

STUDIO LEGALE
TRIBUTARIO VILLANI

An illustration in a dark grey background showing a red book, a pen, and a document with a stamp. The document has some text and a circular stamp. The title is overlaid on this illustration.

**PRIME CRITICITÀ DEL
DECRETO SEMPLIFICAZIONE
IN MATERIA DI APPALTI
PUBBLICI**

*di Maurizio Villani
e Alessandro Villani*

PRIME CRITICITÀ DEL DECRETO SEMPLIFICAZIONE IN MATERIA DI APPALTI PUBBLICI

- 1** Considerazioni generali PAG. 3
- 2** Contrasti all'interno della nuova norma PAG. 5
- 3** Criticità sotto l'aspetto comunitario PAG. 9
- 4** Criticità sotto l'aspetto costituzionale PAG. 11
- 5** Considerazioni conclusive PAG. 12

1 CONSIDERAZIONI INTRODUTTIVE

Il Decreto Legge n. 76/2020, c.d. “Decreto Semplificazioni”, in vigore dal 17 luglio 2020, convertito dalla Legge n. 120 dell’11 settembre 2020 e pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 228 del 14 settembre 2020, ha previsto, tra le varie disposizioni normative atte a garantire la semplificazione e l’innovazione digitale (!!), anche una specifica modifica alla disciplina degli appalti pubblici, con particolare riferimento ai **motivi di esclusione di cui all’art. 80, comma 4, del Decreto Legislativo n. 50/2016, c.d. “Codice dei Contratti Pubblici”**.

Tale modifica è destinata ad incidere in modo fortemente negativo su tutti gli operatori economici che dal 17 luglio 2020 rischiano di essere esclusi da una procedura d’appalto qualora presentino irregolarità fiscali anche non definitive, causando gravi rischi economici e finanziari alle imprese partecipanti.

Si rammenta, infatti, che **l’art. 8, comma 5, lettera b), del Decreto Semplificazioni**, nel modificare **l’art. 80, comma 4, quinto periodo, del Decreto Legislativo n. 50 del 18 aprile 2016** (Nuovo Codice degli Appalti) ha previsto espressamente che:

*“...all’articolo 80, comma 4, il quinto periodo è sostituito dai seguenti:
“Un operatore economico può essere escluso dalla partecipazione a una procedura d’appalto se la stazione appaltante è a conoscenza e può adeguatamente dimostrare che lo stesso non ha ottemperato agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse o dei contributi previdenziali non definitivamente accertati qualora tale mancato pagamento costituisca una grave violazione ai sensi rispettivamente del secondo o del quarto periodo. Il presente comma non si applica quando l’operatore economico ha ottemperato ai suoi obblighi pagando o impegnandosi in modo vincolante a pagare le imposte o i contributi previdenziali dovuti, compresi eventuali interessi o multe, ovvero quando il debito tributario o previdenziale sia comunque integralmente estinto, purché l’estinzione, il pagamento o l’impegno si siano perfezionati anteriormente alla scadenza del termine per la presentazione delle domande.”;*

Così disponendo l'art. 8, comma 5, del D.L. 76/2020 ha di fatto modificato e reso più stringente la disciplina relativa ai motivi di esclusione recata dall'art. 80 del Codice dei Contratti Pubblici, introducendo tra i casi di esclusione anche le **irregolarità fiscali non definitivamente accertate**.

Più precisamente la nuova disposizione, così come riformata, riconosce alle stazioni appaltanti il potere discrezionale di escludere gli operatori economici dalle gare, nel caso in cui si viene a conoscenza di debiti fiscali anche non definitivi.

Dunque, per causare l'esclusione di un operatore economico da una procedura d'appalto sarà adesso sufficiente un semplice accertamento, anche di tipo induttivo, riguardante un'irregolarità fiscale o contributiva che superi i 5 mila euro.

