N. 00015/2013REG.PROV.COLL.
N. 00010/2013 REG.RIC.A.P.

R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Adunanza Plenaria)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 10 di A.P. del 2013, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Ligra Srl, in persona del legale rappresentante *pro tempore,* rappresentata e difesa dall'avv. Giovanni De Vergottini, con domicilio eletto presso Giovanni De Vergottini in Roma, via A. Bertoloni, n. 44;

contro

Poste Italiane Spa, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti Marco Filippetto e Mario Sanino, con domicilio eletto presso Spa Poste Italiane Direzione Affari Legali, in Roma, viale Europa, n. 175;

e con l'intervento di

ad adiuvandum:

Bruno Raffaele, Pariso Ciro, Grimaldi Massimo, Mazzarella Vincenzo, Lo Franco Giuseppe, Avallone Vincenzo, La Magna Marco, Ilardo Ferdinando, Covino Tommaso, Abbatiello Vittorio, Sacco Fabio, Sacco Marco, Paciocco Alessandro, Castelluccio Salvatore, Schiano Nicola, D'Alise Antonio, Vannella Dario, Pullo

Katia, Esposito Brunella, Scognamiglio Danilo, Tarantino Alfredo, Lucarelli Marco, tutti rappresentati e difesi dall'avv. Roberto Manservisi, con domicilio eletto presso la segreteria del Consiglio di Stato in Roma, alla piazza Capo di Ferro, n. 13;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. LAZIO - ROMA: SEZIONE III TER n. 07382/2012, resa tra le parti, concernentei servizio di distribuzione e raccolta di corrispondenza prodotti postali ed espletamento servizi ausiliari

Visti il ricorso in appello, i motivi aggiunti e i relativi allegati;
Visto l'atto di costituzione in giudizio di Poste Italiane Spa;
Viste le memorie difensive;
Visti tutti gli atti della causa;
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 22 aprile 2013 il Cons. Francesco Caringella e uditi per le parti gli avvocati De Vergottini, Filippetto, Sanino e Manservisi.;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. La società Ligra a r.l. propone appello avverso la sentenza di primo grado che ha respinto l'originario ricorso proposto nei confronti della determinazione con la quale Poste Italiane s.p.a. ne aveva disposto l'esclusione dall'albo dei fornitori.
Il suddetto provvedimento era motivato in ragione della ritenuta violazione dell'art. 38, comma 1, lett. g) del codice dei contratti pubblici (d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163), in ragione dell'omessa dichiarazione in ordine all'esistenza di due cartelle esattoriali.
In sede d'appello parte ricorrente ripropone la tesi, disattesa dalla sentenza gravata, secondo cui siffatte cartelle non sarebbero riferibili a violazioni di

obblighi tributari definitivamente accertati ex art. 38, comma 1, lett. g), in quanto:
- con riguardo alla prima cartella (n. 07120110100998446000), la Ligra s.r.l. aveva richiesto ad Equitalia Sud s.p.a. la rateizzazione degli importi dovuti all'Erario, istanza in prosieguo accolta da Equitalia;
- con riguardo alla seconda cartella (n. 07120100112047469000), al momento in cui la Ligra s.r.l. aveva reso la dichiarazione di regolarità fiscale non era ancora decorso il termine per l'impugnazione e per la richiesta di rateizzazione.

Si è costituita Poste Italiane s.p.a., che ha chiesto il rigetto dell'appello.

I soggetti in epigrafe specificati hanno spiegato intervento adesivo.

La Sesta Sezione del Consiglio di Stato, con sentenza parziale, ha rigettato i motivi di appello con cui parte ricorrente aveva dedotto la violazione di termini a difesa, la conclusione del procedimento di qualificazione *per facta concludentia* e la lesione di un suo legittimo affidamento.

Ai fini dell'esame del motivo d'appello che involge la questione di diritto relativa alla portata dell'art. 38, comma 1, lett. g), del codice dei contratti pubblici, la Sezione ha deferito con apposita ordinanza la soluzione della controversia al vaglio dell' Adunanza Plenaria ai sensi dell'art. 99 del codice del processo amministrativo.

