

DECRETO “SBLOCCA-CANTIERI”: LE IRREGOLARITÀ FISCALI NON DEFINITIVE ESCLUDONO LE IMPRESE DALLE GARE PUBBLICHE

di Maurizio Villani e Federica Attanasi

SOMMARIO: - 1. Premessa. - 2. Partecipazione alle gare d'appalto *pre e post* Decreto “sblocca-cantieri”. - 3. Cause di inapplicabilità dell'esclusione. - 4. Considerazioni conclusive.

1. Premessa

Alla vigilia di una settimana decisiva per il **Decreto Legge n. 32/2019, c.d. “sblocca-cantieri”**, sta facendo molto discutere la norma introdotta con **l'art. 1, co.1, lett. n.) del citato decreto**, in base alla quale **è stata prevista, l'esclusione di un'impresa da una gara pubblica in caso di irregolarità fiscale o contributiva non accertata in maniera definitiva**.

Invero, anche se non definitivamente accertate, tutte le violazioni di obblighi relativi al pagamento di imposte, tasse e contributi - di importo superiore a 5.000 euro - conosciute dalla stazione appaltante possono comportare l'esclusione dalla partecipazione a gare d'appalto, a meno che l'operatore economico, prima della scadenza del termine per la presentazione delle domande, non provveda a pagare (anche a rate) le somme dovute, comprensive di sanzioni e interessi.

In sostanza, la non ottemperanza da parte di un'impresa *«agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse o dei contributi previdenziali non definitivamente accertati»* determina l'impossibilità assoluta di partecipare ad una gara d'appalto: è questo quanto stabilisce il nuovo comma 4 dell'articolo 80 del Dlgs 50/2016, a seguito delle modifiche apportate dal D.L. n. 32/2019.

Più nel dettaglio, **la norma in esame novella taluni commi dell'articolo 80 del Codice dei contratti pubblici**, che disciplina i motivi di esclusione di un operatore economico dalla partecipazione a una procedura d'appalto o concessione. In particolare, l'art.1, co.1 del D.L.32/2019 ha modificato i commi 1, 2, 3, 4 e 5 del citato articolo 80 e ne ha sostituito il comma 10; oggetto del presente elaborato sarà, però, più specificamente la modifica apportata al co. 4 dell'art. 80 che, certamente, rappresenta un intervento «estremo» (peraltro, già in vigore dal 19 aprile scorso), che rischia di avere un impatto maggiore sulla vita delle

imprese, già stremate da un contesto economico alle prese con svariate difficoltà e limiti di sviluppo.

2. Partecipazione alle gare d'appalto *pre e post* Decreto “sblocca-cantieri”.

Il legislatore, con l'art. 1, co.1, lett. n.) del **Decreto Legge n. 32/2019, c.d. “sblocca-cantieri”**¹, ha previsto la possibilità per la **stazione appaltante** di escludere un operatore economico dalla partecipazione a una procedura d'appalto, laddove sia venuto **a conoscenza e possa adeguatamente dimostrare** che l'impresa non ha ottemperato agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse o dei contributi previdenziali **non definitivamente accertati**.

La novella è, infatti, intervenuta modificando il co. 4 dell'art. 80 del D.Lgs. n.50/2016 – c.d. Codice dei contratti pubblici – che disciplina i motivi di esclusione di un operatore economico dalla partecipazione a una procedura d'appalto o concessione.

