

**TAR Campania, Sez. staccata Salerno, Sez. Prima, Sentenza n. 722 del 25 marzo 2024**

Appalti di lavori – Risoluzione consensuale del contratto – Esclusione automatica per grave illecito professionale – Non configurabile

Publicato il 25/03/2024

**N. 00722/2024 REG.PROV.COLL.**

**N. 01447/2023 REG.RIC.**



**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania**

**sezione staccata di Salerno (Sezione Prima)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 1447 del 2023, integrato da motivi aggiunti, proposto dalla (...) s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG (...), rappresentata e difesa dall'avvocato (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

**contro**

Comune di (...), in persona del Sindaco in carica, rappresentato e difeso dall'avvocato (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

**nei confronti**

RTI (...) s.r.l. e (...) s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

**per l'annullamento, previa sospensione dell'efficacia**

per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

a – della Determina del Comune di (...) prot. n. 2266 del 25.07.2023 di aggiudicazione dell'appalto “Intervento di bonifica e messa in sicurezza permanente del sito dell'ex stabilimento Isochimica in località Pianodardine – Rimozione coperture e controsoffitti (stralcio terzo lotto)” in favore dell'ATI costituenda (...) s.r.l./ (...) s.r.l.;

b – ove e per quanto occorra del verbale di gara del RUP n. 6 del 24.03.2023, di ammissione di n. 13 concorrenti alla procedura di gara;

c - ove e per quanto occorra della Determina Dirigenziale n. 1348 del 27.04.2023 di nomina della Commissione di Gara;

d - ove e per quanto occorra del verbale di gara n. 7 dell'11.05.2023 di acquisizione delle offerte tecniche;

e – ove e per quanto occorra del verbale di gara n. 12 del 15.06.2023 di assegnazione dei punteggi delle offerte tecniche;

f – ove e per quanto occorra del verbale di gara n. 13 del 26.06.2023, con cui la Commissione di gara ha proposto quale aggiudicataria l'ATI costituenda (...) s.r.l./ (...) s.r.l.;

g – ove e per quanto occorra di tutti gli ulteriori verbali di gara ed in particolare: n. 1 del 28.02.2023, n. 2 del 02.03.2023, n. 3 del 09.03.2023, n. 4 del 10.03.2023, n. 5 del 14.03.2023, n. 8 del 15.05.2023, n. 9 del 17.05.2023, n. 10 del 24.05.2023, n. 11 del 06.06.2023; h – ove e per quanto occorra delle note della ATI aggiudicataria prot. n. 54296 del 06.07.2023 e prot. n. 56689 del 14.07.2023;

nonché per l'accertamento del diritto della Società ricorrente - in sede di giurisdizione esclusiva - ai sensi dell'art. 133 lett. e) n. 1) c.p.a. alla aggiudicazione – previa declaratoria di inefficacia del contratto, medio tempore, stipulato;

per quanto riguarda i motivi aggiunti:

h - del provvedimento del RUP del Comune di (...) del 23.10.2023, comunicato con nota prot. n. 85746 del 31.10.2023, con il quale si è resa valutazione di

affidabilità professionale dell'ATI costituenda (...) s.r.l./ (...) s.r.l., in esito alla notifica del ricorso principale;

i – ove occorra, della nota prot. 75498 del 20.9.2023 di comunicazione di avvio del procedimento;

l – di tutti gli atti istruttori, ivi comprese, le controdeduzioni dell'A.T.I. aggiudicataria;

m – di tutti gli atti presupposti, collegati, connessi e consequenziali;

nonché per l'accertamento del diritto della Società ricorrente - in sede di giurisdizione esclusiva - ai sensi dell'art. 133 lett. e) n. 1) c.p.a. alla aggiudicazione – previa declaratoria di inefficacia del contratto, medio tempore, stipulato.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di (...) e del RTI (...) e (...);

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120 cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 febbraio 2024 il dott. Raffaele Esposito e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso notificato il 18 settembre 2023 e depositato il 2 ottobre 2023, la ricorrente impugna l'aggiudicazione della procedura aperta per l'affidamento dell'“Intervento di bonifica e messa in sicurezza permanente del sito dell'ex stabilimento Isochimica in località Pianodardine – Rimozione coperture e controsoffitti (stralcio terzo lotto)”, di importo complessivo pari a euro 3.894.529,40 e da aggiudicarsi sulla base del criterio del miglior rapporto qualità/prezzo.