Tuttavia, si ritiene opportuno sottolineare che la suddetta normativa, così come riformata dal Decreto Semplificazioni, presenta numerose criticità non solo all'interno della stessa norma, a causa di un contrasto interno tra il primo ed il quinto periodo del comma 4 del D.Lgs. 50/2016, ma anche per quanto attiene i profili comunitari nonché quelli di legittimità costituzionale, stante la potenziale lesione del diritto di difesa ex art. 24 della Costituzione.

Questo perché un operatore economico sarà costretto a rinunciare al proprio diritto di difesa, costituzionalmente garantito, al solo fine di accedere ad una gara d'appalto, altrimenti preclusa qualora decidesse di instaurare un giudizio avverso un atto impositivo. Per di più, sotto questo aspetto, l'assurdo si verifica se l'operatore economico ha comunque instaurato il giudizio, vinto la causa e nulla deve al Fisco ma, in questo caso, è sufficiente che il giudizio sia pendente, persino in Cassazione, per bloccare la partecipazione alla gara di appalto.

In sostanza, vi è una palese lesione del diritto di difesa in quanto si costringe l'operatore economico a non instaurare un giudizio ma a pagare tutto e subito, seppure a rate, persino nell'ipotesi di intervenuta sospensione da parte dei giudici tributari o di rimborso da parte dell'Agenzia delle Entrate a seguito di una sentenza favorevole immediatamente esecutiva, e il tutto al solo ed esclusivo fine di accedere ad una gara d'appalto, altrimenti preclusa.

2 **CONTRASTI ALL'INTERNO DELLA NUOVA NORMA**

Sul punto occorre evidenziare che una prima criticità si rinviene proprio all'interno della nuova disposizione **dell'art. 80, comma 4, del D.Lgs. n. 50/2016** così come formulata dal Decreto Semplificazioni.

Infatti la modifica introdotta dall'art. 8, comma 5, del suddetto Decreto, nel limitarsi a sostituire solo il quinto periodo del comma 4 del Codice dei Contratti Pubblici, non ha affatto tenuto in considerazione i primi quattro periodi che, contrariamente a quanto disposto dalla novella normativa, prevedono tuttora, in quanto non modificati, che tra i casi di esclusione ad una procedura d'appalto vi sono le **violazioni gravi definitivamente accertate**.

Dunque, sorge un contrasto interno tra il primo periodo del comma 4, secondo cui l'operatore economico è escluso da una procedura d'appalto se ha commesso violazioni gravi, definitivamente accertate, ed il quinto periodo del medesimo comma 4, che, così come modificato dal Decreto Semplificazioni, prevede che un operatore economico possa essere escluso da una procedura d'appalto anche se ha commesso violazioni gravi, non definitivamente accertate.

Per meglio comprendere la modifica apportata si ritiene opportuno porre a confronto il vecchio testo previgente del D.Lgs 50/2016 con il nuovo testo, così come modificato dal Decreto Semplificazioni:

**TESTO PREVIGENTE DEL CODICE
DEI CONTRATTI PUBBLICI
DECRETO LEGISLATIVO 18 aprile 2016, n. 50**

Art. 80, comma 4 (Motivi di esclusione)

4. Un operatore economico e' escluso dalla partecipazione a una procedura d'appalto se ha commesso violazioni gravi, definitivamente accertate, rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse o dei contributi previdenziali, secondo la legislazione italiana o quella dello Stato in cui sono stabiliti. Costituiscono gravi violazioni quelle che comportano un omesso pagamento di imposte e tasse superiore all'importo di cui all'articolo 48-bis, commi 1 e 2-bis del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 602. Costituiscono violazioni definitivamente accertate quelle contenute in sentenze o atti amministrativi non piu' soggetti ad impugnazione. Costituiscono gravi violazioni in materia contributiva e previdenziale quelle ostative al rilascio del documento unico di regolarità contributiva (DURC), di cui all'articolo 8 del decreto del Ministero del lavoro e delle politiche sociali 30 gennaio 2015, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 125 del 1° giugno 2015. **Il presente comma non si applica quando l'operatore economico ha ottemperato ai suoi obblighi pagando o impegnandosi in modo vincolante a pagare le imposte o i contributi previdenziali dovuti, compresi eventuali interessi o multe, purché il pagamento o l'impegno siano stati formalizzati prima della scadenza del termine per la presentazione delle domande.**

