F. Massari, *Il Consiglio di Stato torna sulla causa di esclusione dell'irregolarità fiscale*, in questa Rivista; D. Lutrino, *Il Tar Lombardia sugli effetti della rateizzazione dei debiti tributari nella partecipazione a gare pubbliche*, in questa Rivista.