

## La corretta interpretazione dell'art. 80, comma 4, d.l. n. 50/2016 a seguito della modifica legislativa apportata dal d.l. n. 76/2020, come modificato dalla l. n. 120/2020

di Giusy Casamassima

Data di pubblicazione: 16-3-2022

*E' preferibile l'orientamento che consente all'operatore economico di partecipare alla procedura di gara con la sola presentazione di valida istanza di rateizzazione del debito tributario prima della scadenza del termine per la presentazione delle offerte.*

### Guida alla lettura

Con la **pronuncia n. 942** dello scorso 9 febbraio la **V Sezione del Consiglio di Stato** si è soffermata sulla **questione interpretativa dell'art. 80, comma 4, d.lgs. n. 50/2016** nella parte in cui (nell'attuale formulazione) prevede che: *"Il presente comma [ovvero la causa di esclusione per irregolarità tributaria e previdenziale] 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"*. In particolare, posto che l'istanza di rateizzazione costituisce un impegno vincolante al pagamento dei contributi previdenziali, il dubbio interpretativo è **se affinché l'impegno possa dirsi perfezionato sia sufficiente una valida istanza di rateizzazione ovvero sia necessario che l'istanza sia accolta dall'ente creditore**.

Nella vigenza del vecchio codice dei contratti pubblici (d.lgs. 12 aprile 2016, n. 163), l'**Adunanza plenaria con la sentenza 5 giugno 2013, n. 15** ha risolto un contrasto giurisprudenziale tra diversi orientamenti nel senso che **"non è ammissibile la partecipazione alla procedura di gara, ex art. 38, comma 1, lett. g, del codice dei contratti pubblici, del soggetto che, al momento della scadenza del termine di presentazione della domanda di partecipazione, non abbia conseguito il provvedimento di accoglimento dell'istanza di rateizzazione"**.

La sentenza appena citata, a parere della Suprema Corte, **non è utile a risolvere la questione oggetto di analisi poiché riferita ad un quadro normativo diverso**: l'art. 38, comma 1, lett. g) del vecchio codice dei contratti pubblici, infatti, prevedeva quale causa di esclusione la situazione di irregolarità tributaria o contributiva senza possibilità di invocare l'esimente dell'assunzione di impegno al pagamento dei debiti (questo il testo: sono esclusi

gli operatori “che hanno commesso violazioni gravi, definitivamente accertate, rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse, secondo la legislazione italiana o quella dello Stato in cui sono stabiliti”; negli stessi termini disponeva la lettera i) per le violazioni tributarie); tanto è vero che il contrasto risolto dall’Adunanza plenaria s’era formato su questione diversa da quella in esame, vale a dire sulla possibilità di ritenere “definitivamente accertata” la violazione in caso di presentazione di istanza di rateizzazione.

Nondimeno, anche nella vigenza del nuovo codice dei contratti pubblici, la giurisprudenza si è pronunciata, esaminando, tuttavia, il dato normativo, nella precedente formulazione, per la quale si richiedeva che l’impegno vincolante fosse “formalizzato” (e, dunque, non “perfezionato” come ora stabilito) prima della scadenza del termine per la presentazione delle domande (la modifica legislativa si è avuta con l’art. 8, d.l. 16 luglio 2020, n. 76, conv. in l. 11 settembre 2020, n. 120 con applicabilità alle procedure indette alla data di entrata in vigore del decreto legge; in precedenza, pertanto, la disposizione aveva il seguente tenore: “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, purchè il pagamento o l’impegno siano stati formalizzati anteriormente alla scadenza del termine per la presentazione delle domande”). Gli esiti, anche in questo caso, non sono stati univoci: a fronte di un orientamento per il quale **condizione di inapplicabilità della causa di esclusione dell’irregolarità contributiva e tributaria era l’accoglimento dell’istanza** (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 18 marzo 2019, n. 1753, *Id.*, 19 febbraio 2018, n. 1028), altre pronunce si sono espresse nel senso della **sufficienza della sola presentazione di istanza formale prima della scadenza del termine per la presentazione delle offerte in gara**(così Cons. Stato, Sez. V, 10 settembre 2019, n. 1753; *Id.*, 2 luglio 2017, n. 4039).

