



Università degli Studi "G. d'Annunzio"
Chieti - Pescara
Divisione 1 Affari Legali

Numero e data di protocollo, UOR e classificazione attribuiti dal sistema di gestione informatica dei documenti

PARERE INTERNO NON OSTENSIBILE

Egr. Sig.
Chiar.mo Prof.
Mauro Gianni PERRUCCI
RUP procedura di gara
via mail maurogianni.perrucci@unich.it

E, p.c.

Egr. Sig. Chiar.mo Prof. Liborio STUPPIA Rettore di Ateneo via mail rettore@unich.it via mail segreteriarettore@unich.it	Egr. Sig. Dott. Arch. Giovanni CUCULLO Direttore Generale di Ateneo via mail giovanni.cucullo@unich.it via mail direzionegenerale@unich.it	Gent.ma Sig.ra Chiar.ma Prof.ssa Vera FANTI Delegata agli Affari Legali, Giuridici e Contenzioso via mail vera.fanti@unich.it
---	--	---

RICHIESTA DI PARERE: procedura ristretta ai sensi dell'art.72 del D. L.vo n.36/2023, per l'affidamento del servizio di riparazione e manutenzione di attrezzature mediche e specialistiche per le esigenze del centro ITAB in Chieti via dei Vestini n.33 66100 Chieti - CIG: A01796D6FD

M.R., Sig. Direttore Generale e Chiar.mi Proff.ri,

richiamata la richiesta di parere inviata il 27.11.2023 (**All.01**) dal Prof. Mauro Gianni PERRUCCI (RUP nella procedura *de qua*) circa la corretta interpretazione della «documentazione relativa alla "Busta Amministrativa" della Società PHILIPS S.p.A.» (unico offerente nella gara *de qua*), è necessario valutare la pertinenza degli elementi di seguito riassunti alla casistica codicistica relativa ai motivi di esclusione disciplinati dagli artt.94 ("Cause di esclusione automatica") e 95 ("Cause di esclusione non automatica") del D. L.vo n.36/2023 ("Nuovo Codice dei Contratti Pubblici" ... *breviter* Codice).

Nel caso concreto, in sede di compilazione della "Parte III: motivi di esclusione" del DGUE (**All.02 pag.11**), infatti, la PHILIPS S.p.A.:

a) nella sezione B ("motivi legati al pagamento delle imposte o contributi previdenziali"), con allegata nota di chiarimenti (**Cfr. All.02 ultima pagina**), ha dichiarato che "a seguito di verifica fiscale per i periodi d'imposta 2017 e 2018 da parte dell'Agenzia delle Entrate - Direzione Regionale della Lombardia, ha ricevuto in data 1° agosto 2023 notifica di Processo Verbale di Constatazione (PVC), con il quale l'Agenzia delle Entrate ha provvisoriamente constatato rilievi fiscali ai fini imposte dirette (Ires e Irap) per un totale di € 4.304.279 (€ 3.671.035 più € 633.244) per l'anno di imposta 2017 e di € 14.201.618 (€ 13.526.252 più € 675.366) per l'anno di imposta 2018";

b) nella "Domanda di partecipazione" ha dichiarato "che la società rappresentata, ai sensi dell'art.95 comma 2: non ha commesso gravi violazioni non definitivamente accertate agli obblighi relativi al pagamento di imposte e tasse o contributi previdenziali" (**All.03 pagg. 6 e 7**);

c) nella sezione C, ("motivi legati a insolvenza, conflitto di interessi o illeciti professionali"), ha risposto "Sì" al quesito inerente le "Carenze nell'esecuzione di un precedente contratto - Cessazione anticipata, risarcimento danni o altre sanzioni comparabili ..." dettagliandone i casi (**Cfr. All.02 pagg. 16 e 17**);

d) nella "Domanda di partecipazione" (**All.03 pag.5**) ha ribadito quanto già dichiarato nella sezione C del DGUE relativamente "all'insussistenza dei motivi di esclusione" ex art.98, comma 3, lett. c) del D. L.vo n.36/2023 circa "l'intervenuta comminazione di penali nell'ambito di precedenti appalti pubblici, a causa della mancata tempestività nell'esecuzione delle obbligazioni assunte a livello contrattuale" stante la "crisi del comparto medico che ha causato notevoli difficoltà a garantire la produzione dei dispositivi medici a causa della carenza delle materie prime ed elettroniche, nonché il trasporto degli stessi, sempre effetto della crisi pandemica e della guerra in Ucraina."