**NUOVO TESTO VIGENTE DEL CODICE
DEI CONTRATTI PUBBLICI
DECRETO LEGISLATIVO 18 aprile 2016, n. 50**

Art. 80, comma 4 (Motivi di esclusione)

4. Un operatore economico è escluso dalla partecipazione a una procedura d'appalto se ha commesso violazioni gravi, definitivamente accertate, rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse o dei contributi previdenziali, secondo la legislazione italiana o quella dello Stato in cui sono stabiliti. Costituiscono gravi violazioni quelle che comportano un omesso pagamento di imposte e tasse superiore all'importo di cui all'articolo 48-bis, commi 1 e 2-bis del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 602. **Costituiscono violazioni definitivamente accertate quelle contenute in sentenze o atti amministrativi non più soggetti ad impugnazione.** Costituiscono gravi violazioni in materia contributiva e previdenziale quelle ostative al rilascio del documento unico di regolarità contributiva (DURC), di cui al decreto del Ministero del lavoro e delle politiche sociali 30 gennaio 2015, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 125 del 1° giugno 2015, ovvero delle certificazioni rilasciate dagli enti previdenziali di riferimento non aderenti al sistema dello sportello unico previdenziale. **Un operatore economico può essere escluso dalla partecipazione a una procedura d'appalto se la stazione appaltante è a conoscenza e può adeguatamente dimostrare che lo stesso non ha ottemperato agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse o dei contributi previdenziali non definitivamente accertati qualora tale mancato pagamento costituisca una grave violazione ai sensi rispettivamente del secondo o del quarto periodo. Il presente comma non si applica quando l'operatore economico ha ottemperato ai suoi obblighi pagando o impegnandosi in modo vincolante a pagare le imposte o i contributi previdenziali dovuti, compresi eventuali interessi o multe, ovvero quando il debito tributario o previdenziale sia comunque integralmente estinto, purché l'estinzione, il pagamento o l'impegno si siano perfezionati anteriormente alla scadenza del termine per la presentazione delle domande.**

Orbene, **l'articolo 80, comma 4, del Codice degli Appalti nel suo testo previgente**, al primo paragrafo, disponeva che un operatore economico è escluso dalla partecipazione ad una procedura d'appalto **se ha commesso violazioni gravi, definitivamente accertate, degli obblighi relativi al pagamento di imposte, tasse o contributi previdenziali, secondo la legislazione italiana o quella dello Stato in cui è stabilito.**

Il suddetto articolo precisa poi che costituiscono violazioni **definitivamente accertate quelle contenute in sentenze o atti amministrativi non più soggetti ad impugnazione**. È però necessario che si tratti di gravi violazioni, **ovvero che si tratti di violazioni superiori a 5.000 euro (limite fissato attraverso il rinvio all'art. 48-bis, D.P.R. n. 602/1973) ovvero che si tratti di violazioni ostantive al rilascio del documento unico di regolarità contributiva (DURC) o delle certificazioni rilasciate dagli enti previdenziali.**

Facendo, invece, riferimento al quinto periodo, oggetto di modifica, appare evidente come nella formulazione previgente dell'articolo 80 si prevedeva che il comma non si applica quando l'operatore economico ha comunque ottemperato ai suoi obblighi pagando o impegnandosi in modo vincolante a pagare le imposte o i contributi previdenziali dovuti, compresi eventuali interessi o multe, purché il pagamento o l'impegno siano stati formalizzati prima della scadenza del termine per la presentazione delle domande.

