

Il requisito della regolarità fiscale dell'operatore economico nuovamente all'esame dell'Adunanza Plenaria

22
teme

L'Adunanza Plenaria, con la recente sentenza n. 7 del 24 aprile 2024, ha affermato alcuni importanti principi di diritto in ordine al requisito di regolarità fiscale, notoriamente necessario agli operatori economici per partecipare ed aggiudicarsi gare ad evidenza pubblica. Come è noto, ai sensi dell'art. 80, comma 4, del D.lgs. 50/2016 (previgente Codice dei contratti pubblici): "... 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". Le violazioni sono da ritenersi "gravi" quando: "...comportano un omesso pagamento di imposte e tasse superiore all'importo di cui all'articolo 48-bis, commi 1 e 2-bis¹, del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 602"², e sono "definitivamente accertate" se "...contenute in sentenze o atti amministrativi non più soggetti ad impugnazione"³. Analogamente, l'art. 94, comma 6, del nuovo Codice

dei contratti pubblici (Decreto Legislativo n. 36/2023), afferma che "... è inoltre escluso l'operatore economico che ha commesso violazioni gravi, definitivamente accertate, degli obblighi relativi al pagamento delle

imposte e tasse o dei contributi previdenziali, secondo la legislazione italiana o quella dello Stato in cui sono stabiliti. ..." rimandandosi ad apposito allegato al Codice quanto alla specifica individuazione delle gravi violazioni definitivamente accertate. La causa di esclusione in questione non è applicabile "... quando l'operatore economico

ha ottemperato ai suoi obblighi pagando o impegnandosi in modo vincolante a pagare le imposte o i contributi previdenziali dovuti, compresi eventuali interessi o sanzioni, oppure quando il debito tributario o previdenziale sia comunque integralmente estinto, purché l'estinzione, il pagamento o l'impegno si siano perfezionati anteriormente alla scadenza del termine di presentazione dell'offerta". Come ha avuto modo di ribadire nuovamente l'Adunanza Plenaria nella pronuncia in commento, il requisito in questione deve essere posseduto dal concorrente "in maniera continuativa", ossia a partire dal momento della presentazione dell'offerta alla stipula del contratto e poi ancora fino all'adempimento dell'obbliga-

zione contrattuale (principio già affermato in precedenza dall'Adunanza Plenaria n. 8 del 20 luglio 2015).

La pronuncia in esame - pur se resa con riferimento al precedente Codice Appalti - esprime principi di cui dovranno

Il concorrente che partecipa a una procedura di evidenza pubblica deve possedere "continuativamente" i requisiti di ammissione ed ha l'onere di dichiarare l'eventuale carenza di uno dei requisiti e di informare tempestivamente la stazione appaltante di qualsivoglia sopravvenienza tale da privarlo degli stessi

¹ Il TAR Campania, Napoli, sez. I, nella sent. 3 febbraio 2022, n. 775, ha precisato che, ai fini di detto limite, devono considerarsi anche gli importi di interessi e sanzioni; in tal senso, secondo i giudici, rileva l'art. 3, comma 3, del Decreto del MEF 18 gennaio 2008, n. 40, "Modalità di attuazione dell'art. 48-bis del d.P.R. 29 settembre 1973, n. 602", secondo cui la segnalazione rivolta alle Amministrazioni che ne facciano richiesta, quindi anche le stazioni appaltanti, deve contenere l'indicazione dell'ammontare del debito del destinatario per cui si è verificato l'inadempimento, "comprensivo delle spese esecutive e degli interessi di mora dovuti".

² Si fa riferimento ad importi maggiori di euro 5.000,00.

³ IBIDEM.

tener conto sia gli operatori economici, che le Stazioni Appaltanti anche per le gare che si svolgono sotto il nuovo Codice. In particolare, l'Adunanza Plenaria ha ritenuto che, indipendentemente dalle verifiche compiute dalla stazione appaltante tramite i certificati rilasciati dall'Agenzia delle Entrate, il concorrente che impugna l'aggiudicazione, può sempre dimostrare *“con qualunque mezzo idoneo allo scopo”*, sia che l'aggiudicatario fosse *ab origine* privo della regolarità fiscale, sia il venire meno della regolarità in corso di gara. Alla luce di tale principio, anche l'omesso pagamento delle sanzioni irrogate a seguito del mancato versamento del contributo unificato in un contenzioso dinanzi agli organi della Giustizia Amministrativa integra una causa di esclusione dalle gare pubbliche ancorché tale “irregolarità fiscale” non risulti dalla certificazione dell'Agenzia delle Entrate acquisita dalla Stazione Appaltante in sede di verifica del possesso dei requisiti o dalle verifiche da questa condotte presso l'ANAC.