All'udienza del 22 aprile 2013 la causa è stata trattenuta per la decisione.

DIRITTO

1. La questione rimessa all'Adunanza Plenaria riguarda l'individuazione dell'esatta portata del concetto di definitività dell'accertamento della violazione tributaria, ex art. 38, comma 1, lett. g, del codice dei contratti pubblici, laddove vengano in rilievo meccanismi di rateizzazione o dilazione del debito tributario ai sensi dell'art. 19 del d.P.R. 29 settembre 1973, n. 602 e di norme analoghe (cfr. la sospensione amministrativa della riscossione di cui all'art. 39 del medesimo DPR n. 602/1973).

2. Deve essere, in via preliminare, riepilogato il quadro normativo che regola la fattispecie sottoposta all'esame dell'Adunanza Plenaria.

L'articolo 38, comma 1, lettera g, del codice dei contratti pubblici stabilisce che "*sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, né possono essere affidatari di subappalti, e non possono stipulare i relativi contratti 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*".

Il d.l. 13 maggio 2011, n. 70, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 2011, n. 106, ha dettato un parametro quantitativo cui ancorare l'elemento della gravità della violazione ("*si intendono gravi le violazioni che comportano un omesso pagamento di imposte e tasse per un importo 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*").

Su altro fronte, il d.l. 2 marzo 2012, n. 16, convertito in legge 26 aprile 2012, n. 44, è intervenuto fornendo una definizione normativa di "definitività" dell'accertamento (art. 1, comma 5, modificativo del comma 2 dell'art. 38 cit.: "*costituiscono violazioni definitivamente accertate quelle relative all'obbligo di pagamento di debiti per imposte e tasse certi, scaduti ed esigibili*"), e, al contempo, regolando le situazioni poste in essere precedentemente all'entrata in vigore dello stesso decreto (art. 1, comma 6 : "Sono fatti salvi i comportamenti già adottati alla data di entrata in vigore del presente decreto dalle stazioni appaltanti in coerenza con la previsione contenuta nel comma 5").

La *ratio* della normativa fin qui passata in rassegna risponde all'esigenza di garantire l'amministrazione pubblica in ordine alla solvibilità e alla solidità finanziaria del soggetto con il quale essa contrae.

Concentrando l'esame sul concetto di "violazione definitivamente accertata", occorre poi rammentare che l'art. 38 citato è direttamente attuativo dell'articolo

45 della direttiva 2004/18, norma volta ad accertare la sussistenza dei presupposti di generale solvibilità dell'eventuale futuro contraente della pubblica amministrazione (Cons. Stato, sez. III, 5 marzo 2013, n. 1332).

L' attribuzione di un effetto rigidamente preclusivo 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.

3. Tanto premesso in merito alla coordinate normative di riferimento e alla *ratio* che le ispira, si tratta di stabilire se, ai fini dell'integrazione del requisito della regolarità fiscale di cui all'art. 38 cit., sia sufficiente che, entro il termine di presentazione dell'offerta, sia stata presentata da parte del concorrente istanza di rateazione del debito tributario oppure occorra che il relativo procedimento si sia concluso con un provvedimento favorevole.

4. E' da rilevarsi che, con riguardo alla questione di diritto rimessa all'Adunanza Plenaria, l'ordinanza di rimessione ha così riassunto le opzioni ermeneutiche astrattamente percorribili:

-una tesi più rigorosa ritiene che, ai fini della regolarizzazione della posizione fiscale, sia necessaria la positiva definizione del procedimento di rateazione con l' accoglimento dell'istanza del contribuente prima del decorso del termine fissato dalla *lex specialis* per la presentazione della domanda di partecipazione;

- una tesi più elastica annette rilievo già alla presentazione dell'istanza di rateazione entro il suddetto confine temporale;

-una linea interpretativa mediana ammette alla partecipazione l'impresa che abbia presentato istanza di rateizzazione, *sub condicione* della positiva definizione della

procedura prima dell'aggiudicazione della gara e della conseguente stipulazione del contratto.

