

La regolarità fiscale e tributi locali secondo il parere di precontenzioso ex art. 211, comma 1 del D.Lgs. n. 50/2016 e ss.mm.ii. espresso dall’Autorità Nazionale Anticorruzione il 1 Aprile 2020

di Christian Longo

Data di pubblicazione: 21-5-2020

1. Premessa. 2. Gli Obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse o dei contributi previdenziali. 3. Il parere di precontenzioso dell’ANAC: cenni storici. 4. Regolarità fiscale, omesso versamento di un tributo locale, secondo il parere precontenzioso dell’Autorità Nazionale Anticorruzione con la Delibera n. 295 del 1 aprile 2020.

1. Premessa.

Le cause di esclusione di un operatore economico dalla partecipazione a una procedura d’appalto o di concessione, di cui all’art. 80 del D.Lgs. n. 50/2016 e ss.mm.ii., hanno rappresentato, in questi anni, un notevole spunto di riflessione per parte della Dottrina, oltreché una incessante attività a carico del Giudice della funzione pubblica e delle Stazioni Appaltanti.

Ultimamente, anche il Legislatore ha avuto modo di intervenire sull’articolo rubricato “*motivi di esclusione*” del Codice dei Contratti Pubblici.

Focalizzando l’attenzione sull’art. 80, comma 4 del Codice, si evidenzia come la disciplina connessa agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse o dei contributi previdenziali sia stata di grande interesse per il Legislatore fino alla legge 14 giugno 2019, n. 55, di conversione, con modificazioni del decreto-legge 18 aprile 2019, n. 32.

In particolare, il D.L. n. 32/2019, in vigore fino al 18 aprile 2019, prevedeva all’art. 80, comma 4, quinto periodo, del Codice 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. 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».

La suindicata modifica introdotta nasceva dall'esigenza di dare seguito a quanto rilevato dalla Commissione Europea che, attivando – nei confronti dell'Italia – la procedura di infrazione n. 2018/2273, rilevava che l'art. 80, comma 4 (previgente all'intervento di cui al D.L. cosiddetto "Sblocca-cantieri") era diretto ad attribuire rilevanza escludente alle sole inadempienze "contenute in sentenze o atti amministrativi non soggetti a impugnazione" e ciò risultava non coerente con le direttive europee (e, precisamente: artt. 38, par. 5 della direttiva 2014/23/UE e 57, par. 2 della direttiva 2014/24/UE), poiché sacrificava in misura eccessiva l'autonomia di valutazione delle stazioni appaltanti.

Tale previsione normativa, poi modificata come si potrà chiarire nel paragrafo successivo, attribuiva ampia discrezionalità alla Pubblica Amministrazione, attraverso una adeguata motivazione, al fine di escludere un Operatore Economico, qualora la stessa S.A. fosse venuta a conoscenza e avesse adeguatamente dimostrato che l'O.E. non fosse in possesso dei requisiti di moralità prescritti dal comma 4 dell'art. 80 citato, anche "non definitivamente accertati".

L'attuale previsione normativa, a seguito dell'entrata in vigore della Legge n. 55/2019, non ha recepito quanto previsto dall'art. 1, comma 1, lett. n) n. 4) del d.l. n. 31/2019 (cd. Sblocca-cantieri), anche al fine di scongiurare diversi paventati profili di illegittimità, in ordine alla incompatibilità costituzionale per la possibile esclusione di un O.E. per violazioni tributarie non definitive e di lieve importo e ancora per l'assorbente mancato rispetto del principio di proporzionalità.

Tuttavia, ancorché oggi si è in presenza di una disciplina ancora più restrittiva in merito agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse o dei contributi previdenziali, corre l'obbligo richiamare l'attenzione su quelle violazioni che un Operatore economico potrebbe commettere circa l'omesso versamento di un tributo locale, costituente grave violazione e sulla discrezionalità della Amministrazione nel considerare tale inadempimento, definitivamente accertato, dirimente ai fini di una possibile esclusione dello stesso O.E. da una procedura di gara.

2. Gli Obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse o dei contributi previdenziali.

L'attuale art. 80 comma 4 del Codice dei Contratti Pubblici stabilisce 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. Costituiscono gravi violazioni in materia contributiva e previdenziale quelle ostative al rilascio del documento unico di regolarità contributiva (DURC), di cui al decreto del Ministero del lavoro e delle politiche sociali 30 gennaio 2015, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 125 del 1° giugno 2015, ovvero delle certificazioni rilasciate dagli enti previdenziali di riferimento non aderenti al sistema dello sportello unico previdenziale. 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».

Il successivo comma 6 del medesimo art. 80 prevede altresì che «*Le stazioni appaltanti escludono un operatore economico in qualunque momento della procedura, qualora risulti che l'operatore economico si trova, a causa di atti compiuti o omessi prima o nel corso della procedura, in una delle situazioni di cui ai commi 1, 2, 4 e 5*».

Secondo il Giudice Amministrativo – Cons. Stato, V, 30 aprile 2020, n. 2279 – la natura degli ora richiamati commi 4 e 6 è quella di norma speciale che, in virtù del noto principio “*lex specialis derogat generali*”, deroga alla norma generale; la stabilizzazione del provvedimento di aggiudicazione ex art. 32 comma 8 del Codice, fatte salve le possibilità di autotutela nel contesto dei principi generali, è una previsione che rientra in un quadro generalissimo concernente una serie di ipotesi disparate che vanno oltre lo svolgimento stretto della gara conclusasi. Infatti, con la previsione secondo cui - *in qualunque momento della procedura* - un operatore economico può essere escluso anche con riferimento a *violazioni gravi, definitivamente accertate, rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse o dei contributi previdenziali*, si preserva – come sottolinea il Giudice della funzione pubblica – lo *ius poenitendi* delle amministrazioni, che va dalla generale possibilità di rimozione dei provvedimenti di cui è emersa successivamente l'illegittimità - quindi l'attivazione dell'annullamento d'ufficio - fino a quei casi del tutto disparati in cui una serie di sopravvenienze non previste hanno reso inutile oppure addirittura inopportuna l'aggiudicazione di un lavoro pubblico, di un servizio o di una fornitura.

