



**News n. 106 del 25 novembre 2024  
a cura dell'Ufficio del massimario**

Il Consiglio di Stato con l'ordinanza in rassegna ha ritenuto rilevante e non manifestamente infondata la questione di costituzionalità dell'art. 80, comma 4, secondo periodo d. lgs. n. 50 del 2016 in relazione all'art. 3 Cost. L'intervento correttivo proposto – che si profila necessario per ricondurre l'automatismo legale ad effetto escludente, di cui all'art. 80, comma 4 primo e secondo periodo, nei binari dei canoni di proporzionalità e ragionevolezza – consiste nell'inserzione di una chiara previsione di principio che ancori la determinazione della soglia escludente al valore dell'appalto, sulla falsariga del congegno previsto dal settimo periodo e dal decreto Ministro dell'economia e delle finanze 28 settembre 2022. Nella prospettiva della q.l.c. sarebbe bastevole a superare i profili di contrasto un intervento additivo di principio della Corte, secondo cui costituiscono gravi violazioni definitivamente accertate quelle che comportano un omesso pagamento di imposte e tasse superiore all'importo di cui all'articolo 48-bis, commi 1 e 2-bis d.P.R. n. 602 e che, in ogni caso, sono correlate al valore dell'appalto.

**Consiglio di Stato, sezione III, ordinanza 11 settembre 2024, n. 7518 – Presidente f.f. Pescatore, Est. Cerroni**

**Contratti pubblici e obbligazioni della pubblica amministrazione – Requisiti di partecipazione – Regolarità fiscale – Soglia escludente – Determinazione – Canoni di proporzionalità e ragionevolezza – Questione rilevante e non manifestamente infondata di costituzionalità**

*È rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale – in riferimento all'art. 3 Cost. – dell'art. 80, comma 4, secondo periodo del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 per violazione dell'art. 3 Cost., nella parte in cui non prevede che costituiscono gravi violazioni rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse 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 d.P.R. 29 settembre 1973, n. 602 e, in ogni caso, correlato al valore dell'appalto (1).*

(1) I.- Con l'ordinanza in rassegna il Consiglio di Stato dubita della legittimità costituzionale dell'art. 80, comma 4, secondo periodo d.lgs. n. 50 del 2016 in relazione all'art. 3 Cost. Si profilerebbe necessario un intervento correttivo per ricondurre l'automatismo legale ad

effetto escludente, di cui all'art. 80, comma 4 primo e secondo periodo, nei binari dei canoni di proporzionalità e ragionevolezza, ciò con l'inserzione di una chiara previsione di principio che ancori la determinazione della soglia escludente al valore dell'appalto, sulla falsariga del congegno previsto dal settimo periodo e dal decreto del Ministro dell'economia e delle finanze 28 settembre 2022. Nella prospettiva della q.l.c. sarebbe bastevole ad elidere i rilevanti profili di contrasto un intervento additivo di principio della Corte, secondo cui costituiscono gravi violazioni definitivamente accertate quelle che comportano un omesso pagamento di imposte e tasse superiore all'importo di cui all'articolo 48-bis, commi 1 e 2-bis d.P.R. n. 602 del 1973 e che, in ogni caso, sono correlate al valore dell'appalto.

II.- La vicenda contenziosa nella quale si è innestato l'incidente di costituzionalità riguarda l'impugnazione, con ricorso in appello, della sentenza di primo grado – T.a.r. per l'Emilia Romagna, sez. st. Parma, 5 febbraio 2024, n. 18 – che ha in parte rigettato e in parte dichiarato irricevibile la domanda caducatoria di un provvedimento di aggiudicazione di un appalto di servizi proposta da impresa non aggiudicataria. La ricorrente deduceva che la prima graduata avrebbe dovuto essere esclusa, per un verso, per l'asserita carenza del requisito di regolarità fiscale e della correlativa omissione informativa, e, per altro verso, per l'asserita violazione dell'art. 97 d.lgs. n. 50 del 2016, sulla scorta della ritenuta incongruità dell'offerta sotto il profilo dei costi della manodopera.