DAL/ADA/-----	DIVISIONE 1 AFFARI LEGALI - Responsabile Antonio D'ANTONIO Staff: Caterina CONTE - Marianna IACOVONE - Teresa LESTI Via dei Vestini n.31 - 66100 CHIETI - Italia Tel. +39 0871 3556390-6303-6100-6305-6204-6074-6070-6262 - Fax + 39 0871 3556302 E-mail: affarilegali@unich.it - PEC: ateneo@pec.unich.it - Sito WEB: www.unich.it
---------------	---

Prima di entrare nel merito della questione sottoposta alla mia attenzione, evidenzio come la disciplina di riferimento del caso *de quo* sia contenuta nell’art.95 (“Cause di esclusione non automatica”) del Codice. Sul punto è utile evidenziare che in presenza di una causa di esclusione “non automatica” la Stazione Appaltante dispone di “un margine di apprezzamento della situazione concreta riconducibile al concetto di discrezionalità tecnica: apprezzata la sussistenza del presupposto enucleato nella disposizione di legge, la scelta espulsiva diviene necessitata. È stato pertanto considerato che l’aggettivo “non automatiche” ... meglio rendesse detto concetto, al contempo tracciando un confine chiaro rispetto alle cause di esclusione “automatica” annoverate nell’art.94 (laddove nessun margine di apprezzamento è rimesso alla stazione appaltante, che deve limitarsi a riscontrarne la sussistenza)” (All.02 pag.137 - Relazione allo schema di decreto legislativo).

Al riguardo, l’art.1 (“Principio del risultato”) comma 4 del Codice specifica che “Il principio del risultato costituisce criterio prioritario per l’esercizio del potere discrezionale e per l’individuazione della regola del caso concreto ...”.

Sul punto a) e b) l’art.95 del Codice raggruppa le cause di esclusione “non automatiche” in precedenza disciplinate, in massima parte, dal comma 5 dell’art.80 del D. L.vo n.50/2016.

Orbene, il comma 2 dell’art.95 del Codice stabilisce che “la stazione appaltante esclude altresì un operatore economico **qualora ritenga**, sulla base di qualunque mezzo di prova adeguato, che lo stesso ha commesso gravi violazioni **non definitivamente accertate** agli obblighi relativi al pagamento di imposte e tasse o contributi previdenziali. Costituiscono gravi violazioni non definitivamente accertate in materia fiscale quelle indicate nell’Allegato II.10. La gravità va in ogni caso valutata anche tenendo conto del valore dell’appalto ...”.

Nell’Allegato II.10 del Codice:

- l’**art.1** (“Oggetto”) prevede che “1. Ai sensi e per gli effetti dell’articolo 94, comma 6, del codice, (e non è questa la fattispecie di applicazione poiché tale articolo disciplina l’esclusione automatica) **costituiscono gravi violazioni quelle che comportano un omesso pagamento di imposte e tasse superiore all’importo di cui all’articolo 48-bis, commi 1 e 2-bis, del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n.602. Costituiscono violazioni definitivamente accertate quelle contenute in sentenze o atti amministrativi non più soggetti a impugnazione...**”.

- l’**art.2** (“Ambito di applicazione”) dispone che “Ai sensi e per gli effetti dell’articolo 95, comma 2, del codice, si considera violazione l’inottemperanza agli obblighi, relativi al pagamento di imposte e tasse derivanti dalla: a) notifica di atti impositivi, conseguenti ad attività di controllo degli uffici; b) notifica di atti impositivi, conseguenti ad attività di liquidazione degli uffici; c) notifica di cartelle di pagamento ...”

