

Massima: *regolarità fiscale al momento della presentazione della domanda.*

Sentenza Consiglio di Stato n. 5139 del 03/09/2018



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 35 del 2018, proposto da: Consorzio Stabile Unimed S.c. a r.l. mandataria capogruppo del costituendo RTI con Impresa Doronzo Infrastrutture S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Arturo Cancrini e Francesco Vagnucci, con domicilio eletto presso lo studio Arturo Cancrini in Roma, piazza San Bernardo, n. 101;

contro

Agenzia delle Entrate, Anac - Autorita' Nazionale Anticorruzione, Agenzia delle Entrate - Riscossione, in persona dei rispettivi legali rappresentanti p.t., rappresentate e difese dall'Avvocatura Generale dello Stato, presso i cui uffici sono domiciliate in Roma, via dei Portoghesi, n. 12;
Rete Ferroviaria Italiana S.p.A. e Italferr S.p.A., in persona dei rispettivi legali rappresentanti p.t., rappresentate e difese dall'avvocato Marcello Vernola, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Marcello Cardì in Roma, viale Bruno Buozzi, n. 51.

nei confronti

Società Italiana per condotte d'acqua S.p.A, non costituita in giudizio;
Tecnis S.p.A. in amministrazione straordinaria, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Giuliano Berruti, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via delle Quattro Fontane, n. 161.

per la riforma della sentenza del T.A.R. PUGLIA - BARI: SEZIONE I n. 01150/2017, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell’Agenzia delle Entrate, dell’Anac - Autorita' Nazionale Anticorruzione e dell’Agenzia delle Entrate – Riscossione, nonché di Rete Ferroviaria Italiana S.p.A., di Italferr S.p.A. e di Tecnis S.p.A. in amministrazione straordinaria;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 3 maggio 2018 il Cons. Giuseppina Luciana Barreca e uditi per le parti gli avvocati Vagnucci, Berruti e Vernola;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.La Italferr S.p.A. indiceva, in nome e per conto di RFI- Rete Ferroviaria Italiana S.p.A., una procedura di gara *“per la progettazione esecutiva ed esecuzione dei lavori per la realizzazione della variante di tracciato della linea ferroviaria Bari – Lecce nel tratto compreso tra Bari Centrale e Bari Torre a Mare”*, per l’importo complessivo pari ad €107.521.553.

All’esito delle operazioni di gara, in data 4 novembre 2015, il Consorzio Stabile Unimed S. c. a r.l. era collocato al terzo posto in graduatoria, mentre al primo posto era classificato il costituendo RTI Tecnis S.p.A.- Sintec S.p.A.

1.1.Con provvedimento del 15 gennaio 2016, la Italferr S.p.A., preso atto di un’informativa interdittiva antimafia nei confronti della Tecnis S.p.A., disponeva l’esclusione dalla gara del raggruppamento aggiudicatario.

Dopo aver disposto lo scorrimento della graduatoria e avviato il subprocedimento di verifica della congruità dell’offerta della Grandi Lavori Fincosit, seconda in graduatoria, Italferr S.p.A., con provvedimento del 28 aprile 2016, disponeva l’esclusione anche della seconda classificata.

Entrambi i provvedimenti di esclusione erano contestati per via giudiziale.

1.2.Frattanto, con provvedimento del 28 aprile 2016, Italferr S.p.A. comunicava l’avvio del subprocedimento di verifica della congruità delle offerte nei confronti dei quattro concorrenti che seguivano in graduatoria, il primo dei quali era il RTI Unimed.

Quest’ultimo era però escluso dalla gara, con provvedimento del 9 settembre 2016, per impossibilità di regolarizzare, mediante soccorso istruttorio, la polizza fideiussoria, rilasciata dalla *Assured Guaranty UK Ltd* (colpita da provvedimento dell’Autorità di vigilanza inglese, che comportava l’insussistenza della copertura assicurativa).

Avverso tale esclusione insorgeva il RTI Unimed, con ricorso proposto al Tar per la Puglia.