III.- L'iter argomentativo seguito dal Collegio si è così articolato:

a) sulla rilevanza della q.l.c.:

a1) l'esclusione dell'operatore economico dovrebbe conseguire quale effetto vincolato e automatico al riscontro del superamento della soglia normativamente scandita in caso di violazione definitivamente accertata della normativa tributaria, e nel caso di specie la violazione dovrebbe considerarsi espulsiva stante l'incontrovertibile gravità della stessa: il debito tributario residuo ammontava a euro 18.000,00 sino al momento regolarizzazione definitiva avvenuta il 29 giugno 2022, quindi superava la soglia di euro 5.000,00 stabilita dall'art. 80, comma 4, secondo periodo, d.lgs. n. 50 del 2016 per rinvio fisso all'art. 48-bis d.P.R. n. 602 del 1973; ci si troverebbe, dunque, al cospetto di un vero e proprio automatismo escludente che non consente graduazioni rispetto all'intrinseco disvalore della violazione, né parametrizzazioni con il valore della commessa pubblica;

a2) il dato testuale non lascia spazio per letture difformi, né operazioni ermeneutiche correttive. Non si può, infatti, far luogo alla disapplicazione della norma nazionale in forza dell'efficacia diretta del principio UE di proporzionalità secondo le coordinate applicative tracciate dalla sentenza della Corte di giustizia UE, grande sezione, 8 marzo 2022, C-205/20, NE: I) detta pronuncia fa espresso riferimento al diritto sanzionatorio laddove correlato all'osservanza di norme UE con sanzioni "effettive, proporzionate e dissuasive" e statuisce che, facendo leva sull'effetto diretto della direttiva *in parte qua*, "il principio del primato del diritto dell'Unione deve essere interpretato nel senso che esso impone alle autorità nazionali l'obbligo di disapplicare una normativa nazionale, parte della quale è contraria al requisito di proporzionalità

delle sanzioni previsto all'articolo 20 della direttiva 2014/67, nei soli limiti necessari per consentire l'irrogazione di sanzioni proporzionate"; ii) la direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE non qualifica l'esclusione dalla gara quale sanzione in senso tecnico; iii) non è neppure ipotizzabile una lettura adeguatrice ex art. 3 Cost., sul rilievo che qualsivoglia intervento disapplicativo/manipolativo comporterebbe di fatto un'eterointegrazione normativa per una soluzione regolatoria più graduata recata dalla previsione di cui al settimo periodo del medesimo comma 4; iv) l'unica soluzione applicativa prospettabile de *jure condito* nella vicenda contenziosa sarebbe rappresentata dall'accoglimento del gravame – come del resto concluso da Cons. Stato, Ad. plen., 24 aprile 2024, n. 7 (in *Foro it.*, 2024, III, 405, oggetto della News UM in data 21 maggio 2024) in controversia speculare – in piana applicazione della disposizione della cui tenuta costituzionale si dubita;

b) sulla non manifesta infondatezza della q.l.c.:

