

Pubblicato il 05/09/2022

N. 07709/2022REG.PROV.COLL.

N. 03142/2022 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 Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3142 del 2022, proposto da Del Prete s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Francesco Lilli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

il Comune di Itri, in persona del sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Giacomo Mignano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

di De Vizia Transfer s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in proprio e in qualità di capogruppo mandataria con Urbaser s.a., rappresentata e difesa dagli avvocati Angelo Clarizia, Gennaro Macri, Mario Pagliarulo e Fiorita Iasevoli, con domicilio digitale come da PEC da registri di giustizia, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Angelo Clarizia in Roma, via Principessa Clotilde n. 2;

per la riforma, previa sospensiva,

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, sede di Latina, sezione prima, n. 266 del 28 marzo 2022, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di De Vizia Transfer s.p.a. e del Comune di Itri;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 23 giugno 2022 il consigliere Claudio Tucciarelli e uditi per le parti gli avvocati Francesco Lilli, Giacomo Mignano e Angelo Clarizia;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. L'odierna appellante, Del Prete s.r.l., aveva proposto ricorso al T.a.r. per il Lazio, sede di Latina, contro il Comune di Itri e nei confronti di De Vizia Transfer s.p.a., per l'annullamento, previa concessione di idonee misure cautelari ex art. 55 c.p.a., della determinazione n. 143 del 17 febbraio 2022 – in uno con la nota di comunicazione prot. n. 2748 ricevuta in pari data – con la quale è stata disposta l'esclusione della Del Prete s.r.l. dalla gara; della determinazione n. 143/22, nella parte in cui approva la proposta di aggiudicazione alla De Vizia Transfer S.p.a.; del verbale del contraddittorio prot. 2365 del 10 febbraio 2022, svoltosi tra il R.U.P. e la Del Prete s.r.l.; della nota prot. n. 2145 del 7 febbraio 2022, con la quale la Del Prete s.r.l. è stata convocata per il contraddittorio; di ogni altro atto a essi presupposto, preordinato, connesso, consequenziale ed esecutivo.

I provvedimenti impugnati hanno disposto l'esclusione della società appellante e l'affidamento alla De Vizia Transfer s.p.a. nella procedura aperta telematica per

L'affidamento del «Servizio di raccolta, trasporto e conferimento dei rifiuti urbani e assimilati differenziata “porta a porta”, servizio di spazzamento stradale e servizi accessori nel Comune di Itri», da aggiudicarsi mediante il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa. L’esclusione era stata determinata dal riscontro della mancata dichiarazione, ai sensi dell’art. 80, comma 5, lett. c-ter), del codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 50/2016), di una precedente risoluzione contrattuale, qualificata come consensuale ma ricondotta dal Comune a inadempimento della società con altro Comune per un servizio analogo.

2. La vicenda può essere così sintetizzata.

Dopo che con delibera di giunta comunale n. 85 del 29 luglio 2020, avente a oggetto "Servizio di igiene urbana - nomina Responsabile Unico del Procedimento", era stato stabilito di avviare e porre in essere tutte le attività strumentali all'affidamento del servizio integrato di gestione dei rifiuti solidi urbani e di igiene urbana, mediante espletamento di apposita procedura ad evidenza pubblica ai sensi del codice dei contratti pubblici, con delibere del Commissario straordinario, con i poteri del consiglio comunale, n. 78 e n. 80 del 24 settembre 2021 erano stati approvati la relazione tecnica e il progetto relativo al predetto servizio.

Dopo l'avvio della procedura e la pubblicazione del bando si è svolto il procedimento telematico di gara sul portale dell'albo fornitori del Comune di Itri. La migliore offerta economicamente vantaggiosa è risultata essere quella presentata dalla società Del Prete s.r.l.

Con nota n. 1467 del 27 gennaio 2022, la società De Vizia Transfer s.p.a., seconda in graduatoria, chiedeva la verifica delle dichiarazioni rese dal concorrente Del Prete s.r.l. con particolare riferimento a una intervenuta risoluzione del contratto di appalto dei servizi di igiene urbana sottoscritto in data 17 agosto 2020 con la Società Del Prete s.r.l., disposta dal Comune di Cori con determinazione dirigenziale n. 450 del 27 maggio 2021.