1.3. Successivamente alla proposizione di questo ricorso, e precisamente in data 14 ottobre 2016, Italferr S.p.A. integrava i motivi di esclusione del RTI Unimed, contestando la carenza “*del requisito di ordine generale di cui all’art. 38, co. 1, lett. g) del D.Lgs. n. 163/2006*” in capo alla Primos Engineering S.r.l., una delle consorziate esecutrici designate dal Consorzio, nei cui confronti la stazione appaltante rilevava “*violazioni gravi definitivamente accertate, rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse [...]*”.

Anche questo secondo provvedimento di esclusione era impugnato dinanzi al Tar per la Puglia, mediante la proposizione di motivi aggiunti al ricorso già pendente.

1.4. Nelle more, con sentenza n. 2465 del 7 ottobre 2016 del Tar Catania, confermata in appello, era annullata l’esclusione del RTI Tecnis dalla procedura di gara.

2. Con la sentenza n. 1150 del 9 novembre 2017 il Tar per la Puglia, sezione prima, ha accolto il ricorso introduttivo proposto da Unimed riconoscendo l’illegittimità dell’esclusione per asserita non sanabilità della polizza provvisoria, ma ha respinto i motivi aggiunti, confermando il provvedimento di esclusione della ricorrente per carenza del requisito di regolarità fiscale in capo alla consorzziata esecutrice Primos Engineering S.r.l..

3. Per la riforma di tale sentenza il Consorzio Stabile Unimed S.c. a r.l., nella qualità in epigrafe, ha avanzato un unico articolato motivo di appello, col quale ha denunciato “*erroneità della sentenza gravata nella parte in cui ha respinto le censure prospettate con motivi aggiunti con riferimento al secondo motivo di esclusione di Unimed dalla gara*”.

4. Tecnis S.p.A. in amministrazione straordinaria, Rete Ferroviaria Italiana (RFI) S.p.A., Italferr S.p.A., nonché ANAC- Autorità Nazionale Anticorruzione, Agenzia delle Entrate- Riscossione ed Agenzia delle Entrate hanno resistito al gravame, chiedendone il rigetto ed illustrando con apposite memorie conclusive le proprie tesi difensive, cui l’appellante ha ritualmente replicato.

5. Alla pubblica udienza del 3 maggio 2018 la causa è stata trattenuta in decisione.

6. Preliminarmente vanno disattese le eccezioni di inammissibilità ed improcedibilità del gravame sollevate dalle parti appellate per asserita carenza di interesse, per essere nelle more del presente giudizio intervenuta l’aggiudicazione definitiva in favore del RTI Tecnis S.p.A.- Sintec, giusta provvedimento in data 2 febbraio 2018, non impugnato.

Invero, malgrado tale mancata impugnazione, permane l’interesse dell’appellante all’annullamento del provvedimento di esclusione dalla gara, nonché alla riforma della sentenza che ha respinto i corrispondenti motivi aggiunti, al fine di mantenere la posizione di seconda classificata: infatti, essendo stato frattanto respinto il ricorso proposto dalla Grandi Lavori Fincosit ed essendo quindi stata confermata l’esclusione dalla procedura di gara della originaria seconda classificata, la domanda di riammissione in gara del Consorzio Unimed e di collocazione al secondo posto della graduatoria finale è di per sé sufficiente a sorreggere la presente impugnazione, ferma restando l’aggiudicazione definitiva in favore di Tecnis, avendo l’appellante dichiarato di non aspirare all’aggiudicazione, bensì alla collocazione utile nella graduatoria per l’eventualità di un ulteriore scorrimento della stessa o della eventuale attivazione della procedura di interpello per vicende attinenti alla fase della (ulteriore) verifica dei requisiti in capo all’aggiudicataria o alla fase esecutiva dell’appalto.