Il Legislatore italiano, invece, con il Decreto Semplificazioni ha modificato e sostituito il suddetto periodo con l'introduzione **della "facoltà", riconosciuta alle stazioni appaltanti di poter escludere l'operatore economico dalle procedure d'appalto** ogni qual volta la stazione appaltante sia a conoscenza che l'operatore economico non ha ottemperato agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse o dei contributi previdenziali non definitivamente accertati e qualora tale mancato pagamento costituisca una grave violazione.

Dunque, la modifica si aggiunge a quanto era, ed è ancora previsto dall'art. 80, comma 4, primo periodo, D.Lgs. n. 50/2016, in merito all'obbligo di esclusione dalla procedura d'appalto, generando un conflitto interno allo stesso comma.

Infatti nel primo periodo è previsto un **obbligo di esclusione** per le **irregolarità gravi definitivamente accertate**, mentre nel quinto periodo si prevede una **facoltà di esclusione anche per le irregolarità gravi non definitive.**

3 CRITICITÀ SOTTO L'ASPETTO COMUNITARIO

Occorre rammentare che la novella introdotta con l'**art. 8 del Decreto Semplificazioni** è nata nel tentativo di recepire i precetti comunitari delle direttive europee **n. 2014/23/UE** e **n. 2014/24/UE** e di rispondere alla **procedura di infrazione n. 2018/2273 avviata dalla Commissione europea nei confronti dell'Italia con lettera del 24 gennaio 2019.**

Quest'ultima nasceva dalla constatazione che l'Italia non avesse recepito le predette direttive comunitarie le quali prevedono, **accanto all'ipotesi di esclusione obbligatoria per irregolarità fiscali definitivamente accertate, anche una "facoltà" di esclusione in tutti quei casi in cui la stazione appaltante fosse stata comunque a conoscenza della situazione di irregolarità fiscale dell'operatore economico.**

A riguardo, quello che si ritiene doveroso sottolineare è che il legislatore comunitario in nessuna delle direttive comunitarie ha mai previsto o citato le **"irregolarità non definitive"**, condizione questa inserita solo dal Legislatore italiano.

A riguardo, l'**art. 38, par. 5** della direttiva **n. 2014/23/UE** recita testualmente:

"5. Le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori di cui all'articolo 7, paragrafo 1, lettera a), escludono un operatore economico dalla partecipazione a una procedura di aggiudicazione di una concessione qualora siano a conoscenza del fatto che l'operatore economico non ha ottemperato agli obblighi relativi al pagamento di imposte o contributi previdenziali e se ciò è stato stabilito da una decisione giudiziaria o amministrativa avente effetto definitivo e vincolante secondo la legislazione del paese in cui è stabilito o dello Stato membro dell'amministrazione aggiudicatrice o dell'ente aggiudicatore."

Orbene, da una attenta lettura, si evince chiaramente che la facoltà riconosciuta alle amministrazioni aggiudicatrici di escludere un operatore economico da una procedura d'appalto deve sempre e comunque scaturire da una **irregolarità definitiva** ovvero se “**ciò è stato stabilito da una decisione giudiziaria o amministrativa avente effetto definitivo e vincolante secondo la legislazione del paese in cui è stabilito o dello Stato membro dell'amministrazione aggiudicatrice o dell'ente aggiudicatore.**”

Dello stesso avviso, infatti, è anche la **direttiva europea n. 2014/24/UE**, dove all'art. 57, paragrafo 2, si legge testualmente:

“2. Un operatore economico è escluso dalla partecipazione a una procedura d'appalto se l'amministrazione aggiudicatrice è a conoscenza del fatto che l'operatore economico non ha ottemperato agli obblighi relativi al pagamento di imposte o contributi previdenziali e se ciò è stato stabilito da una decisione giudiziaria o amministrativa avente effetto definitivo e vincolante secondo la legislazione del paese dove è stabilito o dello Stato membro dell'amministrazione aggiudicatrice.”