Acquisita la documentazione e previo contraddittorio, il Comune di Itri ha riesaminato il procedimento e le dichiarazioni rese e in particolare il D.G.U.E., all'interno del portale dell'albo fornitori del Comune di Itri, accertando che la società Del Prete s.r.l. non aveva reso alcuna dichiarazione ai sensi dell'art. 80, comma 5, lettera c-ter), del codice dei contratti pubblici in base alla quale le stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione alla procedura di gara un operatore economico in una delle seguenti situazioni, qualora "l'operatore economico abbia dimostrato significative o persistenti carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione per inadempimento ovvero la condanna al risarcimento del danno o altre sanzioni comparabili; su tali circostanze la stazione appaltante motiva anche con riferimento al tempo trascorso dalla violazione e alla gravità della stessa".

Il Comune ha inoltre preso atto che la stessa società, nel D.G.U.E., nella sezione C - Capacità tecniche e professionali (Articolo 83, comma 1, lett c) D.Lgs. 50/2016) aveva riportato ed evidenziato alla data di scadenza di presentazione delle offerte il contratto sottoscritto con il Comune di Cori con scadenza al 30 giugno 2026, con il relativo importo, tra i requisiti di partecipazione contemplati nel disciplinare di gara al punto 7.3 "Requisiti di capacità tecnica e professionale - lettera a) Esecuzione negli ultimi tre anni dei seguenti servizi/forniture analoghi", contratto di fatto già oggetto di risoluzione disposta dal Comune di Cori con determinazione dirigenziale n. 450 del 27 maggio 2021.

Il Comune ha quindi accertato che la risoluzione era conseguenza della mancata utilizzazione di veicoli elettrici per lo svolgimento del servizio aggiudicato dal Comune di Cori, oggetto di offerta nel procedimento di scelta del contraente e pertanto da ritenersi quale inadempimento contrattuale. Ha inoltre riscontrato che, tra i requisiti premianti e oggetto di attribuzione di punteggi, (punto 18.1 "Criteri di valutazione dell'offerta economica e tecnica") del disciplinare di gara approvato con

DTR n. 988 del 4 ottobre 2021, il Comune di Itri aveva inteso assegnare punteggi alla "Qualità del progetto del parco automezzi" - Dotazione quali/quantitativa degli automezzi a basso impatto ambientale (alimentazione elettrica e/o ibrida e/o a metano e/o a GPL o EURO 6) con indicazione dei relativi servizi da svolgere.

Il Comune di Itri, con il provvedimento impugnato, ha quindi dato atto che la risoluzione disposta dal Comune di Cori con determinazione dirigenziale n. 450 del 27 maggio 2021, per quanto consensuale tra le parti, comunque era conseguenza di un inadempimento contrattuale e di fatto palesava un illecito professionale e che la sua omessa dichiarazione si può ricondurre alla volontà di non portare conoscenza del Comune di Itri una fattispecie riconducibile all'art. 80, comma 5, lettera c-ter), del codice dei contratti pubblici. Il Comune ha quindi ritenuto che, dalla disamina degli atti del procedimento la risoluzione, per quanto formalmente qualificata consensuale, di fatto derivava dall'accertato inadempimento contrattuale dell'appaltatore su quanto oggetto di gara e che si poteva considerare che la risoluzione consensuale fosse stata sottoscritta solo per impedire l'accertamento giudiziale circa la legittimità o meno della risoluzione stessa, determinandosi definitivamente il consolidamento del fatto storico costituito dalla risoluzione per inadempimento disposta dalla stazione appaltante, che richiede, ai sensi dell'art. 1455 c.c., l'importanza e quindi la gravità dell'inadempimento.

Il Comune ha considerato anche le linee guida ANAC n. 6 «Indicazione dei mezzi di prova adeguati e delle carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto che possano considerarsi significative per la dimostrazione delle circostanze di esclusione di cui all'articolo 80, comma 5, lettere c), c-bis), c-ter) e c-quater) del codice dei contratti pubblici» (ancora in corso di consultazione pubblica a tutto il 28 febbraio 2022), la relazione AIR e la documentazione sottoposta alle stazioni appaltanti con particolare riferimento alla - Indicazione esemplificativa delle fattispecie rilevanti ai sensi dell'articolo 80, comma 5, lettere c), c-bis), c-ter) e c-

quater) del codice dei contratti pubblici, oggetto di comunicazione da parte delle stazioni appaltanti; in particolare ha tenuto conto del punto 4.3.3) "Significative o persistenti carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato" ove si contempla anche la "a) risoluzione anticipata non contestata in giudizio o confermata con provvedimento esecutivo all'esito di un giudizio".

