

APPALTI - IRREGOLARITA' CONTRIBUTIVA O FISCALE - CONSEGUENZE - FASI DI GARA - DIFFERENZE

L'impresa che versi in una situazione di irregolarità contributiva o fiscale può essere esclusa dalla procedura di gara sin dal momento della presentazione della domanda e, a procedere, anche dopo l'aggiudicazione e prima della stipulazione del contratto pubblico. Dopo la stipula del contratto, invece, la stazione appaltante può recedere ai sensi dell'art. 109 d.lgs. 50/2016. Il recesso può conseguire alla revoca dell'aggiudicazione in seguito alla sopravvenuta emersione di gravi irregolarità fiscali o contributive dell'aggiudicatario poi divenuto contraente.

Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza n. 2776/2020

Pubblicato il 30/04/2020

N. 02776/2020REG.PROV.COLL.

N. 07196/2018 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello numero di registro generale 7196 del 2018, proposto da Regione Autonoma Valle d'Aosta/Vallée d'Aoste, in persona del Presidente *pro-tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Francesco Pastorino, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso l'avvocato Francesco Saverio Marini in Roma, via di Villa Sacchetti 9;

contro

Pellissier Helicopter S.r.l. in fallimento, in persona del legale rappresentante *pro-tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Emanuele Carlo Mazzocchi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Airgreen S.r.l. mandataria a.t.i. con Gmh S.r.l., Inva S.r.l. non costituite in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale della Valle D'Aosta n. 36/2018, resa tra le parti, concernente revoca di affidamento del servizio antincendio boschivo e di protezione civile tramite elicotteri;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Pellissier Helicopter S.r.l. in fallimento;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 23 aprile 2020 il Cons. Raffaele Prosperi;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Il 13 ottobre 2017 IN.VA. s.p.a. - centrale unica di committenza regionale della Regione Valle d'Aosta (d'ora in poi Inva) - pubblicava il bando per “l'affidamento dei servizi con elicotteri per operazioni di lavoro aereo, trasporto persone, antincendio boschivo e interventi di protezione civile”, cui partecipava la società Pellissier Helicopter srl, risultando aggiudicataria il 12 gennaio 2018 in seguito al superamento dei controlli di cui agli artt. 33, 81 e 85 d. lgs. 50 del 2016.

Sennonché il 20 aprile 2018 il Dipartimento della protezione Civile della Regione Valle d'Aosta comunicava a Helicopter la notizia di una irregolarità nel versamento di contributi e accessori all'I.N.P.S. risultante dal DURC e di avere per questo dato

avvio alla procedura di revoca dell'aggiudicazione definitiva, revoca poi disposta il 5 giugno 2018 con la contestuale comunicazione dell'avvio di una nuova procedura di gara per l'affidamento del servizio, il conseguente incameramento della cauzione provvisoria per l'importo di €. 20.520,00

da parte del Dipartimento della Protezione Civile e Vigili del Fuoco ai sensi dell'art. 93, comma 6 del d. lgs. 50 del 2016 ed alla relativa segnalazione all'Autorità nazionale anticorruzione ai sensi dell'art. 213, comma 10, del d.lgs. 50 del 2016.

Una volta divenuti definitivi, Helicopter impugnava tali provvedimenti dinanzi al Tribunale amministrativo della Valle d'Aosta e ne chiedeva l'annullamento per i seguenti motivi:

- 1) violazione dell'art. 80, comma 4, d.lgs. n. 50/2016 – eccesso di potere – carenza dei presupposti;
- 2) violazione e falsa applicazione dell'articolo 18.3 lettera a) e dell'allegato A ad esso collegato – eccesso di potere – carenza dei presupposti;
- 3) violazione dell'art. 19 “Tassatività delle cause di esclusione” del disciplinare di gara – eccesso di potere;
- 4) eccessiva genericità e difetto di motivazione del provvedimento di revoca dell'aggiudicazione definitiva.

Si costituivano in giudizio la Regione Autonoma Valle d'Aosta e la controinteressata società Airgreen S.r.l. chiedendo il rigetto del ricorso.

Con la sentenza n. 36 del 13 luglio 2018, preso atto della motivazione della revoca e dei motivi proposti e delle eccezioni formulate, il Tribunale amministrativo riteneva la fondatezza del ricorso.