Detto ciò, nella nuova formulazione dell'art. 80, comma 4, quinto periodo, del D.Lgs. n. 50 /2016, la novella normativa mira a superare la contestazione sollevata con la procedura di infrazione n. 2018/2273, andando ben oltre il disposto contenuto nelle suddette direttive comunitarie dove non si menziona minimamente alle irregolarità non definitive”.

Orbene, l'art. 80, comma 4, D.Lgs. n. 50/2016 nel testo finora vigente, non consentiva di escludere un operatore economico che ha violato gli obblighi relativi al pagamento di imposte o contributi previdenziali qualora tale violazione, non sia stata prima accertata da una decisione giudiziaria o amministrativa avente effetto definitivo.

Viceversa, il nuovo comma 4 dell'art. 80, D.Lgs. n. 50/2016, così come riformato dal decreto Semplificazioni, introduce, sebbene ciò non fosse testualmente previsto dal legislatore europeo, il riferimento anche alle irregolarità fiscali “non definitivamente accertati”.

Infatti, né le direttive europee n. 2014/23/UE e 2014/24/UE né la procedura d'infrazione contengono alcun riferimento diretto ed esplicito alle violazioni “non definitivamente accertate”.

Tutt'al più quello che la procedura d'infrazione si limita a prevedere è che la violazione dell'obbligo di pagamento può anche “non essere stabilita da una decisione giudiziaria o amministrativa avente effetto definitivo”. Ciò però non significa necessariamente che la violazione dell'obbligo di pagamento debba provenire da “provvedimenti non definitivi”, condizione questa inserita solo dal legislatore italiano.

In conclusione, l'introduzione di tale inciso **“non definitivamente accertati”** non può ritenersi conforme alla direttiva del legislatore comunitario e, di conseguenza, va eliminato.

4 CRITICITÀ SOTTO L'ASPETTO COSTITUZIONALE

Infine, il nuovo comma 4 dell'art. 80, D.Lgs. n. 50/2016, presenta anche criticità sotto l'aspetto costituzionale, con particolare riferimento all'art. 24 della Costituzione che garantisce il diritto di difesa. È evidente, infatti, come tale diritto verrebbe violato se solo si costringesse un operatore economico a pagare, ad esempio, tutto quanto richiesto con un avviso di accertamento appena notificato al solo fine di non essere escluso dalla partecipazione a un appalto pubblico.

Così facendo l'operatore economico non avrebbe grandissima scelta: solo il pagamento, infatti, per come potrebbe essere interpretata la norma, gli consentirebbe di sottrarsi all'esclusione dalla gara.

5 **CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE**

In conclusione, ritengo opportuno una sollecita correzione legislativa dell'art. 8, comma 5, lett b), del D.L. n. 76/2020, con la conseguente cancellazione della locuzione “non definitivamente accertati” e lasciando l'unica condizione sino ad oggi esistente e cioè che le gravi violazioni devono essere definitivamente accertate. Infatti, qualora la norma non venisse modificata porterebbe all'esclusione di molti operatori economici per il solo fatto di non aver ottemperato al pagamento dei debiti fiscali e contributivi richiesti con l'avviso di accertamento, anche non definitivo, e in assenza di qualsivoglia obbligo di pagamento.

Pertanto, solo modificando la suddetta norma si può evitare di aggravare pesantemente la situazione economica e finanziaria degli operatori economici, impedendogli di partecipare alle procedure di appalto sol perché gli uffici fiscali notificano accertamenti o cartelle esattoriali che potrebbero essere totalmente annullati dalle Commissioni Tributarie.

Tutti gli imprenditori, con le rispettive Associazioni di categoria, sono fortemente preoccupati perché gli si impedisce di partecipare alle gare di appalto una volta notificato l'avviso di accertamento, anche non definitivo, per cui sono costretti a pagare tutto e subito anche se gli accertamenti sono stati annullati in primo grado e in secondo grado ma pendenti in Cassazione.

Lecce, 22 settembre 2020

Avv. Maurizio Villani
Avv. Alessandro Villani

**STUDIO LEGALE
TRIBUTARIO VILLANI**