Considerata quindi la omessa dichiarazione dell'esistenza da parte del concorrente Del Prete s.r.l. di una risoluzione contrattuale di fatto derivante da un inadempimento contrattuale e pertanto riconducibile alla fattispecie di cui all'art. 80, comma 5, lettera c-ter), del codice dei contratti pubblici, il Comune ha escluso dal procedimento di scelta del contraente per l'aggiudicazione del servizio in questione il concorrente Del Prete s.r.l., disponendo di conseguenza la proposta di aggiudicazione in favore del concorrente secondo in graduatoria.

3. La società Del Prete s.r.l. ha impugnato dinanzi al T.a.r. per il Lazio, sede di Latina, il provvedimento di esclusione.

La ricorrente, dopo avere precisato che tale risoluzione era stata effettuata mediante accordo consensuale e non per inadempimento, ha dedotto con il ricorso in primo grado due ordini di motivi.

3.1. La società non sarebbe stata destinataria di un provvedimento di risoluzione per inadempimento bensì si sarebbe in presenza di un recesso consensuale con il Comune interessato, in ragione della sopravvenuta impossibilità di assicurare il servizio con veicoli completamente elettrici, tanto che il servizio le sarebbe stato poi affidato a seguito di nuova gara; pertanto, non avrebbe avuto il relativo onere dichiarativo, su cui si era invece fondata l'esclusione; la risoluzione bonaria non sarebbe stata pattuita a valle di una precedente risoluzione per inadempimento, ma avrebbe costituito l'unico provvedimento adottato da quel Comune e non era quindi

idonea ad incidere sull'integrità professionale del concorrente; inoltre, le ipotesi di esclusione avrebbero carattere tassativo.

3.2. La disposizione asseritamente violata prevede una fattispecie escludente ad applicazione non automatica, proprio in quanto presuppone lo svolgimento di apposite valutazioni della stazione appaltante sull'affidabilità della impresa concorrente, che nel caso di specie sarebbero del tutto mancate.

4. Si costituivano nel giudizio di primo grado il Comune di Itri e la controinteressata aggiudicataria De Vizia Transfer s.p.a. per resistere al ricorso.

5. La sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, sede di Latina, sezione prima, n. 266 del 28 marzo 2022 ha evidenziato che:

- in merito all'interpretazione dell'art. 80, comma 5, lett. *c-ter*), del d.lgs. n. 50/2016 (esclusione per carenze che abbiano causato risoluzione per inadempimento nei confronti dell'operatore), la giurisprudenza ha avuto modo di precisare che la causa di esclusione in questione non consegue automaticamente ma presuppone l'accertamento da parte della stazione appaltante che tale risoluzione sia scaturita da significative e persistenti carenze nell'esecuzione di un precedente contratto (Cons. Stato, Ad. Plen. n. 16/2020);

- così, pure, il Consiglio di Stato (Sez. V, n. 2922/2021) ha chiarito che la stazione appaltante può disporre l'esclusione di un operatore concorrente, ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. *c-ter*), a condizione che dia conto di un pregresso episodio di inadempimento che abbia comportato le descritte conseguenze; l'obbligo di motivazione in capo alla stazione appaltante è formalmente rispettato se l'atto reca l'esternazione del percorso logico-giuridico seguito dall'amministrazione; l'apprezzamento della "gravità" e del "tempo trascorso dalla violazione" è intrinseco alla modalità con la quale la stazione appaltante rappresenta i fatti rilevanti, ossia dando particolare evidenza alla condotta dell'impresa;

- nella fattispecie in esame tale attività della stazione appaltante è stata espletata, nella sua piena discrezionalità, secondo quanto emerge dall'atto di esclusione;
- la risoluzione disposta dal Comune di Cori, per quanto a seguito di recesso consensuale tra le parti, comunque è stata la conseguenza di un inadempimento contrattuale e di fatto palesava un illecito professionale, per cui la sua omessa dichiarazione si poteva ricondurre alla volontà di non portare a conoscenza del Comune di Itri una fattispecie riconducibile all'art. 80, comma 5, lettera c-ter);
- il Comune di Itri aveva non illogicamente o con travisamento del fatto rilevato che, sotto la veste formale di una risoluzione consensuale, ci sia stato un inadempimento riscontrato dalla precedente stazione appaltante;
- è rilevante l'indagine su quanto accaduto in precedente procedura a evidenza pubblica e nell'applicazione della lett. c-ter cit., pertanto, non rileva la veste formale che le parti hanno inteso dare ad una precedente risoluzione contrattuale, che può essere fondata su svariati motivi di convenienza (nel caso di specie, consentire la prosecuzione provvisoria del servizio "fino alla conclusione della nuova procedura di gara d'appalto del servizio revisionato"), ma il rapporto sostanziale relativo al comportamento dell'impresa;
- non risultava, pertanto, che la stazione appaltante avesse "manipolato" il contenuto della richiamata risoluzione consensuale, riqualficando, *motu proprio*, la fattispecie.