L'art. 80, comma 4, d.lgs. 50 del 2016, a parere del ricorrente, non era applicabile al caso perché l'irregolarità contributiva risaliva a momento successivo all'aggiudicazione ed era stata regolarizzata prima del contratto ed in tali procedure, l'esistenza di gravi violazioni degli obblighi relativi al pagamento delle imposte e

tasse o dei contributi previdenziali legittima la stazione appaltante all'adozione del provvedimento di esclusione ai sensi dell'articolo 80, commi 4 e 6, del d. lgs. 50 del 2016 "in ogni momento della procedura" ma fino all'adozione del provvedimento di aggiudicazione definitiva.

Ai sensi dell'art. 32, d. lgs. n. 50 del 2016, la procedura di affidamento era da suddividersi in tre fasi: la gara vera e propria, che si conclude con l'aggiudicazione definitiva; la fase tra l'adozione dell'aggiudicazione definitiva e la stipulazione del contratto; la stipulazione del contratto e la fase integrativa dell'efficacia del contratto. Ai sensi dei commi 5, 6 e 7 della suddetta disposizione, la stazione appaltante, esplicate le dovute verifiche, provvede all'aggiudicazione, equivalente ad accettazione dell'offerta e l'offerta dell'aggiudicatario, irrevocabile sino al termine stabilito nel comma 8, diventa efficace dopo la verifica del possesso dei prescritti requisiti e con essa 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, previste dal d. lgs. 50 del 2016, viene selezionato il contraente tra le imprese partecipanti: in tale fase trova diretta applicazione l'art. 80, d.lgs. n. 50 citato, che consente e impone alla stazione appaltante di escludere le imprese partecipanti in presenza di presupposti analiticamente e tassativamente indicati dalla norma medesima. In questa fase, in ossequio a quanto disposto dall'art. 80, comma 6 citato, per adottare un provvedimento di esclusione, è sufficiente la dimostrazione che al momento della presentazione della domanda di partecipazione o nel corso della gara si sia verificata una delle situazioni di cui ai commi 1, 2, 4 e 5. Il provvedimento di esclusione in senso stretto quindi, come si comprende anche dall'interpretazione dell'art. 120, comma 2 *bis*, d.lgs. 104 del 2010, all'epoca vigente, può essere emesso solo nella prima fase, quella di gara, fino all'adozione dell'aggiudicazione definitiva. Successivamente all'adozione dell'aggiudicazione definitiva, invece, l'esclusione in

senso stretto, ovverosia l'applicazione dell'art. 80, d.lgs. 50 del 2016 non è più ammissibile, perché è lo stesso tenore letterale dell'art. 32, comma 8, ad escluderlo. A quel punto residua in capo alla P.a. il solo potere di autotutela, da esercitarsi nei limiti e nei modi contemplati per la revoca e l'annullamento d'ufficio ai sensi degli articoli 21-quinquies e 21-nonies, della l. 241 del 1990, con il supporto di un adeguato impianto motivazionale e prima del cui esercizio, va consentito all'aggiudicataria di regolarizzare in un termine congruo (come quello previsto dall'articolo 32, comma 8, per la stipula del contratto) l'irregolarità successivamente emersa.

Il provvedimento di revoca dell'aggiudicazione definitiva si può adottare nel caso di fattispecie insorta successivamente all'aggiudicazione definitiva ed in presenza di sopravvenuti motivi di pubblico interesse, ovvero un mutamento della situazione di fatto non prevedibile al momento dell'adozione del provvedimento, con una motivazione specifica e adeguata a detti presupposti: in particolare, le ragioni addotte a sostegno della revoca devono rivelare la consistenza e l'intensità dell'interesse pubblico che si intende perseguire, ma anche la sua prevalenza su quella del privato che aveva ricevuto vantaggi dal provvedimento originario a lui favorevole. Era perciò da considerarsi illegittimo, sotto il punto di vista della motivazione, il provvedimento di revoca dell'aggiudicazione che si limitava a richiamare pedissequamente l'art. 80, d.lgs. n. 50 del 2016 senza darne adeguata motivazione.

Il ricorso era quindi da accogliere ed andavano di conseguenza annullati la revoca dell'aggiudicazione definitiva e tutti gli atti adottati in conseguenza.