I richiamati commi 4 e 6 dell'art. 80 del codice dei contratti rappresentano una norma speciale e attribuiscono risalto al rapporto di fiducia che una Stazione Appaltante dovrà avere con un Operatore Economico, attraverso la sottoscrizione di un contratto di diritto privato e, eventuali pendenze fiscali o contributive rappresentano una sicura inibizione per tutta la procedura di gara fino alla fase dell'esecuzione del contratto pubblico.

L'art. 80, comma 4 del Codice, attualmente in vigore, non riprende precisamente quanto previsto dall'art. 57, comma 2 della Direttiva 2014/24/UE sugli appalti pubblici, secondo il quale: “*Un operatore economico è escluso dalla partecipazione a una procedura d'appalto se l'amministrazione aggiudicatrice è a conoscenza del fatto che l'operatore economico non ha ottemperato agli obblighi relativi al pagamento di imposte o contributi previdenziali e se ciò 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"; o, anche quanto previsto dall'art. 38, par. 5 della direttiva 2014/23/UE del medesimo tenore dell'art. 57, comma 2 della Direttiva 2014/24/UE.

Pertanto, ad oggi, i rilievi sottesi alla richiamata procedura di infrazione, attivata dalla Commissione Europea, risultano ancora in piedi, nelle more della riforma complessiva del settore, che dovrà essere approvata entro l'anno 2020, e comunque nel rispetto dei principi e delle norme sancite dall'Unione europea, in particolare delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014.

Tuttavia, sul punto, risulta interessante richiamare il quadro generale di riferimento delle tre Direttive sopra rievocate, rispettivamente sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali – per le quali è stata data delega al Governo, secondo la Legge 28 gennaio 2016, n. 11, di adottare un apposito Decreto Legislativo, oggi il D.Lgs. n. 50/2016 e ss.mm.ii. – che prevedono che l'ente aggiudicatore è responsabile per le conseguenze di una sua eventuale decisione erronea; gli enti aggiudicatori dovrebbero 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 abbia violato i suoi obblighi, inclusi quelli relativi al pagamento di imposte o contributi previdenziali, salvo disposizioni contrarie del diritto nazionale. Dovrebbero anche poter escludere candidati o offerenti che in occasione dell'esecuzione di precedenti appalti pubblici o appalti con altri enti aggiudicatori hanno messo in evidenza notevoli mancanze per quanto riguarda gli obblighi sostanziali.

A tale previsione di derivazione europea, il più volte citato art. 80, comma 4 del Codice, con riferimento alle violazioni in merito al mancato pagamento di imposte e tasse, attribuisce risalto al fatto che *“Costituiscono violazioni definitivamente accertate quelle contenute in sentenze o atti amministrativi non più soggetti ad impugnazione”*. La giurisprudenza ha spesso identificato tipologie di atti amministrativi che, divenuti inoppugnabili, perché non tempestivamente impugnati ovvero confermati all'esito di un giudizio, danno luogo ad una siffatta fattispecie di violazione tributaria definitivamente accertata. Così è ad esempio per gli avvisi di accertamento e gli atti di contestazione ex art. 16 (Procedimento di irrogazione delle sanzioni) d.lgs. 18 dicembre 1997, n. 472 (Disposizioni generali in materia di sanzioni amministrative per le violazioni di norme tributarie, a norma dell'articolo 3, comma 133, della legge 23 dicembre 1996, n. 662) e, nel caso in cui costituiscano il primo atto di esercizio della pretesa impositiva, anche le cartelle di pagamento (cfr. Cons. Stato, V, 8 aprile 2019, n. 2279; V, 27 luglio 2018, n. 1970; Cass., SS.UU., 14 maggio 2010, n. 11722).

Sono *“gravi”* le violazioni che comportano un omesso pagamento di imposte e tasse per un importo superiore a quello dell'art. 48-bis, commi 1 e 2-bis, d.P.R. 29 settembre 1973 n. 602 (Disposizioni sui pagamenti delle pubbliche amministrazioni) d.P.R. 29 settembre 1973, n. 602 a mente del quale: *«[...] le amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e le società a prevalente partecipazione pubblica, prima di effettuare, a qualunque titolo, il pagamento di un importo superiore a cinquemila euro,*

verificano, anche in via telematica, se il beneficiario è inadempiente all'obbligo di versamento derivante dalla notifica di una o più cartelle di pagamento per un ammontare complessivo pari almeno a tale importo e, in caso affermativo, non procedono al pagamento e segnalano la circostanza all'agente della riscossione competente per territorio, ai fini dell'esercizio dell'attività di riscossione delle somme iscritte a ruolo» (cfr., Cons. Stato, V, 14 aprile 2020, n. 2397).

Tale ricostruzione – seppur sommaria – permette di comprendere il principio della verifica fiscale, attraverso l'attestazione rilasciata, per il tramite del Sistema AVCPass, dall'Agenzia delle Entrate, quale strumento utile per comprendere se siano presenti titoli esecutivi circa una possibile pretesa tributaria nei confronti del contribuente. Ma, l'attestazione sulla regolarità fiscale produce quale effetto una conoscenza generale sulla affidabilità del concorrente, in ossequio ad un principio sostanzialistico in tema di possesso dei requisiti di partecipazione alle procedure di gara, attraverso la produzione del DGUE, nella fase pubblicistica; rimane, pertanto, in capo alla Stazione Appaltante la responsabilità circa le successive verifiche sulla stessa affidabilità del concorrente, prossimo appaltatore.