5. L'Adunanza ritiene che la *quaestio iuris* debba essere risolta in conformità al prevalente indirizzo interpretativo affermatosi *in subiecta materia.*

5.1. La giurisprudenza comunitaria (cfr. Corte giust. CE, Sez. I, 09 febbraio 2007, n. 228/04 e 226/04) e quella nazionale (cfr., *ex multis,* Cons. St., sez. IV, 22 marzo 2013, n. 1633; sez. III, 5 marzo 2013, n. 1332; sez. VI, 29 gennaio 2013, n. 531; sez. V, 18 novembre 2011, n. 6084), al pari dell'Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici (cfr. determinazione 16 maggio 2012, n. 1; determinazione 12 gennaio 2010, n. 1; parere 12 febbraio 2009, n. 23; deliberazione 18 aprile 2007, n. 120), hanno anche di recente ribadito, sulla scorta di argomentazioni suscettibili di condivisione, l'adesione alla tesi più rigorosa 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.

Si è a tale stregua subordinata l'ammissione alla procedura alla condizione che "l'istanza di rateizzazione sia stata accolta prima della scadenza del termine di presentazione della domanda di partecipazione alla gara e preceda l'autodichiarazione circa il possesso della regolarità, essendo inammissibile una dichiarazione che attesti il possesso di un requisito in data futura" (Cons. Stato sez. VI n. 531/2013 cit.; vedi anche, *ex plurimis,* Cons. St., sez. V, 18 novembre 2011, n. 6084, che mette l'accento sulle condizioni di ammissione date dall' "ottenimento della rateizzazione" o dalla "dimostrazione di aver beneficiato di un concordato al fine di una rateizzazione o di una riduzione dei debiti").

5.2. La bontà della tesi sposata dalla giurisprudenza pressoché univoca di questo Consiglio trova riscontro nella conformazione nella disciplina dell'istituto della

rateizzazione fiscale ex art. 19 del d.P.R. n. 602/1973.

5.2.1. Sul piano teleologico la rateizzazione del debito tributario è espressione del favore legislativo verso i contribuenti in temporanea difficoltà economica, ai quali viene offerta la possibilità di regolarizzare la propria posizione tributaria senza incorrere nel rischio di insolvenza. Pertanto, condizione per la concessione del beneficio è la dimostrazione dell' obiettiva situazione di temporanea difficoltà in cui versa il debitore impossibilitato a pagare in un' unica soluzione il debito iscritto a ruolo e, tuttavia, in grado di sopportare l'onere finanziario derivante dalla ripartizione dello stesso debito in un numero di rate congruo rispetto alle sue condizioni patrimoniali.

5.2.2.Sul versante tecnico la rateizzazione si traduce in un beneficio che, una volta accordato, comporta la sostituzione del debito originario con uno diverso, secondo un meccanismo di stampo estintivo-costitutivo che dà la stura a una novazione dell'obbligazione originaria (cfr. Cons. St., Sez. IV, 22 marzo 2013, n. 1633).

L'ammissione alla rateizzazione, rimodulando la scadenza dei debiti tributari e differendone l'esigibilità, implica quindi la sostituzione dell'originaria obbligazione a seguito dell'insorgenza di un nuovo rapporto obbligatorio secondo i canoni della novazione oggettiva di cui agli artt. 1230 e seguenti del codice civile.

Il risultato è la nascita di una nuova obbligazione tributaria, caratterizzata da un preciso piano di ammortamento e soggetta a una specifica disciplina per il caso di mancato pagamento delle rate.

5.2.3. La configurazione del meccanismo novativo fa sì che, nell'arco di tempo che precede l'accoglimento della domanda, resta in vita il debito originario, la cui esistenza è ammessa dallo stesso contribuente con la presentazione della domanda di dilazione del pagamento delle somme iscritte a ruolo.