Il caso sottoposto all'esame dell'Adunanza Plenaria

La remissione all'Adunanza Plenaria trae origine dal ricorso in appello presentato da una società che si era posizionata al secondo posto nella gara d'appalto indetta per l'assegnazione di servizi di pulizia e disinfezione degli ambienti sanitari del Servizio Sanitario Regionale Lombardo e risultata soccombente in primo grado. In particolare, la società ricorrente aveva impugnato gli atti di gara lamentando che l'affidataria della gara dovesse essere esclusa a fronte di significative irregolarità fiscali così come previsto dall'articolo 80, comma 4, del previgente Codice degli Appalti, D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50. L'irregolarità fiscale contestata si riferiva al mancato pagamento definitivamente accertato di alcuni contributi unificati (e relative sanzioni accessorie) relativi ad alcuni giudizi amministrativi cui aveva partecipato la controinteressata, per un importo superiore alla *“soglia di gravità”* di Euro 5.000 stabilita dalla legge. La società aggiudicataria - controinteressata - si era difesa richiamando il noto indirizzo giurisprudenziale che esclude ogni facoltà per le Stazioni appaltanti di sindacare le risultanze delle certificazioni rilasciate dalle autorità competenti (nella specie, l'Agenzia delle Entrate) le quali fanno fede della regolarità fiscale dell'operatore economico fino a *“querela di falso”*. Secondo tale indirizzo spetta, infatti, in via esclusiva all'Agenzia delle Entrate il compito di dare un *“giudizio di regolarità fiscale”* dei partecipanti alla gara pubblica, non disponendo la stazione appaltante di alcun autonomo potere di apprezzamento sul contenuto delle certificazioni di regolarità tributaria. Nella specie l'assenza di irregolarità fiscali rilevanti sarebbe stata accertata, appunto, attraverso tali certificazioni, acquisite dalla stazione appaltante in corso di procedura e anche attraverso il sistema AVCPASS.

I “dubbi” rimessi all'Adunanza Plenaria

La Terza Sezione del Consiglio di Stato ha ravvisato un possibile contrasto tra l'orientamento giurisprudenziale (richiamato nelle proprie difese dall'aggiudicataria e dalla stazione appaltante) secondo cui le certificazioni relative alla regolarità contributiva e tributaria delle imprese concorrenti emanati dagli organi competenti non possono essere oggetto di sindacato o valutazione autonoma alcuna da parte delle Stazioni Appaltanti e quello (richiamato dalla ricorrente) della continuità del possesso dei requisiti di partecipazione che devono essere mantenuti costantemente durante tutto il processo della gara e anche in corso dell'esecuzione del contratto da parte del concorrente aggiudicatario. Alla luce di tale principio una qualsivoglia irregolarità fiscale o contributiva che dovesse emergere durante l'iter di aggiudicazione della gara o anche in corso dell'esecuzione del contratto, deve essere tempestivamente comunicata da parte del concorrente alla Stazione Appaltante, che a sua volta ha il dovere di verificarne la veridicità e la presenza in ogni fase della procedura.

Sono stati, quindi, sottoposti all'Adunanza Plenaria i seguenti tre quesiti:

“(i) se, fermo restando il principio della insussistenza di un potere della stazione appaltante di sindacare le risultanze delle certificazioni dell'Agenzia delle entrate attestanti l'assenza di irregolarità fiscali a carico dei partecipanti a una gara pubblica, le quali si impongono alla stessa amministrazione, il principio della necessaria continuità del possesso in capo ai concorrenti dei requisiti di ordine generale per la partecipazione alle procedure selettive comporti sempre il dovere di ciascun concorrente di informare tempestivamente la stazione appaltante di qualsiasi irregolarità che dovesse sopravvenire in corso di gara;

“(ii) se, correlativamente, sussista a carico della stazione appaltante, fermo restando la richiamata regola della sufficienza delle certificazioni rilasciate dalle Autorità competenti, il dovere di estendere la verifica circa l'assenza di irregolarità in capo all'aggiudicatario della procedura in relazione all'intera durata di essa, se del caso attraverso l'acquisizione di certificazioni estese all'intero periodo dalla presentazione dell'offerta fino all'aggiudicazione;

“(iii) se, in ogni caso e a prescindere dalla sufficienza o meno delle verifiche condotte dalla stazione appaltante, il concorrente che impugni l'aggiudicazione possa dimostrare, e con quali mezzi, che in un qualsiasi momento della procedura di gara l'aggiudicataria ha perso il requisito dell'assenza di irregolarità con il conseguente obbligo dell'amministrazione di escluderlo dalla procedura stessa”.

