



DELIBERA N. 234 15 maggio 2024

Oggetto

UPREC-PRE-0105-2024-S-PREC -Istanza singola di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1 del decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36 presentata dalla società Pluriservices Srl – Affidamento del servizio di pulizia del Museo Regionale di Messina e Villa De Pasquale – **Criterio di aggiudicazione:** offerta economicamente più vantaggiosa – **Importo a base di gara:** euro 95.393,43 – **CIG:** 9990461539 – **S.A.:** Assessorato Regionale dei Beni Culturali e dell'Identità Siciliana - Dipartimento per i Beni Culturali e Ambientali e della Identità Siciliana - Museo Regionale Interdisciplinare di Messina.

UPREC-PRE-0105-2024-S-PREC

Riferimenti normativi

Artt. 94, comma 6 e 95, comma 2 del d.lgs. n. 36/2023

Artt. 2, 3 e 4 dell'Allegato II.10 del d.lgs. n. 36/2023

Parole chiave

Provvedimento di esclusione – Violazioni gravi, definitivamente accertate e non, degli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse o dei contributi previdenziali – Condizioni di “gravità” e “definitivo accertamento” – Valutazione discrezionale della Stazione appaltante.

Massima

Appalto pubblico – Servizi – Scelta del contraente – Requisiti di capacità generale – Obbligo di pagamento imposte, tasse e contributi previdenziali – Violazioni gravi definitivamente accertate e non – Esclusione non automatica – Condizioni di “gravità” e “definitivo accertamento” – Valutazione discrezionale della Stazione appaltante – Condizioni e limiti normativi – Esclusione illegittima.

Ai sensi e per gli effetti dell'art. 95, comma 2 del Codice la “gravità” della violazione (non definitivamente accertata) agli obblighi relativi al pagamento di imposte e tasse o contributi previdenziali deve essere valutata sulla base delle condizioni dettate dall'art. 3 dell'Allegato II.10 del Codice, ossia quando la violazione è pari o superiore al 10 per cento del valore dell'appalto e purché tale l'importo non sia inferiore



a 35.000 euro. La disposizione di cui all'art. 95, comma 2, 3° periodo secondo cui «La gravità va in ogni caso valutata anche tenendo conto del valore dell'appalto» deve essere intesa quale clausola interpretativa che la Stazione appaltante deve utilizzare, all'interno dei due sopracitati parametri di riferimento predeterminati dal legislatore, ai fini della valutazione discrezionale circa l'esclusione o meno del concorrente che sia incorso nella violazione non immediatamente escludente.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 15 maggio 2024

DELIBERA

VISTA l'istanza acquisita al prot. gen. ANAC n. 0043442 del 5.4.2024, con la quale la società Pluriservices Srl chiede parere in ordine alla legittimità dell'esclusione dalla gara disposta dalla Stazione appaltante in quanto *«ai sensi dell'art. 94, comma 6 e art. 95, comma 2 del D. Lgs. 31/03/2023, n. 36, inadempiente agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse, tanto da costituire grave violazione definitivamente accertata come indicato all'art 1, 2 e 4 dell'Allegato II.10 del citato D. Lgs. 36/2023»;*

CONSIDERATO, più specificamente, che a giudizio della società istante l'esclusione è illegittima in quanto:

- «(i) a suo carico non vi è alcuna violazione fiscale definitivamente accertata;*
- (ii) l'unico carico pendente attiene ad una comunicazione di irregolarità emessa a seguito di controllo automatizzato ai sensi dell'art. 36-bis, D.P.R. 600/1972, per l'importo di € 25.730,49, esplicitamente qualificata come violazione non definitiva nel certificato emesso dall'Agenzia delle Entrate, ed immediatamente rateizzata dalla società;*
- (iii) trattandosi, al più e a tutto concedere, di violazione non definitiva, essa si colloca al di sotto della soglia di rilevanza (€ 35.000,00) prevista all'art. 3 dell'allegato II.10 al D.Lgs. 36/2023, richiamato dal Museo di Messina a preteso fondamento dell'esclusione»;*