7. Passando all’esame dell’appello, la Sezione osserva quanto segue.

7.1. Col ricorso per motivi aggiunti nel giudizio di primo grado il Consorzio Unimed aveva contestato che la stazione appaltante avesse basato il secondo provvedimento di esclusione sulla notificazione alla consorziata di due cartelle di pagamento, ritenendo definitivamente accertata l'irregolarità fiscale ai sensi dell'art. 38, primo comma, lett. g), del d.lgs. n. 163 del 2006 (applicabile *ratione temporis*), sulla base delle sole certificazioni trasmesse dall'Agenzia delle Entrate, senza considerare che la Primos Engineering S.r.l., destinataria dell'accertamento fiscale, aveva presentato tempestiva istanza di rateizzazione, che era stata accolta dall'esattore, sicché la violazione tributaria non si sarebbe potuta ritenere come "definitivamente accertata" ai sensi della norma predetta. Il Consorzio ricorrente aveva inoltre contestato la regolarità dell'accertamento tributario e l'ammontare delle somme dovute ed aveva lamentato il mancato accoglimento da parte dell'amministrazione resistente dell'istanza di sostituzione della consorziata asseritamente mancante del requisito fiscale.

7.2. La sentenza:

a) richiamati il tenore letterale del citato art. 38, primo comma, lett. g), del D. Lgs. n. 163 del 2006 e la giurisprudenza amministrativa sulla natura di atti di certificazione e/o attestazione assistiti da pubblica fede ex art. 2700 cod. civ., dei documenti rilasciati dall'Agenzia delle Entrate, relativamente alla posizione delle ditte concorrenti alle pubbliche gare (ai fini della verifica del possesso dei requisiti generali di cui all'art. 38 del d.lgs. n. 163 del 2006), ha ritenuto rilevante nel caso di specie *"unicamente il fatto che la Stazione appaltante abbia proceduto a richiedere all'Agenzia delle Entrate – Direzione Provinciale di Bari la conferma della dichiarazione di possesso dei requisiti generali prodotta in sede di partecipazione dal Consorzio Stabile Unimed S.c. a r.l. e che l'Agenzia delle Entrate abbia formulato apposito riscontro, dandone esito negativo"*;

b) dato atto delle deduzioni del ricorrente circa l'avvenuta conoscenza della cartella di pagamento per la prima volta solo il 17 novembre 2015, ovvero successivamente al termine per la presentazione delle offerte (fissato al 30 aprile 2015) e circa la sua ammissione al pagamento dilazionato in data 8 gennaio 2016, ha ritenuto che il Consorzio avesse, in tal modo, *"avuto un comportamento completamente acquiescente nei confronti della pretesa tributaria suddetta, essendosi limitato a richiedere il rateizzo della somma richiestagli"*, così rendendo il debito tributario certo, sia nell'*an* che nel *quantum*, oltre che scaduto ed esigibile nei sensi richiesti dall'art. 38, comma 2, del d.lgs. n. 163 del 2006 (come da precedente di cui alla sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, 5 giugno 2013, n. 15);

c) precisato che il possesso del requisito di cui si discute è richiesto dalla legge non per la stipulazione del contratto, ma per la stessa partecipazione alla gara, sicché l'operatore economico deve essere in regola sia al momento della presentazione della domanda che per tutto lo svolgimento della gara, ha respinto la doglianza circa l'asserita non gravità della violazione, reputando che dovessero essere considerati, ai sensi del citato art. 38, non solo l'ammontare della pretesa fiscale (nel caso di specie pari ad €7.735,49, inferiore alla soglia di legge), ma anche gli interessi e le sanzioni pecuniarie (che, nel caso di specie, avevano portato l'importo complessivo della cartella a €12.055,18);

d) ha respinto la censura di illegittimità dell'esclusione per non avere la stazione appaltante accolto la richiesta di sostituzione della consorziata gravata dalla causa di esclusione con altra società in possesso del prescritto requisito, in quanto, a differenza di quanto sostenuto dalla ricorrente (secondo cui tale sostituzione sarebbe stata possibile giacché il principio di immodificabilità soggettiva del concorrente rispetto agli impegni assunti in sede di offerta avrebbe riguardato –ai sensi dell'art. 37, comma 9, del previgente codice degli appalti- esclusivamente i raggruppamenti temporanei e i consorzi ordinari e non anche i consorzi stabili, come il Consorzio Unimed), il

principio di immodificabilità dei partecipanti è implicito nel sistema in caso di organizzazioni stabili di imprese, ed in particolare nel caso dei consorzi stabili ai sensi dell'art. 36 del d.lgs. n. 163 del 2006, e non richiede un'esplicita previsione normativa, come da orientamento giurisprudenziale conforme, richiamato in motivazione (Cons. Stato, 23 febbraio 2017, n. 849; id., 10 aprile 2017, n. 1676).