La sentenza ha quindi rigettato il ricorso e compensato le spese di lite.

6. La società Del Prete s.r.l. ha proposto appello, con istanza cautelare, censurando la sentenza del T.a.r. con due gruppi di motivi.

6.1. Erronea motivazione circa un fatto decisivo per la risoluzione della controversia; omessa e/o erronea motivazione; violazione del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato *ex art.* 112 c.p.c.; eccesso di potere giurisdizionale; violazione dell'art. 57 della direttiva U.E. 2014/24; violazione e/o falsa applicazione dell'art. 80, comma 5, lett. c-ter), del d.lgs. n. 50/2016; violazione del punto 6 del disciplinare

di gara; violazione del principio di tassatività della cause di esclusione ex art. 83, comma 8, del d.lgs. n. 50/2016; violazione delle Linee guida A.N.A.C. n. 6; violazione del principio di legalità.

In particolare, non sarebbe postulabile l'equivalenza tra la risoluzione contrattuale per grave inadempimento e quella consensuale, in relazione al principio di tassatività delle cause di esclusione. La lettera *c-ter*), come da ultimo modificata, descriverebbe oggi l'unica fattispecie di illecito contrattuale collegata alla pregressa risoluzione per inadempimento, che si concretizza solo se dà luogo a una delle sanzioni menzionate dalla medesima disposizione, non potendosi, di contro, ammettere interpretazioni estensive, formatesi in vigenza del previgente comma 5, come quella esposta nella sentenza impugnata.

La nuova formulazione della disposizione, in conformità all'art. 57 della direttiva U.E. 2014/24 che prevede ipotesi distinte di illecito, avrebbe differenziato l'illecito professionale (lettera *c*) da quello contrattuale (lettera *c-ter*).

Inoltre, il presunto inadempimento, sotteso alla risoluzione consensuale, non avrebbe potuto né potrebbe incidere sul possesso dei requisiti di ammissione della Del Prete s.r.l., posto che l'amministrazione firmataria della risoluzione consensuale (il Comune di Cori) – l'unica deputata a valutare l'eventuale responsabilità contrattuale dell'impresa – l'aveva già considerata non incidente sull'affidabilità di quest'ultima, come dimostrerebbe la proroga del servizio fino a fine anno nelle more della revisione del bando.

6.2. Erronea motivazione circa un fatto decisivo per la risoluzione della controversia; carenza e/o contraddittoria motivazione; violazione e/o falsa applicazione dell'art. 80, comma 5, lett. *c-ter*), del d.lgs. n. 50/2016; eccesso di potere per contraddittorietà manifesta, travisamento dei fatti, difetto d'istruttoria, ingiustizia e irragionevolezza manifeste; sviamento di potere; perplessità.

In particolare, è contestata la sentenza nella parte in cui il Collegio – ritenendo irrilevante la veste formale della risoluzione contrattuale – si è addentrato nella valutazione di merito esperita dal Comune di Itri e l'ha considerata adeguatamente motivata, così sconfinando rispetto al controllo *ab externo* e valutando anche il contenuto della risoluzione tra il Comune di Cori e la società Del Prete s.r.l., di cui ha considerato irrilevante la veste formale della risoluzione e soppesato le ragioni poste alla base: mancata fornitura di automezzi elettrici, già oggetto di attribuzione di punteggi all'offerta tecnica; incapacità della Del Prete s.r.l. di fornire mezzi con caratteristiche analoghe; la qualità del progetto del parco automezzi costituiva oggetto di attribuzione di punteggi dell'offerta tecnica; irrilevanza della prosecuzione del servizio da parte della Del Prete s.r.l..

La determinazione iniziale del Comune di Cori di procedere alla risoluzione per inadempimento sarebbe stata abbandonata dall'amministrazione stessa che avrebbe valutato diversamente la condotta in contestazione.