CONSIDERATO che la società istante rivolge all'Autorità i seguenti quesiti:«

- a) se, in presenza di una mera comunicazione di irregolarità ai sensi dell'art. 36-bis, D.P.R. 600/1973, prontamente rateizzata dal contribuente, di importo comunque inferiore a 35.000 euro, e qualificata nel certificato rilasciato dalla competente articolazione territoriale dell'Agenzia delle Entrate come "violazione non definitiva", sia legittima l'esclusione disposta nei confronti di Pluriservices in ragione della pretesa sussistenza di una "grave violazione non definitivamente accertata";*
- b) se il provvedimento di esclusione di cui al punto che precede si ponga in contrasto non solo con la specifica normativa di settore in materia di violazioni fiscali, ma anche con il principio di tassatività delle cause di esclusione (cfr. art. 10, D.Lgs. 36/2023);*
- c) se, alla luce delle peculiarità che hanno caratterizzato la procedura selettiva indetta dal Museo di Messina (nella quale è stato accertato un tentativo di elusione fraudolenta del principio di rotazione, a seguito di segnalazione effettuata da Pluriservices), l'esclusione disposta nei confronti di quest'ultima, nella conclamata assenza dei presupposti obiettivi richiesti dalla normativa di riferimento, possa essere qualificata alla stregua di un'ipotesi di sviamento dell'azione amministrativa»;*



VISTO l'avvio dell'istruttoria comunicato in data 15.4.2024;

VISTA la documentazione in atti e le memorie presentate dalla società Prisma Srl;

PRESO ATTO che la Stazione appaltante non ha partecipato al contraddittorio, non avendo presentato nei termini prescritti alcuna memoria controdeduttiva o prodotto alcuna documentazione relativa alla gara in contestazione e che quindi il presente parere è espresso sulla base dell'esposizione dei fatti e della documentazione prodotta dall'odierno istante e dalla società controinteressata;

RITENUTO, preliminarmente, di rigettare la richiesta dei legali della società Prisma Srl di procedere ad una loro previa audizione in contraddittorio per la definizione della presente controversia, atteso che tutti gli aspetti della questione sono già ben noti all'Autorità, non solo perché desumibili da tutta la documentazione prodotta dalle parti medesime, ma anche in ragione delle conoscenze acquisite con la pregressa trattazione di altra istanza di parere riguardante la medesima gara in oggetto, e che l'eventuale contraddittorio orale tra le parti non apporterebbe alcun particolare elemento conoscitivo in grado di sovvertire l'esito del presente parere;

CONSIDERATO, ai fini della necessaria individuazione del perimetro normativo in cui si iscrive la controversia sottoposta allo scrutinio dell'Autorità, che l'art. 94, comma 6 del Codice, in tema di cause di esclusione automatica, prevede 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. Costituiscono gravi violazioni definitivamente accertate quelle indicate nell'Allegato II.10. 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 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»*; che l'art. 95, comma 2 del Codice, in tema di cause di esclusione non automatica, prevede che *«La stazione appaltante esclude altresì un operatore economico qualora ritenga, sulla base di qualunque mezzo di prova adeguato, che lo stesso ha commesso gravi violazioni non definitivamente accertate agli obblighi relativi al pagamento di imposte e tasse o contributi previdenziali. Costituiscono gravi violazioni non definitivamente accertate in materia fiscale quelle indicate nell'Allegato II.10. La gravità va in ogni caso valutata anche tenendo conto del valore dell'appalto. 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 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, oppure nel caso in cui l'operatore economico abbia compensato il debito tributario con crediti certificati vantati nei confronti della pubblica amministrazione»*; che l'Allegato II.10 (recante "Disposizioni in materia di possibile esclusione dell'operatore economico dalla partecipazione a una procedura d'appalto per gravi violazioni in materia fiscale non definitivamente accertate") all'art. 1 stabilisce che *«Ai sensi e per gli effetti dell'articolo 94, comma 6, del codice, 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 a impugnazione. Costituiscono gravi violazioni in materia contributiva e previdenziale quelle ostantive al rilascio del documento unico di regolarità contributiva (DURC), di cui al decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali 30 gennaio 2015, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana n. 125 del 1° giugno 2015, ovvero delle*