Con appello in Consiglio di Stato notificato l'11 settembre 2018 la Regione Valle d'Aosta impugnava la sentenza e, dato ampio conto dei fatti, deduceva le seguenti censure:

1. Errore di diritto, violazione o falsa applicazione di norme di diritto, erronea e contraddittoria e omessa motivazione in relazione ai capi 4.2 e 4.3 della sentenza. La sentenza impugnata suddivide la procedura di gara nelle tre fasi prima specificate e precisa che l'esclusione procedimentale possa avvenire solo nella prima delle tre fasi, mentre nelle altre possono intervenire in tal senso esclusivamente atti in autotutela con le garanzie tipiche di tale materia. Al contrario, dalla lettura complessiva degli artt. 32 co. 8 e 80 co. 4 e 6 del d. lgs. 50 del 2016 emerge che la fase valutativa non consuma i poteri di esclusione affidati alla stazione appaltante e che essi permangono sempre fino alla conclusione del contratto rivestendo ancora il procedimento un carattere pubblicistico, in quanto non sono posti a tutela degli altri concorrenti, ma anche della P.a. procedente ed il richiamo specifico ai poteri di autotutela di cui all'art. 32 cit., riveste un carattere sanzionatorio, nella specie di una non ammessa irregolarità contributiva; quanto all'ora abrogato art. 120 comma 2 *bis* del d. lgs. 104 del 2010, esso rivestiva solo un fine meramente processuale di anticipare anteriormente all'aggiudicazione una fase di eventuale controversia.

2. Errore di diritto, violazione o falsa applicazione di norme di diritto, erronea e contraddittoria motivazione in relazione al capo 4.4 della sentenza. Il principio di tutela dell'interesse pubblico alla scelta di un contraente affidabile, oltre che basilari esigenze di trasparenza, certezza giuridica ed efficienza nello svolgimento dei procedimenti di gara, derivati dal generale principio di buon andamento della P.A., ostano ad una ricostruzione in vantaggio di soggetti non in regola con i dovuti pagamenti contributivi, senza dimenticare che la regolarizzazione è avvenuta dopo la comunicazione dell'avvio del procedimento di revoca.

3. Errore di diritto, violazione o falsa applicazione di norme di diritto, erronea e contraddittoria e carente motivazione in relazione al capo 5 della sentenza. Quanto alla procedura telematica bandita successivamente alla revoca, la società ricorrente

in primo grado non poteva vantare alcun interesse ad impugnare gli atti di gara di una procedura alla quale, seppure invitata, non aveva preso parte.

La Regione Valle d'Aosta concludeva per l'accoglimento dell'appello con vittoria di spese.

La Pellissier Helicopter s.r.l. si costituiva in giudizio, sostenendo l'infondatezza dell'appello, ma con sentenza del Tribunale di Aosta del 3 agosto 2018 veniva dichiarata fallita.

Con ordinanza n. 4270 del 21 giugno 2019 questa Sezione dichiarava l'interruzione del processo, poi riassunto dall'appellante il 13 giugno 2019.

Nella camera di consiglio del 23 aprile 2020 tenutasi ai sensi e nelle forme dell'art. 84 del d. l. 2020 la causa è nuovamente passata in decisione.

Oggetto della controversia è la legittimità dell'esclusione di un concorrente da una pubblica gara, allorché questi ne sia già risultato formalmente aggiudicatario ed ove tale accadimento, che avrebbe comunque pressoché automaticamente determinato l'esclusione ove verificatosi prima dell'aggiudicazione, avesse la necessità di essere corredato in maniera maggiormente pregnante nei suoi contenuti giustificativi, in relazione ad un supposto arricchimento degli interessi coinvolti in vista della posizione di affidatario raggiunta dall'interessato.

La Regione appellante richiama in soccorso della correttezza del suo provvedimento esclusivo adottato, si ripete una volta concretizzatasi l'aggiudicazione, gli artt. 32 comma 8 e 80 co. 4 e 6 del d.lgs. 50 del 2016.

L'art. 32 comma 8 del codice dei contratti pubblici nella sua prima parte sembrerebbe invece esprimere ad una prima lettura la validità delle ragioni fatte proprie dal giudice di primo grado, allorché esso afferma: *“Divenuta efficace l'aggiudicazione, e fatto salvo l'esercizio dei poteri di autotutela nei casi consentiti dalle norme vigenti, la stipulazione del contratto di appalto o di concessione ha luogo entro i successivi sessanta giorni, (...)”* La dizione normativa nella sua espressione letterale conferisce un

contenuto costitutivo all'efficacia dell'aggiudicazione e ne riserva in via generale il ritiro solamente nell'ambito dell'esercizio dei poteri di autotutela, così come delineati dei principi generali del diritto amministrativo che regolano il campo e le modalità di emissione dei provvedimenti cosiddetti di secondo grado: dunque, nel caso concreto, sembra delineare l'illegittimità di un provvedimento privo dei connotati pregnanti in punto di motivazione, connotati che devono accompagnare la revoca di un provvedimento e la non adottabilità di quegli atti vincolati a carattere escludente che, a detta della sentenza impugnata, possono essere adottati solamente nella fase della scelta del contraente in senso stretto.

