

Pubblicato il 11/01/2024

N. 00560/2024 REG.PROV.COLL.

N. 13447/2023 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 per il Lazio**

**(Sezione Prima Bis)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 13447 del 2023, proposto da: Consorzio Stabile Build S.c. a r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, in proprio e quale capogruppo mandataria del RTI con CONART Società Consortile a r.l.in relazione alla procedura CIG 9877017446, rappresentato e difeso dagli avvocati Francesco Mollica e Francesco Zaccone, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

***contro***

Ministero della Difesa, in persona del Ministro pro tempore, 8<sup>^</sup> Reparto Infrastrutture Demanio e Servitù Militari, in persona del legale rappresentate p.t., rappresentati e difesi dall'Avvocatura Generale dello Stato, presso la quale sono domiciliati *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi, 12;

***nei confronti***

Frangerini Impresa S.r.l.u., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Francesco Bertini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

*per l'annullamento*

A) Per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

- degli atti e delle operazioni concernenti la procedura negoziata relativa ai “Lavori di ripristino dell'impermeabilizzazione degli Edifici nr 56 bis, 56, 58 e 64 ai sensi del D.lgs. 81/08, ricerca e riparazione di perdita d'acqua nel sedime di Via Chiesa del Presidio ed opere complementari - Roma – Cecchignola – Via Giorgio Pelosi, 81 – Caserma “SANI””, nella parte in cui con gli stessi si è disposto l'annullamento in autotutela dell'aggiudicazione precedentemente disposta in favore del Consorzio Stabile Build dalla gara e, in particolare:
- del decreto n. 317 del 2.10.2023 recante provvedimento di annullamento dell'aggiudicazione;
- della nota del 3.10.2023 a mezzo della quale è stata data comunicazione dell'annullamento dell'aggiudicazione;
- della nota prot. n. 16814 del 22.9.2023 con cui è stata data comunicazione di avvio del procedimento di annullamento in autotutela;
- del verbale n. 67247 della seduta di gara del 19.7.2023, in cui è stata valutata la documentazione amministrativa presentata dagli operatori economici;
- di tutti gli altri verbali di gara (anche istruttori), pur se non conosciuti;
- della proposta di aggiudicazione nei confronti della Frangerini Impresa S.r.l.;
- dell'eventuale aggiudicazione disposta in favore della Frangerini Impresa S.r.l.;
- delle valutazioni e determinazioni (anche istruttorie) assunte dal Seggio di gara in vista ed in occasione dell'annullamento in autotutela dell'aggiudicazione;

- delle operazioni e delle attività di valutazione poste in essere dalla S.A. e di ogni ulteriore atto, operazione o valutazione adottati o posti in essere dall'Amministrazione in dipendenza ed in relazione di tali valutazioni e verifiche;

- di ogni ulteriore atto presupposto, connesso o conseguente ancorché non conosciuto.

CON RICHIESTA: - di subentro dell'odierno ricorrente nel contratto eventualmente stipulato con il concorrente controinteressato, previa dichiarazione d'inefficacia del contratto stesso ex artt. 121 e/o 122 del c.p.a., non comportando i vizi dedotti l'obbligo di rinnovare l'intera procedura gara;

- ovvero, in via subordinata, ove in corso di causa la pretesa al conseguimento di tale bene della vita dovesse risultare impossibile per fatto indipendente da volontà e/o colpa dell'odierno ricorrente, con richiesta di condanna dell'Ente intimato al risarcimento per equivalente del pregiudizio patito.