Tuttavia, risulta utile approfondire un altro aspetto che, al momento, è stato affrontato limitatamente dal giudice amministrativo.

In particolare, il tema del requisito della regolarità fiscale, con particolare riferimento agli obblighi relativi al pagamento dei tributi locali, potrebbe porre seri dubbi interpretativi nel rapporto dialettico tra S.A. e O.E., tanto da poter interessare, preliminarmente (per come si cercherà di chiarire nei paragrafi successivi), l'Autorità Nazionale Anticorruzione, nell'eventualità in cui le Parti si dovessero trovare di fronte ad un omesso pagamento di tributi di natura locale e, contestualmente, di debiti accertati definitivamente.

3. Il parere di precontenzioso dell'ANAC: cenni storici.

Sul punto, risulta interessante fare riferimento al procedimento attivato innanzi l'Autorità Nazionale Anticorruzione, in ottemperanza all'art. 211, comma 1 del Codice dei Contratti Pubblici, secondo il quale: *“Su iniziativa della stazione appaltante o di una o più delle altre parti, l'ANAC esprime parere, previo contraddittorio, relativamente a questioni insorte durante lo svolgimento delle procedure di gara, entro trenta giorni dalla ricezione della richiesta. Il parere obbliga le parti che vi abbiano preventivamente consentito ad attenersi a quanto in esso stabilito. Il parere vincolante è impugnabile innanzi ai competenti organi della giustizia amministrativa ai sensi dell'articolo 120 del codice del processo amministrativo. In caso di rigetto del ricorso contro il parere vincolante, il giudice valuta il comportamento della parte ricorrente ai sensi e per gli effetti dell'articolo 26 del codice del processo amministrativo”*.

Tale strumento, al di là della possibile eterogenesi dei fini del Legislatore in un'ottica di deflazione del contenzioso giurisdizionale, si pone quale spartiacque tra questioni sorte tra le parti, riconducendo il procedimento in una ampia nozione di *Alternative Dispute Resolution*, in ottemperanza ai dettami di cui alla legge delega n. 11/2016.

Risulta dirimente tuttavia focalizzare l'attenzione sul procedimento che conduce poi al parere vincolante di ANAC. Se da una parte l'articolo 211, comma 1 del Codice richiama l'attenzione sul termine finale di trenta giorni dalla richiesta per la pronuncia del parere precontenzioso (originariamente, il termine non era previsto), dall'altra attribuisce risalto alla posizione soggettiva circa la vincolatività del parere espresso da ANAC, stabilendo che lo stesso "*parere obbliga le parti che vi abbiano preventivamente consentito ad attenersi a quanto in esso stabilito*"; fino a prevedere la possibilità di una impugnabilità, secondo il rito di cui all'art. 120 del CPA.

Anac, pertanto, svolge una funzione che, come anche definito dalla Commissione Speciale del Consiglio di Stato in fase di parere sul Regolamento ANAC per il rilascio dei pareri di precontenzioso, non può essere incardinato in un processo, né può essere considerato un nuovo grado del giudizio surrettiziamente voluto.

4. Regolarità fiscale, omesso versamento di un tributo locale, secondo il parere precontenzioso dell'Autorità Nazionale Anticorruzione con la Delibera n. 295 del 1 aprile 2020.

La disamina della normativa generale proposta nei paragrafi precedenti risulta utile al fine di comprendere il comportamento che la S.A. dovrà assumere qualora dovesse riscontrare un omesso versamento di un tributo locale, definitivamente accertato, da parte di un O.E. partecipante ad una gara.

In data 7 febbraio 2020, è stata inviata una istanza, a mezzo pec, da un Comune, Capofila dell'Ambito di Raccolta Ottimale A.R.O., all'Autorità Nazionale Anticorruzione, con la quale è stato chiesto "se l'omesso versamento di un tributo locale nei confronti di altro Comune integri la causa di esclusione prevista dall'art. 80, comma 4 del Codice (irregolarità fiscale), nonché quella di cui all'art. 80, comma 12 del Codice (falsa dichiarazione), nel caso in cui dalla comunicazione fornita dall'Agenzia delle Entrate, tramite il sistema *AVCPass*, non risulti una situazione di irregolarità fiscale a carico dell'operatore economico".

Con Delibera n. 295 del 1 Aprile 2020, l'Autorità ha esaminato più aspetti connessi all'istanza singola di parere di precontenzioso presentata dal Comune.

In particolare, il Consiglio dell'Autorità ha subito chiarito che, in relazione al requisito della regolarità fiscale, di cui all'art. 80, comma 4, del Codice, il legislatore, utilizzando la locuzione ampia "imposte e tasse" (speculare a quella contenuta nell'art. 57, par. 2, della direttiva 2014/24/UE), non opera un distinguo tra tributi nazionali e locali, escludendo la rilevanza dei soli carichi extra-tributari.