Con la decisione in commento il Collegio ritiene che sia **preferibile l’orientamento che consente all’operatore economico di partecipare alla procedura di gara con la sola presentazione di valida istanza di rateizzazione del debito tributario prima della scadenza del termine per la presentazione delle offerte**. Militano in questo senso diverse considerazioni. Su tutte, la Corte rileva che **il dato letterale non è d’ostacolo**: l’art. 80, comma 4, ult. periodo prevede che prima della scadenza del termine per la presentazione delle domande sia “perfezionato” l’impegno vincolante al pagamento; il perfezionamento – riferito dalla norma all’impegno vincolante e non alla procedura amministrativa che conduce alla dilazione dei termini di pagamento (art. 19, d.P.R. 29 settembre 1973, n. 602) – può dirsi compiuto con la trasmissione di valida istanza di rateizzazione. Va aggiunto che, come in precedenza accennato l’art. 80, comma 4, ultimo periodo, è stato modificato (dal d.l. n. 76 del 2020) in duplice senso: a) con la previsione, tra le situazioni di inapplicabilità della causa di esclusione per irregolarità tributaria e contributiva, dell’integrale estinzione del debito, oltre all’assunzione di impegno vincolante al pagamento e al pagamento stesso; b) con la precisazione che i motivi di inapplicabilità devono essersi “perfezionati” anteriormente alla scadenza del termine di presentazione della domanda, laddove, in precedenza era usato il termine “formalizzata”.

Orbene, è proprio **la duplice contestuale modifica che induce a ritenere che l’utilizzo del**

**termine “perfezionati” al posto di “formalizzati” si sia reso necessario per comprendere con unica locuzione verbale l’esito richiesto (come necessario all’ammissione) di tutte le vicende prima richiamate e così del “pagamento”, del “l’impegno vincolate” e dell’ “estinzione”; la modifica normativa non è, invece, ragione decisiva per dire ora necessario per volontà di legge che all’impegno vincolante assunto dal debitore segua l’accettazione dell’ente creditore.**

I Giudici affermano altresì che a voler condizionare l’ammissione dell’operatore economico che abbia presentato istanza di rateizzazione del debito tributario o contributivo all’accoglimento della domanda da parte dell’ente creditore si finisce per far dipendere la sorte dell’impresa (nella procedura evidenziale) da un evento sul quale la stessa non ha alcun potere di intervento e che può sopraggiungere anche a distanza di tempo dal momento di presentazione; è vero che l’impresa irregolare, in vista della partecipazione ad una procedura di gara, potrebbe per tempo e, comunque, con ogni premura consentita, richiedere la rateizzazione e assicurarsi, così, che questa sia assentita in tempo utile per presentare offerta, ma, in realtà, anche in questi casi nulla esclude che possano verificarsi intoppi formali o rallentamenti procedurali che possano determinare un eccessivo ed imprevedibile allungamento dei tempi per l’accoglimento della istanza di rateizzazione.

Ancora, si aggiunge che, **se è vero che la logica sottesa alla previsione dell’automatica esclusione dell’operatore economico incorso in una violazione contributiva o tributaria** (sia pur a determinate condizioni di “gravità”) **è anche quella di disincentivare condotte di violazione degli obblighi tributari e previdenziali mediante la previsione di una sanzione** – l’esclusione dalla procedura – per chi si renda colpevole di tali violazioni (secondo quanto evidenziato dalla già citata sentenza della Plenaria n. 15/2013 e, più recentemente, ribadito da Cons. Stato, Sez. V, 23 agosto 2019, n. 5819), **è pur vero che la previsione del limite all’operatività dell’esclusione per il caso di assunzione dell’impegno vincolante al pagamento dei tributi e contributi** (come anche pagando direttamente) **vale come incentivo ad adempiere tempestivamente ai propri obblighi** (consentendo al Fisco e agli enti previdenziali il recupero delle somme inevase).