B) Per quanto riguarda il ricorso incidentale presentato da Frangerini Impresa S.r.l.u. il 23/10/2023:

per l'annullamento, previa sospensione

degli atti e esiti della procedura negoziata “impermeabilizzazione degli Edifici nr 56 bis, 56, 58 e 64 ai sensi del D.lgs. 81/08, ricerca e riparazione di perdita d'acqua nel sedime di Via Chiesa del Presidio ed opere complementari - Roma – Cecchignola – Via Giorgio Pelosi, 81 – Caserma “SANI”, in specie:

- del decreto n. 317 del 2.10.2023 di annullamento dell'aggiudicazione (Doc. 13 Build) e nota del 3.10.2023 di sua comunicazione (Doc. 14 Build); - nota 16814 del 22.9.2023 di avvio del procedimento di autotutela (Doc. 9 Build); - del verbale n. 67247 della seduta di gara del 19.7.2023 (Doc. 5 Build), dei verbali di gara, della proposta di aggiudicazione a Frangerini Impresa S.r.l.; delle valutazioni e determinazioni del Seggio di gara ai fini dell'annullamento in autotutela dell'aggiudicazione; e presupposti, connessi e conseguenti;

nonché a seguito del presente ricorso incidentale “condizionato” degli atti di gara, dell'avvio del procedimento di autotutela e relativi atti (Doc. 9 Build), del decreto n. 317 del 2.10.2023 di annullamento dell'aggiudicazione (Doc. 13 Build), e ove occorra, del verbale del 19.7.2023 (Doc. 5 Build) e del decreto n. 207 del 22.8.2023 (Doc. 6 Build) e relative comunicazioni, in parte qua, e con riserva di istanza risarcitoria.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Ministero della Difesa e dell'8<sup>o</sup> Reparto Infrastrutture Demanio e Servitu' Militari e di Frangerini Impresa S.r.l.u;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 dicembre 2023 il dott. Claudio Vallorani e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO e DIRITTO

1. Il presente giudizio, instaurato dal Consorzio Stabile Build S.c.a r.l. con ricorso depositato in data 13.10.2023, concerne la gara (procedura negoziata, senza bando, ai sensi dell'art. 63 del D.lgs. n. 50/2016) indetta dal Ministero della Difesa - 8<sup>o</sup> Reparto, “Cecchignola - Caserma “SANI”, per l'affidamento dei lavori di *“ripristino dell'impermeabilizzazione degli Edifici nn. 56 bis, 56, 58 e 64 ai sensi del D.lgs. 81/08, ricerca e riparazione di perdita d'acqua nel sedime di Via Chiesa del Presidio ed opere complementari - Roma – Cecchignola – Via Giorgio Pelosi, 81 – Caserma SANI”* (CIG 9877017446).

L'importo a base di gara era di Euro 968.345,80 IVA esclusa, di cui Euro 38.872,85 (importo non soggetto a ribasso) per l'attuazione del piano di sicurezza.

Poiché la lettera di invito risale del 15.6.2023 (doc. 1 ric.), la gara era soggetta all'applicazione del D.Lgs. 50/2016.

Alla gara hanno partecipato due soli concorrenti: la Frangerini Impresa S.r.l. che ha offerto un ribasso dello 0,800 % e il Consorzio Stabile Build, in proprio e quale capogruppo mandatario del RTI con la mandante Conart Società Consortile a r.l., che ha invece proposto un ben più consistente ribasso del 21,0000 %.

Pertanto, in applicazione del criterio del minor prezzo previsto dalla lettera di invito (punto IV.2), l'appalto veniva aggiudicato al Consorzio ricorrente.

Tuttavia a seguito della presentazione in data 18.9.2023, da parte della Frangerini Impresa, di apposita istanza di autotutela al fine di ottenere l'annullamento di detta aggiudicazione (in primo luogo, per l'insussistenza dei requisiti SOA stante il mancato possesso in capo alle consorziate CEA e Nomentana dei requisiti di qualificazione richiesti dalla lex specialis; in secondo luogo, per l'insussistenza dei requisiti generali in virtù delle vicende pregresse dichiarate dai consorzi Build e Conart, da valutarsi, secondo la prospettazione fornita dalla Frangerini Impresa, quali cause ostative all'aggiudicazione della commessa in esame – con nota prot. n. 16814 del 22.9.2023, la S.A. dava avvio al procedimento di annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione il quale si concludeva con l'adozione del decreto n. 317 del 2.10.2023, che ha annullato in autotutela l'aggiudicazione definitiva della gara già deliberata in favore del Consorzio odierno ricorrente con decreto n. 270 del 22.8.2023.