La decisione dell'Adunanza Plenaria

L'Adunanza Plenaria ha preliminarmente escluso un possibile contrasto giurisprudenziale con riferimento ai primi

due quesiti ribadendo che, per quanto attiene al “profilo probatorio”, i certificati di regolarità fiscale o contributiva sono da considerarsi come “dichiarazioni di scienza”, in quanto attestazioni formali della situazione fiscale e contributiva del concorrente, valide fino “a querela di falso” (quindi, da considerarsi vincolanti per la Stazione Appaltante, a meno che non vengano contestati con uno specifico procedimento che ne accerti la falsità). Non vi è, quindi, alcuna contrapposizione con l’ulteriore orientamento richiamato nell’ordinanza di rimessione, che “... fa, invece, riferimento al regime sostanziale dei requisiti di ammissione previsti dalla lex specialis, affermando la necessità che gli stessi siano posseduti dal concorrente a partire dal momento della presentazione dell’offerta e sino alla stipula del contratto e poi ancora fino all’adempimento dell’obbligazione contrattuale ...” ribadendosi che: “... il concorrente che partecipa ad una procedura ad evidenza pubblica deve possedere, continuativamente, i necessari requisiti di ammissione e ha l’onere di dichiarare sin dalla presentazione dell’offerta, l’eventuale carenza di uno qualunque dei requisiti e informare, tempestivamente, la stazione appaltante di qualsivoglia sopravvenienza tale da privarlo degli stessi”. Si tratta, dunque, di principi attinenti a profili diversi (uno quello “probatorio”, l’altro quello “sostanziale”) ma assolutamente conciliabili tra loro. Sulla base di una puntuale ricostruzione della normativa *ratione temporis* applicabile (articoli 80, 85, 86 del D.lgs. 50/2016) l’Adunanza precisa, quindi, che il concorrente che partecipa a una procedura di evidenza pubblica deve possedere “continuativamente” i necessari requisiti di ammissione ed ha l’onere di dichiarare, sin dalla presentazione dell’offerta l’eventuale carenza di uno dei requisiti e di informare tempestivamente la stazione appaltante di qualsivoglia sopravvenienza tale da privarlo degli stessi. Tale onere dichiarativo deriva non tanto da una specifica previsione di cui al Codice Appalti, ma piuttosto dal generale principio di collaborazione e buona fede che deve improntare i rapporti tra il cittadino e la pubblica amministrazione secondo quanto previsto dalla legge generale sul procedimento amministrativo. Se il concorrente ha, dunque, l’obbligo di dichiarare sin dall’inizio e mantenere per tutta la gara e durante il corso di svolgimento del contratto i requisiti di partecipazione, la Stazione Appaltante ha, invece, il dovere di compiere i relativi accertamenti con riguardo all’intero periodo (come, ad avviso dell’Adunanza Plenaria, si desume chiaramente dall’articolo 80, comma 6 del Codice “Le Stazioni Appaltanti escludono un operatore economico in qualunque momento della procedura, qualora l’operatore economico si trova, a causa di atti compiuti o omessi prima o nel corso della procedura in una delle situazione di cui ai commi 1,2,4 e 5”). Ne consegue che - per quanto specificamente riguarda il requisito concernente l’assenza di debiti tributari - la certificazione rilasciata dall’Agenzia

delle Entrate deve riguardare l’intero lasso di tempo dal momento della presentazione dell’offerta sino alla stipula del contratto. L’Adunanza Plenaria in merito al terzo quesito - la cui risposta rappresenta l’indicazione forse più rilevante sotto un profilo “pratico” per gli operatori del settore - sottolinea che, a prescindere dalle verifiche effettuate dalla Stazione Appaltante, il concorrente che impugni l’aggiudicazione ha sempre la facoltà di dimostrare, “*con qualunque mezzo idoneo allo scopo*”, non solo l’eventuale mancanza originaria di regolarità fiscale da parte dell’aggiudicatario, ma anche che egli abbia perso tale regolarità durante il corso della gara.