In questa ottica, dunque, sostiene il Consesso che **la presentazione di valida istanza di rateizzazione costituisce realizzazione della predetta finalità; l’accoglimento della stessa da parte dell’ente creditore e il pagamento delle rate consentirà all’operatore economico di conservare il requisito generale per tutto il corso della procedura (e nella fase di esecuzione, ove risulti aggiudicatario) sotto pena di esclusione in caso di definitiva reiezione della stessa (anche per il mancato pagamento delle rate).**

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

**in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 3699 del 2021, proposto da OMA Service s.r.l., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dall'avvocato Vito Aurelio Pappalepore, con domicilio digitale come da PEC tratta dai Registri di Giustizia;

***contro***

A.n.a.s. s.p.a., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dagli avvocati Monica Ortolano, Alessandro Tabarini e Fiorella Forziati, con domicilio digitale come da PEC tratta dai Registri di Giustizia;

I.n.p.s. - Istituto Nazionale di Previdenza Sociale, in persona del legale rappresentante, rappresentato e difeso dagli avvocati Antonietta Coretti, Emanuele De Rose, Lelio Maritato, Antonino Sgroi e Carla D'Aloisio, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Carla D'Aloisio in Roma, via Cesare Beccaria, 29;

***nei confronti***

Mancini s.r.l., non costituita in giudizio;

***per la riforma***

della sentenza breve del Tribunale amministrativo regionale per la Puglia (Sezione Seconda) n. 00597/2021, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Anas s.p.a. e dell'I.n.p.s.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 gennaio 2022 il Cons. Federico Di Matteo e preso atto delle richieste di passaggio in decisione depositate in atti dagli avvocati Pappalepore, Ortolano, Tabarini, Forziati e D'Aloisio;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO e DIRITTO**

1. Con lettera di invito del 10 settembre 2020 A.n.a.s. s.p.a. – Struttura territoriale Puglia indicava una procedura negoziata ex art. 36, comma 2, lett. b) d.lgs. n. 50 del 2016 per

l'affidamento dell'appalto dei "servizi di manutenzione ricorrente e non ricorrente, fornitura di pezzi di ricambio del parco automezzi e attrezzature operanti sulle SS.SS. di competenza della struttura territoriale Puglia – sedi di Bari, Foggia e Lecce", per un importo a base d'asta di € 180.000,00.

Il termine per la presentazione delle offerte era fissato al 28 settembre 2020.

1.1. All'esito delle operazioni di gara, con provvedimento del 14 ottobre 2020 prot. CDG-523350 OMA Service s.r.l. era dichiarata aggiudicataria con un ribasso del 42% sul listino prezzi case costruttrici e del 12% sui tempari ufficiali delle case costruttrici; l'aggiudicazione definitiva era subordinata alla verifica dell'assenza dei motivi di esclusione ex art. 80 d.lgs. n. 50 del 2016.

1.2. Consultato lo Sportello unico previdenziale, A.n.a.s. s.p.a. apprendeva dell'esistenza di irregolarità contributiva dell'aggiudicataria; richiedeva, pertanto, l'emissione di DURC per poter completare la fase di verifica.

Il DURC emesso, alla data (della richiesta) del 21 settembre 2020, indicava una situazione di irregolarità contributiva dell'operatore economico, per mancato versamento di contributi Inail pari ad € 2.227,05 e per mancato versamento di contributi Inps per € 119.471,43.

Con provvedimento del 15 gennaio 2021 A.n.a.s. disponeva, pertanto, la revoca dell'aggiudicazione disposta in favore di OMA Service s.r.l., l'escussione della garanzia provvisoria, lo scorrimento della graduatoria con conseguente aggiudicazione dell'appalto al secondo graduato Mancini s.r.l. e la segnalazione all'A.n.a.c..

Nel provvedimento di revoca era precisato che il DURC attestante posizione regolare, emesso il 21 febbraio 2020 e trasmesso il 16 ottobre 2020, non poteva essere ritenuto valido ai sensi dell'art. 8, comma 10, d.l. 76/2020 per aver l'Inps specificato che le stazioni appaltanti non potevano utilizzare DURC *on line* con validità prorogata per l'affidamento degli appalti e, per altro verso, che la richiesta di rateizzazione presentata dall'operatore economico all'Inps non consentiva di superare la situazione di irregolarità contributiva in quanto l'istanza presentata il 3 settembre 2020 non era stata accolta, mentre quella del 14 novembre era stata accolta dall'ente previdenziale il 19 novembre 2020, oltre il termine di scadenza per la presentazione delle domande.