Ma il Collegio ritiene con la presente decisione di non aderire alle scelte interpretative del Tribunale amministrativo della Valle d'Aosta e quindi di ribadire quell'indirizzo che trova la sua definitiva pietra angolare nella sentenza di questa Sezione 2 luglio 2018 n. 4039, richiamata anche dalla pronuncia impugnata allo scopo di contestarne i contenuti fondamentali.

Si deve sottolineare che l'art. 80 comma 4 del d. lgs. 50 cit. stabilisce 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. 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 gravi violazioni in materia contributiva e previdenziale quelle ostative al rilascio del documento unico di regolarità contributiva (DURC), di cui al decreto del Ministero del lavoro e delle politiche sociali 30 gennaio 2015, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 125 del 1° giugno 2015, ovvero delle certificazioni rilasciate dagli enti previdenziali di riferimento non aderenti al sistema dello sportello unico previdenziale. Il presente comma non si applica quando l'operatore economico ha ottemperato ai suoi obblighi pagando o impegnandosi in modo vincolante a pagare le imposte o i*

contributi previdenziali dovuti, compresi eventuali interessi o multe, purché il pagamento o l'impegno siano stati formalizzati prima della scadenza del termine per la presentazione delle domande.”(sottolineatura aggiunta).

Va ancora richiamato il successivo comma 6 del medesimo art. 80, secondo cui *“Le stazioni appaltanti escludono un operatore economico in qualunque momento della procedura, qualora risulti che l'operatore economico si trova, a causa di atti compiuti o omessi prima o nel corso della procedura, in una delle situazioni di cui ai commi 1, 2, 4 e 5.”* (sottolineatura aggiunta).

La natura degli ora richiamati commi 4 e 6 è quella di norma speciale che secondo il noto principio deroga alla norma generale; appare del tutto evidente che il richiamo alla stabilizzazione del provvedimento di aggiudicazione di cui all'art. 32 comma 8 citato, fatte salve le possibilità di autotutela nel contesto dei principi generali, è previsione che rientra in un quadro generalissimo concernente una serie di ipotesi disparate che vanno oltre lo svolgimento stretto della gara appena conclusasi.

E' chiaro che il legislatore ha voluto preservare lo *ius poenitendi* delle amministrazioni, che va dalla generale possibilità di rimozione provvedimenti di cui è emersa successivamente l'illegittimità - quindi l'attivazione dell'annullamento d'ufficio - fino a quei casi del tutto disparati in cui una serie di sopravvenienze non previste hanno reso inutile oppure addirittura inopportuna l'aggiudicazione di un lavoro pubblico, di un servizio o di una fornitura; quindi in questo caso la revoca dell'aggiudicazione che naturalmente va debitamente motivata, è in stretta connessione con la rivisitazione degli interessi pubblici che possono dare il destro all'utilità di stipulare o meno il contratto accedente alla gara appena svoltasi.

In tale quadro si può quindi dimostrare, come prima accennato, che i commi 4 e 6 dell'art. 80 del codice dei contratti, costituiscono norme speciali poste a salvaguardia della stazione appaltante nell'avere un contraente privato cui non

siano attribuibili mende nel campo fiscale e contributivo, ma soprattutto che tale situazione di regolarità permanga sempre, ossia dalla presentazione della domanda di partecipazione alla gara e fino ad tutta la durata delle prestazioni contrattuali, quindi senza distinguere il momento dell'aggiudicazione, pur momento tipico dell'intera procedura.

Tale ipotesi interpretativa, che contraddice le conclusioni del giudice di primo grado, può rinvenirsi soprattutto nelle espressioni normative prima richiamate, ossia laddove si precisa – comma 4 – che il pagamento o l'impegno al pagamento di imposte e contributi siano stati formalizzati prima della scadenza del termine per la presentazione delle domande, ma ancor più – comma 6 - laddove si prevede l'esclusione dell'operatore economico in qualunque momento della procedura, qualora risulti che l'operatore economico si trova, a causa di atti compiuti o omessi prima o nel corso della procedura, in debito con il fisco o con gli istituti della previdenza pubblica.