La stessa Autorità, attraverso il parere richiesto, propone quanto già deliberato su una istanza presentata in data 16 dicembre 2018 (Delibera n. 337 del 10 aprile 2019), precisando che costituisce affermazione generale unanimemente condivisa quella secondo cui i requisiti di partecipazione alle procedure relative ad appalti pubblici devono essere posseduti dalla data di presentazione della domanda di partecipazione alla gara e anche successivamente, fino

all'aggiudicazione, nonché per tutto il periodo dell'esecuzione del contratto, senza soluzione di continuità (Cons. Stato, sez. III, 21 luglio 2017 n. 3614; sez. V, 23 febbraio 2017 n. 852; Ad. Plen. n. 8 del 20 luglio 2015; deliberazione ANAC n. 893 del 17 ottobre 2018), sicché risultano irrilevanti eventuali adempimenti tardivi dell'obbligazione contributiva (Cons. Stato, Sez. V, 29 maggio 2017, n. 2529). Inoltre, nella medesima Delibera, ANAC ha precisato che la *ratio* del requisito di cd. regolarità fiscale è? quella di tutelare la stazione appaltante, consentendo la partecipazione alle procedure ad evidenza pubblica solo agli operatori economici solvibili e solidi sotto il profilo finanziario, cioè che non presentino segnali di inaffidabilità tali da rendere incerta la capacità di corretta esecuzione delle opere o servizi loro affidati.

Nella citata delibera dell'Autorità n. 295 del 1 aprile 2020, risulta inoltre che, durante l'espletamento delle verifiche di cui all'art. 80 del Codice, l'Operatore Economico interessato avesse comunicato alla stazione appaltante di essere risultato debitore nei confronti di altro Comune per un tributo locale (TARI), ma di non avere dichiarato tale circostanza in sede di partecipazione alla gara in oggetto in quanto non ne era a conoscenza. Tuttavia, la stessa Impresa segnalava, con successiva nota, di aver provveduto a pagare il tributo TARI, allegando poi la relativa documentazione.

Il ruolo della S.A. risulta ancor di più rilevante in merito alla valutazione del comportamento adottato dall'Impresa per l'omesso pagamento delle imposte e tasse, ai sensi dell'art. 80, comma 4, del Codice, alla data di scadenza delle offerte, al momento dell'aggiudicazione, nonché nel corso dell'espletamento della procedura medesima e della data di eventuale stipula del contratto; pertanto, come chiarito prima, sul possesso dei requisiti di partecipazione senza soluzione di continuità.

Esaminando entrambi gli aspetti – cioè la violazione grave per aver omesso il pagamento dei tributi locali e l'avvenuto ravvedimento, anche se tardivo, da parte dell'Operatore Economico – occorre effettuare una riflessione attenta.

Con riferimento alla verifica circa l'adempimento degli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse di natura locale, è facilmente comprensibile come il sistema *AVCpass* è «da ritenersi irrilevante, poiché tale sistema è fisiologicamente destinato ad essere utilizzato solo nella fase di produzione delle dichiarazioni e non riguarda le successive verifiche svolte dalla Stazione appaltante, che non è vincolata alle risultanze del sistema *AVCpass*, peraltro superate dalle certificazioni (...). Come è noto, in ossequio ad un principio sostanzialistico in tema di possesso dei requisiti di partecipazione alle gare d'appalto, recentemente valorizzato, non può certo darsi prevalenza alle modalità meramente formali di verifica dei requisiti di partecipazione prescritti dalla *lex specialis*» (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 28 luglio 2016, n. 3421).

Ciò anche in considerazione di quanto previsto dall'art. 216, comma 13 del Codice, secondo il quale, nelle more dell'entrata in vigore della Banca Dati nazionale degli Operatori Economici, di cui all'art. 81, comma 2, del Codice, le S.A. utilizzeranno la banca dati *AVCPass*. Per quanto riguarda i controlli sulla regolarità fiscale, come precisato nella Delibera ANAC del 1 aprile 2020, l'art. 5, comma 2, della Delibera ANAC n. 157 del 17 febbraio 2016 (recante "Attuazione dell'art. 6-bis del d.lgs. 163/2006 introdotto dall'art. 20, comma 1, lettera a), legge

n. 35 del 2012 - aggiornamento della Deliberazione 20 dicembre 2012, n. 111”), la documentazione di comprova e? costituita dalla “comunicazione di regolarita? fornita dall’Agenzia delle Entrate secondo quanto specificato nella tabella di approfondimento allegata alla delibera (stessa)”); tra i codici tributo elencati nella predetta tabella non sono, tuttavia, contemplati quelli relativi ai tributi locali, quali IMU, TASI, TARI, IMIS, TOSAP e altri. Anche nella relazione di accompagnamento alla citata Delibera viene evidenziato che “I codici tributo individuati comprendono esclusivamente i debiti per imposte e tasse (esclusi conseguentemente interessi, sanzioni ed oneri diversi) gestiti dall’Agenzia delle entrate ed oggetto di riscossione nazionale”.

Tuttavia, rispetto alle violazioni “definitivamente accertate”, cioe? contenute in una sentenza o in un atto amministrativo non piu? soggetti ad impugnazione, nel parere di precontenzioso, di cui alla Delibera n. 295 del 1 aprile 2020, l’Autorità precisa che «merita evidenziare che, secondo la normativa applicabile *ratione temporis* alla procedura in epigrafe non puo? prescindere dalla sussistenza di un accertamento definitivo riferito ad una violazione fiscale e/o tributaria superiore ad € 5.000,00, in quanto (anche dopo l’avvio della procedura di infrazione n. 2018/2273) la previsione di cui all’art. 57, par. 2 della direttiva 2014/24/UE (che permette alle stazioni appaltanti di valutare anche l’esistenza di debiti non ancora definitivi, sulla base di un prudente apprezzamento e attraverso una causa di esclusione di tipo facoltativo) non e? stata recepita nel nostro ordinamento, non essendo stata, peraltro, convertita dalla L. 14 giugno 2019, n. 55 la previsione originariamente introdotta dall’art. 1, comma 1, lett. n) n. 4) del d.l. n. 31/2019 (cd. Sblocca- cantieri) secondo la quale “un operatore economico puo? essere escluso dalla partecipazione a una procedura d’appalto se la stazione appaltante e? a conoscenza e puo? adeguatamente dimostrare che lo stesso non ha ottemperato agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse o dei contributi previdenziali non definitivamente accertati” (cfr. C.G.A.R.S., 16 agosto 2019, n. 758). Inoltre, pare opportuno evidenziare che locuzione ampia utilizzata dal legislatore “imposte e tasse” (speculare a quella contenuta nell’art. 57, par. 2, della direttiva 2014/24/UE) non opera un distinguo tra tributi nazionali e locali, escludendo la rilevanza dei soli carichi extra-tributari».