Con il ricorso in disamina il Consorzio Stabile Build S.r.l., in proprio e quale capogruppo mandatario del RTI con CONART Società Consortile a r.l., ha impugnato il menzionato decreto n. 317 del 2.10.2023 di annullamento dell'aggiudicazione e tutti gli atti ad esso connessi e presupposti.

2. L'annullamento dell'aggiudicazione è stata testualmente motivata dalla S.A. nei termini che seguono (v. doc. 13 ric.): *“questa stazione appaltante nell'ambito delle prerogative di cui all'art.80 co.5 let. “c” ter, in sede di annullamento in autotutela è stata chiamata a valutare l'esclusione del R.T.I. CONSORZIO STABILE BUILD s.c. a r.l., statuisce infatti*

la prefata norma di escludere dalla gara “l’operatore economico [che] 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”; a tal uopo non può non valutarsi la Sentenza del Consiglio di Stato n. 3453/2022 relativa a gara d’appalto del luglio 2020 (ove è stata annullata un’aggiudicazione al Consorzio Build rimettendo all’apprezzamento della Stazione appaltante) ove viene sancito che “...Facendo applicazione dei suesposti principi al caso in esame, va osservato come risulti pacifico che nella specie è stata disposta dal Comune di Alghero il 5 agosto 2020 direttamente a carico (anche) del Consorzio S.B. una risoluzione per inadempimento del contratto d’appalto per lavori di ampliamento dell’impianto natatorio comunale con realizzazione di nuova piscina coperta (cfr. al riguardo, tra l’altro, anche l’atto di citazione, nonché l’autorizzazione alla costituzione in giudizio del Comune di Alghero, in atti, oltre alle risultanze di altra procedura di gara in cui pure si dà conto delle dichiarazioni del Consorzio circa la risoluzione del contratto in danno dello stesso, oltreché della consorziata esecutrice; come dedotto dall’appellante, dalla memoria difensiva in 4 di 4 Provvedimento di annullamento esclusione e aggiudicazione – CIG 9712376A37 - CUP D89D23000040001 Lettera di invito di gara n. 51/2023 primo grado del Consorzio risulta peraltro - si rileva per completezza - la successiva intervenuta iscrizione a casellario Anac della detta risoluzione)”; inoltre alle pagg. 21- 23-25-28 del DGUE sono riportate ben n.4 rescissioni in danno tra l’11 maggio 2021 ed il 09 Settembre 2022 nei confronti del Consorzio Build, si ritiene irrilevante la circostanza che le consorziate siano diverse “..... il fatto che il concorrente in gara ....è il consorzio stabile comporta quale corollario , che il pregiudizio a carico dello stesso va valutato e apprezzato dalla stazione appaltante a prescindere dal fatto che la consorziata esecutrice ivi coinvolta sia diversa da quella designata nella nuova procedura sentenza Consiglio Di Stato 3453 del 03.05.2022)”; quanto sopra, nell’ambito del libero apprezzamento di questa Stazione Appaltante di cui all’ art. 80 co.5 Let “c” ter del Codice degli Appalti e tenuto conto anche del principio del buon andamento della Pubblica

*Amministrazione di cui all'Art.97 Cost., i cui primi corollari per giurisprudenza costituzionale sono efficienza, efficacia, economicità dell'azione amministrativa, ritenendo nel caso in specie, prevalenti l'efficacia e l'efficienza nel perseguire l'obiettivo istituzionale del Dicastero Difesa sull'economicità, maggiore sconto in sede di gara del Consorzio Build.”.*