Di fatto, finora, ai fini dell'esclusione dalle gare pubbliche, le irregolarità fiscali dovevano essere «*gravi e definitivamente accertate*», quindi, oggetto di accertamenti non più impugnabili o di sentenze di condanna passate in giudicato. Pertanto, nel caso in cui l'operatore fosse stato nei termini per impugnare o avesse impugnato l'atto d'accertamento, non avrebbe potuto operare alcuna causa di esclusione legata a eventuali irregolarità fiscali. **Prima delle modifiche, dunque, la vecchia norma stabiliva che la stazione appaltante potesse escludere dalla procedura l'operatore economico (oltre che a fronte della dimostrazione di gravi infrazioni - debitamente accertate - in materia di salute e sicurezza sul lavoro commesse dal medesimo operatore o del suo stato di fallimento, di liquidazione coatta o di concordato preventivo – ex Decreto legislativo n. 50/2016, co.5) solo in caso di “violazioni gravi, definitivamente accertate”.** Nello specifico, il citato comma 4, prima delle modifiche, prevedeva 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*

¹ Con decorrenza dal 19.04.2019.

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.>>.

Ora, invece, a seguito delle modifiche apportate dall'art. 1, comma 1, lett. n), D.L. n. 32/2019, la nuova disposizione prevede che un operatore può essere escluso dalla partecipazione a una procedura di appalto anche qualora la stazione appaltante sia a conoscenza e possa adeguatamente dimostrare che l'operatore non ha ottemperato agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse o dei contributi previdenziali **non definitivamente accertati**. Sul punto, il nuovo comma 4 dell'articolo 80 del D.Lgs n.50/2016 tanto dispone:

*<< 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. **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>>.***

In sostanza- in tema di irregolarità contributiva e previdenziale – è stato previsto che un operatore economico possa essere escluso dalla partecipazione a una procedura d'appalto quando la stazione appaltante possa dimostrarne la violazione degli obblighi attinenti al pagamento delle imposte e tasse o dei contributi previdenziali non definitivamente accertati, sopra la soglia di rilevanza di 5000 euro².

Rimane, invece, confermato che un operatore economico è comunque escluso dalla partecipazione a una procedura d'appalto se ha commesso violazioni gravi, definitivamente accertate in sentenze o in atti impositivi non più soggetti ad impugnazione, 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.

A cambiare con il D.L. “sblocca-cantieri” sono, quindi, i requisiti di gravità e definitività degli accertamenti. **Adesso, infatti, l'esclusione dalle gare può scattare ancora prima, quando cioè il mancato pagamento di tasse, imposte e contributi conosciute dalla stazione appaltante non sia stato neppure definitivamente accertato.**

È evidente, dunque, che l'aver previsto la possibilità (non l'obbligo) per la stazione appaltante di escludere un concorrente, qualora sia in grado di dimostrare adeguatamente l'esistenza di violazioni tributarie e contributive, anche se non definitivamente accertate, sopra la soglia di rilevanza di 5.000 euro, ha allargato di molto il potere discrezionale delle pubbliche amministrazioni.

Ciò posto, occorre rilevare che il Parlamento con una **Dossier illustrativo del 29 aprile 2019³ - A.S. n. 1248 - DL 32/2019 -**, ha affermato che la modifica del citato comma 4 mira essenzialmente a risolvere la procedura di infrazione azionata nei confronti dell'Italia a seguito della lettera di costituzione in mora n. 2018/2273. Invero, la novità nasce da una lettera di messa in mora con la quale la Commissione europea ha avanzato dubbi sulla conformità delle regole italiane ad alcune disposizioni della direttiva 2014/23/UE e della direttiva 2014/24/UE. In sostanza, la *ratio* della novella sarebbe da rinvenirsi nella mera necessità di *conformare il co.4 dell'art. 80 D.lgs. 50/2016, all'articolo 38, paragrafo 5, secondo comma, della Direttiva 2014/23/UE e all'articolo 57, paragrafo 2, secondo comma, della Direttiva 2014/24/UE, in quanto il testo vigente non consente di escludere un operatore economico che ha violato gli obblighi relativi al pagamento di imposte o contributi previdenziali qualora tale violazione – pur non essendo stata stabilita da una decisione*

² Il tetto al quale fare riferimento per definire il concetto di gravità è inserito nel Dpr 602/1973, oggetto della circolare 13/2018 della Ragioneria generale dello Stato del ministero dell'Economia. Qui si dice che il limite al di sopra del quale i cattivi pagatori rischiano sanzioni è di 5mila euro (fino a marzo 2018, era di 10mila euro).