In tale prospettiva, la P.A. può esercitare una facoltà di approfondimento istruttorio per assolvere compiutamente all’obbligo di verifica dei requisiti, richiedendo ed ottenendo ulteriori certificazioni oltreché da parte dell’Agenzia delle Entrate, anche da parte degli Enti territoriali, ravvisando che tale scelta sia rilevante ai fini di una verifica della sussistenza del requisito di cui all’art. 80, comma 4 del Codice dei Contratti Pubblici, e ragguardevole ai fini di una possibile esclusione dell’O.E., trattandosi di “*gravi violazioni 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*”.

«Ove, invece (precisa ANAC), non sussista detta evidenza documentale, cioe? in mancanza di un atto di certificazione e/o attestazione assistiti da pubblica fede ex art. 2700 c.c. rilasciato da un pubblico ufficiale dell’ente creditore, si ritiene che la stazione appaltante non sia legittimata ad escludere un operatore economico dalla gara. Cio? vale anche nel caso in cui la stazione appaltante dubiti della regolarita? fiscale di un’impresa, alla data di scadenza delle offerte, ma, ai sensi degli artt. 81, 86 e 216, comma 13 del Codice, non disponga dei documenti per comprovare detta irregolarita?».

OGGETTO: Istanza singola di parere di precontenzioso ex art. 211, comma 1, del d.lgs. n. 50/2016 presentata da Comune di Ceglie Messapica (Comune capofila ARO 1 BR) – Procedura telematica aperta per l'affidamento del servizio di raccolta e trasporto dei RSU classificato come “verde” ai sensi del d.m. del 13/02/2014 nei Comuni appartenenti all'ARO 1 Brindisi Ovest e gestione del centro pubblico di selezione e valorizzazione delle differenziate secche di Francavilla Fontana - Importo a base d'asta: euro 162.591.275,50 – S.A.: Comune di Ceglie Messapica (Comune capofila ARO 1 BR).

PREC 37/2020/S

Requisito della regolarita? fiscale – Omesso versamento di un tributo locale – Ratio.
Requisito della regolarita? fiscale – Omesso versamento di un tributo locale – Verifica -
Comunicazione di regolarita? fiscale fornita dall'Agenzia delle Entrate tramite sistema
AVCPass – Non li comprende - Esclusione dell'operatore dalla gara – Condizioni.

In relazione al requisito della regolarita? fiscale, di cui all'art. 80, comma 4, del Codice, il legislatore utilizzando la locuzione ampia “*imposte e tasse*” (speculare a quella contenuta nell'art. 57, par. 2, della direttiva 2014/24/UE) non opera un distinguo tra tributi nazionali e locali, escludendo la rilevanza dei soli carichi extra-tributari. Dunque, non puo? a priori escludersi che anche dal mancato pagamento di un tributo locale, laddove grave e (stando alla formulazione vigente del comma 4 dell'art. 80) accertato in via definitiva, sia desumibile una situazione di mancanza di solidita? finanziaria e di solvibilita? dell'operatore, tale da pregiudicarne la credibilita? ed affidabilita? necessarie per concorrere ad una procedura ad evidenza pubblica e per eseguire correttamente l'appalto affidato, al pari dell'omesso pagamento di tributo di competenza statale.

Ai fini della verifica del requisito di regolarita? fiscale, poiche? la comunicazione fornita dall'Agenzia delle Entrate (tramite sistema AVCPass) non comprende i tributi di riscossione locale, la cui gestione e? di competenza esclusiva degli enti locali, e? rimesso alle singole stazioni appaltanti valutare la regolarita? fiscale dei concorrenti con riferimento al corretto pagamento dei tributi locali, anche promuovendo forme di collaborazione ed interscambio dati con altri enti locali, per controllare la regolarita? di imprese non del luogo. In ogni caso, l'omesso pagamento di imposte o tasse locali puo? integrare la causa di esclusione di cui all'art. 80, comma 4, del Codice solo nel caso in cui la stazione appaltante abbia oggettiva e documentata evidenza della gravita? della violazione fiscale e dell'accertamento effettuato dall'ente competente alla gestione del tributo.