b1) sul piano storico-sistematico, la disciplina si è così articolata: i) l'art. 38 d.lgs. n. 163 del 2006 prevedeva – attuando la direttiva UE n. 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, de 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi – l'esclusione dalle procedure di affidamento a carico dei soggetti che avessero *"commesso violazioni, definitivamente accertate, rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse"*; ii) la successiva direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE ha distinto (art. 57) tra violazioni tributarie definitivamente accertate o meno stabilendo esclusione obbligatoria e una facoltativa; iii) la previsione UE non ha costituito oggetto di immediato recepimento e in conseguenza di una procedura di infrazione sono intervenuti due interventi correttivi: dapprima, l'art. 8, comma 5, lett. b) d.l. n. 76 del 2020 il quale ha coniato *ex novo* la fattispecie di esclusione non automatica per gravi violazioni non definitivamente accertate, mantenendo l'uniformità della nozione di gravità ex art. 48-bis d.P.R. 602 del 1973 (*"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"*); successivamente, con legge n. 238 del 2021, il legislatore nazionale ha differenziato il sistema di determinazione della soglia di gravità per le due fattispecie introducendo, per quelle non definitivamente accertate, il rimando alla fonte regolamentare vincolata dalla parametrizzazione al valore dell'appalto e dalla soglia non inferiore a 35 mila euro (rimando che ha trovato, infine, inveramento con l'emanazione del Ministro dell'economia e delle finanze 28 settembre 2022); iv) il definitivo assetto dell'art. 80, comma 4, d.lgs. n. 50 del 2016 è, dunque, nel senso che: 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; 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 ha commesso gravi violazioni non definitivamente accertate agli obblighi relativi al pagamento di imposte e tasse o contributi previdenziali; v) la *summa divisio* tra le due fattispecie è stata sostanzialmente perpetuata anche nel terzo codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. n. 36 del 2023 (non applicabile *ratione temporis* alla procedura di gara oggetto di contenzioso) il quale ha introdotto due articoli distinti per le cause di esclusione automatica e non: l'art. 94, comma 6 riproduce la disposizione previgente in punto di esclusione obbligatoria; l'art. 95, comma 2 riformula la fattispecie di esclusione non automatica prevedendo che *“la stazione appaltante esclude altresì un operatore economico qualora ritenga che lo stesso ha commesso gravi violazioni non definitivamente accertate agli obblighi relativi al pagamento di imposte e tasse o contributi previdenziali”*; entrambe le disposizioni rinviano all'allegato II.10 per la nozione di grave violazione definitivamente e non definitivamente accertata e, per la fattispecie non automatica, si è precisato che la gravità vada in ogni caso valutata anche tenendo conto del valore dell'appalto; vi) la nozione di gravità della violazione tributaria è stata introdotta con il d.l. n. 70 del 2011 e riproposta nel codice dei contratti pubblici del 2016 nell'ottica di dare attuazione alla previsione facoltativa dell'art. 57, par. 3 direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 febbraio 2014 secondo cui *“gli Stati membri possono inoltre prevedere una deroga alle esclusioni obbligatorie di cui al paragrafo 2 nei casi in cui un'esclusione sarebbe chiaramente sproporzionata, in particolare qualora non siano stati pagati solo piccoli importi di imposte o contributi previdenziali”*; vii) successivamente, l'impianto della disciplina nazionale è rimasto sostanzialmente immutato nella transizione dal codice del 2016 a quello del 2023: per le violazioni definitivamente accertate la soglia di gravità è stata sempre individuata *per relationem* con l'importo di cui all'art. 48-bis d.P.R. n. 602 del 1973 – pari a 5 mila euro (10 mila sino al 31 dicembre 2017) – anche con riguardo alle violazioni non definitivamente accertate almeno sino al 31 gennaio 2022; viii) in attuazione di tale rinvio alla fonte regolamentare è stato adottato il decreto del Ministro dell'economia e delle finanze 28 settembre 2022 il quale considera *“grave”* la violazione fiscale *“quando comporta l'inottemperanza ad un obbligo di pagamento di imposte o tasse per un importo che, con esclusione di sanzioni e interessi, è pari o superiore al 10% del valore dell'appalto. [...] In ogni caso, l'importo della violazione non deve essere inferiore a 35.000 euro”*; ix) tale disciplina è stata poi trasfusa nell'allegato II.10 del d.lgs. n. 36 del 2023;

b2) il caso di specie – ad avviso del Consiglio di Stato – necessita di una pronuncia *“chiarificatrice”* della Corte costituzionale, considerato che il

meccanismo di determinazione della soglia di gravità per le irregolarità fiscali a valenza automaticamente escludente di cui al primo e secondo periodo dell'art. 80, comma 4 d.lgs. 50 del 2016 si pone in tensione insanabile con l'art. 3 Cost. e con i principi di proporzionalità e ragionevolezza (cfr. Corte cost. 21 febbraio 2019, n. 20, in *Foro it.*, 2020, I, 142, con nota di ROMBOLI; *Giur. cost.*, 2019, 226, con nota di REPETTO; *Giornale dir. amm.*, 2019, 601 (m), con nota di AVEARDI; *Guida al dir.*, 2019, 12, 90, con nota di PONTE; *Dir. informazione e informatica*, 2019, 79, con nota di POLLICINO, RESTA; *Riv. corte conti*, 2019, 1, 227, con nota di CHIATANTE; *Dir. Internet*, 2019, 57, con nota di MARONGIU; *Foro it.*, 2020, I, 125, con nota di TRAPANI; *Dir. comunitario scambi internaz.*, 2019, 393 (m), con nota di TROIANIELLO, nonché oggetto della News US in data 4 marzo 2019 alla quale si rinvia per ogni ulteriore approfondimento);

