amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo (Classe A)

Pubblicata in internet all'indirizzo www.amministrativamente.com

Rivista di Ateneo dell'Università degli Studi di Roma "Foro Italico"

Direzione scientifica
Gennaro Terracciano, Gabriella Mazzei, Julián Espartero Casado

Direttore Responsabile
Gaetano Caputi

Redazione
Carlo Rizzo

FASCICOLO N. 2/2025

Estratto

Iscritta nel registro della stampa del Tribunale di Roma al n. 16/2009

ISSN 2036-7821

Comitato scientifico

Annamaria Angiuli, Antonio Barone, Vincenzo Caputi Jambrenghi, Francesco Cardarelli, Enrico Carloni, Maria Cristina Cavallaro, Guido Clemente di San Luca, Andry Matilla Correa, Chiara Cudia, Gianfranco D'Alessio, Mariaconcetta D'Arienzo, Ambrogio De Siano, Ruggiero Dipace, Valentina Maria Donini, Luigi Ferrara, Pierpaolo Forte, Gianluca Gardini, Biagio Giliberti, Emanuele Isidori, Bruno Mercurio, Francesco Merloni, Giuseppe Palma, Alberto Palomar Olmeda, Attilio Parisi, Luca Raffaello Perfetti, Fabio Pigozzi, Alessandra Pioggia, Helene Puliat, Francesco Rota, Josè Manuel Ruano de la Fuente, Leonardo J. Sánchez-Mesa Martínez, Ramón Terol Gómez, Antonio Felice Uricchio.

Comitato editoriale

Jesús Avezuela Cárcel, Giuseppe Bettoni, Sveva Bocchini, Salvatore Bonfiglio, Vinicio Brigante, Sonia Caldarelli, Giovanni Cocozza, Andrea Marco Colarusso, Sergio Contessa, Beatrice Coppa, Giuseppe Doria, Manuel Delgado Iribarren, Fortunato Gambardella, Flavio Genghi, Jakub Handrlica, Margherita Interlandi, Laura Letizia, Giuseppina Lofaro, Federica Lombardi, Gaetano Natullo, Carmen Pérez González, Giovanni Pesce, Benedetta Piazza, Marcin Princ, Sara Pugliese, Bianca Nicla Romano, Antonio Saporito, Giuliano Taglianetti, Esper Tedeschi, Simona Terracciano, Stefania Terracciano, Salvatore Villani.

Coordinamento del Comitato editoriale

Valerio Sarcone.

ISSN 2036-7821

amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

La situazione fiscale dell'operatore economico

di Michela Guarino

(Dirigente coordinatore dell'UCB c/o MI –Ragioneria Generale dello Stato - MEF)

e Sara Crisci

(Funzionario dell'UCB c/o MI - Ragioneria Generale dello Stato - MEF)

Sommario

1. Premessa; 2. Le cause di esclusione; 3. Sulla regolarità fiscale; 4. Sulla regolarità contributiva; 5. Sull'illecito professionale grave; 6. Sulla continuità del possesso dei requisiti; 7. Brevi considerazioni alla luce dell'ordinanza del Cons. Stato, sez. III, ordinanza 11 settembre 2024, n. 7518.

Abstract

This contribution analyzes a fundamental aspect relating to the participation requirements of the economic operator in the context of public procurement whose verification aims to ascertain the financial solidity and its reliability through the analysis of the requirements on fiscal regularity that it is called upon to possess to be able to contract with the Public Administration. The relevance of the causes of exclusion in relation to the lack or loss of the participation requirements is examined and, in these terms, the fiscal situation of the economic operator becomes a crucial element in the recognition of the suitability of the same for participation in tenders and in any case, more specifically general, to stipulate contracts with the public administration.

* *Il presente lavoro è stato sottoposto al preventivo referaggio secondo i parametri della double blinde peer review*

1. Premessa.

Le cause di esclusione dalle procedure di affidamento di contratti pubblici si prefiggono l'obiettivo di circoscrivere l'accesso alle procedure di aggiudicazione a concorrenti il più possibile affidabili sia sul piano morale che su quello sostanziale.

Da questo punto di vista, le cause di esclusione, hanno lo stesso obiettivo del principio della massima partecipazione, essendo finalizzate alla selezione dell'impresa valutata come più idonea.

Ad ogni buon fine, posto che le cause di esclusione ed il principio di massima partecipazione muovono verso lo stesso obiettivo, è di evidenza, tuttavia, che percorrono strade diverse.

Infatti, se da un lato le cause di esclusione limitano l'accesso alle gare ai soli concorrenti valutati più affidabili perché in possesso di determinati requisiti, dall'altro il principio di massima partecipazione mira ad ottenere un confronto sul mercato più ampio possibile attraverso il favore di un confronto concorrenziale [1].

Vista l'esigenza di bilanciare i due aspetti apparentemente contrapposti si è reso necessario l'intervento del legislatore al fine di determinare un punto di equilibrio che è stato individuato nel principio di tassatività delle cause di esclusione. In tal senso, "*la tassatività delle cause di esclusione costituisce una sintesi tra l'interesse pubblico alla massima partecipazione* (cd *favor partecipationis*) *e la discrezionalità dell'Amministrazione nella definizione dei requisiti attraverso i quali accertare l'affidabilità morale e professionale dei concorrenti*" [2].

Invero, l'individuazione delle cause di esclusione, un tempo rimessa alla discrezionalità delle stazioni appaltanti in relazione alla singola procedura di affidamento, oggi è inquadrata in un sistema più rigido e predeterminato ed è governata dal citato principio di tassatività [3].

L'intervento del legislatore è stato realizzato, in maniera circostanziata, su una materia che ha dato luogo, nel tempo, a molti problemi interpretativi e a continui contenziosi. L'intento è stato cercare di chiarire i dubbi e le principali questioni aperte, tenendo

---

[1] Cons. Stato, Sez. V, 24 gennaio 2020, n. 607, sul punto ha stabilito che deve *"… essere favorita l'ammissione del più elevato numero di concorrenti, in nome del principio del favor partecipationis e dell'interesse pubblico al più ampio confronto concorrenziale (in tal senso - ex multis -: Cons. Stato, V, 12 maggio 2017, n. 2232; id., V, 24 febbraio 2017, n. 869)" (Consiglio di Stato, V, 5 ottobre 2017, n. 4644).* Va poi anche evidenziato che il principio generale della più ampia partecipazione alle gare pubbliche, volto a favorire la massima tutela della concorrenza e l'interesse pubblico alla selezione dell'impresa più idonea, è inoltre ribadito dall'art. 83, comma 2, del D.Lgs. n. 50 del 2016 il quale prevede che i requisiti e le capacità (economico-finanziarie e tecnico professionali) *"sono attinenti e proporzionati all'oggetto dell'appalto, tenendo presente l'interesse pubblico ad avere il più ampio numero di potenziali partecipanti, nel rispetto dei principi di trasparenza e rotazione".*

[2] *L'esclusione dalle gare pubbliche: una misura residuale?* di S. Colombari in *Giurisprudenza Italiana* – Marzo 2024, 742.