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

Delibera n. 295 del 1 aprile 2020

Il Consiglio

VISTA l'istanza di parere, acquisita al prot. n. 10638 del 7 febbraio 2020, con la quale il Comune di Ceglie Messapica (Comune capofila dell'Ambito di Raccolta Ottimale A.R.O. 1 Brindisi Ovest) ha chiesto all'Autorità se l'omesso versamento di un tributo locale nei confronti di altro Comune integri la causa di esclusione prevista dall'art. 80, comma 4, del Codice (irregolarità fiscale), nonché quella di cui all'art. 80, comma 12, del Codice (falsa dichiarazione), nel caso in cui dalla comunicazione fornita dall'Agenzia delle Entrate, tramite il sistema AVCPass, non risulti una situazione di irregolarità fiscale a carico dell'operatore economico;

RILEVATO che l'istante ha esposto che alla procedura in oggetto ha partecipato solo la società Monteco S.r.l. (nonché precedente gestore), in favore della quale la Commissione giudicatrice ha proposto di aggiudicare la gara (cfr. verbale del 3.01.2020). Nel corso dell'espletamento delle verifiche di cui all'art. 80 del Codice, con nota del 14.01.2020, tale società ha comunicato alla stazione appaltante di essere risultata debitrice nei confronti del Comune di Brindisi (non appartenente all'A.R.O. 1 BR) di un tributo locale (TARI dell'anno 2013), ma di non avere dichiarato tale circostanza in sede di partecipazione alla gara in oggetto in quanto non ne era a conoscenza. La Monteco – nella richiamata comunicazione – ha altresì rappresentato di essere venuta a conoscenza del predetto debito solo in occasione della partecipazione ad una gara indetta dal medesimo Comune di Brindisi, dalla quale è stata esclusa, ai sensi dell'art. 80, comma 12, del Codice, per avere falsamente dichiarato di essere in regola con il pagamento di imposte e tasse. Con successiva nota (acquisita dal Comune istante in data 29.01.2020), la società ha allegato la documentazione comprovante l'avvenuto pagamento del tributo TARI, avvenuto in data 23.12.2019. Nell'istanza di precontenzioso, il Comune di Ceglie Messapica ha fatto presente di avere verificato, tramite il sistema AVCPass, la situazione di regolarità fiscale della Monteco, sia in data antecedente al pagamento della TARI che in data successiva, e di avere ricevuto in entrambi i casi una comunicazione positiva (con esito informativo "soggetto non inadempiente"), precisando che a carico della società non risultano annotazioni sul Casellario informatico ANAC. Pertanto, la stazione appaltante ha chiesto se, ai fini delle verifiche di regolarità fiscale, rilevi solo il pagamento di imposte e tasse rientranti nella comunicazione rilasciata dall'Agenzia delle Entrate, tramite sistema AVCPass, oppure se occorra interpellare anche altri enti impositori presenti sul territorio per le entrate di propria spettanza e se le circostanze esposte dalla società, nella comunicazione del 14.01.2020, integrino o meno le cause di esclusione di cui all'art. 80, commi 4 e 12, del Codice;

VISTO l'avvio del procedimento, comunicato alle parti con nota prot. n. 14018 del 19 febbraio 2020;

VISTA la documentazione in atti, nonché la memoria di Monteco S.r.l. acquisita al prot. n. 15540 del 25.02.2020, nella quale è stato ribadito di essere venuta a conoscenza del proprio debito nei confronti del Comune di Brindisi solo dopo la presentazione dell'offerta nella presente procedura, di avere immediatamente corrisposto l'importo appena comunicatogli e di avere contestato dinanzi al TAR Puglia l'esclusione disposta dal Comune di Brindisi per diversi motivi (difetto della notifica dell'avviso di accertamento, assenza della gravità della violazione, assenza della natura tributaria della TARI), precisando che la valenza dell'esclusione disposta dal Comune di Brindisi andrebbe circoscritta a quella specifica gara

ed allegando, a comprova della propria situazione di regolarità fiscale, un certificato cronologico rilasciato dall'Agenzia delle Entrate attestante l'insussistenza di debiti tributari nell'arco temporale di riferimento, nonché una certificazione rilasciata in data 3.02.2020, sempre dall'Agenzia delle Entrate, da cui si evince che non risultano carichi pendenti definitivamente accertati a proprio carico;

PREMESSO che - tramite consultazione del portale del Comune di Brindisi - è stato rilevato che, con determinazione n. 125 del 27.11.2019, il Comune di Brindisi ha escluso la Monteco S.r.l. dalla procedura di gara indetta con determina n. 153 del 21.0.19, ai sensi dell'art. 80, comma 12, del Codice, a fronte dell'omessa dichiarazione della pendenza tributaria nei propri confronti. Dalla citata determinazione, si evince che il Settore Servizi Finanziari di quel Comune ha accertato che in data 21.10.2016 era stato notificato alla ditta Monteco l'avviso di accertamento n. 1216 del 17.10.2016 per il tributo TARI 2013 (pari ad € 20.191,00) che risultava inevaso e non contestato dalla società?, mentre nel DGUE presentato in sede di gara non era stata dichiarata alcuna pendenza tributaria;

CONSIDERATO che gli effetti della dichiarazione falsa e/o omissiva resa dalla società? nell'ambito di un'altra gara – al di fuori delle ipotesi in cui l'impresa risulti iscritta nel casellario informatico dell'ANAC, ai sensi della lett. f-ter) del comma 5 dell'art. 80 (non sussistente nel caso di specie) – rimangono circoscritti alla gara nel cui ambito è stata prodotta la dichiarazione (cfr. di recente Delibera ANAC n. 1210 del 18 dicembre 2019, ove viene precisato che *“Resta, (...) , preclusa alle stazioni appaltanti la possibilità di valutare autonomamente, ai fini escludenti, la condotta di un concorrente il quale abbia reso false e/o omissive dichiarazioni nell'ambito di una precedente gara e non sia stato iscritto nell'indicato casellario, fatta salva ovviamente l'ipotesi in cui perduri, al momento della procedura in corso, la circostanza escludente cui si riferiva l'originaria falsità? (Cons. Stato, sez. V, 27 settembre 2019, n. 6490). Tanto al fine di evitare la duplicazione degli effetti sanzionatori connessi alla presentazione di una falsa dichiarazione ovvero la produzione di effetti a strascico, quando la mancanza del requisito richiesto nella precedente gara sia stata nel frattempo sanata dall'operatore economico ovvero il requisito stesso non sia richiesto (o richiesto sotto altre forme) nelle successive gare”*);