7. Si sono costituiti nel giudizio di appello, per resistere, la società controinteressata e il Comune di Itri.

8. Con ordinanza cautelare n. 2086/2022, la Sezione ha considerato che le questioni poste con gli atti difensivi indicati in epigrafe dovevano essere oggetto di accertamento nel merito; ha considerato le dichiarazioni rese in udienza dal Comune di Itri, che si è impegnato a non procedere, fino alla decisione sul merito, con le procedure concorsuali in essere per l'affidamento del servizio interessato dall'odierno appello. Ha quindi accolto l'istanza cautelare proposta dall'appellante e, per l'effetto, ha sospeso l'efficacia della sentenza impugnata; ha deliberato di fissare la trattazione nel merito dell'appello per l'udienza del 23 giugno 2022; ha compensato tra le parti le spese della fase cautelare.

9. All'udienza pubblica del 23 giugno 2022, la causa è stata trattenuta in decisione.

10. L'attuale formulazione dell'art. 80, comma 5, lett. c - ter) del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, consegue alla modifica legislativa operata con il d.l. 14 dicembre 2018, n. 135, convertito, con modificazioni dalla legge 11 febbraio 2019, n. 12.

Nell'originaria formulazione, l'art. 80, comma 5, lettera c) indicava, in via esemplificativa (per giurisprudenza costante, cfr. Cons. Stato, sez. V, 8 ottobre 2020, n. 5967, V, 14 aprile 2020, n. 2389) una serie di illeciti professionali suscettibili di condurre all'esclusione dell'operatore concorrente se valutati dalla stazione appaltante quali episodi di comprovata inaffidabilità e non integrità dell'impresa.

Tale causa di esclusione è ora prevista dall'art. 80 comma 5, lettera c); tuttavia le singole fattispecie di illecito professionale sono state distinte dal legislatore, con specifiche ulteriori prescrizioni, nelle successive lettere, comprese nel medesimo comma, lett. c – bis), c-ter) e c- quater).

La fattispecie di grave illecito professionale costituito da una condotta di inadempimento di precedente contratto di appalto che abbia condotto la stazione appaltante all'adozione di un provvedimento di risoluzione (o alla richiesta di condanna al risarcimento del danno o ad altre sanzioni) è ora prevista dalla lettera c – ter). Il legislatore ha dunque superato la questione dell'eventuale impugnazione del provvedimento di risoluzione come causa ostativa all'esclusione del concorrente e ha precisato che il provvedimento espulsivo può essere adottato motivando sul tempo trascorso dalla violazione e relativamente alla gravità della stessa.

In definitiva, la stazione appaltante può disporre l'esclusione di un operatore concorrente ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c – ter) a condizione che dia conto di un pregresso episodio di inadempimento che abbia comportato le descritte conseguenze (anche nei suoi confronti, cfr. Cons. Stato, sez. V, 30 dicembre 2020, n. 8506), che essa reperi grave e sufficientemente ravvicinato nel tempo e dal quale tragga ragioni sintomatiche di inaffidabilità dell'impresa.

In tal senso, la giurisprudenza (cfr. Cons. Stato, sez. III, 22 dicembre 2020, n. 8236) ha sottolineato che trattasi, all'evidenza, di una fattispecie escludente ad applicazione non automatica né, per tale ragione, i relativi presupposti applicativi sono acclarabili autonomamente dal giudice, in quanto presupponente lo svolgimento di apposite valutazioni della stazione appaltante, estese anche al tempo trascorso dalla violazione e alla gravità della stessa: ne discende che non è il mero accertamento del provvedimento sanzionatorio *aliunde* adottato (sotto forma di risoluzione per inadempimento, condanna risarcitoria o altra "sanzione comparabile") a far scattare la sanzione espulsiva, in quanto, sebbene lo stesso sia astrattamente atto a veicolare "significative o persistenti carenze nell'esecuzione di un precedente contratto", queste sono a loro volta autonomamente valutabili dall'Amministrazione ai fini dell'esercizio del potere escludente dalla specifica gara.

A seguito delle modifiche sopravvenute, la disposizione in questione chiaramente individua una causa di esclusione che costituisce una specificazione dei generici illeciti professionali di cui alla lettera c). Per tale causa di esclusione non solo è richiesta la pregressa risoluzione per inadempimento – e non di qualsiasi tipologia di risoluzione (come indicato nella previgente versione) – ma anche la verifica con oneri di motivazione aggiuntivi in capo alla stazione appaltante (tempo e gravità).

Va poi rammentato che le linee guida Anac n. 6 (cui rinvia l'art. 80, comma 13, del codice dei contratti pubblici), richiamate anche nel provvedimento di esclusione impugnato, stabiliscono che il concorrente è tenuto a dichiarare tutte le vicende che siano idonee ad incidere sulla valutazione di affidabilità, spettando esclusivamente alla stazione appaltante apprezzare la rilevanza dei fatti dichiarati, senza che il concorrente possa autonomamente valutare l'importanza degli eventi che l'hanno coinvolta tacendo quelli a suo parere irrilevanti.