[3] Il principio di tassatività è stato introdotto dall'articolo 4, comma 2, lettera d), D.L. n. 70/2011 conv. in L. n. 106/2011 che ha inserito il comma 1°- *bis* all'art.46, D.Lgs n. 163/2006, confermato nel Codice dei contratti pubblici, D.Lgs n. 50/2016, art. 83, VIII comma, e da ultimo ribadito dall'art. 10 del nuovo Codice D.Lgs n. 36/2023.

ISSN 2036-7821

conto anche degli orientamenti giurisprudenziali maturati nella vigenza della normativa contenuta nel codice precedentemente in vigore e si è mosso con lo scopo di diminuire il più possibile le occasioni di contestazione.
La nuova disciplina introduce un approccio più sistematico, superando le precedenti lacune interpretative e aiuta maggiormente l'interprete ad orientarsi nella complessità di questa materia.
In base al principio di tassatività è il legislatore a stabilire le possibili cause di esclusione, in modo da "*selezionare e valorizzare solo le cause di esclusione rilevanti per gli interessi in gioco*" [4].
Ciò implica, evidentemente, che il sistema si stia muovendo nel senso della progressiva configurazione dell'esclusione quale rimedio residuale, circostanza che risulta evidenziata anche dalla sistematica riduzione degli spazi di discrezionalità delle stazioni appaltanti.
Peraltro, quanto sopra, risulta confermato anche da istituti quali la *nullità delle cause di esclusione atipiche*, il *soccorso istruttorio* e quello *procedimentale e* il *self cleaning* [5] che tendono ad evitare esclusioni dalla procedura per ragioni di tipo squisitamente formali al fine di garantire la partecipazione più ampia possibile. In tal senso l'esclusione, per casi tassativamente previsti in ipotesi specifiche soltanto nei confronti dell'operatore economico che non risulti affidabile sul piano morale e sostanziale, rappresenta il giusto contrappeso in termini di garanzia dell'interesse pubblico che è in ogni caso sotteso alla procedura concorrenziale.
Inoltre, a dare evidenza del preciso intento del legislatore è l'art. 10 [6] del codice dei contratti pubblici il quale mette in relazione la tassatività delle cause di esclusione ed il principio della massima partecipazione nel senso che limitando le ragioni per escludere un'impresa, si favorisce una concorrenza più ampia e trasparente.

2. Le cause di esclusione.

[4] Cons. Stato, Ad. Plen., 25 febbraio 2014, n. 9.

[5] Il *self cleaning* (o *ravvedimento operoso*) costituisce un diritto dell'operatore economico e la portata di tale istituto è stata via via ampliata nel tempo. La sentenza della Corte di Giustizia UE 14 gennaio 2021 (causa C-387/19) ha affermato che le misure di ravvedimento operoso possono essere poste in essere "*in qualunque fase della procedura che proceda l'adozione della decisione di aggiudicazione*" (cfr. § 29 della sentenza).

[6] D.Lgs. n. 36/2023, Art. 10. sui principi di tassatività delle cause di esclusione e di massima partecipazione stabilisce al I comma che "*I contratti pubblici non sono affidati agli operatori economici nei confronti dei quali sia stata accertata la sussistenza di cause di esclusione espressamente definite dal codice*"; al II comma "*Le cause di esclusione di cui agli articoli 94 e 95 sono tassative e integrano di diritto i bandi e le lettere di invito; le clausole che prevedono cause ulteriori di esclusione sono nulle e si considerano non apposte*"; *al II comma " Fermi i necessari requisiti di abilitazione all'esercizio dell'attività professionale, le stazioni appaltanti e gli enti concedenti possono introdurre requisiti speciali, di carattere economico-finanziario e tecnico-professionale, attinenti e proporzionati all'oggetto del contratto, tenendo presente l'interesse pubblico al più ampio numero di potenziali concorrenti e favorendo, purché sia compatibile con le prestazioni da acquisire e con l'esigenza di realizzare economie di scala funzionali alla riduzione della spesa pubblica, l'accesso al mercato e la possibilità di crescita delle micro, piccole e medie imprese*".

ISSN 2036-7821

Come noto, per eseguire un appalto, l'operatore economico deve possedere sia i requisiti d'ordine generale (*cd "di moralità"*) che quelli d'ordine speciale; i primi sono fissati per legge e, pertanto, validi in ogni gara, i secondi sono fissati dalla *lex specialis* e valevoli per la singola procedura.
I requisiti generali impongono che il concorrente dimostri di esser degno di contrarre con la P.A., ovvero di non aver avuto alcuni comportamenti, per esempio di non essere incorso in determinate sanzioni di tipo penale ovvero amministrativo.
Nel precedente codice n. 50/2016 l'intera disciplina sui requisiti di moralità era racchiusa in una articolata disposizione (art. 80), più volte oggetto di modifiche legislative poiché causa di dubbi interpretativi.
Il nuovo Codice (D.Lg. 36/2023) ha "scorporato" la precedente norma in cinque differenti disposizioni, con l'obiettivo di rendere più sistematica l'intera disciplina.
Nello specifico, l'istituto delle "cause di esclusione" risulta oggi suddiviso in:

- art. 94 - Cause di esclusione "automatica";
- art. 95 - Cause di esclusione "non automatica";
- art. 96 - Disciplina dell'esclusione;
- art. 97 – Cause di esclusione di partecipanti a raggruppamenti;
- art. 98 - Illecito professionale grave.

a. Cause di esclusione "automatiche"

L' art. 94 individua le cause di esclusione "automatica", ovvero quelle che operano sulla base di un accertamento *"sic et simpliciter"* e senza, quindi, lasciare alcun margine di valutazione all'Amministrazione appaltante, che deve, di conseguenza, disporre l'estromissione dal procedimento di gara al mero accertamento del "fatto storico".
I commi da 1 a 4 del predetto articolo riproducono quanto già statuito dal precedente art. 80 D.Lgs.n. 50/2016 in merito all'esclusione automatica in caso di condanne penali divenute irrevocabili per i reati previsti ed elencati in detto articolo (salvo il caso di depenalizzazione, revoca o estinzione).
La prima novità che occorre evidenziare è che non rileva più, ai fini dell'esclusione, la sentenza d'applicazione della pena su richiesta delle parti (il c.d. patteggiamento) per i reati gravi elencati dalla norma stessa.
Quanto ai soggetti sottoposti all'accertamento circa il possesso dei requisiti d'ordine generale, altra importante novità è rappresentata dall'eliminazione di ogni riferimento ai c.d. "cessati" dalla carica mentre, nel caso di concorrente, in cui uno dei soci è una persona giuridica, si precisa che l'accertamento dev'essere fatto in capo agli amministratori di detta società (se "controllante").
L'art. 94 inserisce poi, tra i nuovi soggetti da accertare, anche il c.d. "amministratore di fatto", soggetto che assume decisioni e compie atti di gestione, in nome e per conto della società, pur senza essere stato investito da un atto di nomina validamente

