

La violazione degli obblighi tributari è un fatto storico: l'istanza di rateizzazione "sana" solo se accolta.

di Francesca Radesco

Data di pubblicazione: 14-11-2018

1. Il comma 4 dell'art. 80 del d.lgs. 50/2016 opera quale temperamento al principio del *favor participationis*: il contraente pubblico ha interesse ad evitare la stipulazione di contratti con soggetti gravati da debiti tributari. L'esclusione dalla gara assume carattere di doverosità, in situazioni di accertata e definitiva violazione degli obblighi relativi al pagamento di imposte e tasse. La violazione è definitivamente accertata quando esiste quale fatto storico al momento finale per la presentazione delle offerte di gara e non è stata oggetto di istanza di rateizzazione accolta (1).

(1) Conforme: Consiglio di Stato, Ad. Pl., n. 15 del 5 giugno 2013; Consiglio di Stato, Ad. Pl., n. 20 del agosto 2013; Consiglio di Stato, Sez. V, 27 agosto 2014, n. 4382; Consiglio di Stato, Sez. V, 22 maggio 2015 n. 2570; Consiglio di Stato, Sez. V, 26 luglio 2016 n. 3375.

Guida alla lettura

I tre diversi motivi di appello alla sentenza del Tar Lombardia, sez. I, n. 340/2018 si riducono ad un unico quesito, ovvero se la non conoscenza dell'obiettiva situazione di grave irregolarità fiscale, non dichiarata in sede di offerta, possa costituire un'esimente ai fini dell'applicazione del comma 4 dell'art. 80 del D.lgs. n. 50/2016. Il Consiglio di Stato, nella sentenza in commento, si esprime in senso negativo al quesito, rigettando il ricorso dell'appellante. A parere del Consiglio di Stato, risultano condivisibili e del tutto calzanti i principi sanciti nella sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 15 del 5 giugno 2013, seppure riferiti al "vecchio" Codice dei contratti. Tanto l'art. 38, comma 1, lett. g) del d.lgs. n. 163/2006, quanto l'art. 80, comma 4, del d.lgs. 50/2016, infatti, sono espressione di un generale contemperamento al principio del *favor participationis*. Se è vero che l'ordinamento giuridico tende ad ampliare la sfera dei soggetti partecipanti ad una procedura di gara, è altresì vero che l'ordinamento non ha alcun interesse ad aggiudicare un contratto pubblico ad un soggetto che versi in una situazione debitoria **grave e definitivamente accertata**. La rigidità con cui, infatti, opera l'art. 80, comma 4, del d.lgs. 50/2016, prevedendo l'esclusione dalla procedura di gara del partecipante che non abbia dichiarato entro il termine ultimo di presentazione dell'offerta la propria situazione debitoria, è posta a tutela di una puntuale esecuzione dell'appalto: l'esistenza di debiti tributari mina, infatti, **l'affidabilità e la solidità** dei soggetti cui aggiudicare un contratto pubblico. Tuttavia, affinché operi la clausola di esclusione dalla gara, la situazione debitoria non solo deve essere qualificabile come "grave", secondo i

dettami di cui all'art. 48bis, commi 1 e 2bis, del D.P.R. 29 settembre 1973 n. 602, ma deve altresì risultare definitivamente accertata. Il Consiglio di Stato precisa che la definitività dell'accertamento di una situazione debitoria **non implica la formazione di un vero e proprio giudicato** a seguito di un ricorso alla competente Commissione tributaria. La violazione risulta, infatti, definitivamente accertata, allorché essa si manifesti quale "**fatto storico**" alla scadenza ultima per la presentazione dell'offerta di gara. Qualora il debitore presenti un'istanza di rateizzazione del debito, questa *ex se* non costituisce giustificazione e, dunque, preclusione all'applicazione della clausola di esclusione di cui all'art. 80, comma 4, del D.lgs. 50/2016. La mera presentazione di un'istanza di rateizzazione non rileva ai fini della dimostrazione della regolarità fiscale. Essa è, per converso, preclusiva all'esclusione dalla gara solo nel caso in cui sia stata presentata e sia stata, altresì, accolta entro la data ultima di presentazione dell'offerta alla gara. Ciò che, pertanto, sana il "vizio" tributario è il provvedimento costitutivo di ammissione alla rateizzazione. Il Consiglio di Stato precisa in conclusione, inoltre, che l'esclusione dalla gara opera con **carattere di doverosità**: la stazione appaltante non deve compiere ultronei accertamenti, una volta verificata l'oggettività dell'esistenza del debito.

