

N. 03380/2022 REG.PROV.COLL.

N. 01424/2022 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 Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

sezione staccata di Salerno (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1424 del 2022, proposto dalla A.T.C. s.r.l. unipersonale, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Antonio Bifulco, Alfredo Cincotti, Ylenia Di Biase, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Cava de' Tirreni, in persona del Sindaco in carica, rappresentato e difeso dagli avvocati Antonino Cascone, Giuliana Senatore, Manuela Casilli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Consorzio Nazionale Cooperative di produzione e lavoro "Ciro Menotti" s.c.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Enrico Michele Alfredo Attili, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Milano, via G. B. Piranesi n. 26;

per l'annullamento, previa sospensiva

- a) della determina n. 1433 del 14 luglio 2022, notificata in data 18 luglio 2022, con cui il Comune di Cava de' Tirreni ha disposto la revoca, ai sensi e per gli effetti dell'art. 21 *quinquies* della l. n. 241 del 1990, dell'aggiudicazione disposta con determina di aggiudica n. 574 del 11 marzo 2022 in favore del R.T.I. ATC s.r.l. unipersonale – VISCO Daniele & Raffaele s.n.c., con contestuale esclusione del raggruppamento dalla procedura di gara indetta dalla CUC Comune di Cava de' Tirreni Capofila per l'affidamento dei lavori di “Completamento dell'area esterna al Palaeventi”;
- b) della nota prot. 30352 del 18 maggio 2022 con cui il Comune di Cava de' Tirreni ha comunicato l'avvio del procedimento di revoca in autotutela dell'aggiudicazione disposta in favore del raggruppamento con mandataria la A.T.C. s.r.l. unipersonale;
- c) della determinazione n. 1500 del 25 luglio 2022, con cui il Comune di Cava de' Tirreni, previo scorrimento della graduatoria originaria di gara, ha provveduto ad aggiudicare i lavori sopra citati al concorrente secondo graduato Consorzio Nazionale Cooperative di Produzione e Lavoro “CIRO ME-NOTTI” s.c.pa.;
- d) di tutti gli atti, di qualunque natura e tipologia, confluiti nell'istruttoria condotta dall'amministrazione resistente conclusasi con il provvedimento di revoca dell'aggiudicazione;
- e) di ogni altro atto preordinato, connesso e/o collegato, ove lesivo della posizione della ricorrente;
- nonché per la declaratoria della inefficacia del contratto di appalto ove medio tempore stipulato tra la stazione appaltante e la nuova aggiudicataria dell'appalto.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Cava de' Tirreni e del Consorzio Nazionale Cooperative di Produzione e Lavoro "Ciro Menotti";

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 23 novembre 2022 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 determina n. 2786 del 23 dicembre 2020, la Centrale unica di committenza – Comune di Cava de' Tirreni ha indetto una procedura aperta ex artt. 60 e 95, comma 2, del d.lgs. n. 50/2016 per l'affidamento dei "Lavori di completamento dell'area esterna al Palaeventi", di importo complessivo pari a 2.678.000,00 euro e da aggiudicare sulla base del criterio di miglior rapporto qualità/prezzo.

La procedura è stata inizialmente aggiudicata alla ricorrente con determina n. 574 del 11 marzo 2022; con successiva determina n. 1433 del 14 luglio 2022, il provvedimento di aggiudicazione è stato revocato in quanto, in sede di verifica dei requisiti, la Stazione appaltante ha rilevato un'annotazione nel casellario informatico ANAC risalente all'8 febbraio 2022.

Tale annotazione è riferita alla procedura indetta dalla Consac gestioni idriche s.p.a. per l'affidamento del "servizio di manutenzione reti di adduzione, distribuzione idrica e di collettamento fognario ricadenti nell'area del Cilento – Lotti 3 e 6", di importo pari rispettivamente a 644.426,63 euro e 739.356,82 euro, all'esito della quale la ricorrente, dapprima destinataria del provvedimento di aggiudicazione poi

revocato in data 11 ottobre 2021, nonostante le tre convocazioni della predetta Consac, non ha presenziato agli incontri per la consegna dei lavori ai fini delle esecuzione in via di urgenza. La ricorrente, in occasione della contestazione giurisdizionale del predetto provvedimento (avvenuta ricorso ex art. 669 ter e 700 c.p.c. del 30 novembre 2021, a fronte del quale l'ordinanza emessa dal Tribunale ordinario, peraltro oggetto di reclamo tuttora pendente, ha dichiarato il proprio difetto di giurisdizione in favore del giudice amministrativo), ha giustificato la propria condotta in ragione della mancata richiesta, da parte del responsabile del procedimento, della costituzione della polizza assicurativa prevista dall'art. 103, comma 7, del d.lgs. n. 50/2016, pur essendo la stessa essenziale alla luce non soltanto della citata disposizione ma anche dell'art. 25 del disciplinare di gara.