b3) premesso che il requisito di regolarità fiscale rientra a pieno titolo nel novero dei requisiti di ordine generale, i quali attengono alla sfera soggettiva degli operatori economici, delineando in sostanza la loro moralità imprenditoriale, la fissazione di una soglia estremamente bassa, come quella individuata dapprima a 10 mila euro (sino al 31 dicembre 2017) e, successivamente, ribassata all'importo pressoché bagatellare di 5 mila euro rappresenta una opzione regolatoria estremamente razionale, dal momento che realizza, al pari della compensazione civilistica, una semplificazione istantanea dei rapporti di dare e avere e riduce l'attività solutoria a quanto strettamente dovuto alla luce dell'apprezzamento omnicomprensivo delle partite creditorie e debitorie tra settore pubblico e creditore privato: una volta "esportato" sic et simpliciter questo valore-soglia nel settore delle cause automaticamente escludenti per irregolarità fiscali: mentre il meccanismo compensativo-esattivo dell'art. 48-bis ha un funzionamento sostanzialmente lineare in quanto inibisce il pagamento dell'amministrazione solo sino a concorrenza del debito risultante dalle cartelle esattoriali insolute, dunque senza pregiudizio delle ulteriori ragioni creditorie dell'operatore economico, il congegno escludente diviso dall'art. 80, comma 4 mercé la eterointegrazione col valore-soglia di 5 mila euro scolpisce un vero e proprio automatismo legale che esclude dal mercato delle commesse pubbliche l'operatore economico, indipendentemente dal valore dell'appalto, con risultati paradossali come avvenuto nel caso di specie in cui, a fronte di un appalto di importo complessivo quinquennale a base d'asta pari ad euro 9.543.000,00, un operatore economico di consistenti dimensioni dovrebbe essere escluso per un debito fiscale definitivamente accertato pari a soli 18 mila euro, dunque 530 volte inferiore a quello dell'appalto in causa. La sproporzione in termini oggettivi si rivela *in re ipsa*: tale debito fiscale, consolidatosi *ex ante*, determina l'esclusione da una gara milionaria, mentre se fosse emerso dopo, a valle dell'integrale esecuzione delle obbligazioni contrattuali, avrebbe comportato la sola sospensione *in parte qua* del pagamento con distrazione della somma dovuta a favore dell'agente della riscossione, previo esperimento del rituale pignoramento presso terzi;

b4) un tale esito appare del tutto irrazionale e spropositato e non trova giustificazione: per un verso, è lo stesso diritto UE a rivolgere un preciso monito ai legislatori nazionali onde scongiurare ciechi rigorismi che conducono a risultati applicativi sbilanciati (cfr. artt. 101 e 57, par. 3, direttiva n. 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE); per altro verso, il meccanismo nazionale, pur idoneo allo scopo non costituisce l'unica misura possibile;

b5) la giurisprudenza costituzionale via via consolidatasi sulle sanzioni amministrative, punitive e non, ha manifestato una sensibilità accresciuta quanto alla congruità della sanzione nell'ipotesi di previsioni sanzionatorie rigide che colpiscono in egual modo, e quindi equiparano, fatti in qualche misura differenti: l'indirizzo seguito dalla Corte si è costantemente orientato verso il principio di ragionevolezza, ammettendo interventi correttivi laddove il trattamento sanzionatorio medesimo poteva essere sostituito sulla base di "*precisi punti di riferimento, già rinvenibili nel sistema legislativo*", intesi quali "*soluzioni già esistenti, idonee a eliminare o ridurre la manifesta irragionevolezza lamentata*" (Corte cost., sentenze 8 marzo 2019, n. 40, in *Guida al dir.*, 2019, 14, 48, con nota di AMATO; 5 dicembre 2018, n. 222, in *Giur. cost.*, 2018, 2548, con nota di BARTOLI; *Guida al dir.*, 2019, 8, 56, con nota di NATALINI; *Giur. comm.*, 2020, II, 27, con nota di INSOLERA, in relazione al divieto di applicazione retroattiva *in peius*; 10 novembre 2016, n. 236); alternativamente, laddove la lacuna di punibilità non è stata giudicata foriera di vuoti di tutela insostenibili per gli interessi protetti, la Corte ha optato per interventi meramente ablativi, come accaduto con la sentenza 23 settembre 2021, n. 185 (in *Giur. cost.*, 2021, 1929, con nota di RECCHIA), che ha dichiarato l'illegittimità di una sanzione pecuniaria molto rilevante in materia di gioco e scommessa in quanto puniva indistintamente l'inosservanza di plurimi obblighi di condotta con una sanzione amministrativa pecuniaria non solo di considerevole severità, ma anche fissa, risultando per tali caratteristiche manifestamente sproporzionata per eccesso rispetto al disvalore concreto di fatti pure ricompresi nella sfera applicativa della norma;