certificazioni rilasciate dagli enti previdenziali di riferimento non aderenti al sistema dello sportello unico previdenziale» e all'art. 3 stabilisce che «Ai sensi e per gli effetti dell'art. 95, comma 2, del codice, la violazione si considera grave quando comporta l'inottemperanza a un obbligo di pagamento di imposte o tasse per un importo che, con esclusione di sanzioni e interessi, è pari o superiore al 10 per cento del valore dell'appalto. Per gli appalti suddivisi in lotti, la soglia di gravità è rapportata al valore del lotto o dei lotti per i quali l'operatore economico concorre. In caso di subappalto o di partecipazione in raggruppamenti temporanei o in consorzi, la soglia di gravità riferita al subappaltatore o al partecipante al raggruppamento o al consorzio è rapportata al valore della prestazione assunta dal singolo operatore economico. In ogni caso, l'importo della violazione non deve essere inferiore a 35.000 euro. Costituiscono gravi violazioni in materia contributiva e previdenziale quelle ostative al rilascio del DURC, di cui al decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali 30 gennaio 2015, ovvero delle certificazioni rilasciate dagli enti previdenziali di riferimento non aderenti al sistema dello sportello unico previdenziale»;

RILEVATO, innanzitutto, che la Stazione appaltante, nel provvedimento di esclusione, richiama, inizialmente in modo indistinto, sia l'art. 94, comma 6 che l'art. 95, comma 2 e che tuttavia, subito dopo, nell'esplicare i riferimenti normativi menzionati, riconduce tale esclusione a "violazioni definitivamente accertate" con riferimento all'inadempienza "agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse", di fatto inducendo a ritenere, sulla base della documentazione versata in atti, che il riferimento all'art. 95, comma 2 (*"gravi violazioni non definitivamente accertate agli obblighi relativi al pagamento di imposte e tasse o contributi previdenziali"*) sia dovuto ad un mero errore, stante la sostanziale differenza sussistente tra le due fattispecie escludenti;

RITENUTO che non sussistono dubbi sul fatto che la violazione contestata dall'Agenzia delle Entrate alla società odierna istante non possa rientrare nel novero di quelle "definitivamente accertate" ai sensi dell'art. 94, comma 6 e che pertanto il provvedimento di esclusione adottato dalla Stazione appaltante, in cui si parla di "violazioni definitivamente accertate", appare quantomeno incongruente rispetto alle circostanze di fatto che emergono dalla documentazione depositata dalle parti;

RITENUTO, in ogni caso, che, stante l'oggettivo richiamo anche all'art. 95, comma 2 e l'obiettivo ambiguità del provvedimento di esclusione dalla gara che legittima interpretazioni plurime, appare opportuno esaminare anche l'eventuale fondatezza di siffatta esclusione con riferimento alla fattispecie di cui alla disposizione in questione;

RILEVATO che l'unica violazione imputata e imputabile alla società istante riguarda una contestazione da parte dell'Agenzia delle Entrate, effettuata in esito ad un controllo automatizzato eseguito sulla dichiarazione dei redditi ai sensi dell'art. 36-bis, D.P.R. 600/1973 e notificata in data 5.10.2023, con espresso riferimento al mancato (o comunque inesatto) versamento dell'IRES per il periodo di imposta dal 1.1.2020 al 31.12.2020 e che già in data 2.11.2023, ovvero entro la prevista scadenza del termine di 30 giorni indicato nella contestazione stessa, Pluriservices aveva ottenuto la rateizzazione del debito;

CONSIDERATO che sulla base della disciplina codicistica sopra riportata e contrariamente a quanto sostenuto dai legali della società Prisma Srl nelle memorie difensive, la violazione in discussione rientra nel novero di quelle individuate dal combinato disposto dell'art. 95, comma 2 e dell'art. 2, comma 1, lett. c) dell'Allegato II.10 e specificamente nella *"inottemperanza agli obblighi, relativi al pagamento di imposte e tasse derivanti dalla [...] c) notifica di cartelle di pagamento concernenti pretese tributarie, oggetto di comunicazioni di irregolarità emesse a seguito di controllo automatizzato o formale della dichiarazione, ai sensi degli articoli 36-bis e 36-ter del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 600 e dell'art. 54-bis del decreto del Presidente della Repubblica 26 ottobre 1972, n. 633"* (la stessa Agenzia delle Entrate, sul proprio sito istituzionale, chiarisce, infatti, che *"Le comunicazioni, sia degli esiti del controllo automatico sia del controllo formale, non sono veri e propri atti impositivi, anzi, la loro funzione è rendere noti i risultati dei controlli e consentire al contribuente di*



regolarizzare la propria posizione, usufruendo della riduzione delle sanzioni ed evitando l'iscrizione a ruolo e l'emissione della cartella. Pertanto, non sono impugnabili autonomamente dinanzi alle Corti di giustizia tributaria");