ISSN 2036-7821

formatosi all'interno della società medesima (sulla base della legge o dello statuto).
Infine, tra i soggetti nei confronti dei quali rilevano determinati provvedimenti, si conferma l'inserimento de "*l'operatore economico ai sensi e nei termini di cui al decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231*" (comma 3, lett. a); avvallando dunque il rilievo, ai fini espulsivi, delle sanzioni che derivano da illeciti amministrativi dipendenti da reato ex D.Lgs.n. 231/2001, come disposto dal successivo comma 5° del medesimo art. 94.
Il comma 5, unitamente al 6, prevede poi l'esclusione dovuta a provvedimenti antimafia, alla violazione della normativa sull'assunzione di soggetti svantaggiati, alle interdittive ANAC, alla sottoposizione a procedure fallimentari e per gravi violazioni, definitivamente accertate, di cui all'All. II.10 (per intenderci quelle di importo almeno superiore a 5.000,00 euro, ovvero la soglia utile al rilascio del DURC).
A tal proposito, una novità di rilievo è quella secondo cui l'esclusione per interdittiva non operi se la società è stata ammessa al controllo giudiziario ex art. 34-bis del D.Lgs 159/2011 entro la data di aggiudicazione (art. 94, comma 2).
Si segnala che di recente, sull'esclusione in parola, l'ANAC con il parere di precontenzioso n. 564 del 3.12.2024 ha così chiarito:
"*In caso di violazioni fiscali gravi definitivamente accertate è obbligatoria l'esclusione dell'operatore economico dalla gara in quanto, al ricorrere di entrambi i presupposti della gravità della violazione e della definitività dell'accertamento, la fattispecie è sussumibile tra le cause di esclusione automatica ai sensi dell'art.94 comma 6 D.lgs.36/2023.*
Il limite dei € 5.000 di cui all'art. 48-bis, commi 1 e 2-bis, del decreto del Presidente della Repubblica
29 settembre 1973, n. 602 è da riferirsi all'importo complessivo delle violazioni accertate dall'Agenzia delle Entrate e la somma va considerata comprensiva di interessi, sanzioni e altri oneri.
Nel caso delle irregolarità fiscali di cui all'art. 94 co.6 il meccanismo escludente possiede natura vincolata e quindi non è consentita alcuna valutazione in ordine all'incidenza delle violazioni riscontrate sull'affidabilità dell'operatore economico.
L'iscrizione interdittiva nel Casellario ANAC nonché l'irrogazione di una sanzione pecuniaria a causa della dichiarazione non veritiera in ordine ad una violazione fiscale grave e definitivamente accertata vengono stabilite tenendo conto dei presupposti del dolo e della colpa grave di cui all'art.18 e dei parametri di cui all'art. 21 del Regolamento sull'esercizio del potere sanzionatorio di cui alla Delibera n. 271 del 20 giugno 2023".

b. Cause di esclusione "non automatica"

L'art. 95 regolamenta le cause d'esclusione "facoltative" (o "non automatiche") e si applica quando alla P.A. appaltante è riconosciuta la facoltà di valutare in maniera discrezionale l'affidabilità dell'operatore economico. Quelle previste nei successivi

ISSN 2036-7821

commi dell'art 95 sono le gravi infrazioni in materia di diritto del lavoro, di diritto ambientale e sociale, il conflitto di interesse non risolvibile, la distorsione della concorrenza non risolvibile, l'imputabilità delle offerte ad un unico centro decisionale, il grave illecito professionale, a cui devono aggiungersi le gravi violazioni non definitivamente accertate in materia fiscale (all. II.10, ovvero quelle d'importo almeno pari o superiore ad € 5.000,00). La gravità deve in ogni caso essere valutata in relazione al valore dell'appalto.

c. *Disciplina dell'esclusione*

Quanto all'art. 96, viene introdotta per la prima volta una disposizione di "*self cleaning*" con cui si prevede che i concorrenti possono sempre dimostrare di aver adottato misure idonee a garantire la loro affidabilità, anche con riferimento alle cause di esclusione automatiche, con la precisione che, se tali misure sono idonee e tempestive, non si dà luogo ad alcuna esclusione.
Unica eccezione all'applicazione di dette misure diciamo riabilitative attiene alle violazioni definitivamente accertate in materia fiscale e tributaria, cui risulta espressamente esclusa ogni eventuale ipotesi "riparatrice".
In relazione invece alle eventuali misure (quali ad es. il risarcimento del danno, la collaborazione nella ricostruzione dei fatti, il ravvedimento operoso in caso di violazioni tributarie ecc.), adottate dagli operatori economici in pendenza di contestazione, esse vengono valutate considerando la gravità e le particolari circostanze di detta contestazione, anche tenuto altresì conto della tempestività della loro assunzione. Risulta poi espressamente stabilito che l'operatore economico ha l'obbligo di comunicare alla stazione appaltante la sussistenza dei fatti e provvedimenti che possono costituire causa d'esclusione ai sensi degli artt. 94 e 95, qualora questi non dovessero risultare menzionati nel proprio Fascicolo Virtuale (FVOE).

d. *Cause di esclusione di partecipanti a raggruppamenti*

Venendo all'art. 97, si è voluto "differenziare" la posizione delle cause d'esclusione per gli operatori economici facenti parte di raggruppamenti temporanei di impresa, creando una disposizione *ad hoc* ed ammettendo una generalizzata possibilità di "sostituzione" od "estromissione" del partecipante al raggruppamento.

e. *Illecito professionale grave*

Quanto all'art. 98, esso contiene un elenco piuttosto esteso delle condizioni che possono determinare la sussistenza di un "illecito professionale grave" (quali le risoluzioni contrattuali, le condanne al risarcimento-danno ovvero i reati tributari, urbanistici, bancarotta semplice e fraudolenta, i reati previsti dal D.Lgs.n. 231/2001);

ISSN 2036-7821

l'elenco è solo apparentemente tassativo, in quanto vengono comunque inserite condotte anche "generiche" idonee ad incidere notevolmente sull'affidabilità dell'offerente. Degno di nota è anche l'inserimento di una clausola generale utile all'individuazione di atti o fatti idonei a provare un grave illecito, che contribuisce a integrare l'elenco di mezzi di prova tipizzati precedentemente indicati.