Viceversa, in merito all'ulteriore elemento critico sottoposto all'attenzione della S.A. dall'Impresa Frangerini nella propria istanza di autotutela e relativo alla asserita mancanza, in capo al Consorzio ricorrente, della qualificazione tecnica prescritta dalla “lex specialis” e costituita dall'attestazione SOA in categoria OS8 – Classifica III (Classifica non posseduta dalle due consorziate designate quali esecutrici dei lavori), l'Amministrazione non ha ritenuto la segnalazione concludente in quanto, a suo avviso, trovava “sostanziale applicazione alla fattispecie la previsione di cui all'art. 36, 7° comma del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163”, ai sensi del quale “il consorzio stabile si qualifica sulla base delle qualificazioni possedute dalle singole imprese consorziate”, così delineando quella strutturazione complessiva sintetizzata dal c.d. principio del “cumulo alla rinfusa” ampiamente richiamato dalla giurisprudenza.

Su quest'ultimo problema la S.A. ha in sostanza condiviso l'assunto del Consorzio Build che, con la nota endo-procedimentale del 28.9.2023 (doc. 10 ric.) ha ritenuto ammissibile il c.d. “cumulo alla rinfusa” che consente al Consorzio di avvalersi dell'attestazione SOA in suo diretto possesso o di sue consorziate anche se non direttamente posseduta dalla impresa consorziata chiamata ad eseguire i lavori; si deve infatti “ritenere nella specie applicabile l'art. 225, comma 13, d.lgs. n. 36 del 2023, norma di interpretazione autentica (in quanto tale in vigore dal 1.4.2023, data di entrata in vigore del nuovo codice dei contratti pubblici, e sottratta al regime di efficacia differita che riguarda altre disposizioni), che disciplina, in via transitoria, l'istituto del ‘cumulo alla rinfusa’ negli appalti di lavori con riferimento ai consorzi, i quali per la partecipazione alle procedure di gara possono utilizzare, ai fini della qualificazione, tanto i requisiti maturati in proprio, tanto quelli delle

*imprese consorziate*” (cfr. sul punto anche TAR Puglia Bari sez. III 3/5/2023 n. 715 e Tar Firenze, ordinanza n. 122 del 20.4.2023) (doc. 10 cit., pagg. 8 e 9).

Nella specie entrambi i Consorzi componenti il RTI - Build e Conart - sono in possesso della superiore Classifica IV per la categoria in questione (OS8), la quale era dunque pienamente spendibile nelle specie, anche se non in diretto possesso delle ditte designate come esecutrici (CEA e Nomentana).

La questione della legittimità del “cumulo alla rinfusa”, per quanto precede, non entra nell’oggetto della presente controversia, in quanto non ritenuto rilevante dalla S.A. ai fini dell’annullamento dell’aggiudicazione e non riproposto neanche dall’Impresa Frangerini nel ricorso incidentale depositato nella presente causa.

3. Così delimitato l’oggetto del contendere, si osserva che parte ricorrente svolge un unico, articolato motivo, distinto in separati paragrafi e complessivamente così rubricato: *“Violazione e falsa applicazione dell’art. 80, comma 5, lett. c – lett. c ter, D.lgs. 50/2016. Violazione e falsa applicazione degli artt. 47 e 48 D.lgs. 50/2016. Violazione dei principi del 8 contraddittorio e di buon andamento ed imparzialità della P.A. Eccesso di potere sotto i profili della macroscopica illogicità, irragionevolezza ed erroneità della valutazione. Illegittimità per difetto, erroneità, sommarietà e pretestuosità della motivazione. Eccesso di potere sotto i profili del difetto dei presupposti, di istruttoria, arbitrarietà, travisamento, iniquità e sviamento”*.

3.1. Secondo parte ricorrente nel caso di specie, alla semplice esistenza di risoluzioni e rescissioni contrattuali, ancorché contestate in giudizio dal Consorzio Build (e talune di esse risolte mediante atto transattivo), la S.A. ha fatto conseguire, in via automatica, l’illegittimo annullamento dell’aggiudicazione già disposta, affermando che *“... alle pagg. 21-23-25-28 del DGUE sono riportate ben n.4 rescissioni in danno tra l’11 maggio 2021 ed il 09 Settembre 2022 nei confronti del Consorzio Build, si ritiene irrilevante la circostanza che le consorziate siano diverse..”*.