2. Con ricorso al Tribunale amministrativo regionale per la Puglia OMA Service s.r.l. impugnava il provvedimento di revoca dell'aggiudicazione sulla base di un unico articolato motivo con il quale assumeva l'illegittimità della revoca.

Sosteneva, infatti, di aver presentato offerta in situazione di regolarità contributiva giusta la proroga *ex lege* (dovuta allo stato di emergenza per Covid-19) del DURC rilasciato il 21 febbraio 2020 e di aver presentato istanza di rateizzazione prima della scadenza del termine di presentazione delle offerte, il 3 settembre 2020, accolta il 19 novembre 2021.

L'errore della stazione appaltante era stato ritenere che l'istanza del 3 settembre 2020 fosse

stata definitivamente rigettata e fosse stata, invece, accolta una seconda istanza del 14 novembre 2020, laddove, invece, unica era l'istanza presentata e gli invii di documentazione effettuati dalla società erano stati sollecitati dalle richieste dell'Inps, motivate, a loro volta, unicamente dall'erronea compilazione dei campi della domanda (e, precisamente, da *“complicazioni burocratiche derivanti da un mero conflitto di linguaggi e codici relativi al flusso c.d. UniEMens tra la richiesta di rateizzazione appartenente alla categoria “Covid19” e quella appartenente alla categoria “amministrativa”*).

2.1. Nella resistenza di A.n.a.s. s.p.a. e di I.n.p.s., il giudice di primo grado, con la sentenza della seconda sezione, del 9 aprile 2021, n. 597 respingeva il ricorso proposto.

Il tribunale:

- evidenziava come la ricorrente avesse, in realtà, presentato sette istanze di rateizzazione dal 3 settembre 2020, tutte respinte tranne l'ultima del 14 novembre 2020, e respinte, la prima, per mancata indicazione di tutte le gestioni in cui era maturato il debito da rateizzare (come da “Regolamento” di cui alla circolare Inps 108/13), le altre, per erronea classificazione dei debiti contributivi (l'impresa aveva erroneamente inserito anche i periodi per i quali aveva chiesto la sospensione Covid);

- ne traeva quale conseguenza l'impossibilità di accertare incidentalmente l'illegittimità del DURC negativo del 21 ottobre 2020, ferma l'inefficacia del DURC del 21 febbraio 2020 considerato il disposto dell'art. 8, comma 10, d.l. n. 76 del 2020 conv. in l. n. 120 del 2020.

3. Propone appello OMA Service s.r.l.; si sono costituiti l'A.n.a.s. s.p.a. e l'I.n.p.s. che hanno concluso per il rigetto dell'appello.

Le parti hanno depositato memorie ex art. 73, comma 1, cod. proc. Amm., cui sono seguite rituali repliche.

All'udienza del 20 gennaio 2022 la causa è stata assunta in decisione.

4. L'appellante, con unico motivo, censura la sentenza per *“Error in iudicando. Violazione ed erronea applicazione dell'art. 80 d.lgs. n. 50/2016. Violazione dei principi generali in tema di procedure di evidenza pubblica e di esercizio del potere di autotutela. Eccesso di potere per erronea presupposizione, illogicità manifesta, travisamento, carente ed erronea istruttoria, carente ed erronea motivazione. Illegittimità diretta e derivata”*; ripropone in forma critica alla sentenza di primo grado gli argomenti già svolti nel ricorso introduttivo del giudizio; sostiene:

- di essere stato in possesso di DURC regolare in quanto la validità del DURC del 21 febbraio 2020 era stata prorogata dall'art. 103, comma 2, d.l. n. 18/2020 nel testo approvato in sede di conversione in legge n. 27/2020 sino al 29 ottobre 2020 e ciò gli consentiva di poter partecipare alle procedure per l'affidamento di appalti pubblici;