3. Sulla regolarità fiscale.

Come visto, relativamente ai requisiti che l'operatore economico deve possedere per poter partecipare alle gare d'appalto viene in rilievo il requisito della regolarità fiscale.
La disciplina dei contratti pubblici, impone, tra i requisiti generali che devono essere posseduti dagli operatori economici per la partecipazione alle procedure di gara, l'assenza di debiti tributari definitivamente accertati superiori alla soglia di cinquemila euro.
Invero, già l'art. 38, I comma, lett. g) del D.Lgs. n. 163/2006, stabiliva l'esclusione per i soggetti "*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*".
La citata disposizione affidava alla discrezionalità dell'Amministrazione la valutazione sulla gravità delle violazioni in relazione all'oggetto e alle modalità di svolgimento della specifica procedura di affidamento.
Il legislatore ha con il tempo ridotto la discrezionalità dell'Amministrazione prima con l'art. 4, comma 2, lett. b), D.L. n. 70/2011, conv. in L. n. 106/2011, con cui viene indicata la soglia di valore che qualifica l'inadempimento come grave ("*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*"), poi con l' art. 1, comma 5, D.L. n. 16/2012 , conv. in L. n. 44/2012, che ha fornito una definizione normativa di definitività dell'accertamento ("*costituiscono violazioni definitivamente accertate quelle relative all'obbligo di pagamento di debiti per imposte e tasse certi, scaduti ed esigibili*").
Appare evidente che il legislatore abbia voluto circoscrivere l'esclusione a casi determinati dalla norma di legge [7].
Tale quadro di riferimento ha trovato conferma nell'art. 80, comma 4, D.Lgs. n. 50/2016, ove vengono individuate "*le gravi violazioni non definitivamente accertate agli obblighi relativi al pagamento di imposte e tasse*" quali possibili causa di esclusione.
Attraverso una serie di interventi normativi, il legislatore ha delineato il concetto di "grave violazione fiscale non definitivamente accertata", demandando a un decreto

[7] Sul punto Cons. Stato, Ad. plen., 5 giugno 2013, n. 15 "*…l'attribuzione di un effetto rigidamente preclusivo solo all'inadempimento fiscale legislativamente qualificato "risponde all'esigenza di contemperare la tendenza dell'ordinamento ad ampliare la platea dei soggetti ammessi alle procedure di gara alla stregua del canone del favor partecipationis con la necessaria tutela dell'interesse del contraente pubblico ad evitare la stipulazione con soggetti gravati da debiti tributari che incidono in modo significativo sull'affidabilità e sulla solidità finanziaria degli stessi".*

ISSN 2036-7821

interministeriale il compito di completare il quadro normativo. Invero, il D.M. 28 settembre 2022 *"Disposizioni in materia di possibile esclusione dell'operatore economico dalla partecipazione a una procedure d'appalto per gravi violazioni fiscali non definitivamente accertate"* emanato dal *Ministero dell'economia e delle finanze*, individua limiti e condizioni per l'operatività della causa di esclusione con la precisazione che in ogni caso, *l'importo della violazione non deve essere inferiore a 35.000 euro*.

Il carattere residuale ed eccezionale dell'esclusione per violazioni fiscali non definitivamente accertate trova conferma anche nel precedente impianto normativo in quanto già prima dell'entrata in vigore del Nuovo Codice si escludeva l'applicazione di una sanzione così drastica in assenza di un accertamento definitivo.

Invero, va in ogni caso precisato che la sussistenza di violazioni non definitivamente accertate, "*pur se quantitativamente superiori alla soglia di gravità fissata dal legislatore ai fini della loro rilevanza escludente ...*" non generava un effetto espulsivo automatico, ma in ogni caso doveva essere subordinato a "*motivata valutazione espressa dalla stazione appaltante in ordine alla sua incidenza negativa sulla affidabilità del concorrente*". In considerazione, invero, della "*ratio sottesa alla causa escludente in discorso [che] ha carattere composito, in quanto scaturente sia da una valutazione negativa di moralità del concorrente - il quale, essendosi reso inadempiente all'obbligo di puntuale e tempestivo pagamento delle imposte, ha violato uno dei fondamentali doveri di solidarietà economico-sociale che fanno capo ai cittadini - sia da una prognosi negativa quanto alla sua capacità di fare fronte agli oneri economici connessi alla esecuzione dell'appalto, tenuto conto, da un lato, dell'esposizione debitoria da cui è gravato nei confronti dell'Erario (il quale dispone di mezzi particolarmente penetranti al fine di conseguire il soddisfacimento delle sue pretese), dall'altro lato, della sua dimostrata inclinazione a non assolvere gli obblighi assunti (o, come per quelli di carattere fiscale, generatisi ex lege a suo carico)* [8] ".

La disciplina attuale è contenuta nel nuovo Codice, che individua nel Capo II "*I requisiti di ordine generale*" e il cui art. 94 prevede le cause di esclusione *automatica*, in particolare, nel caso che ci occupa, al comma 6 che "*esclude 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*".

Il successivo art. 95 disciplina invece le cause di esclusione *non automatiche* e il cui comma 6 dispone l'esclusione dell'operatore economico qualora la stazione appaltante ritenga, sulla base di qualunque mezzo di prova adeguato, che lo stesso abbia commesso "*gravi violazioni non definitivamente accertate agli obblighi relativi al pagamento di imposte e tasse o contributi previdenziali*".

Le gravi violazioni degli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse o dei contributi previdenziali (artt. 94 comma 6 e 95 comma 2) sono indicate nell'Allegato

[8] Cons. Stato, Sez. III, 24 luglio 2023, n. 7219.

II.10 del codice. La violazione si considera grave quando comporta l'inottemperanza a un obbligo di pagamento di imposte o tasse per un importo pari o superiore al 10% del valore dell'appalto. In ogni caso l'importo della violazione non deve essere inferiore a trentacinquemila euro.

Va rilevato che con riferimento all'Allegato II.10 sulla disciplina delle violazioni gravi degli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse o dei contributi previdenziali, a differenza della maggior parte degli allegati al codice, non è previsto che debba essere sostituito da un corrispondente regolamento, sebbene tale ipotesi fosse stata invece contemplata dallo schema definitivo del Codice dei Contratti Pubblici [9].

Il carattere residuale o eccezionale dell'esclusione è ribadito dal fatto che, in base agli artt. 94, comma 6 e 95 comma 2, D.Lgs. n. 36/2023, *il ravvedimento tempestivo e integrale dell'operatore lo riabilita e quindi preclude il provvedimento espulsivo non rilevando invece il ravvedimento solo parziale* [10].

Infatti, l'esclusione è preclusa "*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*".

Per "*impegno vincolante*" a pagare le imposte, la giurisprudenza [11] ha inteso il fatto che *l'istanza di adempimento, ovvero di rateizzazione o dilazione del debito tributario, sia stata presentata dal concorrente e sia stata accolta dall'Amministrazione prima della scadenza del termine di presentazione della domanda di partecipazione alla gara* [12].

Tale orientamento trova ispirazione nel principio di diritto affermato dal Consiglio di Stato, Ad. Plen., 5 giugno 2013, n. 15, in relazione al primo codice dei contratti pubblici (D. Lgs. n. 163/2006) secondo cui "*il requisito della regolarità fiscale può dirsi sussistente solo qualora, prima del decorso del termine per la presentazione della domanda di partecipazione alla gara di appalto, l'istanza di rateizzazione sia stata accolta con l'adozione del relativo provvedimento costitutivo*" non essendo invece sufficiente la sola presentazione dell'istanza [13].