11. Nel caso di specie, l'amministrazione ha escluso la società, in presenza di una precedente risoluzione tra la Del Prete s.r.l. e il Comune di Cori, infine

consensualmente decisa – dopo che il Comune aveva inizialmente fatto riferimento all'inadempimento – in relazione alla impossibilità sopravvenuta della prestazione dichiarata dalla società per l'indisponibilità di mezzi elettrici.

L'appello è imperniato sulla contestazione dell'esclusione dell'appellante disposta dal Comune di Itri, in applicazione del citato art. 80, comma 5, lettera *c-ter*), per non avere dichiarato una precedente risoluzione consensuale con altro Comune del contratto di appalto per il medesimo tipo di servizio, conseguente al mancato adempimento agli obblighi previsti dall'appalto stesso.

12. Il Collegio è quindi chiamato a valutare se la stazione appaltante (il Comune di Itri) possa legittimamente considerare come inadempimento, in base allo svolgimento e alla qualificazione dei fatti, la condotta antecedente di una società che aveva infine portato a una risoluzione consensuale, disposta da altro Comune (il Comune di Cori) per lo stesso tipo di servizio e non dichiarata dalla società nella procedura per l'aggiudicazione del servizio da parte del Comune di Itri.

13. Il Collegio ritiene che a tale interrogativo debba essere data risposta positiva e che, pertanto, l'appello debba essere respinto.

E' necessario inquadrare la questione nella cornice normativa complessiva.

E' evidente che la questione attiene al perimetro degli obblighi dichiarativi in capo al concorrente di una procedura di gara; in particolare, occorre definire se tra i pregressi episodi professionali da riferire alla stazione appaltante in quanto suscettibili di integrare una delle cause di esclusione dalla procedura previste dall'art. 80, comma 5, lett. c) e ss. del d.lgs. n. 50 del 2016 rientri anche una c.d. risoluzione consensuale.

L'interpretazione da dare al quadro legislativo nazionale non può prescindere dalle disposizioni eurounitarie di riferimento e, in particolare, dall'art. 57, par. 4, della direttiva 2014/24/UE che stabilisce che le stazioni appaltanti possono escludere gli operatori economici "se l'amministrazione aggiudicatrice può dimostrare con mezzi

adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, il che rende dubbia la sua integrità".

Il ruolo centrale delle amministrazioni aggiudicatrici nel valutare l'affidabilità degli operatori, deducendola dall'insieme delle condotte attuali o pregresse dei medesimi trova conferma nel considerando 101 della direttiva che, in relazione alla valenza della grave violazione dei doveri professionali ai fini dell'esclusione da una procedura di gara, stabilisce che le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero anche mantenere la facoltà di ritenere che vi sia stata grave violazione dei doveri professionali qualora possano dimostrare con qualsiasi mezzo idoneo che l'operatore economico ha violato i suoi obblighi (in tal senso v. anche C.G.U.E., sez. IV, 19 giugno 2019, n. 41). In tal senso, la Corte di Giustizia dell'U.E. ha escluso che la stazione appaltante possa essere vincolata dalla valutazione effettuata, nell'ambito di un precedente appalto, da un'altra amministrazione aggiudicatrice, per cui l'amministrazione aggiudicatrice è tenuta a procedere a una propria valutazione del comportamento dell'operatore economico interessato dalla risoluzione di un precedente contratto di appalto pubblico (cfr. C.G.U.E., sez. IV, 3 ottobre 2019, n. 267).

In questo quadro, va riconosciuto quindi un ruolo precipuo all'apprezzamento da parte dell'amministrazione aggiudicatrice di tutte le condotte rilevanti degli operatori economici.

Come si è visto, l'art. 80 (Motivi di esclusione), comma 5, lettera c) ss. del d.lgs. n. 50 del 2016, prevede che le stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico in una delle seguenti situazioni, qualora: c) la stazione appaltante dimostri con mezzi adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità; c-bis) l'operatore economico abbia tentato di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate a fini di proprio vantaggio oppure abbia fornito, anche per

negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione, ovvero abbia omesso le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione; c-ter) l'operatore economico abbia dimostrato significative o persistenti carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione per inadempimento ovvero la condanna al risarcimento del danno o altre sanzioni comparabili; su tali circostanze la stazione appaltante motiva anche con riferimento al tempo trascorso dalla violazione e alla gravità della stessa.