7.3. Con il motivo di appello formalmente unico vengono in realtà dedotte le seguenti censure:

- *violazione e/o falsa applicazione artt. 36 e 38, co. 1, lett. g), e co. 2, d.lgs. n. 163 del 2006;*
- *violazione e/o falsa applicazione del principio di proporzionalità, di buon andamento ed imparzialità ex art. 97 Cost.;*
- *eccesso di potere per difetto di motivazione, sviamento, erronea presupposizione, irragionevolezza, abnormità, contraddittorietà, ingiustizia manifesta.*

7.3.1. In primo luogo, l'appellante – precisato che la cartella di pagamento da considerare è una soltanto, essendo stata notificata una seconda cartella di pagamento emessa per l'importo di € 50,47, perciò inferiore alla soglia rilevante per legge (importo di € 10.000,00, ai sensi dell'art. 48 bis, commi 1 e 2 bis, d.P.R. n. 602 del 1973, richiamato dall'art. 38, comma 2, del d.lgs. n. 163 del 2006) - torna a sostenere che, avendo Equitalia accettato l'istanza di rateizzazione in data 8 gennaio 2016, quando ancora non era scaduto il termine per l'impugnazione dell'unica cartella di pagamento rilevante ai fini della sussistenza del requisito di cui all'art. 38, comma 1, lett. g), del d.lgs. n. 163 del 2006, notificata il 17 novembre 2015, la relativa violazione non si sarebbe potuta considerare come “definitivamente accertata”.

In particolare, secondo l'appellante, mancherebbe in radice il carattere della “definitività” dell'accertamento, perché:

- nel termine di 60 giorni dalla notificazione il contribuente può, alternativamente: adempiere al pagamento; impugnare la cartella dinanzi alla Commissione tributaria; proporre richiesta di riesame per l'annullamento del ruolo; proporre istanza di reclamo-mediazione; presentare domanda di rateizzazione;
- come da indicazioni fornite agli uffici locali con Circolare dell'Agenzia delle Entrate 34/E del 25 maggio 2007, si dovrebbero ritenere definitivamente accertate solo le violazioni divenute incontestabili per decisione giurisdizionale oppure inoppugnabili per decorso dei sessanta giorni, senza che il contribuente abbia provveduto all'impugnazione od alla regolarizzazione della posizione fiscale mediante estinzione o rateizzazione del debito;
- in senso analogo sarebbero la giurisprudenza amministrativa (in particolare, Cons. Stato, III, 21 luglio 2017, n. 3614), nonché la recente direttiva UE n. 24 del 26 febbraio 2014;
- non potrebbe giungersi a differente conclusione per il fatto che la notificazione della cartella di pagamento sia intervenuta in corso di gara, in quanto la giurisprudenza amministrativa ha chiarito che, anche in tale eventualità, si deve escludere il carattere di definitività dell'obbligazione tributaria se la cartella o l'intimazione di pagamento sia stata tempestivamente impugnata o se le situazioni di irregolarità sopravvenute nel corso della gara siano state tempestivamente rimosse prima della stipulazione del contratto, come da precedenti citati nell'atto di appello (in particolare Cons. Stato, V, 23 febbraio 2017, n. 849 e id., 17 gennaio 2013, n. 261).

7.3.2. Alla luce delle precedenti considerazioni l'appellante sostiene che la temporanea irregolarità fiscale della Primos Engineering S.r.l. non inciderebbe sul possesso del requisito fiscale posto che: alla data di presentazione della domanda di partecipazione (20 aprile 2015), ed anche successivamente, alla chiusura del termine per la presentazione delle offerte, non vi era alcuna pendenza debitoria; la rateizzazione del debito è stata ottenuta in data 8 gennaio 2016, quando ancora non era spirato il termine (18 gennaio 2016) per l'impugnazione della cartella esattoriale e la pendenza debitoria non aveva acquisito il carattere della definitività; il piano di rateizzazione è stato conseguito in un momento antecedente (8 gennaio 2016) ai controlli effettuati da Italferr S.p.A. ai fini della verifica del possesso dei requisiti del RTI Unimed (11 luglio 2016) e non invece per dar seguito ad un invito della stazione appaltante; quindi, la regolarizzazione è intervenuta spontaneamente ed in un momento anteriore al controllo operato da quest'ultima.