RITENUTO, in ogni caso, che l'esatta qualificazione della "comunicazione"/"contestazione" effettuata dall'Agenzia delle Entrate alla società istante in termini di "atto impositivo" o di "cartella di pagamento concernenti pretese tributarie" ai sensi, rispettivamente, delle lettere a) e c) del comma 1 dell'art. 2 dell'Allegato II.10 del Codice, sulla quale i legali della controinteressata società Prisma Srl si soffermano ampiamente, giungendo a concludere per l'applicabilità dell'ipotesi dell'atto impositivo sub lett. a), in quanto, alla luce della previsione contenuta nell'art. 4, comma 1 del citato Allegato («*Ai sensi e per gli effetti dell'articolo 95, comma 2, del codice, la violazione grave di cui all'articolo 3, comma 1, del presente allegato si considera non definitivamente accertata, e pertanto valutabile dalla stazione appaltante per l'esclusione dalla partecipazione alle procedure di affidamento di contratti pubblici, quando siano decorsi inutilmente i termini per adempiere all'obbligo di pagamento e l'atto impositivo o la cartella di pagamento siano stati tempestivamente impugnati*»), troverebbe giustificazione l'esclusione disposta dalla Stazione appaltante a carico della Pluriservices ai sensi dell'art. 95, comma 2, potrebbe risultare rilevante per la definizione della presente controversia solo dopo aver accertato la sussistenza di tutti i presupposti affinché la violazione in contestazione possa essere effettivamente qualificata come "grave" secondo le indicazioni fornite dall'art. 3 dell'Allegato II.10;

CONSIDERATO che per il legislatore codicistico «*la violazione si considera grave quando comporta l'inottemperanza a un obbligo di pagamento di imposte o tasse per un importo che, con esclusione di sanzioni e interessi, è pari o superiore al 10 per cento del valore dell'appalto... In ogni caso, l'importo della violazione non deve essere inferiore a 35.000 euro*» e che nel caso di specie, benché l'importo della violazione (euro 25.730,49) superi abbondantemente il 10% del valore dell'appalto (importo a base di gara pari a euro 98.328,37), non raggiunge tuttavia il valore di euro 35.000,00, che deve essere considerata la soglia (economica) minima di punibilità, al di sotto della quale la violazione (non definitivamente accertata) non può essere in alcun modo considerata "grave" ai fini di una possibile esclusione dalla gara rimessa alla valutazione discrezionale della Stazione appaltante;

RITENUTO che l'interpretazione della norma in questione offerta dai legali della società Prisma, secondo i quali «*non è in discussione che l'importo accertato è superiore al 10% del valore dell'appalto che ha un importo di euro 98.328,37 (IVA esclusa), e che se è pur vero che l'articolo 3 dell'allegato II.10 faccia riferimento alla soglia di euro 35.000 è anche vero che l'articolo 95 stabilisce espressamente che "...La gravità va in ogni caso valutata anche tenendo conto del valore dell'appalto..."*», appare destituita di fondamento stante il chiaro disposto normativo contenuto nell'art. 3, comma 1, 4° periodo («*In ogni caso, l'importo della violazione non deve essere inferiore a 35.000 euro*»), che costituisce una norma di chiusura dettata dalla evidente *ratio* di non prevedere sanzioni particolarmente gravi, come è certamente quella espulsiva, nel caso di violazioni di modesto valore economico e considerato che l'indicazione contenuta nell'art. 95, comma 2, 3° periodo, secondo cui la gravità deve essere comunque valutata tenendo conto del valore dell'appalto, deve essere intesa quale clausola interpretativa che la Stazione appaltante deve utilizzare all'interno dei due parametri di riferimento predeterminati dal legislatore, costituiti, da un lato, dalla "violazione superiore al 10% del valore dell'appalto" e, dall'altro, dalla soglia minima di "35.000,00 euro", ai fini della valutazione discrezionale circa l'esclusione o meno del concorrente che sia incorso nella violazione non immediatamente escludente;

RITENUTO, inoltre, che nel caso di specie la tesi sostenuta dalla società controinteressata, tendente a dimostrare la gravità della violazione commessa dalla Pluriservices ancorché essa si collochi abbondantemente al di sotto dei 35.000 euro, si dimostra essere non solo frutto di una errata attività interpretativa, ma anche contrastante con la *ratio* stessa della norma, che stabilisce in modo inequivocabile che la effettiva gravità può essere oggetto di valutazione, per gli esiti della quale potrebbe



assumere rilevanza determinante anche il rapporto tra il peso economico della violazione medesima e il valore complessivo dell'affidamento, unicamente nel caso in cui venga superata l'indicata soglia minima dei 35.000 euro;