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3495 del 2018, proposto dalla ditta individuale Geom. Catizone Pietro Fiore, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Antonio Melucci e Antonio Alberto Dardano, con domicilio eletto presso lo studio A. Placidi S.r.l. in Roma, via Barnaba Tortolini, 30

contro

Anas S.p.A, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Paola Cannata, Elena Cardamone e Eduardo Marino, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Paola Cannata in Roma, via Monzambano, 10

nei confronti

Cabrini Albino S.r.l., non costituita in giudizio

per la riforma della sentenza del T.A.R. della Lombardia, Sezione I, n. 304/2018

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Anas S.p.A.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 4 ottobre 2018 il Cons. Claudio Contessa e uditi per le parti gli avvocati Melucci, Dardano e Cannata;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue

FATTO

L'Anas S.p.A., con lettera in data 17 maggio 2017, invitava l'appellante ditta individuale Geom. Catizone Pietro Fiore a partecipare alla procedura negoziata avente ad oggetto i *“Lavori di ordinaria manutenzione 2017 per le rappezature e per il mantenimento in condizioni di sicurezza dei piani viabili in tratti saltuari lungo le Strade Statali della Sezione distaccata di Sondrio”*, da aggiudicarsi con il criterio del minor prezzo, ai sensi dell'articolo 95, comma 4 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 (nuovo Codice dei contratti pubblici).

La ditta appellante, con provvedimento in data 5 luglio 2017, veniva dichiarata aggiudicataria provvisoria di detta gara, precedendo in graduatoria la società Cabrini Albino s.r.l..

In sede di verifica dei requisiti, tuttavia, la Stazione Appaltante rilevava, sulla scorta dell'attestato in data 12 luglio 2017 reso dal sistema AVCPASS dell'ANAC, irregolarità fiscali in capo all'appellante in difformità rispetto a quanto dalla stessa dichiarato, per cui, con provvedimento in data 29 agosto 2017, disponeva la revoca dell'aggiudicazione già disposta a suo favore.

Successivamente, con provvedimento in data 13 settembre 2017, la Stazione Appaltante disponeva lo scorrimento della graduatoria, per cui nuova aggiudicataria risultava l'impresa Cabrini Albino s.r.l.

L'odierna appellante, pertanto, rappresentando di essere venuta a conoscenza della contestata cartella di pagamento e del presupposto accertamento a proprio carico solo a seguito della scadenza del termine di presentazione delle domande di partecipazione alla gara, proponeva istanza di autotutela, che la stazione appaltante, con nota in data 20 settembre 2017, respingeva.

Avverso i richiamati provvedimenti dell'amministrazione, la ditta individuale Catizone Pietro

Fiore ha proposto il ricorso iscritto al n. 2260/2017 R.G. innanzi al T.A.R. della Lombardia il quale lo ha respinto con sentenza n. 304/2018.

L'appellante ha quindi impugnato tale pronuncia, con ricorso iscritto al n. 3495/2018 R.G., proponendo tre motivi di gravame, tutti rubricati nel medesimo modo (*Error in iudicando: violazione e falsa applicazione dell'art. 80, commi 4 e 5, lett. f) bis, d.lgs. 50/2016; violazione e falsa applicazione dell'art. 63 e 64, d.lgs. 104/2010; violazione e falsa applicazione dell'art. 111 cost e degli art. 115, 116 e 2967 c.p.c.; violazione e falsa applicazione dell'art. 25, comma 1, lett. a), d.p.r. 602/1973; manifesta ingiustizia; erroneità del presupposto; travisamento dei fatti*).

Si è costituita in giudizio l'Anas S.p.A., la quale ha concluso per il rigetto del ricorso.

Alla pubblica udienza del 4 ottobre 2018 la causa è stata rimessa in decisione.

DIRITTO

1. Giunge alla decisione del Collegio il ricorso in appello proposto dalla ditta individuale Geom. Catizone Pietro, attiva nel settore dei lavori (la quale aveva partecipato a una procedura negoziata indetta da ANAS s.p.a. per l'aggiudicazione di alcuni lavori di manutenzione stradale presso la Sezione di Sondrio ed era inizialmente rimasta aggiudicataria) avverso la sentenza del T.A.R. della Lombardia con cui è stato respinto il ricorso avverso il provvedimento di esclusione in seguito adottato nei propri confronti in ragione di una irregolarità fiscale emersa solo successivamente all'aggiudicazione.