Constatata la sussistenza di tale annotazione, la Stazione appaltante ha quindi chiesto alla ricorrente specifici chiarimenti (regolarmente forniti) e ha provveduto alla revoca dell'aggiudicazione già disposta e all'aggiudicazione nei confronti della controinteressata, ritenendo i fatti posti a fondamento della annotazione rilevanti sia ai fini dell'art. 80 comma 5, lett. c *bis*, del d.lgs. n. 50/2016, in quanto non dichiarati in gara, sia ai fini dell'art. 80, comma 5, lett. c, del medesimo decreto, in quanto integranti un grave illecito professionale in grado di rendere dubbia l'affidabilità dell'operatore economico.

2. Con ricorso notificato e depositato il 12 agosto 2022, la ricorrente, quale mandataria del raggruppamento concorrente, impugna il citato provvedimento, deducendo:

- con il primo motivo di ricorso, la violazione dell'art. 80, comma 5, lett. c *bis*, del d.lgs. n. 50/2016 in quanto, essendo l'annotazione intervenuta in un momento successivo alla presentazione della domanda di partecipazione (risalente al 10 marzo

2021), non sussiste l'omissione dichiarativa contestata e, in ogni caso, la stessa non può determinare l'esclusione automatica del concorrente;

- con il secondo motivo di ricorso, la violazione dell'art. 80, comma 5, lett. c, del d.lgs. n. 50/2016 in quanto non sussistono la colpevolezza della ricorrente, la configurabilità di un illecito professionale grave, l'idoneità a incidere sull'integrità e sull'affidabilità della medesima ricorrente, evidenziando altresì il difetto di istruttoria e di motivazione per la mancanza di un'autonoma valutazione delle fonti di prova e di tutte le circostanze del fatto nonché la violazione del principio di proporzionalità. Con riferimento ai fatti che hanno dato luogo all'annotazione nel casellario ANAC, la ricorrente precisa che si è regolarmente presentata alla consegna del lotto n. 6 e non si è resa disponibile per le successive operazioni di consegna in via di urgenza a causa della mancanza della formale richiesta, da parte della Stazione appaltante, della polizza assicurativa di cui all'art. 103, comma 7, del citato decreto, necessaria all'avvio dei lavori e, secondo le previsioni di cui all'art. 25 del disciplinare di gara e al citato art. 103, non costituibile autonomamente, con la conseguenza i fatti oggetto dell'annotazione sono imputabili esclusivamente alla Consac. L'episodio inoltre non può integrare un illecito professionale in quanto la condotta posta in essere dalla ricorrente risulta del tutto estranea al contesto negoziale, essendo intervenuta prima della stipula del contratto. Il fatto non risulta grave in quanto risulta singolo e isolato nonché oggetto di contestazione; lo stesso è altresì inidoneo a far dubitare della affidabilità della ricorrente che risulta aggiudicataria ed esecutrice di numerosi contratti pubblici, considerata anche la diversità di oggetto delle procedure e la necessità di valutare l'affidabilità in relazione alla specifica prestazione oggetto di assegnazione.

3. Si sono costituite l'Amministrazione e la controinteressata, chiedendo il rigetto del ricorso.

4. Con ordinanza n. 437/2022 è stata accolta la domanda cautelare proposta in ragione del *periculum in mora*.
5. Le parti hanno depositato memorie e repliche in vista dell'udienza pubblica.
6. All'udienza pubblica del 23 novembre 2022, la causa è stata trattenuta in decisione.
7. Il secondo motivo di ricorso è infondato.

Come risulta dal provvedimento di revoca dell'aggiudicazione adottato dalla Consac nonché dal provvedimento oggetto del gravame, la ricorrente, pur consapevole della prossima scadenza, in data 30 settembre 2021, dei contratti di manutenzione delle reti idriche e fognarie facenti capo alla predetta società e della necessità di avviare immediatamente, dal 1° ottobre 2021, l'esecuzione in via di urgenza dei contratti relativi ai lotti 3 e 6 del medesimo servizio alla stessa aggiudicati, nonostante il preavviso del 2 settembre 2021 e la convocazione del 24 settembre 2021, si è sottratta alla consegna dei lavori fissata per il giorno 29 settembre 2021 e nuovamente fissata per il giorno 5 ottobre 2021 nonché per il successivo 6 ottobre 2021; l'assenza della ricorrente alle operazioni di consegna dei lavori e la necessità di avviare al più presto l'esecuzione dei contratti al fine di evitare interruzioni nei servizi di manutenzione hanno così indotto la Stazione appaltante a revocare la precedente aggiudicazione, stigmatizzando il "comportamento negligente e scorretto dell'operatore economico" che ha determinato il mancato avvio delle attività "per fatto ad esso imputabile contravvenendo ai propri obblighi e alle condizioni stabilite nel capitolato speciale d'appalto" ed evidenziando "un danno significativo per la Stazione appaltante" in termini di ripetizione delle operazioni conclusive della gara.