Secondo un orientamento minoritario è ritenuta valida la partecipazione alla gara dell'operatore economico che abbia presentato istanza di rateizzazione del debito tributario prima della scadenza del termine per la presentazione delle offerte [14] , al

[9] Quanto emerge dalla relazione illustrativa.

[10] T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. II, 20 novembre 2023, n. 1296.

[11] T.A.R. Lazio, Roma, Sez. V, 1° luglio 2022, n. 9012.

[12] *Brevi note sul possesso del requisito della regolarità fiscale* di G. Figuera in *Urbanistica e appalti* 2024, 5, 659.

[13] Nota di F. Manganaro, *Regolarità fiscale e partecipazione a gare di appalti pubblici* in Giurisprudenza amministrativa, 2013, 10, 1052.

[14] Cons. Stato, Sez. V, 9 febbraio 2022, n. 942 la cui pronuncia statuisce che "*A voler condizionare l'ammissione dell'operatore economico che abbia presentato istanza di rateizzazione del debito tributario o contributivo all'accoglimento della*

ISSN 2036-7821

fine di evitare una sorta di penalizzazione all'impresa che, seppur irregolare, abbia manifestato l'intenzione di rateizzare il debito, ma risulta costretta a "sottostare" ad eventuali lungaggini procedurali finalizzati alla valutazione e all'accoglimento dell'istanza di rateizzazione.

Una recente pronuncia del Consiglio di Stato, Sez. III, 9 maggio 2024, n. 4168 nel fare chiarezza sulla tematica in parola ha statuito che "*Mentre non è ammissibile la partecipazione dell'operatore economico che, al momento della scadenza del termine di presentazione della domanda di partecipazione, non abbia ancora conseguito il provvedimento di accoglimento dell'istanza di rateizzazione, può invece considerarsi in regola con il fisco il contribuente cui sia stata accordata la rateizzazione ai fini della dimostrazione del requisito della regolarità fiscale ex articolo 19 d.P.R. 29 settembre 1973, n. 602, atteso che la rateizzazione del debito tributario del partecipante alla procedura selettiva si traduce in un beneficio che, una volta accordato, comporta la sostituzione del debito originario con uno diverso, con novazione dell'obbligazione originaria e nascita di una nuova obbligazione tributaria*".

Da ultimo, sulle modalità per la verifica della regolarità fiscale dell'operatore economico, va segnalato che in sostituzione dell'AVCPASS [15] v'è stata l'introduzione del FVOE [16], che, come precisato anche dall'ANAC, permette rispettivamente alle stazioni appaltanti e agli enti concedenti il controllo centralizzato e automatizzato dei requisiti di partecipazione garantendo una maggiore efficienza e trasparenza nelle procedure di affidamento. Atteso che i dati e i documenti contenuti nel FVOE sono utilizzati in tutte le procedure di affidamento cui l'operatore partecipa, "*l'utilizzo delle funzionalità del FVOE consente una sostanziale riduzione dei tempi delle verifiche e, pertanto, assume rilevanza anche ai fini del rispetto dei termini di conclusione delle procedure di cui all'articolo17, comma 3, del codice dei contratti pubblici*" [17].

In altre parole, *il "FVOE consente alle stazioni appaltanti e agli enti concedenti, attraverso i servizi di interoperabilità con gli enti certificanti, l'acquisizione delle informazioni certificate comprovanti il possesso dei requisiti di carattere generale, tecnico-organizzativo ed economico-*

---

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".

[15] *Authority virtual company passport* era un servizio telematico gestito dall'ANAC finalizzato alla gestione digitale delle procedure di gara e alla verifica automatizzata dei requisiti di partecipazione.

[16] *Fascicolo virtuale dell'operatore economico* previsto dall'art. 24, D.Lgs. n. 36/2023, operante presso la Banca dati nazionale dei contratti pubblici.

[17] Delibera ANAC n. 262 del 20 giugno 2023.

ISSN 2036-7821

finanziario per l'affidamento dei contratti pubblici" [18].

4. Sulla regolarità contributiva.

Il D.Lgs. n. 163/2006 stabiliva già l'esclusione degli operatori economici che non fossero in regola con gli obblighi contributivi in caso di *violazioni gravi, definitivamente accertate, alle norme in materia di contributi previdenziali e assistenziali, secondo la legislazione italiana o dello Stato in cui sono stabiliti* [19].
La giurisprudenza consolidata attribuiva al DURC [20] (*Documenti unico di regolarità contributiva*) la sola funzione di attestare la regolarità contributiva dell'operatore economico, demandando alla stazione appaltante il discrezionale giudizio sulla gravità delle violazioni in relazione al concreto contesto della procedura di affidamento [21].
L'intervento del legislatore ha modificato la disciplina con l'introduzione dell'art. 4, comma 2, lett. b), D.L. n. 70/2011, che, modificando l'art. 38, comma 2, D.Lgs. n. 163/2006, ha precisato che "*si intendono gravi le violazioni ostative al rilascio del documento unico di regolarità contributiva*".
Ne deriva che "*la nozione di violazione grave non è rimessa alla valutazione caso per caso della stazione appaltante, ma si desume dalla disciplina previdenziale, e in particolare dalla disciplina del documento unico di regolarità contributiva*" e che la verifica della regolarità contributiva "*è demandata agli istituti di previdenza, le cui certificazioni (DURC) si impongono alle stazioni appaltanti, che non possono sindacarne il contenuto* [22]".
Con l'avvento del D.Lgs. n. 50/2016, la medesima impostazione era prevista dall'art. 80, comma 2, sulle gravi violazioni non definitivamente accertate in materia contributiva e previdenziale. Le cause ostative al rilascio del DURC determinano l'esclusione dalla partecipazione alle procedure di gara, fermo restando che la violazione contributiva non definitivamente accertata, anche prima della novella codicistica, costituiva una causa di esclusione non automatica, subordinata ad una motivata valutazione discrezionale della stazione appaltante [23].
Il D.Lgs. 36/2023 introduce un regime sostanzialmente analogo a quello previsto per la regolarità tributaria anche in relazione alla regolarità contributiva degli operatori

---

[18] *Brevi note sul possesso del requisito della regolarità fiscale* di G. Figuera in *Giurisprudenza Amministrativa* 2024, 5, 654.

[19] Art. 38 Requisiti di ordine generale, I comma, lett. i).

[20] Art. 2, D.L. n. 210/2002, conv. in L. n. 266/2002.

[21] Cons. Stato, Sez. V, 30 settembre 2009, n. 5896: "*La competenza in materia di verifica della regolarità contributiva è attribuita, in via esclusiva, agli enti previdenziali; in capo alle stazioni appaltanti residua un mero potere discrezionale di valutazione dell'incidenza, sulla procedura di affidamento, di quanto attestato dal DURC*".

