Cause da esclusione dalle gare: impossibile escludere un offerente dopo l’aggiudicazione

23 Ottobre 2020

Il **Tar della Campania** torna a occuparsi di provvedimenti di esclusione dai bandi di gara. Si tratta di argomenti “spinosi”, oggetto molto spesso di ricorsi e che possono determinare il buon esito o il fallimento del bando di gara stesso.

Il fatto

Un comune campano ha indetto una gara per affidare, per cinque anni, un servizio integrato. Tra i partecipanti, anche la società che gestiva il servizio e che poi è stata esclusa, facendo ricorso.

Chi può escludere da un bando di gara?

La società esclusa contesta nel ricorso che è stata fatta fuori da un provvedimento del Rup, ritenuto un eccesso di potere, ma soprattutto, come ha stabilito il Tar, che non avrebbe mai potuto firmare il provvedimento di esclusione. Che, tocca sempre alla Commissione di gara, a cui spettava in base al disciplinare la decisione sull’ammissione delle ditte e, correlativamente, la valutazione dei motivi per l’eventuale esclusione. Ma c’è di più. Perché l’esclusione è avvenuta solo dopo che era stata predisposta l’aggiudicazione definitiva e quindi ormai concluso il procedimento di scelta. Una scelta “illogica” per il Tar “non avendo alcun senso l’esclusione di un’impresa collocata al quarto posto della procedura già conclusasi, se non allo scopo di pregiudicare le sorti del ricorso da essa proposto avverso l’aggiudicazione”.

Esclusione e normativa

L’articolo 80 del **D.Lgs. n. 50/2016** (c.d. **Codice dei contratti**) parla chiaro: “Le stazioni appaltanti escludono un operatore economico in qualunque momento della procedura”. Ma questo va letto, spiega il Tar “per consentire l’esclusione dell’operatore economico solo nella fase della gara e fino all’aggiudicazione”. Secondo quanto dichiarato nel ricorso e anche secondo il Tar, il Rup ha valutato di potere escludere il concorrente nella fase posteriore all’aggiudicazione, “ritenendo ancora in corso la procedura (che, secondo le difese del Comune e della controinteressata, rimane aperta sino alla stipula del contratto) – si legge nella sentenza – Rilevato ciò, è fondata la censura con cui si sostiene che l’esclusione non possa invece essere comminata nei confronti del concorrente, qualora sia terminato il procedimento di selezione degli offerenti e si sia pervenuti all’aggiudicazione della gara”.

Procedura “chiusa”

Quando si è arrivati all’aggiudicazione della gara, la procedura è ormai ritenuta “chiusa” “e non è più possibile escludere altro concorrente non aggiudicatario che aveva partecipato alla gara (mentre a diversi aspetti attiene la possibilità di escludere l’aggiudicatario prima che, con esso, sia stipulato il contratto, la quale corrisponde all’evidente ragione di evitare l’affidamento del servizio a un soggetto non legittimato) – dice il Tar – Quanto a tutti i concorrenti, quindi, il riferimento temporale di cui alla norma (“qualunque momento della procedura”) va circoscritto alle fasi del procedimento che vede l’esame delle domande e la selezione dell’offerta migliore, culminante con l’aggiudicazione”. Su

questo argomento si è anche espresso il Consiglio di Stato: “La procedura di gara si conclude solo con l’aggiudicazione definitiva, con cui la stazione appaltante afferma quale sia la concreta scelta del contraente: la convergenza tra offerta dell’aggiudicatario e invito dell’amministrazione è destinata poi ad essere a base della stipulazione del contratto d’appalto, ma intanto già realizza alcuni effetti stabili già prima del contratto”.

Motivazioni logiche e sistematiche

Secondo il Tar che l’esclusione “post-aggiudicazione” non abbia senso è motivato da scelte logiche e sistematiche. “Sul piano logico – dicono i giudici – alcun effetto utile per la stazione appaltante è rappresentabile nel provvedere all’esclusione del concorrente non aggiudicatario, non mostrandosi alcuna valida ragione per la quale si debba continuare a svolgere la verifica della posizione del concorrente non prescelto”. Ma c’è un “ma” che viene espresso sul piano sistematico. Infatti, l’articolo 80 del decreto legislativo numero 50 del 2016, consente “un potere di esclusione che vada oltre il vaglio delle offerte e consente in qualunque momento (anche dopo l’aggiudicazione) di rivedere la posizione dei concorrenti”. Ma questo compito è demandato all’amministrazione aggiudicatrice “che abbia riguardo all’attività commissiva od omissiva dell’operatore economico “prima o durante la procedura di aggiudicazione di appalto”, da effettuare “nella fase della selezione degli offerenti”. Per questo, secondo il Tar, la società non andava esclusa. E il bando di gara è da rifare.

Tar_Campania_Napoli_20_10_2020_4637