RITENUTO, dunque, che il provvedimento di esclusione adottato dal Comune di Brindisi (la cui legittimità verrebbe accertata dal TAR Puglia all'esito del giudizio incardinato dalla società?) non produca un effetto “a strascico” nella presente procedura; occorre, invece, che la stazione appaltante valuti, indipendentemente da quanto effettuato da altra Amministrazione nell'ambito di altra gara, se la società? aggiudicataria sia in regola con il pagamento delle imposte e tasse, ai sensi dell'art. 80, comma 4, del Codice, alla data di scadenza delle offerte (24.10.2019), al momento dell'aggiudicazione, nonché nel corso dell'espletamento della procedura medesima e della data di eventuale stipula del contratto (sulla necessità del possesso dei requisiti di partecipazione senza soluzione di continuità? cfr. *ex multis* Cons. Stato, Ad. Plen. n. 8 del 20 luglio 2015; Deliberazione ANAC n. 337 del 10 aprile 2019; Deliberazione ANAC n. 893 del 17 ottobre 2018);

CONSIDERATO che la *ratio* del requisito di cd. regolarità fiscale è quella di tutelare la stazione appaltante, consentendo la partecipazione alle procedure ad evidenza pubblica solo

agli operatori economici solvibili e solidi sotto il profilo finanziario, cioè che non presentino segnali di inaffidabilità tali da rendere incerta la capacità di corretta esecuzione delle opere o servizi loro affidati. Con riferimento alle violazioni concernenti gli obblighi relativi al pagamento delle imposte o delle tasse, la formulazione vigente dell'art. 80, comma 4, del Codice precisa che l'esclusione opera solamente in caso di: *i*) violazioni gravi, cioè di importo superiore alla soglia di cui all'art. 48-bis, commi 1 e 2-bis, del d.P.R. n. 602/1973 (vale a dire superiore ad € 5.000,00 in seguito alla modifica apportata con l'art. 1, comma 986 della L. n. 205/2017); *ii*) violazioni “definitivamente accertate”, cioè contenute in una sentenza o in un atto amministrativo non più soggetti ad impugnazione. Rispetto a quest'ultimo requisito, merita evidenziare che, secondo la normativa applicabile *ratione temporis* alla procedura in epigrafe (il cui bando è stato pubblicato il 26.07.2019) non può prescindere dalla sussistenza di un accertamento definitivo riferito ad una violazione fiscale e/o tributaria superiore ad € 5.000,00, in quanto (anche dopo l'avvio della procedura di infrazione n. 2018/2273) la previsione di cui all'art. 57, par. 2 della direttiva 2014/24/UE (che permette alle stazioni appaltanti di valutare anche l'esistenza di debiti non ancora definitivi, sulla base di un prudente apprezzamento e attraverso una causa di esclusione di tipo facoltativo) non è stata recepita nel nostro ordinamento, non essendo stata, peraltro, convertita dalla L. 14 giugno 2019, n. 55 la previsione originariamente introdotta dall'art. 1, comma 1, lett. n) n. 4) del d.l. n. 31/2019 (cd. Sblocca-cantieri) secondo la quale “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” (cfr. C.G.A.R.S., 16 agosto 2019, n. 758). Inoltre, pare opportuno evidenziare che locuzione ampia utilizzata dal legislatore “imposte e tasse” (speculare a quella contenuta nell'art. 57, par. 2, della direttiva 2014/24/UE) non opera un distinguo tra tributi nazionali e locali, escludendo la rilevanza dei soli carichi extra-tributari;

CONSIDERATO che, ai fini della comprova del requisito di regolarità fiscale, secondo l'art. 86, comma 2, lett. b) del Codice, la stazione appaltante considera come mezzo di prova “sufficiente” la certificazione rilasciata dall'amministrazione fiscale competente. Al riguardo, la giurisprudenza (cfr. *ex multis* Cons. Stato, sez. IV, 15 dicembre 2014, n. 6157) ha precisato che “i documenti rilasciati dall'Autorità competenti *ratione officii* relativamente alla posizione delle ditte concorrenti alle pubbliche gare (...) in materia di pagamento di imposte e tasse e contributi previdenziali e assistenziali, quanto alla loro natura, si qualificano come atti di certificazione e/o attestazione assistiti da pubblica fede ex art.2700 c.c. e facenti prova fino a querela di falso (Cons. Stato Sez. IV 17/5/2013 n.2682; *idem* 2/3/2009 n. 1458)”. Inoltre, a fronte di un'attestazione negativa di regolarità fiscale, rilasciata dall'Agenzia delle Entrate, la stazione appaltante è vincolata a disporre l'esclusione, senza che le sia consentito un apprezzamento autonomo (cfr. TAR Lazio, Roma, sez. III, 22 gennaio 2019, n. 810; Cons. Stato, sez. V, 12 febbraio 2018, n. 856; Id., 21 giugno 2012, n. 3663; Id., 18 gennaio 2011, n. 789; Determinazione ANAC n. 1 del 16 maggio 2012);

CONSIDERATO che, ai sensi dell'art. 216, comma 13, del Codice, fino all'entrata in vigore della Banca Dati Nazionale degli Operatori Economici di cui all'art. 81, comma 2, del Codice, le stazioni appaltanti devono utilizzare la banca dati AVCPass (*Authority Virtual Company Passport*) istituita presso l'ANAC per la verifica dei requisiti in capo agli operatori economici.