[22] Cons. Stato, Ad. plen., 4 maggio 2012, n. 8. Principio che ha trovato applicazione nella pronuncia resa dal T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 1 febbraio 2024, n. 1998.

[23] Cons. Stato, Sez. V, 18 luglio 2022, n. 6131.

ISSN 2036-7821

economici. Invero, l'articolo 94, comma 6, prevede l'esclusione automatica degli operatori economici che abbiano commesso gravi violazioni contributive definitivamente accertate, mentre l'articolo 95, comma 2, introduce una causa di esclusione non automatica per le violazioni non definitivamente accertate. Per quanto concerne gli aspetti squisitamente applicativi, si rinvia all'Allegato II.10, che prevede l'esclusione dalla gara in caso di violazioni, salvo che l'operatore economico provveda al tempestivo e integrale pagamento delle somme dovute.

5. Sull'illecito professionale grave.

Altro profilo oggetto di interesse attiene all'illecito professionale grave, anch'esso sensibilmente modificato dall'attuale normativa e dove si percepisce, in maniera significativa, l'intento del legislatore di voler comprimere sempre più la discrezionalità dell'Amministrazione.

L'art. 80, comma 6, lett. c), D.Lgs. n. 50/2016 prevedeva l'esclusione dell'operatore economico allorquando la stazione appaltante fosse stata in grado di dimostrare, con mezzi adeguati, che l'operatore economico "*si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità*".

Si trattava di esclusione non automatica *consistente in una fattispecie tendenzialmente aperta e che introduceva una clausola generale, dando rilievo a ogni possibile accadimento idoneo a incidere sull'affidabilità del concorrente, purché attinente con la vita professionale dell'impresa* [24].

La norma evidentemente non tipizzava il grave illecito professionale in maniera oggettiva, costituendo, lo stesso, un concetto giuridico indeterminato. In effetti si trattava di una formulazione estremamente generica, che conferiva alla stazione appaltante un ampio potere discrezionale nell'apprezzare la gravità delle violazione senza neppure che fossero indicati i soggetti le cui condotte erano da ritenersi rilevanti [25].

Attraverso il D.Lgs. n. 36/2023 il legislatore ha inteso modificare profondamente il quadro di riferimento innanzitutto cercando di oggettivizzare il più possibile i casi di illecito professionale grave in modo da comprimere la discrezionalità fino ad allora utilizzata dalla stazione appaltante per la decisione. Invero, l'art. 98, comma 3 fornisce elementi al verificarsi dei quali si può desumere l'illecito e al comma I ne circoscrive l'ambito.

Il successivo comma 6 ne determina anche i mezzi di prova adeguati. Alla luce della normativa ora in vigore, l'esclusione in ragione dell'illecito professionale grave può avvenire solo se nella motivazione l'Amministrazione dimostri: a) *gli elementi sufficienti ad integrare il grave illecito professionale*; b) *l'idoneità del grave illecito professionale ad*

[24] Cons. Stato, Ad. plen., 28 agosto 2020, n. 16.
[25] Cons. Stato, Sez. V, 20 marzo 2023, n. 2801.

ISSN 2036-7821

incidere sull'affidabilità e integrità dell'operatore; c) *la presenza degli adeguati mezzi di prova di cui al comma 6*.

Ai fini della valutazione della gravità della violazione, si deve considerare non solo l'entità della stessa, ma anche il tempo trascorso e le eventuali misure correttive adottate dall'operatore economico, al fine di verificare se sussistono le condizioni per escludere la persistenza di un rischio per la correttezza delle procedure di affidamento.

Ferma dunque la natura "non automatica" dell'esclusione nel caso di illecito professionale grave, va comunque evidenziato che la semplice constatazione di un grave illecito professionale non è sufficiente a determinare l'esclusione automatica dell'operatore economico, essendo demandata alla stazione appaltante una valutazione discrezionale, ancorata ad una pluralità di elementi che tengano conto del bene giuridico, dell'entità della lesione e il tempo trascorso dalla violazione.

Una delle principali novità nel nuovo Codice concerne il riordino della c.d. "*teoria del contagio*", ai sensi della quale "*la presenza stessa, in determinate cariche, di una persona fisica non dotata in sé della necessaria affidabilità/integrità, trasmetterebbe tale caratteristica all'operatore economico "per contagio"*, ossia *de facto*" [26].

L'ipotesi di grave illecito professionale disciplinata D.Lgs 50/2016 era estesa ai sensi dell'art. 80, comma 3, anche a "*soggetti che rivestono un ruolo rilevante capace di influenzare le decisioni della persona giuridica. Diversamente, la nuova disciplina esclude l'estensione della fattispecie di illecito professionale alle ipotesi di "contagio" dell'operatore economico per condotte ascrivibili a persone fisiche, salvo alcune eccezioni circoscritte ai reati di particolare gravità, individuati alle lettere g) e h) del comma 3 del medesimo articolo*" [27].

L'altro aspetto attiene ai mezzi di prova in riferimento alle ipotesi di reato previste dall'art. 98 comma 3 lett. g) e h) del Codice.

Va inoltre rilevato che la mera iscrizione nel registro degli indagati ex art. 335 c.p.p., di per sé, non costituisce più un elemento sufficiente per determinare l'esclusione automatica di un operatore economico dalla partecipazione alle procedure di gara [28].

Il nuovo Codice ha previsto una tipizzazione anche con riferimento ai reati consumati di cui all'art. 98 comma III lett. h), per i quali il Codice richiede la "*..contestata o accertata commissione, da parte dell'operatore economico oppure dei soggetti di cui al comma 3 dell'articolo 94".*

Il successivo comma 6 lett. h) ne elenca i mezzi di prova adeguati quali *la sentenza di condanna definitiva, il decreto penale di condanna irrevocabile, la condanna non definitiva, i provvedimenti cautelari reali o personali ove emessi dal giudice penale* il che a significare che

---

[26] *ex multis* Consiglio di Stato, Sez. V, 22.4.2022 n. 3107.

[27] *Il grave illecito professionale tipizzato dal Codice dei contratti pubblici* di A.Turi in *Altalex*.

[28] Il nuovo "approccio" appare coerente con la riforma della giustizia penale attuata con il D.Lgs. n. 150/2022, Riforma Cartabia, che ha introdotto nel codice di procedura penale all'art. 335-bis c.p.p. la nuova disciplina ai sensi della quale "*La mera iscrizione nel registro di cui all'articolo 335 non può, da sola, determinare effetti pregiudizievoli di natura civile o amministrativa per la persona alla quale il reato è attribuito*".

ISSN 2036-7821

è il "*legislatore ad imporre quale elemento costitutivo della fattispecie di illecito professionale grave, la contestata o accertata commissione di un reato ed elenca i provvedimenti rilevanti in tal senso conduce necessariamente ad escludere tutte quelle ipotesi che non siano espressamente previste dalla citata disposizione*"[29].