Il debito che grava sul contribuente prima dell'accoglimento dell'istanza, in caso di istanza di rateizzazione non ancora accolta all'atto della scadenza dei termini di presentazione delle domande di partecipazione, è quindi unicamente quello originario, in quanto tale certo (tanto nella sua esistenza quanto nel suo ammontare), scaduto ed esigibile nei sensi richiesti dal comma 2 dell'art. 38 del codice dei contratti pubblici.

A sostegno dell'assunto depone viepiù la considerazione che l'art. 19 del d.P.R. 29 settembre 1973, n. 602, nel regolamentare l'istituto della dilazione del pagamento, al comma 1-*quater*, pone quale unico limite all'attività forzosa dell'agente della riscossione, una volta ricevuta la richiesta di rateazione, l'inibizione all'iscrizione di ipoteca ex art. 77. Ne deriva che, salva questa specifica prescrizione di favore a tutela del debitore richiedente, la presentazione dell'istanza non incide *ex se* sull'esigibilità del credito originario e sulla conseguente possibilità per il creditore pubblico di dare impulso alle procedure finalizzate alla relativa riscossione *in executivis*.

Va soggiunto che l'inidoneità della mera presentazione dell'istanza di dilazione a soddisfare il requisito della regolarità contributiva è corroborata dalla considerazione che l'ammissione alla rateazione non costituisce, di norma (fa eccezione l'art. 38 del d. lgs. 31 ottobre 1990, n. 346, relativo all'imposta di successione), atto dovuto, in quanto l'art. 19 del d.P.R. n. 602/1973 conferisce all'Amministrazione il potere discrezionale di valutare quell' "obiettiva difficoltà economica" che si è in precedenza visto essere presupposto per la concessione del beneficio. Ne deriva che l'ammissione alla procedura del concorrente che non abbia ancora ottenuto il provvedimento favorevole, oltre a sancire una deroga atipica al principio secondo cui i requisiti di partecipazione alle gare vanno verificati al momento della scadenza dei termini fissati per la presentazione delle domande, innesterebbe nello svolgimento della procedura di evidenza pubblica il

fattore di incertezza legato all'accertamento di un requisito *in fieri*, collegato alla variabile della valutazione discrezionale dell'amministrazione tributaria.

5.3. Le considerazioni da ultimo esposte ostano alla praticabilità anche della tesi mediana secondo cui l'istante che abbia presentato richiesta di rateazione dovrebbe essere ammesso a condizione del conseguimento del beneficio nel corso della procedura di gara.

A sostegno della soluzione in esame non può, infatti, militare in modo decisivo la valorizzazione del principio del *favor partecipationis*, in quanto la preferenza per un ampliamento del novero dei partecipanti non è un valore assoluto ma deve essere ricondotta nel suo alveo naturale, dato dalla sua funzione di strumento volto al conseguimento dell' obiettivo di assicurare la scelta del miglior contraente in una gara celere e trasparente alla stregua del codice dei contratti pubblici.

Il *favor admissionis* non può pertanto giustificare l'ammissione di un contraente, sprovvisto al momento della domanda del requisito della regolarità tributaria, in forza di una riserva il cui scioglimento sarebbe caratterizzato da profili di aleatorietà sia sul piano dell'*an* che sul versante del *quando.*

Il principio della certezza del quadro delle regole e dei tempi della procedura di evidenza pubblica impone, infatti, che i requisiti di partecipazione siano verificati in modo compiuto al momento della scadenza dei termini di presentazione delle domande e impedisce un'ammissione condizionata che si rifletterebbe negativamente sui valori dell'efficienza e della tempestività dell'azione amministrativa, subordinando l'aggiudicazione e la successiva stipulazione a fattori caratterizzati dagli esposti profili di imponderabilità.

5.4. L'adesione all'orientamento più rigoroso non è scalfito, ai fini che in questa sede rilevano, dalla citata novella normativa secondo cui "*costituiscono violazioni definitivamente accertate quelle relative all'obbligo di pagamento di debiti per imposte e tasse certi, scaduti ed esigibili"* (art. 1, comma 5, del decreto legge n. 16/2012).