Inoltre, il Giudice Amministrativo può sempre accettare in via incidentale nell’ambito del giudizio relativo all’affidamento del contratto pubblico, l’idoneità e la completezza della certificazione quale atto interno della fase procedimentale di verifica dei requisiti di ammissione precedentemente dichiarati dal concorrente; affermazione anche questa di notevole impatto pratico dal punto di vista “processuale”. Alla luce dei richiamati principi, l’Adunanza Plenaria - ritenuta la natura di “entrata tributaria” del contributo unificato e delle sanzioni pecuniarie accessorie conseguenti al mancato o ritardato pagamento dello stesso - ha ritenuto sussistente una violazione “grave” e “definitivamente accertata” degli obblighi in materia fiscale in capo all’aggiudicataria della gara ed ha accolto l’appello. Nel caso di specie al momento della presentazione dell’offerta l’aggiudicataria era, infatti, risultata in debito con il Segretariato Generale della Giustizia Amministrativa di una somma per mancata iscrizione a ruolo di un ricorso in appello di un importo (Euro 18.000) ampiamente superiore alla soglia di gravità stabilita dalla legge (pari a Euro 5.000) e definitivamente accertata essendo stato l’invito al pagamento del contributo unificato correttamente notificato al domicilio eletto del difensore della società e non impugnato. Poiché, inoltre, il contributo unificato non rientra tra le imposte gestite dall’Agenzia delle Entrate (per cui i debiti relativi ad esso non vengono iscritti nel cassetto fiscale) non rileva la circostanza che al momento della presentazione dell’offerta non risultassero dal cassetto fiscale alcuna pendenza tributaria e che la regolarità fiscale fosse stata accertata dall’Agenzia delle Entrate tramite il relativo certificato. Quest’ultimo attesta, infatti, la situazione fiscale unicamente con riguardo alle imposte di “competenza” dell’Agenzia delle Entrate e, dunque, “nulla dice” per quanto attiene a tributi come il contributo unificato e alle relative sanzioni che sono di competenza di altre Amministrazioni. Analoghe considerazioni valgono, ad avviso dell’Adunanza Plenaria, per l’accertamento effettuato dalla Stazione Appaltante tramite AVCPASS, in quanto la delibera dell’ANAC che elenca gli enti certificanti tenuti a mettere a disposizione la documentazione

e i dati in proprio possesso relativi ai requisiti di carattere generale per la partecipazione alle gare, non comprende il Segretariato generale per la Giustizia Amministrativa; ragion per cui eventuali debiti derivanti dal mancato o ritardato pagamento del contributo unificato non emergono nemmeno dal documento rilasciato dall'ANAC.

Considerazioni finali

Come anticipato, la decisione dell'Adunanza Plenaria, se pur resa con riferimento ad un contenzioso svoltosi sotto la vigenza del vecchio Codice Appalti, pone dei principi e regole di sicuro rilievo anche per le gare che si svolgeranno in vigenza del nuovo Codice Appalti entrato in vigore a luglio del 2023. Per quanto riguarda gli operatori economici non aggiudicatari della gara sembra potersi ampliare non poco la possibilità di poter censurare la (non) regolarità fiscale dell'aggiudicatario della gara utilizzando: "... qua-

lunque mezzo idoneo allo scopo" (come avvenuto nel caso di specie in cui il ricorrente è riuscito a dare prova di irregolarità fiscali della ditta aggiudicataria pur non emergenti dal certificato fiscale del concorrente rilasciato dall'Agenzia delle Entrate, né dalla verifiche condotte tramite ANAC dalla Stazione Appaltante ma, comunque, ritenute rilevanti ai fini dell'esclusione dalla gara). Dal lato delle Stazioni Appaltanti il controllo effettuato sulla regolarità dell'operatore economico aggiudicatario tramite le certificazioni rilasciate dalle competenti Agenzie potrebbe non rivelarsi "esaustivo", potendo comunque l'avvenuta aggiudicazione essere censurata dinanzi al Giudice Amministrativo che ha la possibilità di accertare - seppure *incidenter tantum* - l'idoneità e la completezza delle certificazioni quanto al possesso dei requisiti di partecipazione del concorrente con possibile "ribaltamento" degli esiti di gara ove emergano in giudizio ulteriori irregolarità.