Ultimo aspetto attiene al tempo trascorso dalla violazione. L'art. 96, comma 10 , lett. c) del D.Lgs 36/2023 stabilisce in tre anni l'ambito temporale di riferimento.

Sul punto v'è consolidato orientamento [30] il quale stabilisce che "*è precluso alla Stazione appaltante estendere il proprio controllo a fattispecie che si collocano al di fuori dell'ambito temporale individuato dalla norma, ponendosi ciò anche in violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione e di interpretazione restrittiva delle stesse, in quanto deve prevalere il principio del favor partecipationis*".

6. Sulla continuità del possesso dei requisiti.

Alla luce di quanto esaminato, emerge una complessa disciplina cui ogni operatore economico deve sottostare per la partecipazione ad una gara ed al contempo ne deriva un onere in capo all'Amministrazione di verifica e di bilanciamento nel corso delle procedure di affidamento.

Il generale obbligo dell'operatore economico di agire nella contrattazione pubblica in modo collaborativo e secondo buona fede, e conseguentemente di informare immediatamente la stazione appaltante delle circostanze sopravvenute incidenti sulla condizione soggettiva di regolarità fiscale appare significativo in tutte le procedure di affidamento con l'Amministrazione Pubblica ed è stato di recente cristallizzato dal Consiglio di Stato, Ad. Plen.

Con sentenza resa in data 24 aprile 2024, n. 7, il Consiglio di Stato ha, fissato, seppur alla luce del D.Lgs. n. 50/2016, dei principi applicabili anche alla normativa oggi vigente ed ha sentenziato che "*In una procedura di gara, in caso di contemporanea applicazione, non sussiste alcun contrasto tra il principio giurisprudenziale secondo cui le certificazioni relative alla regolarità contributiva e tributaria delle imprese partecipanti rilasciate dagli enti certificatori preposti si impongono alle stazioni appaltanti che non possono in alcun modo sindacarne il contenuto e il principio giurisprudenziale secondo cui l'effettivo possesso dei requisiti di ammissione si impone ai concorrenti a partire dall'atto di presentazione della domanda di partecipazione e per tutta la durata della procedura di evidenza pubblica e fino alla completa esecuzione del contratto. Il partecipante è obbligato ad informare tempestivamente e senza alcun filtro preventivo l'amministrazione di ogni sopravvenienza idonea ad incidere sul requisito della regolarità fiscale in forza della generale previsione dell'art. 1, comma 2-bis, L. n. 241/1990. L'amministrazione, a sua volta, è tenuta a eseguire gli*

---

[29] cit. *Il grave illecito professionale tipizzato dal Codice dei contratti pubblici* di A.Turi in *Altalex*

[30] cfr. T.A.R. Lombardia, Milano, Sezione IV, 15 luglio 2024 n. 2189; Consiglio di Stato, IV, 31 maggio 2023, n. 5393; III, 14 maggio 2020, n. 3084; T.A.R. Lombardia, Milano, IV, 20 giugno 2024, n. 1901; IV, 11 giugno 2024, n. 1764; IV, 27 febbraio 2023, n. 494.

ISSN 2036-7821

accertamenti previsti sul possesso del requisito della regolarità fiscale durante l'intero periodo indicato come rilevante, per come si desume dall'art. 80, comma 6, del D.Lgs. n. 50/2016. Il concorrente che impugna l'aggiudicazione può sempre dimostrare, con qualunque mezzo idoneo allo scopo, sia che l'aggiudicatario fosse privo, ab origine, della regolarità fiscale, sia che egli abbia perso quest'ultima in corso di gara. Comporta il difetto della regolarità fiscale ai sensi dell'art. 80, comma 4, D.Lgs. n. 50/2016, il debito definitivamente accertato dell'aggiudicataria nei confronti del Segretariato generale della giustizia amministrativa per omesso versamento del contributo unificato o delle conseguenti sanzioni pecuniarie applicate per il ritardato pagamento".

In buona sostanza il Collegio ritiene che il concorrente aggiudicatario sia obbligato ad informare tempestivamente l'amministrazione di ogni sopravvenienza atta ad incidere sui requisiti generali di partecipazione in ossequio al principio contenuto nell'art. 1, comma 2-*bis*, L. n. 241/1990 [31] (in quanto disposizione generale è senz'altro applicabile al settore dei contratti pubblici) il quale stabilisce che i "*rapporti tra il cittadino e la pubblica amministrazione sono improntati ai principi della collaborazione e della buona fede*".

Per il giudice amministrativo, quindi, nella contrattazione pubblica, i principi di collaborazione e buona fede vanno intesi in senso oggettivo ed impongono un dovere di reciproca correttezza e lealtà, facendo sorgere in capo all'operatore economico un vero e proprio onere di informarla, tempestivamente, di ogni circostanza sopravvenuta in grado di modificare, in negativo, la propria condizione rispetto al possesso dei requisiti generali.

"Ne consegue, evidentemente, che deve essere disposta l'esclusione per l'operatore economico partecipante che non fornisce un aggiornamento delle dichiarazioni rese, relativamente alle vicende sopravvenute e agli sviluppi di procedimenti pendenti a suo carico. Il comportamento omissivo costituisce elemento, ex se, di inaffidabilità dell'operatore e dunque autonomo motivo di esclusione, in quanto non consente alla stazione appaltante di valutare l'eventuale incidenza di tali precedenti relativi alla propria attività professionale sulla reale integrità e affidabilità, morale e professionale" [32].

In conformità a tali inderogabili principi di collaborazione e buona fede, poiché i requisiti di partecipazione devono sussistere per tutta la durata della gara sino alla stipula del contratto, nonché poi ancora fino all'adempimento delle obbligazioni contrattuali, "*discende, il dovere della stazione appaltante di compiere i relativi accertamenti con riguardo all'intero periodo* [33]".

Il Collegio evidenzia come tale regola sia desumibile anche dall'art. 80, comma 6, del D.Lgs. n. 50/2016, il quale stabilisce che: "*Le stazioni appaltanti escludono un operatore*

---

[31] Il comma 2-*bis* è stato introdotto dall'art. 12, comma 1, lett. a), D.L. 16 luglio 2020, n. 76, convertito, con modificazioni, dalla L. 11 settembre 2020, n. 120.

[32] *Brevi note sul possesso del requisito della regolarità fiscale* di G. Figuera in Urbanistica e appalti 2024, 5, 663.

[33] C.d.S., Ad. plen., 20 luglio 2015, n. 8; 25 febbraio 2014, n. 10; Sez. IV, 4 maggio 2015, n. 2231; Sez. III, 10 novembre 2021, n. 7482.

ISSN 2036-7821

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".

Da quest'ultima regola discende, infine, l'ulteriore corollario che il concorrente che impugna l'aggiudicazione può sempre dimostrare, con qualunque mezzo idoneo allo scopo, sia che l'aggiudicatario fosse privo, *ab origine*, della regolarità fiscale, sia che egli abbia perso quest'ultima in corso di gara.