- che, in ogni caso, alla data del 24 settembre 2020, sussistevano tutte le condizioni per l'accoglimento della istanza di rateizzazione del debito, avendo provveduto al versamento dei

contributi I.n.a.i.l. e di quelli relativi alla “gestione separata” I.n.p.s., con la conseguenza che l’ente previdenziale, identificati gli errori di compilazione, avrebbe dovuto solamente invitare a rettificare la domanda e non respingerla;

- che detti errori di compilazione, peraltro, non potevano giustificare il rigetto della domanda in presenza di tutti i requisiti richiesti per il suo accoglimento, considerato, peraltro, che le regole tecniche di compilazione non erano contenute in atti di valore normativo ovvero regolamentare, ma in atti interni dell’ente previdenziale;

- che la domanda di rateizzazione, comunque, era una sola e le richieste dell’Inps andavano qualificate come “*rettifiche e/o integrazioni documentali*” finalizzate a consentire l’accoglimento della richiesta di rateizzazione, come dimostrato dal fatto che tutte riguardavano lo stesso periodo di tempo; essa risultava essere stata presentata prima del termine ultimo per la presentazione delle offerte; l’I.n.p.s. si sarebbe dovuto astenere dall’adozione del DURC negativo prima della conclusione della procedura di rateizzazione, onde lo stesso doveva essere disapplicato o, comunque, dichiarato illegittimo dal giudice amministrativo in sede di accertamento incidentale;

- infine, quanto alla irregolarità nei versamenti all’I.n.a.i.l. - pur rilevata dal giudice di primo grado –, che la somma dovuta, ricalcolata in € 2.227,05, era stata integralmente corrisposta il 23 settembre 2020, per cui alcuna esposizione debitoria sussisteva alla data della presentazione della domanda di partecipazione alla procedura di gara.

5. Il motivo è fondato; la sentenza di primo grado va integralmente riformata.

5.1. Preliminarmente, va chiarito che, come risulta dai documenti versati in atti, OMA Service s.r.l. ha presentato la sua offerta quando si trovava in condizione di irregolarità contributiva, ma ha invocato l’esimente di cui all’art. 80, comma 4, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, a mente del quale la causa di esclusione della irregolarità tributaria e contributiva non si applica all’operatore economico che abbia assunto l’impegno vincolante a pagare le imposte o i contributi previdenziali dovuti; per giurisprudenza consolidata in tale fattispecie rientra anche l’istanza di rateizzazione.

5.2. Tale precisazione permette in primo luogo di definire esattamente le questioni da risolvere per addivenire alla soluzione della presente controversia, tra le quali non v’è quella della facoltà di A.n.a.s., in qualità di stazione appaltante, di discostarsi o meno dalle risultanze del DURC negativo acquisito il 20 ottobre 2020 (o, comunque, sindacarne il contenuto); l’emissione di DURC negativo, infatti, non vale quale causa di esclusione dell’operatore economico dalla procedura di gara, quante volte questi (di fatto rivelando egli stesso la propria irregolarità contributiva o tributaria) abbia dichiarato di essersi impegnato con istanza di rateizzazione al pagamento dei contributi previdenziali (o delle imposte tributarie) dovute.

Allo stesso modo, e per la stessa ragione, è irrilevante stabilire se il DURC emesso il 21 febbraio 2020 abbia conservato la sua validità, in virtù di proroga legislativa, anche per il tempo di svolgimento della procedura di gara, posto che, come si avrà modo di chiarire subito, l’istanza di rateizzazione è stata avanzata da OMA Service s.r.l. quando ancora non era

scaduto il termine di presentazione delle offerte.

5.3. Per quanto detto, quel che risulta decisivo è verificare, in punto di fatto, la tempestività dell'istanza di rateizzazione proposta da OMA Service s.r.l. rispetto alla scadenza del termine per la presentazione delle offerte e, in punto di diritto, se valga a consentire la partecipazione dell'operatore economico la sola presentazione dell'istanza o sia necessario anche l'avvenuto accoglimento della stessa da parte dell'ente creditore.

