

Esclusione dalla gara, eventuali irregolarità vanno accertate prima dell'aggiudicazione

17 Luglio 2018

L'irregolarità contributiva accertata dopo l'aggiudicazione della gara non comporta la revoca della stessa, dovendo essere consentita la regolarizzazione.

Lo ha chiarito il Tribunale Amministrativo Regionale della Valle D'Aosta con la sentenza n. 36 del 13 luglio 2018 con la quale ha accolto il ricorso presentato per l'annullamento del provvedimento di revoca emesso dopo l'aggiudicazione definitiva per una irregolarità nel versamento di contributi e accessori all'INPS risultante dal Durc, a cui è seguita l'incameramento della cauzione provvisoria, la segnalazione all'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC) e la pubblicazione di una nuova procedura negoziata senza bando. Questo, nonostante l'aggiudicataria avesse già provveduto alla richiesta di dilazione del debito verso l'INPS, successivamente accolta dall'Inps che ha rilasciato Durc positivo.

Il ricorso

L'impresa ricorrente ha fondato il proprio ricorso sui seguenti motivi:

- violazione dell'art. 80, comma 4, D.lgs. n. 50/2016 (Codice dei contratti) - Eccesso di potere - Carenza dei presupposti;
- violazione e falsa applicazione dell'articolo 18.3 lettera a) e dell'allegato A ad esso collegato - Eccesso di potere - Carenza dei presupposti;
- violazione dell'art. 19 "Tassatività delle cause di esclusione" del disciplinare di gara - eccesso di potere;
- eccessiva genericità e difetto di motivazione del provvedimento di revoca dell'aggiudicazione definitiva.

La sentenza del TAR

I giudici di primo grado hanno osservato come una procedura di affidamento può essere suddivisa in 3 fasi:

1. la gara vera e propria, che si conclude con l'aggiudicazione definitiva;
2. la fase tra l'adozione dell'aggiudicazione definitiva e la stipulazione del contratto;
3. la stipulazione del contratto e la fase integrativa dell'efficacia del contratto.

Con l'adozione del provvedimento di aggiudicazione definitiva si conclude la procedura in senso stretto, ovvero il procedimento amministrativo ad evidenza pubblica mediante il quale, con le garanzie partecipative a tutela della concorrenza viene selezionato il contraente tra le imprese partecipanti.

Fino al provvedimento di aggiudicazione definitiva, è possibile per la stazione appaltante applicare le disposizioni previste all'art. 80 del D.Lgs. n. 50/2016 che consentono ed impongono alla stessa di escludere le imprese partecipanti in presenza dei presupposti analiticamente e tassativamente indicati dalla norma medesima. Tale provvedimento di esclusione in senso stretto può essere emesso

solo nella prima fase, quella della gara, fino all'adozione dell'aggiudicazione definitiva.

Successivamente all'adozione di questo provvedimento, invece, l'esclusione in senso stretto e, quindi, la semplice e diretta applicazione dell'art. 80, d.lgs 50/16, non sono ammissibili. Permane certamente il potere di autotutela in capo alla Pubblica amministrazione, ma solo nei limiti e in presenza degli stringenti presupposti delle norme che detto potere contemplano e, quindi, in particolare, degli artt. 21 quinquies e nonies, legge n. 241/90.

Le fattispecie previste all'art. 80 del D.Lgs n. 50/16 possono sì venire in esame ai fini dell'adozione di un provvedimento di annullamento d'ufficio (se si tratta di una situazione verificatasi anteriormente all'aggiudicazione definitiva) o di un provvedimento di revoca (se si tratta di fattispecie insorta successivamente all'aggiudicazione definitiva), ma solo laddove sussistano anche ulteriori presupposti.

A questo riguardo, con particolare riferimento alla revoca, l'art 21 quinquies della legge n. 241/90 richiede uno dei seguenti motivi:

- sopravvenuti motivi di pubblico interesse,
- mutamento della situazione di fatto non prevedibile al momento dell'adozione del provvedimento,
- una nuova valutazione dell'interesse pubblico originario.

In ogni caso, occorre che la Pubblica amministrazione, nell'adottare il provvedimento di revoca, fornisca una motivazione specifica ed adeguata con riferimento ai presupposti in questione.

Nel caso di specie, il provvedimento di revoca si basava solo sulla violazione dell'art. 80 del D.Lgs. n. 50/2016 ed, in particolare, delle norme sulla violazione contributiva. Fatti non applicabili perché a seguito dell'adozione dell'aggiudicazione definitiva, da un lato, il potere autoritativo della P.A. viene compresso e limitato alla sola possibilità di adottare provvedimenti in autotutela e, dall'altro lato, si instaura una fase precontrattuale in senso stretto che, a fronte dell'affidamento creato nei confronti dell'aggiudicatario dal provvedimento di aggiudicazione, impone alle parti di tenere comportamenti anche di cooperazione in modo da poter pervenire utilmente alla stipula del contratto.

Una volta scelta in modo corretto la controparte, però, qualora, cioè, le fattispecie "escludenti" sorgano successivamente all'aggiudicazione, non viene più in gioco la tutela della par condicio tra le imprese, ma solo l'interesse della Pubblica Amministrazione a stipulare il contratto con un soggetto affidabile e credibile, avendo riguardo all'adempimento degli obblighi previsti dalla legge e dal contratto medesimo.

Nel caso esaminato dal TAR, la violazione consistente in un Durc negativo successivo al provvedimento di aggiudicazione medesimo, rilevando solo nella misura in cui incide in modo radicale sull'affidabilità dell'impresa aggiudicataria quale contraente, deve essere valutata alla luce del comportamento tenuto dalla stessa impresa nella fase "precontrattuale" in questione e la P.A. deve consentire ad essa di regolarizzare in un termine congruo (come quello previsto dall'art. 32, comma 8 per la stipula del contratto) la situazione debitoria così venutasi a creare. Considerata la tempestiva richiesta di dilazione del debito verso l'Inps, successivamente accolta dall'Inps che ha rilasciato Durc positivo, un provvedimento di revoca è del tutto ingiustificato e come tale illegittimo, anche perché, come detto, la P.A. invece di consentire alla parte potenziale contraente (e non più mero partecipante alla fase di gara) di dimostrare la propria affidabilità in proiezione della futura stipula del contratto, non ha valorizzato gli elementi documentali dalla stessa offerti relativamente alla regolarizzazione del debito Inps.

[sentenza-tar-valledaosta-13.07.2018-36](#)