Si pone, allora, il problema se la dichiarazione della PHILIPS S.p.A. integri quanto previsto dall’art.95, comma 2 e dagli artt.1 e 2 del correlato Allegato II.10 del Codice. La risposta è no.

Benché una prima lettura dell’art.95 induca a deporre verso una concreta affinità della norma al caso *de quo*, l’Allegato II.10 chiarisce ogni dubbio al riguardo. È *ictu oculi* evidente, infatti, che né l’art.1 (estraneo al caso di specie) né l’art.2 (che parla “di atti impositivi”) sono applicabili alla fattispecie oggetto di trattazione. Il Processo Verbale di Constatazione (*breviter* PVC) con cui l’Agenzia delle Entrate ha **provvisoriamente constatato** i già richiamati rilievi fiscali **non è un atto impositivo**, ma un atto propedeutico all’emissione di un **successivo** avviso di accertamento capace di incidere sulla posizione fiscale del contribuente.

Al riguardo è significativo come il PCV non sia autonomamente impugnabile (Cass. n.11267/2003; Cass. n.24914/2005), stante la c.d. “tassatività degli atti impugnabili” ex art.19 del processo tributario ove - appunto- non è contemplato il PVC. Per cui, se il PVC non è impugnabile nei termini di decadenza, non potrà mai diventare definitivo; ma se il PVC non è destinato a diventare definitivo non può neanche essere,



**Università degli Studi “G. d’Annunzio”
Chieti - Pescara**
Divisione 1 Affari Legali

in attesa di impugnazione, NON DEFINITIVO per cui non può essere annoverato nella categoria delle *gravi violazioni non definitivamente accertate*.

Ad oggi, quindi, alcuna grave violazione è stata commessa stante sia la non definitività del debito sia (ripetesi) la natura meramente endoprocedimentale del PVC che rende -nel caso concreto-, **il debito tributario al più in corso di accertamento**.

In quest’ottica, sia la risposta negativa dell’offerente al quesito “*L’operatore economico ha violato i suoi obblighi relativi al pagamento delle imposte o delle tasse, sia nel paese dove è stabilito sia nello Stato membro dell’amministrazione aggiudicatrice o dell’ente aggiudicatore, se diverso dal paese di stabilimento?*” (“*Parte III: MOTIVI DI ESCLUSIONE*” Sez. B del DGUE -**All.03 pag.12**) sia la dichiarazione di cui al punto b) del presente parere appaiono coerenti proprio alla luce dell’estraneità del caso di specie alla disciplina codicistica peraltro richiamata dalla PHILIPS S.p.A. nel correlato file di chiarimenti nel DGUE (**Cfr. All.03 ultima pagina**).

Ad *abundantiam*, dall’esito informativo della verifica sulla regolarità fiscale rispetto ai debiti definitivamente accertati effettuata dalla Stazione Appaltante il 22.11.2023 la posizione della PHILIPS S.r.l. è risultata regolare (**All.02**).

Sul punto c) e d) l’art.98 (“*Illecito professionale grave*”), comma 3, lett. c) del D. L.vo n.36/2023 stabilisce che “*3.L’illecito professionale si può desumere al verificarsi di almeno uno dei seguenti elementi ... c) condotta dell’operatore economico che abbia dimostrato significative o persistenti carenze nell’esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che hanno causato la risoluzione per inadempimento oppure la condanna al risarcimento del danno o altre sanzioni comparabili, derivanti da inadempimenti particolarmente gravi o la cui ripetizione sia indice di una persistente carenza professionale.*”.

Al successivo comma 4 si legge che “*La valutazione di gravità tiene conto del bene giuridico e dell’entità della lesione inferta dalla condotta integrante uno degli elementi di cui al comma 3 e del tempo trascorso dalla violazione ...*”.

Al comma 6, lett. c) del medesimo articolo si legge che “*costituiscono mezzi di prova adeguati in relazione al comma 3 ... c) quanto alla lettera c), l’intervenuta risoluzione per inadempimento o la condanna al risarcimento del danno o ad altre conseguenze comparabili*”.