2. La ricorrente, seconda classificata con 86,962 punti, contesta la posizione di

entrambi i componenti del controinteressato RTI (...) - (...), primo classificato con 93,571 punti, deducendo che:

- la mandante (...) è incorsa, nell'anno 2021, nella risoluzione consensuale del contratto stipulato con l'(...), avente ad oggetto la raccolta, il carico, il trasporto e il conferimento di rifiuti, per gravi inadempimenti nell'esecuzione dello stesso. Tale risoluzione, non contestata in giudizio, non ha formato oggetto di dichiarazione nell'ambito DGUE prodotto in gara, pur avendo rilevanza ai fini della valutazione dell'affidabilità professionale;

- la mandataria (...) è incorsa nella risoluzione consensuale del contratto stipulato con il Comune di (...), avente ad oggetto lavori di "bonifica e messa in sicurezza della discarica RSU in località Santa Maria", per gravi inadempimenti nell'esecuzione dello stesso. Tale risoluzione, sopravvenuta rispetto alla presentazione dell'offerta, non è stata tempestivamente comunicata alla Stazione appaltante nel corso della procedura, pur avendo rilevanza ai fini della valutazione dell'affidabilità professionale.

La ricorrente evidenzia quindi la falsità della dichiarazione resa in gara (ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c *bis* ed f *bis* del d.lgs. n. 50/2016), l'omissione della dichiarazione di circostanze idonee a incidere sull'affidabilità professionale (ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c e c *bis*, del citato decreto), la carenza del requisito dell'affidabilità professionale per inadempimento di un precedente contratto (ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c e c *ter*, del medesimo decreto), l'impossibilità della Stazione appaltante di valutare circostanze idonee a incidere sull'affidabilità professionale, il difetto di istruttoria e di motivazione per omessa valutazione delle stesse.

3. Si è costituita il RTI controinteressato, evidenziando che l'Amministrazione ha avviato una specifica istruttoria sulle risoluzioni indicate.

4. Si è costituita l'Amministrazione precisando che le risoluzioni rilevate hanno base consensuale, che è pertanto esclusa la responsabilità dei concorrenti per o

relativi inadempimenti e che l'omessa dichiarazione delle risoluzioni non può comportare di per sé l'esclusione, considerato anche che non risultano segnalazioni all'ANAC o iscrizioni nel casellario informatico.

5. L'Amministrazione, con atto del 23 ottobre 2023, ha poi provveduto alla valutazione delle circostanze evidenziate dalla ricorrente, concludendo per l'affidabilità del raggruppamento controinteressato.

6. Con ricorso per motivi aggiunti, notificato e depositato l'11 novembre 2023, la ricorrente contesta la predetta valutazione, nella parte relativa alla (...), deducendo:

- il difetto di istruttoria e di motivazione, in quanto l'Amministrazione non ha valutato l'omessa dichiarazione della predetta risoluzione contrattuale da parte dell'(...), pur avendo autonoma rilevanza ostativa;

- l'erroneità della valutazione, in quanto la risoluzione in questione si ricollega all'inadempimento di obblighi essenziali e le modalità consensuali non ne escludono la rilevanza, considerato altresì che la citata società si è anche fatta carico di maggiori oneri per il riaffidamento dei lavori residui, ammettendo così gli inadempimenti contestati. Non assume rilievo il precedente affidamento disposto dal Comune di (...) nei confronti della medesima società, in quanto antecedente alla risoluzione in questione.

7. Si sono costituiti l'Amministrazione e il RTI controinteressato, contestando la fondatezza del ricorso ed eccependone l'inammissibilità per la mancata contestazione della valutazione relativa alla posizione della (...).

8. Con ordinanza n. 460/2023 è stata respinta la domanda cautelare per mancanza di *fumus boni iuris*.

9. Dopo scambio di memorie e repliche, all'udienza pubblica del 21 febbraio 2024, la causa è stata trattenuta per essere decisa.

10. Considerato che l'Amministrazione ha provveduto a esplicitare le valutazioni condotte in merito all'affidabilità del RTI controinteressato e ad articolare una specifica motivazione sul punto, con apposito provvedimento, deve essere rilevata

l'improcedibilità del ricorso introduttivo per sopravvenuta carenza di interesse, in quanto volto ad avversare l'aggiudicazione in relazione a profili per i quali la stessa risulta integrata dal successivo provvedimento.

11. Occorre inoltre disattendere l'eccezione di inammissibilità del ricorso per motivi aggiunti per mancata contestazione della valutazione relativa alla risoluzione che ha riguardato (...).

Infatti, considerato che ciascuno dei componenti del raggruppamento deve essere in possesso dei requisiti generali di partecipazione, la contestazione circa la sussistenza di un requisito in capo anche solo a uno degli operatori che compongono il raggruppamento è idonea a mettere in discussione la partecipazione dell'intero RTI.

12. Ciò posto, le censure avanzate non possono trovare accoglimento.

La giurisprudenza in materia di rilevanza della risoluzione consensuale di un precedente contratto, ai fini della sussistenza del requisito dell'affidabilità e della integrità dell'operatore economico, non è univoca.

L'opinione maggioritaria include, tuttavia, nel perimetro degli obblighi dichiarativi del concorrente e valutativi dell'Amministrazione anche le ipotesi di risoluzione consensuale (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 9 giugno 2022, n. 4708, Consiglio di Stato, Sez. IV, 5 settembre 2022, n. 7709 e, in senso contrario, Consiglio di Stato, Sez. III, 8 agosto 2022, n. 6997).