7.3.3. Viene inoltre censurato il richiamo fatto dalla sentenza appellata al precedente di cui all'Adunanza plenaria, 5 giugno 2013, n. 15, atteso che il principio ivi affermato è riferito alla diversa fattispecie, in cui il concorrente aveva conseguito l'ammissione al beneficio della rateizzazione oltre il termine di decadenza di 60 giorni per l'impugnazione della cartella esattoriale, allorquando perciò la violazione tributaria aveva assunto oramai carattere definitivo per essere contenuta in un atto non più impugnabile.

Nel caso di specie, il debito non era ancora definitivamente accertato quando era stata accolta l'istanza di rateizzazione. Secondo l'appellante, a quest'ultima istanza, il Tar, mal applicando il principio espresso dall'Adunanza plenaria, avrebbe attribuito un significato di acquiescenza alla pretesa tributaria, che contrasta sia col sistema –in quanto la richiesta di rateizzazione non impedisce la proposizione del ricorso giurisdizionale alla Commissione tributaria- sia con la giurisprudenza di legittimità in materia tributaria - in quanto si è escluso che la richiesta di rateizzazione costituisca acquiescenza o rinuncia a contestare le somme pretese dall'Amministrazione (cfr. Cass., sez. V, 8 febbraio 2017, n. 3347).

La corretta interpretazione delle norme richiamate, ed in specie dell'art. 38 del d.lgs. n. 163 del 2006, avrebbe dovuto indurre a ritenere irrilevante l'irregolarità fiscale meramente temporanea, avendo la società contribuente estinto l'obbligazione con immediatezza nel corso della procedura ed anteriormente ai controlli effettuati dalla stazione appaltante.

7.3.4. Infine, l'appellante contesta l'affermazione della sentenza secondo cui Italferr S.p.A. non avrebbe potuto effettuare alcuna valutazione discrezionale sul contenuto delle certificazioni dell'Ente esattore. Allo scopo, sono richiamati la sentenza dell'Adunanza plenaria di questo Consiglio di Stato del 29 febbraio 2016, n. 6 e le sentenze del giudice amministrativo che vi si sono conformate, nonché i principi analoghi affermati dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, da ultimo con la sentenza del 29 marzo 2017, n. 8117.

Dal punto di vista processuale, l'appellante precisa che la certificazione di cui trattasi è stata ritualmente impugnata (con i motivi aggiunti) unitamente al provvedimento di esclusione e che è stata evocata in giudizio anche l'Agenzia delle Entrate.

8. Le censure così sintetizzate (lettere da a) ad h) dell'appello) sono fondate e vanno accolte, con assorbimento di quelle restanti (le lettere i) ed l)).

8.1. Occorre prendere le mosse dalla sentenza dell'Adunanza plenaria di questo Consiglio di Stato n. 6 del 2016, richiamata dall'appellante, seguita da altra pronuncia della stessa Adunanza plenaria, 25 maggio 2016, n. 10. Con entrambe si è preferita l'opzione interpretativa per la quale il giudice amministrativo può conoscere, senza travalicare i limiti della propria giurisdizione, la questione

relativa alla sussistenza del requisito della regolarità contributiva, senza che occorra l'espressa impugnazione del DURC, oggetto solo di un sindacato *incidenter tantum* ai sensi dell'art. 8 Cod. proc. amm..

Il principio, pur se affermato con riferimento ai documenti di regolarità contributiva rilasciati dagli enti previdenziali, è applicabile pure con riferimento alle certificazioni di regolarità fiscale rilasciate dall'Agenzia delle Entrate (così già Cons. Stato, IV, 13 dicembre 2017, n. 5888) e va qui ribadito, anche in coerenza con il conforme indirizzo espresso dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, secondo cui nelle controversie relative a procedure di affidamento di lavori, servizi o forniture da parte di soggetti tenuti al rispetto delle regole di evidenza pubblica, poiché la produzione della certificazione che attesta la regolarità contributiva dell'impresa partecipante alla gara di appalto (c.d. "durc") costituisce uno dei requisiti posti dalla normativa di settore ai fini dell'ammissione alla gara, appartiene alla cognizione del giudice amministrativo verificare la regolarità di tale certificazione (Cass. S.U. , 11 dicembre 2007, n. 25818 e id., 9 febbraio 2011, n. 3169, nonché, in motivazione, Cass. S.U., 29 marzo 2017, n. 8117).