2. Con il primo motivo di appello la ditta individuale Catizone lamenta che erroneamente il primo Giudice abbia ommesso di rilevare l'illegittimità del provvedimento di esclusione, nonostante questo fosse stato adottato in difformità rispetto all'articolo 80, comma 4 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 (nuovo Codice dei contratti pubblici).

Ai sensi della richiamata disposizione, infatti, *“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 ommesso 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”*.

L'appellante sottolinea al riguardo che, alla data ultima per la presentazione delle offerte (5 giugno 2017) non era e non poteva in alcun modo essere a conoscenza del proprio stato di irregolarità fiscale, atteso che non le era stata notificata né la cartella di pagamento in seguito contestatale, né il presupposto avviso di accertamento (l'esistenza dell'obbligo fiscale era invece emersa solo in seguito – 28 giugno 2017 e 25 luglio 2017 – allorché il sistema AVCPASS ne aveva evidenziato la sussistenza e l'ammontare).

L'appellante osserva indefinitiva che, anche ad ammettere il carattere di gravità dell'insoluto contestato (in quanto di importo superiore a quello previsto dall'articolo 48-*bis*, commi 1 e 2-*bis* del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 602 – e attualmente pari a cinquemila euro -), lo stesso non potesse in alcun modo essere considerato come 'definitivamente accertato'.

Al contrario, al momento in cui era stata presentata la domanda di partecipazione, l'appellante non era neppure a conoscenza dell'esistenza dell'insoluto fiscale.

Con il secondo motivo di appello la ditta Geom. Catizone svolge un ulteriore argomento in relazione alla previsione di cui al comma 4 dell'articolo 80, cit., secondo cui *"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, purché il pagamento o l'impegno siano stati formalizzati prima della scadenza del termine per la presentazione delle domande"*.

L'appellante osserva al riguardo che la richiamata disposizione non può che essere interpretata in senso favorevole per i concorrenti i quali (al pari dell'appellante) non avessero alcuna conoscenza del proprio debito al momento di scadenza del termine per la presentazione delle domande.

2.1. I due motivi sono infondati.

Da quanto già esposto emerge che il *thema decidendum* consista nella risoluzione di un unico quesito: se osti o meno alla partecipazione a una pubblica gara di appalto il fatto che l'impresa versasse obiettivamente in una situazione di grave irregolarità fiscale (per un importo di base pari ad oltre 84mila euro) ma che non abbia dichiarato in sede di offerta tale circostanza, allegando – a seguito della disposta esclusione - l'impossibilità di averne conoscenza in ragione della mancata notifica degli atti di accertamento e delle conseguenti cartelle di pagamento.

Al quesito deve essere fornita risposta in senso negativo.

2.1.1. Va premesso al riguardo che l'appellante non ha fornito alcuna prova o indice dirimente atto a suffragare la tesi secondo cui la cartella esattoriale e l'avviso di accertamento non le sarebbero stati notificati in data anteriore al termine ultimo per la presentazione della domanda di partecipazione.

Sotto tale aspetto, il solo fatto che l'appellante abbia proposto un ricorso dinanzi alla competente Commissione tributaria per sentire accertare l'invalidità dei richiamati atti non rappresenta di per sé un elemento dirimente ai fini del decidere.

Si osserva in senso contrario che, dall'esame dell'atto di pignoramento presso terzi in data 16 giugno 2017 (*i.e.*: del primo e unico atto da cui l'appellante afferma di avere avuto conoscenza del contestato insoluto fiscale) emerge che allo stesso fossero stati notificati due atti della procedura di accertamento fiscale, rispettivamente, in data 14 febbraio 2017 e 2 aprile 2017.

L'appellante non ha plausibilmente smentito tale circostanza, peraltro attestata in un documento ufficiale del concessionario del servizio di riscossione.

Le due notifiche avevano ad oggetto un rilevante insoluto fiscale pari, nel suo complesso, ad euro 84.551,47.

E' altresì importante osservare che l'odierna appellante (la quale, pure, ha impugnato la cartella di pagamento dell'agente della riscossione dinanzi alla competente Commissione tributaria) ha altresì richiesto ed ottenuto la rateizzazione del debito fiscale (sia pure, in data di molto successiva a quella entro la quale doveva essere presentata la domanda di partecipazione).