Tuttavia, secondo la deduzione di parte ricorrente, non era sufficiente affermare la sussistenza di più risoluzioni contrattuali (peraltro “*decontestualizzando tale affermazione da ogni valutazione concreta circa la gravità e rilevanza delle medesime vicende, nonché circa la natura ed il grado di responsabilità dell’operatore*”) per poter dare corso ad una legittima esclusione.

Nel contempo non sarebbe né pertinente né concludente il richiamo operato alla sentenza del Consiglio di Stato n. 3453/2022 che, con riguardo alla citata risoluzione dell’appalto di lavori a suo tempo disposta dal Comune di Alghero, in realtà non aveva affatto deliberato la gravità di esso ai fini dell’esclusione del Consorzio Build da altra gara, bensì soltanto censurato la mancata valutazione di tale evento da parte della S.A. (il ricorrente sottolinea che nel diverso contenzioso richiamato, in sede di riesame involgente anche la valutazione della menzionata risoluzione, l’aggiudicazione è stata successivamente confermata dalla S.A. interessata in quel caso e ritenuta, poi, pienamente legittima da questo TAR con la sentenza n. 58/2023).

Oltre a quanto precede l’Amministrazione convenuta non ha neanche preso posizione sulle plurime circostanze addotte da Build al fine di dimostrare l’irrilevanza delle pregresse vicende contrattuali, “*risultando l’atto gravato radicalmente silente al riguardo*”.

Al riguardo la carenza motivazionale viziante il provvedimento impugnato sarebbe particolarmente grave in quanto l’operatore economico aveva presentato puntuale memoria procedimentale in data 28.9.2023 nella quale esponeva (in sintesi) i seguenti punti:

- le presunte carenze esecutive afferenti ad altri appalti erano state, nella quasi totalità, contestate in giudizio ed erano pendenti in sede civile i giudizi instaurati da Build diretti a negare ogni inadempienza;

- in particolare, con riferimento alla risoluzione disposta dalla Città di Peschiera Borromeo, era stata acquisita, nella causa relativa, la relazione definitiva del CTU che evidenziava importanti carenze progettuali da imputare all'Amministrazione; nel caso del Comune di Alghero era intervenuta transazione in data 24 febbraio 2022 tra il Consorzio Build ed il Comune predetto, con conseguente cancellazione dell'annotazione pregiudizievole (con provvedimento dell'ANAC del 6.3.2022); nel caso relativo al Comune di Cava De' Tirreni, l'ANAC, con provvedimento prot. n. 67361 del 25.8.2023, ha disposto l'archiviazione del procedimento di annotazione nel casellario informatico atteso che *"...l'affidataria si è trovata nell'oggettiva impossibilità di eseguire le lavorazioni, ciò a causa degli innegabili errori negli elaborati progettuali..."*.

3.2. Sotto altro profilo (punto 1b del ricorso) l'illegittimità (e illogicità) dell'annullamento in autotutela oggetto di impugnazione è dedotta dal Consorzio Build in ragione del fatto che tutte le vicende pregresse dichiarate in gara da Build sono riferibili ad appalti che erano stati affidati in esecuzione a consorziate diverse da quelle indicate nella gara de qua (CEA Construction S.r.l., Nomentana).

Allega infatti la ricorrente che:

- i. nelle commesse affidate dal Comune di Selvazzano, dal Comune di Cava de' Tirreni e dal Comune di Alghero l'esecutrice designata era la consorziata Elettrica Sistem Srl;
- ii. nell'appalto affidato dal Comune di Palermo la consorziata designata era invece la Diva S.r.l.;
- iii. infine nell'appalto affidato dalla Città di Peschiera Borromeo la consorziata designata era la BeGen Infrastrutture S.r.l.