b6) pur non potendosi sottacere che l'esclusione dalla procedura in parola costituisce una reazione ordinamentale necessitata e consequenziale alla riscontrata carenza di un requisito di ordine generale e difficilmente può essere assimilata ontologicamente ad una sanzione amministrativa *stricto sensu*, campeggia comunque sullo sfondo della causa di esclusione un meccanismo improntato a forte rigidità che parifica situazioni diversissime tra loro (violazioni tributarie milionarie poste su un piede di parità con quelle bagatellari, con l'invariabile reazione espulsiva dalle gare pubbliche, a prescindere dal rispettivo valore): la rigidità dell'automatismo, unitamente agli effetti indirettamente afflittivi quanto meno sul piano degli interessi economico-commerciali degli operatori, induce a svolgere considerazioni di analogo tenore a quelle maturate sul terreno della congruità delle sanzioni nella cornice più generale dell'*agere* amministrativo

che deve conformarsi complessivamente ai canoni di proporzionalità e ragionevolezza;

b7) l'automatismo non appare necessario neanche per il raggiungimento dello scopo fiscale di integrità esattiva, sicché, indipendentemente dal rinvio operato dalla disciplina dei contratti pubblici, il meccanismo compensativo di cui all'art. 48-*bis* del d.P.R. n. 602 del 1973 opererebbe autonomamente, a valle dell'integrale esecuzione contrattuale della commessa pubblica, al momento della *solutio* e assicurerebbe l'integrale soddisfazione della pretesa erariale, inclusiva di aggi e accessori;

b8) bisogna, dunque, interrogarsi in ordine a quale sia la misura altrimenti perseguibile per contemperare gli scopi perseguiti – ossia, la garanzia di integrità e affidabilità degli operatori economici unitamente all'integrità imprecisa – con il concorrente diritto all'iniziativa economica di un grande operatore economico che partecipa alle gare per l'assegnazione di commesse pubbliche di rilevante entità: il *tertium comparationis* che viene immediatamente in rilievo è rappresentato dal meccanismo determinativo della soglia di gravità relativo alle violazioni tributarie non definitivamente accertate di cui al settimo comma della disposizione in esame, considerato che così come introdotto dalla legge europea 2019-2020 con decorrenza 1° febbraio 2022 (ancorché il relativo regolamento attuativo è stato adottato il 28 settembre 2022) esso si distingue per un approccio bilanciato che stabilisce una indefettibile correlazione tra violazione tributaria non definitivamente accertata e valore dell'appalto (poi esplicitata dal regolamento ministeriale con una funzione di parametrizzazione lineare secondo un coefficiente del 10%: "imposte o tasse per un importo che, con esclusione di sanzioni e interessi, è pari o superiore al 10% del valore dell'appalto") in combinato con la fissazione di una soglia di irrilevanza de minimis in valore assoluto (35 mila euro, ben più indulgente, essendo sette volte superiore a quella dettata dal secondo comma);