Si è già osservato in precedenza che la presentazione di un'istanza di ripartizione del debito in rate, dando la stura ad un meccanismo volto alla produzione di un fenomeno novativo, non incide, alla luce della disciplina tributaria e della normativa civilistica, sulla sussistenza dei suddetti requisiti del credito nelle more della definizione della procedura.

Detto assunto è confermato dal tenore dei lavori preparatori.

In particolare, dall'esame della relazione tecnica (A.S. 3184) di accompagnamento al d.l. sulle semplificazioni fiscali si ricava come l' intenzione del legislatore fosse quella di intendere non scaduti ed esigibili i debiti per i quali sia stato "concordato un piano di rateazione" rispetto al quale il contribuente è in regola con i pagamenti. Di tenore ancor più inequivocabile è la scheda di lettura (n. 625/4) redatta dall'Ufficio Studi della Camera dei Deputati in data 15 giugno 2012 in cui si afferma che i commi 5 e 6 sono volti a non escludere dalle gare pubbliche il contribuente "ammesso alla rateizzazione" del proprio debito tributario.

È pertanto chiara la volontà di considerare in regola con il fisco unicamente il contribuente cui sia stata accordata la rateizzazione e la conferma del principio secondo cui la mera presentazione dell'istanza di rateazione o dilazione non rileva ai fini della dimostrazione del requisito della regolarità fiscale.

5.5. Non può infine essere valorizzato, in senso contrario alla tesi rigorosa fin qui esposta, l'argomento secondo cui sarebbe iniquo che la tardiva definizione della procedura finalizzata alla concessione della rateazione o della dilazione si riflettesse negativamente sulla sfera giuridica dell'istante, *sub specie* di esclusione dalla procedura di evidenza pubblica regolate dal codice dei contratti pubblici. Si deve infatti osservare, in direzione opposta, che l'inibizione legale trova fondamento nella condizione di illiceità fiscale imputabile al concorrente e che il beneficio della rateazione è previsto da una normativa eccezionale i cui effetti

favorevoli non possono superare i confini delle espresse previsioni legislative, riflettendosi nell'ammissione alla gara di un soggetto gravato da un debito tributario liquido, scaduto ed esigibile.

6. Questa Adunanza reputa in definitiva che, alla stregua delle considerazioni che precedono, debba trovare conferma l'indirizzo ermeneutico secondo cui non è ammissibile la partecipazione alla procedura di gara, ex art. 38, comma 1, lett. g, del codice dei contratti pubblici, del soggetto che, al momento della scadenza del termine di presentazione della domanda di partecipazione, non abbia conseguito il provvedimento di accoglimento dell'istanza di rateizzazione.

7. L'applicazione di tali coordinate conduce alla reiezione dell'appello, ricavandosi dagli atti di causa che per una delle due cartelle esattoriali oggetto di giudizio la parte ricorrente, al momento della presentazione della dichiarazione di regolarità fiscale, non aveva ancora conseguito il provvedimento di accoglimento dell'istanza di rateizzazione.

La complessità della questione di diritto affrontata giustifica la compensazione delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Adunanza Plenaria)

definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 22 aprile 2013 con l'intervento dei magistrati:

Giorgio Giovannini, Presidente

Riccardo Virgilio, Presidente

Pier Giorgio Lignani, Presidente

Alessandro Pajno, Presidente

Luciano Barra Caracciolo, Presidente

Marzio Branca, Consigliere

Aldo Scola, Consigliere

Vito Poli, Consigliere

Francesco Caringella, Consigliere, Estensore

Maurizio Meschino, Consigliere

Sergio De Felice, Consigliere

Bruno Rosario Polito, Consigliere

Vittorio Stelo, Consigliere

IL PRESIDENTE

L'ESTENSORE **IL SEGRETARIO**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 05/06/2013

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)

Il Dirigente della Sezione