L’offerente sia nella “*Domanda di partecipazione*” (**All.03 pag.5**) sia del DGUE (**Cfr. All.02 pagg. 16 e 17**), nel dettagliare i casi ed i motivi di ritardo, recesso (da parte di un solo committente) e risarcimento (la maggior parte connessi ad un’unica tipologia di Committente, la ASL), dichiara di aver “*comunque provveduto a pagare le penali a proprio debito e comunque tenuto fede agli impegni assunti verso i rispettivi clienti, procedendo comunque all’adempimento delle prestazioni contrattuali.*”.

La PHILIPS S.p.A. ragionevolmente fa notare che “*gli importi sono ... esigui rispetto ai volumi d’affari ma al contempo imputabili alla crisi del comparto medico che ha causato notevoli difficoltà a garantire la produzione dei dispositivi medici a causa della carenza delle materie prime ed elettroniche nonché il trasporto degli stessi, sempre effetto della crisi pandemica e della guerra in Ucraina*” (**Cfr. All.02 e 03 pag.5**).

Orbene, è compito della Stazione Appaltante (nel caso di specie e in generale) quello di valutare i provvedimenti sanzionatori e giurisdizionali sopra richiamati alla luce dell’idoneità dei medesimi ad incidere sull’affidabilità e sull’integrità dell’offerente, ovvero ad analizzare in concreto l’incidenza dei singoli fatti indicati dall’operatore economico.

Tuttavia, alla luce della disamina sin qui fatta, ritengo che l’integrità e l’affidabilità della PHILIPS S.p.A. non possa esser messa in discussione poiché le segnalate difficoltà nel procurarsi i mezzi di produzione conseguenza sia della pandemia da COVID sia e principalmente del conflitto russo-ucraino sono senz’altro credibili. Le ripercussioni che il particolare periodo storico-politico-sanitario ha causata e continua a causare circa l’oggettiva carenza di materia prima e sulla correlata difficoltà da parte degli

DAL/ADA/-----	<div>DIVISIONE 1 AFFARI LEGALI - Responsabile Antonio D’ANTONIO Staff: Caterina CONTE - Marianna IACOVONE - Teresa LESTI Via dei Vestini n.31 - 66100 CHIETI - Italia Tel. +39 0871 3556390-6303-6100-6305-6204-6074-6070-6262 - Fax + 39 0871 3556302 E-mail: affarilegali@unich.it - PEC: ateneo@pec.unich.it - Sito WEB: www.unich.it</div>
---------------	--



Università degli Studi “G. d’Annunzio”
Chieti - Pescara
Divisione 1 Affari Legali

operatori economici di poter (soprattutto in ambito sanitario) ottemperare agli obblighi contrattuali assunti non è in discussione.

In conclusione non rilevo valide ragioni da porre a motivazione dell'esclusione della PHILIPS S.p.A. dalla procedura di gara; qualora la Stazione Appaltante dovesse orientarsi per il contrario, dovrà istruire, valutare ed argomentare con adeguato apprezzamento la rilevanza delle condotte indicate dalla PHILIPS invitandola (non sussistendo *“ragioni di impedimento derivanti da particolari esigenze di celerità del procedimento”* né essendo l'esclusione *de qua* provvedimento a contenuto vincolato) al c.d. contraddittorio costruttivo come imposto dal c.d. giusto procedimento. Infatti, richiamata l'attività discrezionale propria della P.A., come noto l'instaurazione del contraddittorio tende alla c.d. partecipazione collaborativa onde pervenire alla consensuale determinazione del contenuto per l'auspicabile componimento dei contrapposti interessi.

Cordiali saluti.

-Antonio D'ANTONIO-

DAL/ADA/-----	<p>DIVISIONE 1 AFFARI LEGALI - Responsabile Antonio D'ANTONIO Staff: Caterina CONTE - Marianna IACOVONE - Teresa LESTI Via dei Vestini n.31 - 66100 CHIETI - Italia Tel. +39 0871 3556390-6303-6100-6305-6204-6074-6070-6262 - Fax + 39 0871 3556302 E-mail: affarilegali@unich.it - PEC: ateneo@pec.unich.it - Sito WEB: www.unich.it</p>
---------------	--