Per quanto riguarda i controlli sulla regolarità fiscale, l'art. 5, comma 2, della Delibera ANAC n. 157 del 17 febbraio 2016 (recante *“Attuazione dell'art. 6-bis del dlgs 163/2006 introdotto dall'art. 20, comma 1, lettera a), legge n. 35 del 2012 - aggiornamento della Deliberazione 20 dicembre 2012, n. 111”*) stabilisce che la documentazione di comprova è costituita dalla *“comunicazione di regolarità fornita dall'Agenzia delle Entrate secondo quanto specificato nella tabella di approfondimento allegata alla presente delibera”*; tra i codici tributo elencati nella predetta tabella non sono, tuttavia, contemplati quelli relativi ai tributi locali, quali IMU, TASI, TARI, IMIS, TOSAP e altri. Anche nella relazione di accompagnamento alla citata Delibera viene evidenziato che *“I codici tributo individuati comprendono esclusivamente i debiti per imposte e tasse (esclusi conseguentemente interessi, sanzioni ed oneri diversi) gestiti dall'Agenzia delle entrate ed oggetto di riscossione nazionale”*;

RILEVATO che (come evidenziato dal Comune istante) la comunicazione di regolarità fiscale fornita dall'Agenzia delle Entrate, tramite AVCPass, non comprende i tributi di riscossione locale, come la tassa rifiuti (TARI), anche se quest'ultima – diversamente da quanto affermato dalla società - ha certamente natura tributaria (cfr. Cass., 11.04.2019, n. 10156). Più nel dettaglio, per quanto riguarda i tributi di pertinenza di comuni e province, ad eccezione dell'addizionale comunale all'IRPEF e dell'imposta sui premi delle assicurazioni RC AUTO (imposte per le quali, l'Agenzia delle Entrate si occupa anche di verificare la correttezza dei pagamenti, in quanto riceve e gestisce le relative dichiarazioni presentate da contribuenti e sostituti d'imposta), la gestione degli altri tributi (quali IMU, TASI e tassa rifiuti, TOSAP/COSAP, imposta sulla pubblicità, imposta di soggiorno e imposta di scopo) è di esclusiva competenza degli enti locali, mentre l'attività dell'Agenzia delle Entrate si esaurisce con il riversamento del gettito spettante e la trasmissione delle informazioni analitiche dei pagamenti effettuati agli enti medesimi, ai fini dell'attività di controllo svolta da questi ultimi;

RITENUTO che non possa a priori escludersi che anche dal mancato pagamento di un tributo locale, laddove grave e (stando alla formulazione vigente del comma 4 dell'art. 80) accertato in via definitiva, sia desumibile una situazione di mancanza di solidità finanziaria e di solvibilità dell'operatore, tale da pregiudicarne la credibilità ed affidabilità necessarie per concorrere ad una procedura ad evidenza pubblica e per eseguire correttamente l'appalto affidato, al pari dell'omesso pagamento di tributo di competenza statale (cfr. Cons. Stato, sez. V, 1° dicembre 2003, n. 7836 con riferimento al mancato pagamento di una cartella esattoriale relativa alla TARSU, in quel caso ritenuta non idonea a pregiudicare la situazione di regolarità fiscale dell'impresa perché tempestivamente impugnata);

RITENUTO, tuttavia, che, in mancanza di una disposizione legislativa che oneri le stazioni appaltanti di acquisire una comunicazione ulteriore rispetto alla comunicazione dell'Agenzia delle Entrate ricavata tramite AVCPass (ai sensi degli artt. 81, comma 2 e 216, comma 13, del Codice) ovvero dell'introduzione, nell'ambito di quest'ultimo sistema, di nuovi codici tributo, sia rimesso alle singole stazioni appaltanti valutare la regolarità fiscale dei concorrenti con riferimento al corretto pagamento dei tributi locali, anche promuovendo forme di collaborazione ed interscambio dati con altri enti locali, per controllare la regolarità di imprese non del luogo;

RITENUTO che, in ogni caso, la violazione degli obblighi di pagamento di imposte o tasse

locali possa integrare la causa di esclusione di cui all'art. 80, comma 4, del Codice solo nel caso in cui la stazione appaltante abbia oggettiva e documentata evidenza della gravità della violazione fiscale e dell'accertamento effettuato dall'ente competente alla gestione del tributo. Ove, invece, non sussista detta evidenza documentale, cioè in mancanza di un atto di certificazione e/o attestazione assistiti da pubblica fede ex art. 2700 c.c. rilasciato da un pubblico ufficiale dell'ente creditore, si ritiene che la stazione appaltante non sia legittimata ad escludere un operatore economico dalla gara. Ciò vale anche nel caso in cui la stazione appaltante dubiti della regolarità fiscale di un'impresa, alla data di scadenza delle offerte, ma, ai sensi degli artt. 81, 86 e 216, comma 13 del Codice, non disponga dei documenti per comprovare detta irregolarità.

Alla luce delle considerazioni sopra esposte,

Il Consiglio

Ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che, poiché la comunicazione di regolarità fiscale fornita

dall'Agenzia delle Entrate (tramite sistema AVCPass) non comprende i tributi di riscossione locale, la cui gestione è di competenza esclusiva degli enti locali, la violazione degli obblighi di pagamento di imposte o tasse locali possa rilevare in senso escludente nel solo caso in cui la stazione appaltante abbia oggettiva e documentata evidenza della gravità della violazione fiscale e dell'accertamento effettuato dall'ente competente alla gestione del tributo, ai sensi di cui all'art. 80, comma 4, del Codice.

Il Presidente f.f.

Francesco Merloni

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 15 aprile 2020

Per il Segretario Rosetta Greco

Il Segretario Generale Angela Lorella Di Gioia