Restano così superati i rilievi mossi dalle parti appellate - basati su arresti giurisprudenziali precedenti l'intervento dell'Adunanza plenaria - circa il carattere vincolante per la stazione appaltante dei certificati emessi dall'Agenzia delle Entrate - direzione provinciale di Bari, attestanti la sussistenza di violazioni tributarie a carico della consorziata Primos Engineering S.r.l..

8.2. Pertanto, essendo consentita, nella presente sede giurisdizionale, la verifica della regolarità fiscale dell'impresa concorrente, sia pure *incidenter tantum*, la questione da dirimere attiene, in primo luogo, alla definitività o meno delle violazioni tributarie accertate, ai sensi e per gli effetti della sussistenza del requisito di cui all'art. 38, comma 1, lett. g), del d.lgs. n. 163 del 2006 (per il quale sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento degli appalti i soggetti che *"hanno commesso violazioni gravi, definitivamente accertate, rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse, secondo la legislazione italiana [...]"*); in secondo luogo, attiene all'incidenza sulla situazione di possesso del requisito fiscale dell'istanza di rateizzazione presentata ed accolta nel termine di sessanta giorni decorrente dalla data di notificazione della cartella di pagamento.

La violazione tributaria "definitivamente accertata", ai sensi della norma su richiamata, applicabile *ratione temporis*, consegue alla sentenza passata in giudicato, con la quale sia respinto il ricorso del contribuente, ovvero alla definitività dell'accertamento in sede amministrativa, per la mancata impugnazione dell'atto impositivo nel termine di sessanta giorni dalla sua conoscenza (o legale conoscibilità) da parte del contribuente, senza che, nello stesso termine, questi abbia provveduto a regolarizzare la propria posizione, soddisfacendo la pretesa dell'Amministrazione finanziaria, anche mediante definizione agevolata. Tale ultima precisazione, oltre a risultare dalla circolare dell'Agenzia delle Entrate n. 34/E del 25 maggio 2007, richiamata da parte appellante, è consequenziale alla necessità che la violazione tributaria, che sia stata resa nota al contribuente, sia tuttora sussistente e non (più) contestabile (cfr. Cons. Stato, V, 17 gennaio 2013, n. 261 e, di recente, id., 23 febbraio 2017, n. 849, a ragione citate dall'appellante).

Sebbene, come deduce l'appellata Tecnis S.p.A., con la notifica della cartella di pagamento i sottostanti accertamenti tributari debbano, di regola, ritenersi già definitivi (cfr. Cons. Stato, V, 12 febbraio 2018, n. 856, che richiama Cons. Stato, V, 5 maggio 2016, n. 1783), non va trascurato che, nel caso di specie, la cartella di pagamento in contestazione (avente il n.014 2015 0033667136) è stata emessa a seguito di controllo automatizzato, ai sensi degli artt. 36 bis del d.P.R. n.600 del 1973 e 54 bis del d.P.R. n. 633 del 1972, sicché, malgrado l'invio al contribuente della comunicazione di irregolarità (peraltro non sempre dovuta: cfr. , tra le altre, Cass., sez. V, 6 luglio

2016, n. 13759 e, di recente, Cass., sez. V, 24 gennaio 2018, n. 1711), la cartella esattoriale costituisce il primo atto col quale l'ente impositore ha esercitato la pretesa tributaria (cfr. Cass., sez. V, ord. 20 settembre 2017, n. 21804); inoltre, va evidenziato che la certificazione dell'Agenzia delle Entrate – Direzione provinciale di Bari Ufficio Territoriale di Bari, posta a fondamento del provvedimento di esclusione è confermativa della certificazione prot. n. 742010 del 29 giugno/4 luglio 2016, nella quale è attestato che l'accertamento è divenuto definitivo soltanto a seguito della notificazione della cartella di pagamento predetta in data 17 novembre 2015.