Il provvedimento di risoluzione è, dunque, considerato dalla lettera c-ter) del comma 5 dell'art. 80 in quanto conseguente a un inadempimento nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione.

L'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, nella sentenza 28 agosto 2020, n. 16, trattando degli obblighi dichiarativi al momento della partecipazione a una procedura di gara, ha chiarito che si tratta di “obbligo il cui assolvimento è necessario perché la competizione in gara possa svolgersi correttamente e il cui inadempimento giustifica invece l'esclusione”, precisando che “l'obbligo dovrebbe essere previsto a livello normativo o dell'amministrazione, attraverso le norme speciali regolatrici della gara. Nondimeno, (...) deve darsi atto che è consolidato presso la giurisprudenza il convincimento secondo cui l'art. 80, comma 5, lettera c), ora lett. c-bis), è una norma di chiusura in grado di comprendere tutti i fatti anche non predeterminabili *ex ante*, ma in concreto comunque incidenti in modo negativo sull'integrità ed affidabilità dell'operatore economico, donde il carattere esemplificativo delle ipotesi previste nelle linee guida emanate in materia dall'ANAC, ai sensi del comma 13 del medesimo art. 80”.

14. Il Collegio ritiene che non possa essere data una lettura formalistica del contenuto della lettera c-ter), se non a costo di pregiudicare il ruolo infungibile dell'amministrazione nella valutazione dell'affidabilità dei concorrenti.

Il Collegio ritiene, al contrario, di dovere aderire alle diverse conclusioni rassegnate in materia dalla più recente giurisprudenza (cfr. Cons. Stato, sez. V, n. 4708 del 2022; similmente, Cons. Stato, sez. V, n. 2922 del 2021).

L'art. 1372 c.c. prevede che il contratto ha forza di legge tra le parti e “non può essere sciolto che per mutuo consenso”.

Il mutuo dissenso costituisce non un “contro-negozio” ma una forma di risoluzione contrattuale basata su una scelta di autonomia negoziale delle parti. La fattispecie in esame si caratterizza per il fatto che le parti possono decidere di caducare il vincolo contrattuale per qualunque ragione. Nell'ambito applicativo della disposizione può, pertanto, rientrare, tra l'altro, sia la libera volontà di non proseguire la fase esecutiva del rapporto negoziale sia la sussistenza di una causa di inadempimento del contratto.

Nel perimetro degli obblighi dichiarativi rientra, pertanto, anche una precedente risoluzione consensuale intervenuta con altra stazione appaltante in fase di esecuzione di una procedura di gara quante volte la stessa sia dipesa da una condotta astrattamente idonea a fare dubitare dell'integrità ed affidabilità dell'operatore economico in vista dell'affidamento dell'appalto.

Occorre aderire a una lettura sostanzialista delle cause di esclusione, che non sia circoscritta al mero *nomen iuris*.

Lo scioglimento dal contratto è certo frutto di un accordo – e non invece di un provvedimento unilaterale dell'amministrazione – ma potrebbe essere pur sempre dovuto ad un precedente inadempimento dell'appaltatore; tale inadempimento costituisce pregressa vicenda professionale della quale la stazione appaltante deve essere edotta poiché suscettibile di far dubitare dell'affidabilità ed integrità del concorrente (Cons. Stato, sez. V, n. 4708 del 2022).

Come già precisato in giurisprudenza in relazione all'obbligo dichiarativo di precedente provvedimento di esclusione da altra procedura di gara (cfr. Cons. Stato,

sez. V, 20 settembre 2021, n. 6407), viene comunque in luce il fatto storico in sé, con le sue connotazioni specifiche per le quali si è giunti alla risoluzione consensuale in fase di esecuzione, mentre non può essere riconosciuto un rilievo esclusivo alla tipologia di atto negoziale o provvedimento amministrativo che ne sia seguito (in tal senso, cfr. Cons. Stato, sez. III, 22 dicembre 2020, n. 8211, in particolare par. 7.3); ciò proprio in ragione della necessità che ogni episodio professionale critico del concorrente sia autonomamente apprezzato da ciascuna stazione appaltante.

La garanzia per i concorrenti, al fine di evitare che il rilievo sostanzialista dell'inadempimento al di là della qualificazione della risoluzione o scioglimento del precedente contratto, trasmodi in arbitrio dell'amministrazione aggiudicatrice, risiede nell'obbligo di motivazione in capo alla stazione appaltante, che è formalmente rispettato se l'atto reca l'esternazione del percorso logico-giuridico seguito dall'amministrazione per giungere alla decisione adottata e il destinatario sia in grado di comprendere le ragioni di quest'ultimo e, conseguentemente, di utilmente accedere alla tutela giurisdizionale (così, Cons. Stato, sez. V, 21 luglio 2020, n. 4668; sez. V, n. 2922 del 2021).