b9) premesso che non sfugge il diverso fondamento ontologico che potrebbe giustificare la disparità regolatoria e la possibile non comparabilità delle diverse situazioni (Cons. Stato, sez. V, 23 febbraio 2023, n. 1890; id., 27 luglio 2021, n. 5563; id., 28 ottobre 2019, n. 7836), va detto che: i) la pacifica facoltatività della deroga all'esclusione laddove "*sarebbe chiaramente sproporzionata, in particolare qualora non siano stati pagati solo piccoli importi di imposte*" (v. art. 57, par. 3 della direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 febbraio 2014) non esime il legislatore nazionale, una volta deciso di avvalersene, dall'apprestare un meccanismo coerente con il principio di proporzionalità e ragionevolezza, conformemente con il quadro del diritto UE e con i canoni costituzionali dell'ordinamento nazionale, che esigono soluzioni regolatorie armoniose ed equilibrate sia in via intrinseca (proporzionalità cardinale), sia in via estrinseca in raffronto con opzioni legislative congegnate per fattispecie affini o analoghe; peraltro, lo stesso dettato letterale della direttiva europea, nel correlare in un ideale binomio concettuale la "chiara sproporzione" con il "piccolo importo di imposte" offre una chiave di esegesi sistematica che conduce

l'interprete a decodificare siffatta nozione di "*piccolo importo*" alla luce del canone di proporzionalità e, dunque, non solo in termini di quantificazioni in valore assoluto, ma anche relativo; *ii*) in secondo luogo, la fissazione della soglia del debito rilevante in valore assoluto – e, si aggiunga, di importo effimero – non favorisce necessariamente la parità di trattamento agevolando il buon andamento della pubblica amministrazione nella verifica di affidabilità del futuro contraente: come già evidenziato, l'invariabilità della soglia, appiattita fortemente verso il basso, omologa situazioni tra loro molto differenti mettendo su un piede di dubbia parità piccoli e grandi contribuenti, nella cornice di gare di respiro locale per valori modesti e di maxi procedure di potenziale rilievo transfrontaliero di entità plurimilionaria. Né può affermarsi senza remore che l'esclusione sbrigativa di un grande operatore economico per irregolarità fiscali di modestissimo importo rispetto alla situazione fiscale complessiva e all'entità dell'appalto sia consentanea al buon andamento dell'amministrazione, giacché il committente pubblico giunge a tagliar fuori irrimediabilmente un partner privato che potrebbe essere potenzialmente affidabile secondo un apprezzamento sostanzialistico; *iii*) peraltro, vero è che la disciplina unionale non detta indirizzi dirimenti tali per cui la nozione di "*piccolo importo*" debba essere necessariamente stabilita in termini diversi dalla predeterminazione legale di una soglia, né prescriba esplicitamente l'applicazione di parametri di natura relativa, senonché, l'esegesi teleologica della nozione di "*piccolo importo di imposte*" non può sottrarsi alle implicazioni sistematiche del principio di proporzionalità, vuoi perché lo stesso legislatore unionale instaura una sorta di binomio concettuale tra "*chiara sproporzione*" e "*piccolo importo di imposte*", vuoi perché la disciplina nazionale si è dotata di uno strumentario più raffinato ed equilibrato come quello dettato dal settimo periodo dell'art. 80, comma 4 per le violazioni non definitivamente accertate tale da assurgere ad ineludibile *tertium comparationis*; *iv*) al riguardo, le notazioni critiche circa l'incomparabilità delle due fattispecie "*per presupposti e modalità di esercizio del potere da parte della stazione appaltante*" (v. Cons. Stato, n. 1890 del 2023, cit.) vanno inquadrare nella giusta prospettiva: non può revocarsi in dubbio, infatti, che si tratti di due poteri della Stazione appaltante dai connotati distinti, l'uno vincolato (fattispecie automaticamente escludente), l'altro discrezionale (fattispecie non automaticamente escludente), tuttavia siffatta diversità rimonta ad un *discrimen* ontologico che trova il suo fondamento nel diverso grado di accertamento della violazione, la prima definitiva e ormai inoppugnabile, la seconda *sub iudice*; *v*) per converso, vanno rappresentate forti perplessità sulla ragionevolezza di uno statuto 'dicotomico' della gravità della violazione tributaria, demandato a meccanismi evolutisi in senso difforme: del resto, che tale circostanza non fosse pacifica neanche per il legislatore lo si può desumere dal fatto che sino al 31 gennaio 2022 il rinvio all'importo di cui all'art. 48-bis d.P.R. 602 del 1973 operava indistintamente con riguardo alle violazioni definitive e non definitive e solo all'indomani dell'entrata in vigore delle modifiche apportate dalla legge europea 2019-