5.4. Dal primo punto di vista, invero, non ricorrono particolari dubbi; detto che il termine per la presentazione delle offerte era fissato al 28 settembre 2020, era tempestiva tanto l'istanza presentata il 3 settembre 2020, quanto, specialmente, quella presentata il 24 settembre 2020 e se della prima (e di quella immediatamente successiva del 18 settembre 2020) si può dire, come evidenziato dal giudice di primo grado, che sia(no) stata(e) "respinta", non avendo l'impresa considerato tutti i debiti maturati (e in particolare quelli relativi alla "gestione separata"), l'istanza del 24 settembre 2020 non è stata formalmente respinta (*id. est.* rigettata per assenza delle condizioni sostanziali di ammissibilità), avendo l'ente previdenziale richiesto una diversa compilazione dei campi del modello di domanda (o, per meglio dire, dei "codici" da "selezionare" come è dato intendere dalla lettura del documento, e come risulta confermato dal fatto che l'operatore che aveva esaminato la richiesta, si dichiarava disponibile a fornire chiarimenti, circostanza evidentemente incompatibile con la decisione di rigetto).

Per erronea compilazione dei codici non andava a buon fine anche la richiesta del 2 ottobre e quella del 23 ottobre 2020 (anche questa contenente invito a contattare l'ente per chiarimenti).

La rateizzazione era definitivamente accolta il 19 novembre 2020.

5.5. Definita la vicenda in fatto, è possibile procedere all'esame dell'unica questione giuridica rilevante ai fini del presente giudizio.

Si tratta di interpretare l'art. 80, comma 4, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 nella parte in cui (nell'attuale formulazione) prevede che: "*Il presente comma [ovvero la causa di esclusione per irregolarità tributaria e previdenziale, n.d.s.] 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, purchè l'estinzione, il pagamento o l'impegno si siano perfezionati anteriormente alla scadenza del termine per la presentazione delle domande*"; in particolare, posto che l'istanza di rateizzazione costituisce un impegno vincolante al pagamento dei contributi previdenziali, il dubbio interpretativo è se affinché l'impegno possa dirsi perfezionato sia sufficiente una valida istanza di rateizzazione ovvero sia necessario che l'istanza sia accolta dall'ente creditore.

Solo nel primo caso, infatti, OMA Service s.r.l., che ha presentato la sua istanza prima della scadenza del termine per la presentazione dell'offerte, ma ha ottenuto l'accoglimento quando questo era già spirato, può giustamente reclamare l'ammissione alla procedura di gara.

5.6. Nella vigenza del vecchio codice dei contratti pubblici (d.lgs. 12 aprile 2016, n. 163),

l'Adunanza plenaria con la sentenza 5 giugno 2013, n. 15 ha risolto un contrasto giurisprudenziale tra diversi orientamenti nel senso che *“non è ammissibile la partecipazione alla procedura di gara, ex art. 38, comma 1, lett. g, del codice dei contratti pubblici, del soggetto che, al momento della scadenza del termine di presentazione della domanda di partecipazione, non abbia conseguito il provvedimento di accoglimento dell’istanza di rateizzazione”*.

La sentenza dell'Adunanza plenaria, citata dalle appellate a sostegno delle proprie ragioni, non è utile a risolvere la questione posta in precedenza, poiché riferita ad un quadro normativo diverso: l'art. 38, comma 1, lett. g) del vecchio codice dei contratti pubblici, infatti, prevedeva quale causa di esclusione la situazione di irregolarità tributaria o contributiva senza possibilità di invocare l'esimente dell'assunzione di impegno al pagamento dei debiti (questo il testo: sono esclusi gli operatori *“che hanno commesso violazioni gravi, definitivamente accertate, rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse, secondo la legislazione italiana o quella dello Stato in cui sono stabiliti”* identicamente la lettera i) per le violazioni tributarie); tanto è vero che il contrasto risolto dall'Adunanza plenaria s'era formato su questione diversa da quella in esame, vale a dire sulla possibilità di ritenere *“definitivamente accertata”* la violazione in caso di presentazione di istanza di rateizzazione.