³ <http://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/01107967.pdf>

giudiziaria o amministrativa avente effetto definitivo – possa essere comunque adeguatamente dimostrata dall'amministrazione aggiudicatrice o dall'ente aggiudicatore (...) Si ricorda che il sopra richiamato articolo 38, paragrafo 5, primo e secondo comma, della direttiva 2014/23/UE stabilisce quanto segue: "Le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori di cui all'articolo 7, paragrafo 1, lettera a), escludono un operatore economico dalla partecipazione a una procedura di aggiudicazione di una concessione qualora siano 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 in cui è stabilito o dello Stato membro dell'amministrazione aggiudicatrice o dell'ente aggiudicatore. Inoltre, le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori di cui all'articolo 7, paragrafo 1, lettera a), possono escludere o possono essere obbligati dagli Stati membri a escludere dalla partecipazione a una procedura di aggiudicazione di una concessione un operatore economico se l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore può dimostrare con qualunque mezzo adeguato che l'operatore economico non ha ottemperato agli obblighi relativi al pagamento di imposte o contributi previdenziali." La medesima disposizione figura nell'articolo 57, paragrafo 2, primo e secondo comma, della direttiva 2014/24/UE >>.

3. Cause di inapplicabilità dell'esclusione

Alla luce di quanto enunciato, occorre chiarire che l'unica possibilità per l'operatore di non essere escluso dalla procedura di gara è stata cristallizzata con l'ultimo periodo del citato comma 4, il quale stabilisce **la non applicabilità dell'esclusione quando l'operatore economico abbia 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.**

La novella ha aggiunto, inoltre, alle predette cause di inapplicabilità dell'esclusione anche l'eventualità in cui **il debito sia stato integralmente estinto prima della scadenza del termine per la presentazione delle domande.**

Sul punto, il citato **Dossier illustrativo del 29 aprile 2019**, ha, infatti, chiarito che: << La disposizione in esame modifica anche l'ultimo periodo del medesimo comma 4, (...) e aggiunge alle predette cause di inapplicabilità dell'esclusione anche l'eventualità in cui 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>>.

4. Considerazioni conclusive

In attesa di auspicabili e tempestivi chiarimenti, la lettura della nuova disposizione normativa induce a ritenere che, rispetto al passato, d'ora in poi saranno molto più numerosi gli operatori economici che, nonostante abbiano avviato un contenzioso contro gli atti impositivi ricevuti, decideranno di definire le pretese erariali e contributive, pur di azzerare il rischio di esclusione dalle gare di appalto.

In questo modo, **rischiano di essere esclusi molti operatori economici di fatto fiscalmente regolari, esponendoli a una penalizzazione eccessiva e del tutto sproporzionata rispetto a una violazione che rischia poi di essere riconosciuta in sede di giudizio come inesistente.**

C'è allora da sperare che, in sede di conversione, la norma venga quantomeno rimodulata, poiché il quadro attuale rischia non solo di danneggiare le imprese, ma anche di alimentare il contenzioso amministrativo sulle esclusioni da parte delle stazioni appaltanti.

In definitiva, si auspica che in sede di conversione del provvedimento vi sia un celere intervento degli operatori del settore e del legislatore, affinché venga fornita un'interpretazione più corretta, così da determinare una vera e propria inversione di marcia a fronte di una disposizione normativa ingiustamente penalizzante e che, di fatto, cristallizza come "debitore" la figura di un contribuente la cui pretesa impositiva non è stata ancora definitivamente accertata.

Lecce, 8 maggio 2019

Avv. Maurizio Villani

Avv. Federica Attanasi

AVV. MAURIZIO VILLANI
Avvocato Tributarista in Lecce
PATROCINANTE IN CASSAZIONE

www.studiotributariovillani.it - e-mail avvocato@studiotributariovillani.it