2020 (legge 23 dicembre 2021, n. 238) è comparso il nuovo meccanismo della soglia di gravità su base parametrica per le violazioni non definitive; *vi*) nel contesto di una controversia concernente una fattispecie affine relativa all'inadempimento degli obblighi previdenziali e assicurativi nel vigore delle precedenti direttive, la Corte di giustizia UE ha esaminato il previgente meccanismo nazionale che correlava l'esclusione obbligatoria dell'operatore economico nel caso che lo "*scostamento tra le somme dovute a titolo di prestazioni sociali e quelle versate è di un importo superiore, al contempo, a EUR 100 e al 5% delle somme dovute*", quindi secondo un congegno regolatorio che combinava soglia *de minimis* e coefficiente parametrico (sia pur dosati in modo diverso) e ha concluso affermando che, in punto di necessità della misura, essa "*garantisce non solo la parità di trattamento degli offerenti ma anche la certezza del diritto, principio il cui rispetto costituisce una condizione della proporzionalità di una misura restrittiva*" (Corte di giustizia UE, sez. X, 10 luglio 2014, C-358/12, Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici contro Comune di Milano, che richiama altresì sentenza Itelcar, C-282/12, punto 44); *vii*) se si guarda ad altri settori dell'ordinamento, ad esempio le soglie di rilevanza penal-tributaria, cui si correla in sede di responsabilità amministrativa dipendente da reato l'incapacità di contrarre con la P.A., sono marcatamente superiori a quella prevista per le irregolarità fiscali automaticamente escludenti dalla disciplina sui contratti pubblici;

b10) l'intervento correttivo che si profila necessario per ricondurre l'automatismo legale a effetto escludente di cui all'art. 80, comma 4 primo e secondo periodo nei binari dei canoni di proporzionalità e ragionevolezza consiste, a parere del Consiglio di Stato, nell'inserzione di una chiara previsione di principio che ancori la determinazione della soglia escludente al valore dell'appalto, sulla falsariga del congegno divisato dal settimo periodo e invero, infine, dal decreto del Ministro dell'economia e delle finanze 28 settembre 2022. In altre parole, va ritenuto sufficiente ad elidere i rilevati profili di contrasto un intervento additivo di principio del giudice delle leggi secondo cui costituiscono gravi violazioni definitivamente accertate quelle che comportano un omesso pagamento di imposte e tasse superiore all'importo di cui all'articolo 48-*bis*, commi 1 e 2-*bis* del d.P.R. n. 602 del 1973 e che, in ogni caso, sono correlate al valore dell'appalto. Si tratterebbe di una pronuncia additiva di principio dal momento che lascerebbe impregiudicato il margine di intervento discrezionale del legislatore nel dare contenuto al meccanismo di correlazione proporzionale secondo il parametro ritenuto più congruo (il decreto del Ministro dell'economia e delle finanze 28 settembre 2022 ha stabilito un coefficiente di proporzionalità del 10% quale indice di gravità delle violazioni non definitive, che ben potrebbe essere inasprito nell'ipotesi in esame anche mediante meccanismi di correlazione regressiva o comunque non lineare). Nelle more dell'intervento legislativo e ai fini della certezza del diritto e dell'azione amministrativa, viepiù avvertita in campo di automatismi legali, l'Amministrazione e il giudice amministrativo ben potranno applicare in via analogica il parametro fissato dal predetto decreto

ministeriale, in considerazione della dichiarata lacuna normativa in senso tecnico e della acclarata comunanza di *ratio legis*.