L'intervento del Collegio appare dirimente sul punto in quanto "*La pronuncia citata fornisce un indirizzo interpretativo assai rilevante in merito alla necessaria continuità del possesso dei requisiti di partecipazione alla gara, per tutta la durata della stessa, posto che, sebbene non sussista una norma specifica che imponga all'operatore economico di comunicare la perdita di uno dei requisiti di partecipazione, lo stesso è comunque tenuto a farlo in ossequio ai generali principi di collaborazione e di buona fede cui, in ossequio all'art 1, comma 2-bis, della L. n. 241/1990, devono essere ispirati i rapporti tra cittadino e Amministrazione*" [34].

Allo stesso tempo l'Amministrazione ha l'obbligo di verificare che i requisiti di partecipazione, tra cui quello attinente alla regolarità fiscale, siano posseduti per tutta la durata della gara, compiendo le necessarie verifiche riguardo all'intero periodo.

7. Considerazioni finali alla luce dell'ordinanza del Cons. Stato, sez. III, ordinanza 11 settembre 2024, n. 7518.

Con ordinanza in data 11 settembre 2024, n. 7518, la Terza Sezione del Consiglio di Stato ha rimesso alla Corte Costituzionale la questione di legittimità costituzionale dell'art. 80, comma 4, secondo periodo, del d.lgs. 50/2016**,** laddove prevede la soglia di gravità per le violazioni tributarie definitivamente accertate, discostandosi dai precedenti della Sez. V (che aveva già dichiarato manifestamente infondate analoghe questioni di illegittimità costituzionale).

Come noto, in base all'art. 80, co. 4, d.lgs. n. 50/2016:

- le violazioni tributarie definitivamente accertate sono gravi se superano l'importo di euro 5.000,00, stabilito dall'art. 48-bis d.P.R. n. 602 del 1973;
- le violazioni non definitivamente accertate, invece, sono gravi se sono pari o superiori al 10% del valore **del contratto e** comunque superiori ad Euro 35.000,00.

Con l'ordinanza in parola, il Consiglio di Stato, esclusa la disapplicazione per contrasto con il principio di proporzionalità che deve informare le deroghe alle cause di esclusione previste dalle Direttive del 2014 in materia di contratti pubblici, ritiene rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 80, co. 4, d.lgs. n. 50/2016, in relazione all'art. 3 della Costituzione.

[34] *Regolarità fiscale e continuità dei requisiti di partecipazione* di C. Chirieleison in Giurisprudenza amministrativa.

ISSN 2036-7821

Ad avviso del Collegio, il sistema di determinazione della soglia di gravità per le irregolarità fiscali definitivamente accertate (a portata automaticamente escludente) "*si pone in tensione insanabile con l'art. 3 Cost. quale crogiuolo in cui si fondono secondo un sapiente dosaggio assiologico i principi cardinali di proporzionalità e ragionevolezza*" [35]. In particolare, secondo il Collegio, la norma è irragionevole e sproporzionata, in buona sostanza, per due ordini di ragioni**:**

(a) l'art. 80, co. 4, d.lgs. n. 50 del 2016 richiama la soglia di un meccanismo (quello dell'art. 48 *bis* del d.P.R. n. 602 del 1973) che comporta la compensazione automatica tra crediti nei confronti delle pubbliche amministrazioni e debito erariale. Con la conseguenza che lo stesso debito, se sorto prima della partecipazione alla gara, comporta automaticamente l'esclusione (indipendentemente dal valore del contratto e dalle dimensioni dell'operatore economico), mentre se sorto in corso di esecuzione comporta solo il congelamento del credito vantato dal contribuente nei confronti della p.a. per la somma corrispondente al debito tributario;

(b) la soglia per le violazioni tributarie definitivamente accertate è ingiustificatamente più bassa di quella prevista per le violazioni tributarie non definitivamente accertate, ove la gravità è commisurata al valore del contratto da aggiudicare e presidiata da una soglia *de minimis* (Euro 35.000,00).

Il Consiglio di Stato, consapevole della discrezionalità del legislatore in materia, quasi "*suggerisce*" alla Corte costituzionale una sentenza additiva di principio**,** con la quale cioè venga sancito che sono "*gravi violazioni definitivamente accertate 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*", ossia superiore ad Euro 5.000,00,"*e che, in ogni caso, sono correlate al valore dell'appalto*", lasciando perciò al legislatore la determinazione della proporzione rispetto al valore dell'appalto.

In altre parole, secondo il Consiglio di Stato, il legislatore non sarebbe tenuto ad estendere alle violazioni definitivamente accertate la soglia di rilevanza del 10% del valore del contratto da aggiudicare.

La questione sottoposta all'attenzione della Corte costituzionale è di particolare attualità, poiché l'art. 94, co. 6, l'art. 95, co. 2, e l'Allegato II.10 del d.lgs. n. 36/2023 ripetono la medesima disciplina della gravità delle violazioni tributarie. In buona sostanza, poi, il d.lgs. 36/2023 ha in un certo senso ulteriormente sottolineato la disparità di trattamento tra le violazioni tributarie definitivamente accertate e quelle non definitivamente accertate, collocando quelle definitive nell'art. 94, cioè fra le cause

35] Corte Cost. 21 febbraio 2019, n. 20, in *Foro it*., 2020, I, 142, con nota di ROMBOLI; Giur. Cost., 2019, 226, con nota di REPETTO; Giornale dir. Amm., 2019, 601 (m), con nota di AVEARDI; *Guida al dir*., 2019, 12, 90, con nota di PONTE; *Dir. informazione e informatica*, 2019, 79, con nota di POLLICINO, RESTA; *Riv. corte conti*, 2019, 1, 227, con nota di CHIATANTE; *Dir. Internet*, 2019, 57, con nota di MARONGIU; *Foro it*., 2020, I, 125, con nota di TRAPANI; *Dir. comunitario scambi internaz*., 2019, 393 (m), con nota di TROIANIELLO.

ISSN 2036-7821

di esclusione automatica, e quelle non definitive nell'art. 95, cioè fra le cause di esclusione non automatica. Pertanto, ancorché l'ordinanza di rimessione si riferisca solo all'art. 80 dell'abrogato codice dei contratti pubblici e, pertanto, l'eventuale dichiarazione di illegittimità costituzionale possa avere effetti solo in relazione a quella norma, non è da escludere che una pronuncia sull'art. 80 del d.lgs. n. 50/2016 possa comunque avere effetti anche sulla disciplina attualmente vigente.

Invero e per le stesse ragioni evidenziate dal Consiglio di Stato, è lecito dubitare anche della legittimità costituzionale dell'art. 94, co. 6, d.lgs. n. 36/2023. Sicché non è da escludere che, nelle more della decisione della Corte costituzionale, possa essere sollevata anche una questione di legittimità costituzionale dell'attuale disciplina di questa causa di esclusione.

ISSN 2036-7821