Orbene, alla data in cui venne rilasciato tale ultimo certificato, cioè alla data del 4 luglio 2016 (ed alle date delle certificazioni successive, rilasciate da Equitalia il 23 settembre 2016 e dell'Agenzia delle Entrate il 27 settembre 2016), la società destinataria della cartella di pagamento aveva già richiesto ed ottenuto la rateizzazione del debito tributario (in data 8 gennaio 2016) ed aveva provveduto al pagamento delle rate scadute, riducendo l'importo ancora dovuto a somma inferiore a quella rilevante ai sensi dell'art. 48 bis del d.P.R. n. 602 del 1973.

8.3. L'ammissione al beneficio della rateizzazione prima della scadenza del termine per l'impugnazione della cartella di pagamento ha comportato che la Primos Engineering S.r.l. non abbia affatto perso il possesso del requisito della regolarità fiscale in corso di procedura, perché la pendenza debitoria in contestazione non ha acquisito il carattere della definitività prima di detta ammissione; il certificato dell'Agenzia delle Entrate del 29 giugno/4 luglio 2016 ha perciò avuto ad oggetto un debito che, portato da una cartella esattoriale emessa a seguito di controllo automatizzato delle dichiarazioni relative all'anno d'imposta 2012, alla data predetta era anche parzialmente estinto e comunque novato per il conseguimento del piano di rateizzazione.

8.4. Evidente è la diversità della fattispecie portata all'attenzione dell'Adunanza Plenaria nel giudizio concluso con la sentenza del 5 giugno 2013, n. 15, laddove il contrasto da dirimere atteneva al rapporto tra istanza di rateizzazione e provvedimento di accoglimento ed alla rilevanza da attribuire alla prima, in mancanza del secondo, essendosi perciò affermato che *“la configurazione del meccanismo novativo (id est, che consegue alla mera istanza di rateizzazione) 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”*. Corollario di siffatta affermazione è l'altra, contenuta nella stessa sentenza dell'Adunanza plenaria, riferita ai lavori preparatori del d.l. n. 16 del 2012 sulle semplificazioni fiscali, secondo cui è *“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”*. Con la conseguenza che, quando, come nel caso di specie, l'istanza di rateizzazione sia stata accolta ed il piano di ammortamento sia stato avviato prima della definitività dell'accertamento fiscale, il relativo debito tributario non può essere considerato come scaduto ed esigibile.

Analogamente è a dirsi con riferimento al precedente dell'Adunanza plenaria, 20 agosto 2013, n. 20, richiamato da parte appellata, atteso che, anche nella fattispecie ivi portata all'attenzione del Collegio, l'accordo di rateizzazione era stato concluso, non solo in pendenza di procedura, ma anche dopo il decorso del termine di definitività dell'originario debito tributario e del relativo accertamento, a differenza di quanto accaduto nel caso di specie.

9. In conclusione, l'appello va accolto e, per l'effetto, in riforma della sentenza appellata *in parte qua* ed in accoglimento del ricorso per motivi aggiunti in primo grado, va annullato il provvedimento di esclusione impugnato, di cui alla nota del 14 ottobre 2016.

Restano assorbite le ulteriori censure dell'appellante concernenti i criteri di computo della soglia prevista dall'art. 48 bis del d.P.R. n. 602 del 1973, richiamato dall'art. 38, comma 2, del d.lgs. n. 163 del 2006, ed il mancato accoglimento dell'istanza di sostituzione della consorziata Primos Engineering S.r.l.

10. Sussistono giusti motivi per compensare le spese del doppio grado di giudizio, attesa la peculiarità del caso di specie.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie ed, in riforma della sentenza appellata, annulla il provvedimento di esclusione specificato in motivazione.

Compensa le spese processuali del doppio grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 3 maggio 2018 con l'intervento dei magistrati:

Carlo Saltelli, Presidente

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Fabio Franconiero, Consigliere

Raffaele Prospero, Consigliere

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Giuseppina Luciana Barreca

IL PRESIDENTE
Carlo Saltelli