RITENUTO, altresì, che, in forza di quanto previsto dall'art. 95, comma 2, 4° periodo («*Il presente comma non si applica quando l'operatore economico ha ottemperato ai suoi obblighi pagando o, 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, oppure nel caso in cui l'operatore economico abbia compensato il debito tributario con crediti certificati vantati nei confronti della pubblica amministrazione*»), quand'anche la violazione in discussione fosse stata qualificabile come "grave" la Stazione appaltante non avrebbe comunque potuto adottare alcun provvedimento espulsivo a carico della società istante poiché – come già più sopra detto – quest'ultima ha ottenuto dall'Agenzia delle Entrate la rateizzazione del debito entro i termini prescritti, il che vale quale "impegno vincolante a pagare le imposte o i contributi previdenziali dovuti" e, d'altra parte, la procedura di gara si è conclusa (con l'aggiudicazione a favore della Prisma Srl di cui alla determina di aggiudicazione definitiva del 29.08.2023) in data anteriore alla comunicazione dell'Agenzia delle Entrate, con la conseguenza che neppure sarebbe possibile parlare di violazione del principio di continuità del possesso dei requisiti generali, come erroneamente sostenuto dalla società controinteressata;

RITENUTO, infine, che la ricostruzione offerta nelle memorie difensive della Prisma Srl in merito all'asserito corretto inquadramento della tipologia di violazione (non definitivamente accertata) ai sensi e per gli effetti dell'articolo 95, comma 2, di cui all'art. 2, comma 1 dell'Allegato II.10, per un verso non appare conforme all'effettivo contenuto della "comunicazione" inviata dall'Agenzia delle Entrate alla Pluriservices e, per altro verso, è del tutto irrilevante ai fini dell'esito del presente parere poiché la qualificazione di tale comunicazione in termini di (a) "*atto impositivo conseguente ad attività di controllo degli uffici*" o (b) "*conseguente ad attività di liquidazione degli uffici*" oppure di (c) "*cartella di pagamento concernente pretese tributarie, oggetto di comunicazioni di irregolarità emesse a seguito di controllo automatizzato o formale della dichiarazione, ai sensi degli articoli 36-bis e 36-ter del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 600 e dell'art. 54-bis del decreto del Presidente della Repubblica 26 ottobre 1972, n. 63*" se è vero che riporta ad una tematica piuttosto dibattuta in dottrina e giurisprudenza tributaria e genera molteplici controversie in merito alla disciplina applicabile ai fini dell'impugnativa, della notifica e dell'eventuale accesso ai procedimenti di estinzione agevolata del debito fiscale previsti dalla normativa in materia, nel caso di specie non incide in alcun modo sulla valutazione (discrezionale) che la Stazione appaltante era tenuta a compiere in ordine alla rilevanza escludente o meno della violazione commessa dalla Pluriservices, atteso che non è in discussione se quest'ultima rientri in uno dei casi enucleati dal legislatore codicistico (sicuramente sì), bensì se l'inottemperanza agli obblighi fiscali della Pluriservices rilevata dall'Agenzia delle Entrate possa essere considerata "grave" in base ai più volte menzionati parametri normativi (sicuramente no),

il Consiglio

ritiene, per tutte le motivazioni che precedono e limitatamente alle questioni di competenza dell'Autorità, che l'operato della Stazione appaltante non sia conforme alle disposizioni normative in tema di cause di esclusione, automatiche e non automatiche, per la violazione grave degli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse o dei contributi previdenziali, di cui agli artt. 94, comma 6 e 95, comma 2 del d.lgs. n. 36/2023, e che pertanto l'esclusione della società Pluriservices Srl dalla gara *de qua* sia illegittima e il relativo provvedimento debba essere annullato in autotutela.



Ai sensi dell'art. 220, comma 1 del Codice, qualora la Stazione appaltante non intendesse conformarsi al parere dovrà comunicare, con provvedimento da adottare entro quindici giorni, le relative motivazioni alle parti interessate e all'Autorità, che potrà proporre il ricorso di cui al comma 3 del medesimo articolo.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 21 maggio 2024

Il Segretario Valentina Angelucci

Firmato digitalmente