5.7. Nondimeno, anche nella vigenza del nuovo codice dei contratti pubblici, la giurisprudenza si è pronunciata, esaminando, tuttavia, il dato normativo, nella precedente formulazione, di cui subito si dirà, per la quale si richiedeva che l'impegno vincolante fosse *“formalizzato”* (e, dunque, non *“perfezionato”* come ora stabilito) prima della scadenza del termine per la presentazione delle domande (la modifica legislativa si è avuta con l'art. 8 d.l. 16 luglio 2020, n. 76 conv. in l. 11 settembre 2020, n. 120 con applicabilità alle procedure indette alla data di entrata in vigore del decreto legge; in precedenza, pertanto, la disposizione aveva il seguente tenore: *“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, purchè il pagamento o l'impegno siano stati formalizzati anteriormente alla scadenza del termine per la presentazione delle domande”*); gli esiti anche in questo caso non sono stati univoci: a fronte di un orientamento per il quale condizione di inapplicabilità della causa di esclusione dell'irregolarità contributiva e tributaria era l'accoglimento dell'istanza (cfr. Cons. Stato, sez. V, 18 marzo 2019, n. 1753, V, 19 febbraio 2018, n. 1028), altre pronunce si sono espresse nel senso della sufficienza della sola presentazione di istanza formale prima della scadenza del termine per la presentazione delle offerte in gara (cfr. Cons. Stato, sez. V, 10 settembre 2019, n. 1753; V, 2 luglio 2017, n. 4039).

5.8. Ritiene il Collegio che sia preferibile l'orientamento che consente all'operatore economico di partecipare alla procedura di gara con la sola presentazione di valida istanza di rateizzazione del debito tributario prima della scadenza del termine per la presentazione delle offerte.

Militano in questo senso diverse considerazioni.

5.8.1. Il dato letterale non è d'ostacolo.

L'art. 80, comma 4, ult. periodo d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 già precedentemente trascritto prevede che prima della scadenza del termine per la presentazione delle domande sia "*perfezionato*" l'impegno vincolante al pagamento.

Il perfezionamento – riferito dalla norma all'impegno vincolante e non alla procedura amministrativa che conduce alla dilazione dei termini di pagamento (art. 19 d.P.R. 29 settembre 1973, n. 602) – può dirsi compiuto con la trasmissione di valida istanza di rateizzazione.

Va aggiunto che, come in precedenza accennato l'art. 80, comma 4, ultimo periodo, è stato modificato (dal d.l. n. 76 del 2020) in duplice senso: a) con la previsione, tra le situazioni di inapplicabilità della causa di esclusione per irregolarità tributaria e contributiva, dell'integrale estinzione del debito, oltre all'assunzione di impegno vincolante al pagamento e al pagamento stesso e b) con la precisazione che i motivi di inapplicabilità devono essersi "*perfezionati*" anteriormente alla scadenza del termine di presentazione della domanda, laddove, in precedenza era usato il termine "*formalizzata*".

Proprio la duplice contestuale modifica, induce a ritenere che l'utilizzo del termine "*perfezionati*" al posto di "*formalizzati*" si sia reso necessario per comprendere con unica locuzione verbale l'esito richiesto (come necessario all'ammissione) di tutte le vicende prima richiamate e così del "*pagamento*", del "*l'impegno vincolate*" e dell' "*estinzione*"; la modifica normativa non è, invece, ragione decisiva per dire ora necessario per volontà di legge che all'impegno vincolante assunto dal debitore segua l'accettazione dell'ente creditore.

5.8.2. A voler condizionare l'ammissione dell'operatore economico che abbia presentato istanza di rateizzazione del debito tributario o contributivo all'accoglimento della domanda da parte dell'ente creditore, si finisce per far dipendere la sorte dell'impresa (nella procedura evidenziale) da un evento sul quale la stessa non ha alcun potere di intervento e che può sopraggiungere anche a distanza di tempo dal momento di presentazione; è vero che l'impresa irregolare, in vista della partecipazione ad una procedura di gara, potrebbe per tempo e, comunque, con ogni premura consentita, richiedere la rateizzazione ed assicurarsi, così, che questa sia assentita in tempo utile per presentare offerta, ma, in realtà, anche in questi casi nulla esclude che possano verificarsi intoppi formali o rallentamenti procedurali – come quelli verificatisi a danno dell'odierna appellante – che possano determinare un eccessivo ed imprevedibile allungamento dei tempi per l'accoglimento della istanza di rateizzazione.