2.1.2. In secondo luogo il Collegio ritiene che possano qui essere utilmente richiamati i principi e le statuizioni espressi con la sentenza dell'Adunanza plenaria n. 15 del 2013.

Tali statuizioni e principi (pur se resi nella vigenza dell'articolo 38, comma 1, lettera g) decreto legislativo n 163 del 2006) possono qui essere utilmente richiamati in quanto ambedue le disposizioni – *i.e.*: quella del vecchio e del nuovo 'Codice' – collegano l'effetto escludente a una violazione "*grave e definitivamente accertata*" nei confronti degli obblighi relativi al pagamento di imposte e tasse.

Per ciò che riguarda la ratio delle richiamate disposizioni preclusive l'Adunanza plenaria ha chiarito che l'attribuzione di un effetto rigidamente preclusivo all'inadempimento fiscale – per come legislativamente qualificato - risponde all'esigenza di temperare la tendenza dell'ordinamento ad ampliare la platea dei soggetti ammessi alle procedure di gara alla stregua del canone del *favor participationis* con la necessaria tutela dell'interesse del contraente pubblico ad evitare la stipulazione con soggetti gravati da debiti tributari che incidono in modo significativo sull'affidabilità e sulla solidità finanziaria degli stessi.

La richiamata sentenza ha chiarito che l'eventuale ammissione del debitore a rateizzazione può impedire l'esclusione dalla gara ma solo a condizione che, entro la data ultima per la presentazione della domanda, l'istanza sia stata non solo formulata ma anche accolta dall'amministrazione finanziaria.

Ciò comporta (per converso) che la conclamata esistenza di un grave insoluto fiscale in epoca antecedente alla presentazione della domanda di partecipazione (e in assenza di istanze di rateizzazione accolte dall'amministrazione finanziaria) non impedisca l'operatività della clausola legale di esclusione.

Né – nella richiamata ottica – la nozione di "definitività dell'accertamento" postula la formazione di un giudicato a seguito del ricorso dinanzi alla competente Commissione tributaria.

Al contrario, la violazione può essere considerata "definitivamente accertata" qualora essa sussistesse – quale fatto storico – al momento finale per la presentazione delle offerte di gara e non abbia costituito oggetto di istanze di rateizzazione concluse con esito positivo.

Del resto (richiamando ancora una volta le statuizioni rese dall'Adunanza plenaria) è chiara la volontà del Legislatore *“di considerare in regola con il fisco unicamente il contribuente cui sia stata accordata la rateizzazione [con conseguente] conferma del principio secondo cui la mera presentazione dell'istanza di rateazione o dilazione non rileva ai fini della dimostrazione del requisito della regolarità fiscale”*.

2.2. Il primo e il secondo motivo di ricorso devono dunque essere respinti.

3. Per ragioni connesse con quelle appena evidenziate, neppure può trovare accoglimento il terzo motivo di appello, con cui si è contestata l'erroneità della sentenza in epigrafe sotto ulteriore e concorrente profilo.

In particolare, l'appellante lamenta che la stazione appaltante (con decisione confermata in sede giurisdizionale) si sia limitata ad affermare la valenza escludente della riscontrata irregolarità fiscale semplicemente sulla base delle risultanze del sistema AVCPASS, senza procedere ad alcuna ulteriore indagine e senza procedere ad ulteriori approfondimenti (resi necessari – nella tesi dell'appellante – dalla mancata, previa notifica di alcun atto di accertamento).

Al riguardo ci si limita ad osservare che, per le ragioni evidenziate *sub 2* e 2.1, la stazione appaltante ha ravvisato la sussistenza di una violazione *“grave e definitivamente accertata”* in ordine al pagamento di imposte e tasse, ragione per cui l'esclusione dalla gara assumeva un carattere di doverosità e non richiedeva alcuna ulteriore valutazione.

Ci si limita altresì ad osservare che – per le ragioni già in precedenza esaminate – neppure l'appellante poteva addurre a proprio favore l'intervenuta domanda di rateizzazione essendo tale domanda stata presentata in data di molto successiva a quella prevista per la presentazione delle domande.

4. L'appello deve conclusivamente essere respinto.

Il Collegio ravvisa giusti ed eccezionali motivi per disporre l'integrale compensazione delle spese di lite fra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 4 ottobre 2018 con l'intervento dei magistrati:



Francesco Caringella, Presidente

Claudio Contessa, Consigliere, Estensore

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Raffaele Prosperi, Consigliere

Federico Di Matteo, Consigliere