La Stazione appaltante ha quindi valutato tali fatti in relazione alla procedura oggetto del presente ricorso, ritenendo configurabile un grave illecito professionale in grado di compromettere l'integrità e l'affidabilità dell'operatore economico.

Sul punto occorre considerare che, ai fini della configurazione di un grave illecito professionale, le Linee guida ANAC n. 6 attribuiscono rilevanza anche a “tutti i comportamenti contrari ai doveri di leale collaborazione che abbiano comportato la mancata sottoscrizione del contratto per fatto doloso o gravemente colposo dell’affidatario e la conseguente escussione della garanzia prevista dall’art. 93 del Codice” e, secondo la costante giurisprudenza, la Stazione appaltante ben può di attribuire rilevanza, ai sensi dell’art. 80, comma 5, lett. c), del d.lgs. n. 50/2016, ad ogni vicenda pregressa, anche non tipizzata, collegata all’esercizio dell’attività professionale e contraria ad un dovere imposto da una norma giuridica, che, per la sua gravità, sia in grado di minare l’affidabilità dell’operatore economico.

Non rileva quindi l’attinenza della condotta alla fase della procedura di gara ovvero a quella di esecuzione del contratto, ben potendo assumere rilevanza anche una condotta tenuta nel periodo intercorrente tra l’aggiudicazione e la stipula del contratto (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 22 luglio 2019, n. 5171 nonché Consiglio di Stato, Sez. V, 16 novembre 2018, n. 6461).

Nel caso di specie la condotta ascritta è intervenuta nell’ambito dell’esecuzione in via d’urgenza e attiene pertanto alla fase esecutiva dell’appalto.

Sotto il profilo della illiceità e della gravità, occorre rilevare che tale condotta è consistita nella mancata presentazione, in tre diverse date, alla consegna dei lavori, nonostante la conoscenza delle convocazioni trasmesse dall’Amministrazione e nonostante la consapevolezza del possibile avvio dell’esecuzione in via di urgenza (prevista dal disciplinare di gara e dalle comunicazioni ricevute) nonché della prossima scadenza o dell’avvenuta scadenza di contratti relativi a servizi di cui doveva essere assicurata la continuità. L’episodio, seppur non accompagnato da altri della stessa

specie, è tuttavia duplice in quanto ripetutosi in relazione sia al lotto 3 sia al lotto 6 della procedura.

Risultano di conseguenza violate le disposizioni generali e speciali che impongono all'aggiudicatario, su richiesta della Stazione appaltante, di procedere all'esecuzione in via d'urgenza, previa consegna dei lavori; tale violazione risulta grave in considerazione della consapevole reiterazione della condotta in relazione ai due lotti di gara nonché della ingiustificata sottrazione alla esecuzione nonostante l'essenzialità dell'avvio delle lavorazioni al fine di assicurare la continuità di servizi non interrompibili.

Non rileva la mancata richiesta della costituzione della polizza assicurativa prevista dall'art. 103, comma 7, del d.lgs. n. 50/2016 da parte della Stazione appaltante. Tale polizza doveva essere costituita prima della consegna dei lavori (secondo la previsione di cui al citato art. 103, comma 7) ovvero "entro 10 (dieci) giorni dalla formale richiesta del Responsabile dell'Affidamento, comunque prima della stipula del contratto dell'eventuale avvio del servizio" (secondo l'art. 25 del disciplinare della gara Consac); le due disposizioni non prevedono una richiesta dell'Amministrazione o non la prevedono come necessaria, con la conseguenza che la ricorrente ben avrebbe potuto e dovuto procedere autonomamente alla costituzione della citata polizza, non risultando indispensabile una richiesta dell'Amministrazione.

Di conseguenza il mancato avvio dei lavori può ritenersi imputabile alla stessa ricorrente.