E' evidente che il "qualsiasi momento della procedura" sopravanzi il passaggio fondamentale dell'aggiudicazione e ciò non solo per l'argomento letterale ora descritto, ma anche perché, come sottolineato anche dall'appellante, a seguito di aggiudicazione, laddove non viene più in gioco l'interesse delle altre imprese partecipanti alla "parità delle armi" tra concorrenti, la violazione consistente in un Durr negativo successivo al provvedimento di aggiudicazione medesimo rileva nella misura in cui incide sull'affidabilità dell'aggiudicataria quale contraente e va valutata alla luce del comportamento tenuto dalla stessa impresa nella fase «precontrattuale» in questione.

Per cui il termine della scadenza per la presentazione delle domande è richiamato dal comma 4 dell'art. 80 deve intendersi come momento cruciale e definitivo per la chiusura di quegli adempimenti ancora aperti che possano far dubitare tanto della

solvibilità, quanto della correttezza in termini generali dell'impresa che va a contrattare con la pubblica amministrazione.

Vi è dunque da affermare, sulla scorta della sentenza 4039/2018, che il disposto dello stesso art. 80, comma 6, non consente di distinguere, ai fini dell'emissione del provvedimento di esclusione, diversi momenti della procedura di gara, imponendo perciò l'esclusione dal momento della presentazione della domanda ed a procedere anche dopo l'aggiudicazione e prima della stipulazione del contratto di appalto; ciò vuol dire che il principio che ne discende richiede che nell'intero svolgimento di una procedura di appalto pubblico, l'impresa è tenuta a mantenere la regolarità contributiva per tutto lo svolgimento della procedura senza soluzione di continuità.

Per ragioni di completezza si deve rammentare che il vero momento di censura dei rapporti tra stazione appaltante e concorrente aggiudicatario avviene con la stipulazione del contratto e ciò per due evidenti ragioni: in primo luogo con essa matura una modificazione giuridica del rapporto tra l'amministrazione procedente e l'impresa, modificazione che consiste nel passaggio tra la fase autoritativa della scelta del concorrente al sorgere di un rapporto di tipo privatistico tra due soggetti che vengono a trovarsi in un sostanziale piano di parità, sia pure sempre governato almeno in parte dal codice dei contratti pubblici, in particolare dal titolo V di tale codice; in secondo luogo perché tale titolo V regola i rapporti tra le parti in maniera specifica, prevedendo per il contratto anche le fasi patologiche della risoluzione e del recesso.

Ora, mentre la risoluzione dipende da situazioni specificate dall'art. 108 del d. lgs 50 del 2016 quali lo stravolgimento del contratto rispetto al bando oppure l'emergere di gravi illeciti descritti dall'art. 80 comma 1, oppure ancora in costanza dell'accertamento di gravi inadempimenti, la fattispecie del recesso dal contratto di cui al seguente art. 109, le facoltà riservate alla discrezionalità della stazione

appaltante e oltre ad essere governata da un procedimento interno strettamente regolamentato, può ammettersi che essa sia il prodotto di una revoca dell'aggiudicazione in seguito alla sopravvenuta emersione di gravi irregolarità fiscali o contributive dell'aggiudicatario poi divenuto contraente: è innegabile che detta ipotesi, oltre ad essere con tutta evidenza un'ipotesi cd. di risulta, non può che essere preceduta da tutte le garanzie tipiche previste dalla l. 241 del 1990, così come assunto nella sentenza impugnata in relazione alla fase intercorrente tra aggiudicazione e stipulazione del contratto e ciò per le ragioni sinora rassegnate.

Da tali considerazioni discende la fondatezza dei primi due motivi sollevati dalla Regione Valle d'Aosta, l'assorbimento della terza censura e l'accoglimento dell'appello con tutte le conseguenze in riforma della sentenza impugnata.

La particolare situazione giuridica dell'appellata rende opportuna la compensazione delle spese di giudizio tra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, respinge il ricorso di primo grado.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 23 aprile 2020 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Raffaele Prosperi, Consigliere, Estensore

Valerio Perotti, Consigliere

Angela Rotondano, Consigliere

Giovanni Grasso, Consigliere

L'ESTENSORE
Raffaele Prosperì

IL PRESIDENTE
Francesco Caringella

IL SEGRETARIO