5.8.3. Va aggiunto che, se è vero che la logica sottesa alla previsione dell'automatica esclusione dell'operatore economico incorso in una violazione contributiva o tributaria (sia pur a determinate condizioni di "*gravità*") è anche quella di disincentivare condotte di violazione degli obblighi tributari e previdenziali mediante la previsione di una sanzione – l'esclusione dalla procedura – per chi si renda colpevole di tali violazioni (secondo quanto evidenziato dalla già citata sentenza dell'Adunanza plenaria n. 15 del 2013 e più recentemente da Cons. Stato, sez. V, 23 agosto 2019, n. 5819), è pur vero che la previsione del limite all'operatività dell'esclusione per il caso di assunzione dell'impegno vincolante al pagamento dei tributi e contributi (come anche pagando direttamente) vale come incentivo ad adempiere

tempestivamente ai propri obblighi (consentendo al Fisco e agli enti previdenziali il recupero delle somme inevase).

In questa ottica, la presentazione di valida istanza di rateizzazione costituisce realizzazione della predetta finalità; l'accoglimento della stessa da parte dell'ente creditore e il pagamento delle rate consentirà all'operatore economico di conservare il requisito generale per tutto il corso della procedura (e nella fase di esecuzione, ove risulti aggiudicatario) sotto pena di esclusione in caso di definitiva reiezione della stessa (anche per il mancato pagamento delle rate).

5.9. In conclusione, OMA Service s.r.l., avendo presentato istanza di rateizzazione prima della scadenza del termine di presentazione delle domande, successivamente accolta dall'I.n.p.s., non poteva essere esclusa dalla procedura di gara trovandosi in una delle situazioni di inapplicabilità della causa di esclusione dell'irregolarità contributiva prevista dall'art. 80, comma 4, ult. per. d.lgs. n. 50 del 2016, l'assunzione di impegno vincolante al pagamento del debito contributivo.

Per completezza, va aggiunto che il debito I.n.a.i.l., cui pure la sentenza di primo grado ha fatto accenno, era stato adempiuto dalla società con versamento effettuato il 23 settembre 2010, anch'esso, dunque, estinto prima della scadenza del termine di presentazione delle offerte.

5.10. Fondato l'appello, ne segue la riforma della sentenza di primo grado con accoglimento del ricorso proposto da OMA Service s.r.l. e conseguente annullamento del provvedimento di revoca impugnato e successiva aggiudicazione a favore di Mancini s.r.l. individuato per scorrimento della graduatoria.

L'appellante ha proposto domanda di declaratoria di inefficacia del contratto "*eventualmente stipulato con l'aggiudicatario*"; nella memoria depositata in vista dell'udienza pubblica, A.n.a.s. s.p.a. ha allegato di aver stipulato il contratto di appalto con Mancini s.r.l. il 26 maggio 2021.

Considerato che con ordinanza cautelare 18 giugno 2021, n. 3305 la Sezione ha sospeso gli effetti esecutivi della sentenza, onde il contratto ha avuto esecuzione per meno di un mese, il Collegio ritiene che sussistano le condizioni per dichiarare inefficace il contratto d'appalto stipulato con OMA Service s.r.l. a far data dal 19 giugno 2021 ai sensi dell'art. 122 cod. proc. amm..

6. La controvertibilità delle questioni esaminate giustifica la compensazione delle spese di entrambi i gradi del giudizio tra tutte le parti in causa.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Puglia n. 597/2021, accoglie il ricorso di primo grado

di OMA Service s.r.l.; dichiara l'inefficacia del contratto stipulato tra A.n.a.s. s.p.a. e Mancini s.r.l..

Compensa tra tutte le parti in causa le spese del doppio grado del giudizio.

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