III.– Per completezza si segnala quanto segue:

c) sugli automatismi sanzionatori, in dottrina: CENTINI, *Automatismi sanzionatori tra principio di non colpevolezza e principio di ragionevolezza*; in *Giur. cost.*, 2006, 51, 3, 2649 ss.; SAVINO, *L'incostituzionalità del c.d. automatismo espulsivo*, *Dir., imm. e cittadinanza XV*, 2013, 3 CARCANÒ, *Automatismi: tra ragionevolezza e individualizzazione della pena*, in *Forumcostituzionale.it*, 2020; ROMANO, *Forme di automatismo nell'applicazione delle sanzioni interdittive*, in *Arch. pen.*, 2020,1; NARDO, *L'illegittimità degli automatismi sanzionatori: la determinazione della durata delle pene accessorie fallimentari*, in *Foronews*, 4 gennaio 2021;

d) sulle pronunce additive della Corte costituzionale:

d1) Corte cost. 17 marzo 2021, n. 41 (in *Foro it.*, 2022, I, 67, con nota di ROMBOLI). Nella vicenda di riferimento la Corte attraverso una decisione di tipo additivo, ha inserito un termine nella legge impugnata entro il quale il legislatore è chiamato ad intervenire (31 ottobre 2025, previsto dalla l. 57 del 2016) e l'incostituzionalità è stata dichiarata nella parte in cui non prevede che la legge si applichi fino a tale data;

d2) Corte cost., 11 giugno 2014, n. 170 (in *Foro it.*, 2014, I, 2674, con nota di ROMBOLI). Evidenzia l'a. che *“La decisione additiva di principio non è certamente una novità nella giurisprudenza costituzionale, essendo almeno venti anni che la stessa ha fatto il suo ingresso nella tipologia delle pronunce costituzionali. In sintesi, essa nasce come risposta alla critica di eccessiva invadenza, nei riguardi delle scelte del legislatore, delle decisioni manipolative della corte (additive o sostitutive), come tali autoapplicative. Di fronte alla inerzia del legislatore, accompagnata però dalla presenza di una pluralità di possibili scelte, la corte si limita a dichiarare l'incostituzionalità, senza modificare direttamente la disposizione impugnata, fissando un principio al quale il legislatore dovrà dare attuazione. Il rispetto del ruolo del legislatore deriva dal riconoscimento ad esso, e solo ad esso, di un (sollecitato) intervento contenente una normativa di carattere generale, senza però che ciò significhi riconoscergli altresì di impedire, con la propria inerzia, la realizzazione dei valori costituzionali espressi dal «principio». Per questo, quando è possibile, i giudici sono abilitati da subito a reperire la regola del caso concreto nel principio espresso dalla corte. In altri termini l'additiva di principio risulta composta di due parti distinte: una demolitoria della norma impugnata e l'altra contenente un principio, frutto di un bilanciamento dei principi costituzionali operato dalla corte. Le due parti risultano non solo distinte, ma anche dotate di differente efficacia, essendo la prima vincolante e ponendosi invece la seconda a livello di indicazione, monito o suggerimento con forza meramente persuasiva, salva ovviamente la possibilità, per la corte, di «doppiare» la pronuncia con altra di incostituzionalità totale. L'eventualità che il principio fissato dalla corte non abbia alcuna possibilità di trovare applicazione in assenza dell'intervento del legislatore, ha fatto parlare di «doppio effetto paralizzante» (Parodi, *La sentenza additiva a dispositivo generico*, Torino, 1996, 181), nel senso che la norma impugnata non potrà essere applicata in quanto dichiarata incostituzionale ed il*

---

*principio neppure, fintanto che il legislatore non decida di intervenire. È certo che la corte può scegliere il tipo di decisione che intende adottare per risolvere una questione di costituzionalità ed è noto anche come quello della tipologia delle pronunce sia uno dei campi in cui il giudice costituzionale ha mostrato maggiore creatività, ma pare altrettanto certo che esso non può disporre degli effetti che la legge attribuisce al tipo di decisione, neppure, se non entro certi precisi limiti, attraverso la motivazione della stessa”);*

d3) in dottrina: C. MORTATI, *Appunti per uno studio sui rimedi contro i comportamenti omissivi del legislatore*, in *Foro it.*, 1970, 153 ss.; R. LUGARÀ, *Sentenze additive di procedura... legislativa? Il problematico seguito della sentenza n. 251 del 2016”*, in *Riv. AIC*, 2017, 1; V. MARCENÒ, *Come decide la Corte costituzionale dinanzi alle lacune tecniche? Il particolare caso della mancata riassegnazione delle risorse agli enti subentranti dopo la riforma Delrio*, in *Forumcostituzionale*, 2018; T. MARTINES, *Diritto costituzionale*, Milano, 2022, 492 ss.