15. Nel caso di specie, indipendentemente dalla causa specifica che ha condotto alla risoluzione consensuale del contratto tra la società Del prete s.r.l. e il Comune di Cori (l'impossibilità di reperire gli automezzi elettrici), non si è a tutta evidenza trattato di una risoluzione per impossibilità sopravvenuta ma, dopo che il Comune aveva in un primo momento qualificato la fattispecie come inadempimento, si è infine pervenuti, su proposta della società, a una risoluzione consensuale ai sensi dell'art. 1372, primo comma, c.c.) alla cui base permane comunque il fatto storico del mancato adempimento agli obblighi contratti con la stipula del contratto di appalto da parte della società appellante.

Non si può negare il potere dell'amministrazione aggiudicatrice di qualificare tale fatto storico, riconducendo alla fattispecie di cui all'art. 80, comma 5, lettera c-ter), la condotta dell'operatore economico nei confronti di altro Comune.

Né può ragionevolmente sostenersi che l'operatore abbia ommesso di indicare al Comune di Itri il precedente della risoluzione intercorsa con il Comune di Cori, per non avere ritenuto tale elemento informativo meritevole di segnalazione, viste le informazioni inserite nel D.G.U.E., nella sezione C – Capacità tecniche e professionali (Articolo 83, comma 1, lett. c) D.Lgs. 50/2016) in cui aveva riportato ed evidenziato alla data di scadenza di presentazione delle offerte il contratto sottoscritto con il Comune di Cori con scadenza al 30 giugno 2026, con il relativo importo, tra i requisiti di partecipazione contemplati nel disciplinare di gara al punto 7.3 “Requisiti di capacità tecnica e professionale - lettera a) Esecuzione negli ultimi tre anni dei seguenti servizi/forniture analoghi”.

16. In definitiva, per le ragioni esposte nessuno dei motivi dedotti può essere accolto. Non il primo, in quanto il Comune di Itri ha legittimamente qualificato la precedente risoluzione come risoluzione per inadempimento, avendo chiaramente specificato che l'esclusione dell'impresa dalla procedura era dovuta all'inadempimento proprio della pregressa vicenda professionale – significativa per l'identità dell'oggetto con la procedura in corso – conclusasi con la risoluzione consensuale del contratto d'appalto tra loro intercorso; la narrazione dei comportamenti dell'impresa nell'esecuzione del precedente contratto, in sostanza, non era mera esposizione di un fatto, ma enunciazione delle ragioni (della valutazione) di inaffidabilità dell'impresa. Nel provvedimento di esclusione è dato riscontrare, dunque, una chiara affermazione della causalità giuridica tra il fatto, l'intervenuta risoluzione di precedente contratto d'appalto, e l'effetto, la perdita di fiducia nell'affidabilità dell'operatore che comportava la sua esclusione dalla procedura di gara. L'apprezzamento della “gravità” e del “tempo trascorso dalla violazione” è

intrinseco alla modalità con la quale la stazione appaltante ha rappresentato i fatti rilevanti, ossia dando particolare evidenza alla condotta dell'impresa e alla omessa dichiarazione della precedente risoluzione (cfr. sul punto Cons. Stato, sez. V, n. 2922 del 2021).

Non è fondato il secondo motivo, in quanto la qualificazione della precedente risoluzione contrattuale rientra tra le prerogative dell'amministrazione aggiudicatrice, nel quadro normativo europeo e nazionale, a presidio della affidabilità degli operatori aggiudicatari.

17. Di conseguenza, l'appello va respinto.

18. Le spese del doppio grado di giudizio possono essere compensate, sussistendo eccezionali ragioni a mente del combinato disposto degli artt. 26, comma 1, c.p.a. e 92, comma 2, c.p.c. in ragione della assoluta novità e complessità delle questioni trattate.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sull'appello n.r.g. 3142/2022, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Compensa per intero tra le parti le spese del doppio grado di giudizio.

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

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

Vincenzo Lopilato, Presidente FF

Alessandro Verrico, Consigliere

Silvia Martino, Consigliere

Claudio Tucciarelli, Consigliere, Estensore

Ugo De Carlo, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Claudio Tucciarelli

Vincenzo Lopilato

IL SEGRETARIO