Si deduce al riguardo che *"secondo l'orientamento giurisprudenziale maggioritario"* gli eventi negativi pregressi occorsi in appalti affidati in esecuzione a consorziate diverse escluderebbero l'esistenza stessa, in capo al Consorzio stabile, di un obbligo dichiarativo relativo a vicende non immediatamente riferibili alla consorziata

designata per la diversa gara per la quale il contenzioso insorge. Mancherebbe quindi la possibilità stessa di fondare un giudizio di incidenza sull'affidabilità del Consorzio in ragione di tali vicende afferenti a consorziate estranee al contenzioso in atto.

4. Si è costituito in giudizio il Ministero della Difesa che, con la memoria versata in atti in data 23.10.2023 (corredata da documenti), ha dedotto l'infondatezza del gravame chiedendone l'integrale rigetto.

5. Con atto depositato il 23.10.2023 la controinteressata Frangerini Impresa ha invece proposto ricorso incidentale *"in via solo condizionata"*, affinché, nella denegata ipotesi di accoglimento del ricorso principale, l'adito Giudice consideri ed imponga alla Stazione Appaltante, nel riesaminare la posizione del Consorzio, di estendere la sua verifica agli ulteriori eventi pregiudizievoli per l'affidabilità del Consorzio Build che, erroneamente, non sono stati considerati precedentemente dalla S.A. (nonostante emergessero dal DGUE presentato in gara dalla capogruppo e dalla mandante CONART) e riguardanti le seguenti vicende:

- risoluzione di un appalto ANAS in data 12.4.2023;
- la mandante CONART (pag. 4 del suo allegato al DGUE, D7) ha dichiarato, a carico del suo rappresentante, un procedimento penale pendente per i reati di corruzione e inadempimento di pubbliche forniture (art. 319 e 321 cp; e 355 c.p.);
- la consorziata CEA (pag. 2 dichiarazione integrativa al DGUE, D9) ha dichiarato un processo penale pendente in I grado a carico del suo rappresentante, ai sensi dell'art. 256-bis d.lgs. 152/2006 (per illecita combustione di rifiuti in quanto *"operai in cantiere edile ... avrebbero impropriamente smaltito materiale di risulta ..."*).

Assume la ricorrente incidentale che vi è indubbia rilevanza di tali eventi ai sensi dell'art. 80 d.lgs. n. 50/2016, in quanto pienamente idonei a delineare la figura professionale di un RTI complessivamente non affidabile e di dubbia integrità, stante la gravità dei fatti imputati ai legali rappresentati sopra menzionati (reati di corruzione e frode nelle forniture; reato ambientale su cantiere edile).

6. Alla camera di consiglio dell'8.11.2023, fissata per la trattazione della domanda cautelare proposta dal ricorrente principale, la difesa di quest'ultimo ha rinunciato all'istanza cautelare.

7. In vista dell'udienza di merito hanno prodotto memorie conclusionali tutte e tre le parti in causa.

Hanno depositato successive memorie di replica il Consorzio Stabile Build S.c.ar.l. e la Frangerini Impresa S.r.l. a socio unico.

Alla pubblica udienza del giorno 20 dicembre 2023 il Collegio ha assunto la causa in decisione.

8. Viene in decisione la causa promossa dal Consorzio Stabile Build S.c.ar.l. che mira all'annullamento del decreto in epigrafe del 2.10.2023 con il quale il Ministero della Difesa (8<sup>^</sup> Reparto Infrastrutture) ha annullato l'aggiudicazione della gara in oggetto, inizialmente disposta dalla S.A. in favore di detto Consorzio ma, successivamente, ritenuta "ex officio" illegittima dallo stesso Ministero che, dopo più attento esame in sede di autotutela (esame sollecitato dalla istanza di annullamento presentata dalla impresa controinteressata in data 15.9.2023), ha ritenuto di attribuire rilevanza escludente (ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c-ter) d.lgs. n. 50 del 2016) ad una serie di "rescissioni" contrattuali in danno dell'odierna parte ricorrente (e relative precedenti commesse pubbliche), tutte dichiarate, invero, dall'operatore economico nel proprio DGUE.