Infatti è possibile che le parti giungano ad un accordo circa lo scioglimento del rapporto contrattuale a seguito dell'inadempimento delle obbligazioni gravanti sulla parte privata e al solo fine di evitare i tempi e i costi di un giudizio nonché l'incertezza dei relativi esiti.

Gli inadempimenti che hanno indotto le parti alla risoluzione consensuale del contratto rilevano quindi in sé, quale complessiva vicenda professionale che ha riguardato l'operatore economico, a prescindere dalla sussistenza di un provvedimento di risoluzione o di una sentenza di risoluzione per inadempimento.

La risoluzione consensuale, quindi, se può non integrare la fattispecie prevista dall'art. 80, comma 5, lett. c *ter*, del d.lgs. n. 50/2016, ove si interpreti la disposizione come volta ad attribuire rilevanza unicamente a specifici provvedimenti amministrativi e giurisdizionali conseguenti all'inadempimento, ben può comunque integrare quella prevista dall'art. 80, comma 5, lett. c, del medesimo decreto.

In entrambi i casi il sindacato del giudice amministrativo sulla valutazione condotta dall'Amministrazione e sulla motivazione dalla stessa articolata non può spingersi oltre i limiti della illogicità, della irragionevolezza e dell'errore di fatto.

Nel caso di specie, l'Amministrazione ha ritenuto la risoluzione disposta dall'(...) non rilevante evidenziando che le contestazioni della citata Stazione appaltante avevano riguardato, in parte, inadempimenti non imputabili all'operatore economico e, in parte, inadempimenti inquadrabili come "eventi che attengono alla dinamica contrattuale dei rapporti tra le parti nella fase esecutiva dell'appalto" quindi singole inadempienze prive del carattere della significatività e della persistenza e non idonee a inficiare l'affidabilità del concorrente.

L'amministrazione rileva pertanto la scarsa importanza degli inadempimenti che, non solo non hanno indotto la Stazione appaltante a una risoluzione in via amministrativa o giudiziale del contratto (sostanzialmente condividendo la proposta dell'impresa), ma neppure hanno impedito lo svincolo della cauzione (non escussa per l'applicazione di penali o per il pagamento dei risarcimenti), senza peraltro formare oggetto di iscrizione nel casellario ANAC.

Si evidenzia inoltre che la vicenda deve essere valutata nel suo complesso al fine di verificare se la stessa possa costituire indice della capacità dell'operatore economico di porre in essere analoghi comportamenti nell'esecuzione del contratto oggetto dell'affidamento.

Sotto tale profilo l'Amministrazione rileva che, nell'ambito di altra commessa dalla stessa recentemente affidata, il medesimo operatore economico ha regolarmente

eseguito il contratto, senza che siano stati riscontrati inadempimenti o carenze.

La valutazione condotta dell'Amministrazione ha quindi riguardato l'episodio della vita professionale dell'operatore economico sotto il profilo sia della gravità delle carenze esecutive sia della idoneità delle stesse a metterne in dubbio l'affidabilità, escludendone la rilevanza con una motivazione che, afferendo alle mancanze contestate, al contesto in cui le stesse si sono verificate, alle relative conseguenze e alla condotta tenuta dal medesimo operatore in appalti analoghi, oggetto di diretta conoscenza, non appare illogica o irragionevole.

Il tenore del provvedimento, inoltre, evidenziando che la predetta risoluzione non è stata dichiarata nell'ambito del DGUE e richiamando l'art. 80, comma 5, lett. c *bis*, del d.lgs. n. 50/2016, dimostra altresì che l'Amministrazione non ha ignorato l'omissione dichiarativa ma ha assorbito la valutazione della stessa nell'ambito dell'apprezzamento della risoluzione consensuale non dichiarata; non potendo tale omissione comportare alcun automatismo espulsivo, l'irrilevanza del fatto non dichiarato ha indotto l'amministrazione a ritenere implicitamente non rilevante anche l'omessa esposizione dello stesso nell'ambito della documentazione prodotta ai fini della partecipazione.

11. In conclusione, il ricorso introduttivo è improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse, il ricorso per motivi aggiunti è infondato e va respinto.

In considerazione dell'incerto inquadramento della risoluzione consensuale, derivante dalla sopra evidenziata oscillazione giurisprudenziale, è possibile disporre l'integrale compensazione delle spese di lite tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania, sezione staccata di Salerno (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso e sui relativi motivi aggiunti, come in epigrafe proposti, dichiara improcedibile il ricorso introduttivo e respinge i motivi aggiunti.

Spese compensate.

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

Così deciso in Salerno nella camera di consiglio del giorno 21 febbraio 2024 con l'intervento dei magistrati:

Salvatore Mezzacapo, Presidente

Anna Saporito, Referendario

Raffaele Esposito, Referendario, Estensore

**L'ESTENSORE**

**Raffaele Esposito**

**IL PRESIDENTE**

**Salvatore Mezzacapo**

**IL SEGRETARIO**