A ciò si aggiunga che, è pur vero che la stessa ha presenziato alla consegna dei lavori relativa al lotto 6 (senza tuttavia dare alcun seguito a tale consegna) ma, in tale sede, ha dichiarato "di non aver difficoltà e dubbi e di essere pienamente edotta di tutte

le circostanze, di fatto e di luogo, di tutti gli obblighi accollati all'impresa dal capitolato speciale d'appalto e di accettare con il presente atto la formale consegna dei lavori di urgenza, senza sollevare riserva o eccezione alcuna"; la ricorrente ben avrebbe potuto rappresentare la mancata richiesta della Stazione appaltante, contribuendo a rimuovere il presunto ostacolo all'avvio dell'esecuzione. La mancanza della citata richiesta è stata invece rappresentata soltanto nell'ambito del ricorso ex art. 669 *ter* e 700 c.p.c. nonché nell'ambito del sub-procedimento di revoca dell'aggiudicazione.

Inoltre, le contestazioni avanzate in sede civile dalla ricorrente sono volte unicamente a evitare l'incameramento della cauzione e la segnalazione all'ANAC ma non a contestare nel merito il provvedimento adottato.

La vicenda descritta, poi, risultando assai recente e attinente alla serietà nell'assunzione dell'impegno esecutivo, a prescindere dallo specifico settore di attività oggetto della procedura, correttamente è stata ritenuta idonea a compromettere la valutazione di affidabilità dell'operatore economico che ben potrebbe, come evidenziato nel provvedimento, reiterare il comportamento nella procedura in questione.

Risulta pertanto sussistere la causa di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c, del d.lgs. n. 50/2016, considerato altresì che la Stazione appaltante può valutare i gravi illeciti professionali imputabili all'operatore economico partecipante secondo un giudizio discrezionale che la giurisprudenza ritiene sindacabile solo nel caso irragionevolezza e abnormità (cfr. ex multis Consiglio di Stato, Sez. V, 27 ottobre 2021, n. 7223, TAR Campania – Napoli, sez. IV, 14 gennaio 2022, n. 299); come sopra evidenziato tale abnormità o irragionevolezza non sussiste nel caso di specie in cui l'Amministrazione ha ampiamente e fondatamente motivato le ragioni poste alla

base del provvedimento adottato, valutando i fatti sulla base degli elementi forniti dallo stesso ricorrente.

L'Amministrazione ha espressamente evidenziato di aver compiuto "un apprezzamento complessivo del comportamento dell'operatore economico" al fine di valutarne l'incidenza "sul corretto svolgimento della prestazione <<aggiudicata>> ... e non ancora contrattualizzata", a nulla rilevando la diversità degli oggetti contrattuali, stante la neutralità della condotta rispetto allo stesso.

8. È altresì infondato il primo motivo di ricorso.

Il ricorrente, sulla base di una condotta improntata a correttezza e buona fede, avrebbe dovuto comunicare alla Stazione appaltante la circostanza sopravvenuta, costituita dalla revoca dell'aggiudicazione relativa ad altra procedura e dall'annotazione nel casellario ANAC (cfr. TAR Lazio - Roma, Sez. III, 25 febbraio 2020, n. 2442). Tale omissione, seppur non avente un effetto espulsivo automatico, assume rilevanza ai fini dell'art. 80, comma 5, lett. c *bis*, del d.lgs. n. 50/2016, come correttamente evidenziato dalla Stazione appaltante che ha tratto da essa ulteriori ragioni di inaffidabilità del concorrente; l'omessa comunicazione delle rilevanti e sopravvenute circostanze sopra descritte ha impedito le conseguenti valutazioni in merito alla perdurante affidabilità del concorrente e, più generale, alla continuità nel possesso dei requisiti. L'Amministrazione, nell'esercizio della discrezionalità attribuita dalla norma, ha pertanto ritenuto, non irragionevolmente, anche tale omissione rilevante ai fini del giudizio di inaffidabilità del concorrente e della sua esclusione dalla procedura.

9. In conclusione, il ricorso è infondato e va respinto.

Le spese seguono la soccombenza e si liquidano come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania, Sezione staccata di Salerno (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna la ricorrente al pagamento delle spese processuali nei confronti del Comune di Cava de' Tirreni e del Consorzio Nazionale Cooperative di produzione e lavoro "Ciro Menotti", liquidate per ciascuno di essi in euro 2.000,00 (duemila/00), oltre spese generali nella misura del 15%, IVA e CPA come per legge.

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

Così deciso in Salerno nella camera di consiglio del giorno 23 novembre 2022 con l'intervento dei magistrati:

Pierangelo Sorrentino, Presidente

Fabio Di Lorenzo, Referendario

Raffaele Esposito, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Raffaele Esposito

IL PRESIDENTE
Pierangelo Sorrentino

IL SEGRETARIO