9. Poiché il ricorso incidentale proposto dalla controinteressata Frangerini Impresa S.r.l. viene dalla stessa avanzato in via meramente condizionata e dovrà, pertanto, essere esaminato soltanto nel denegato caso in cui venisse (in tutto o in parte) accolto il ricorso principale, il Collegio deve necessariamente muovere dalla disamina delle censure contenute nel gravame introduttivo del Consorzio Stabile Build S.c. a r.l.

All'interno di quest'ultimo sono esposti, come visto, nell'ambito dell'unico motivo rubricato, due distinte censure (rispettivamente articolate ai punti 1a e 1b del ricorso).

Il Collegio ritiene che, da un punto di vista logico, debba essere sottoposta prima a disamina la seconda di esse in quanto contesta *“a monte”* la stessa possibilità della S.A. di considerare come rilevanti, ai fini dell'ammissione alla procedura di affidamento del Consorzio Build, le (astrattamente) *“significative o persistenti carenze nella esecuzione di un precedente contratto di appalto”* (secondo la dizione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c) d.lgs. n. 50 del 2016), imputabili ad imprese che, sebbene consorziate, erano distinte e diverse dalle imprese designate come esecutrici nell'appalto per cui è causa (i.e. CEA Construction e Nomentana).

10. La censura non è fondata.

In effetti le diverse fattispecie *“critiche”* dichiarate dal Consorzio Build nel DGUE (potenzialmente rilevanti e quindi da dichiarare ai sensi dell'art. 80, comma 5, d.lgs. n. 50/2016) sono tutte relative a commesse nelle quali non erano coinvolte, come ditte esecutrici, le imprese consorziate indicate dal RTI concorrente nella specie.

In effetti il DGUE si riferisce: alle commesse affidate dal Comune di Selvazzano, dal Comune di Cava de' Tirreni e dal Comune di Alghero, nelle quali l'esecutrice designata era la consorziata Elettrica Sistem Srl; all'appalto affidato dal Comune di Palermo, dove la consorziata designata era la Diva S.r.l.; all'appalto affidato dalla Città di Peschiera Borromeo, dove la consorziata designata era la BeGen Infrastrutture S.r.l.

Quindi nessuna delle fattispecie pregresse concerne le due imprese designate nell'ambito dell'affidamento in oggetto.

Tuttavia, alla luce dei più recenti arresti giurisprudenziali, il Collegio ritiene che la struttura giuridica del Consorzio stabile comporta, quale corollario, che il pregiudizio a carico dello stesso vada valutato e apprezzato dalla S.A. a prescindere dal fatto che

la consorziata esecutrice coinvolta nella pregressa commessa sia diversa da quella designata nella nuova procedura (Cons. Stato sez. V, 3 maggio 2022, n. 3543; id. 25 marzo 2021, n. 2352; TAR Sicilia, Catania, 31 maggio 2023, n. 1763).

Più precisamente occorre, in primo luogo che le imprese indicate come esecutrici siano esse stesse in possesso dei requisiti generali, non potendosi esse avvantaggiare dello “*schermo di copertura*” ritraibile dal consorzio (cfr. Cons. Stato, V, n. 3543/2022 cit. ; id. 9 ottobre 2020, n. 6008; 30 settembre 2020, n. 5742; 5 maggio 2020, n. 2849; 5 giugno 2018, n. 3384 e 3385; 26 aprile 2018, n. 2537).

Ciò implica, in effetti, che il pregiudizio a carico di una data consorziata (anche laddove maturato quale esecutrice di precedente affidamento a beneficio del consorzio) non rilevi di per sé ai fini dei requisiti partecipativi a una diversa gara in cui sia designata dal consorzio stabile una distinta consorziata esecutrice (Cons. Stato, n. 2387 del 2020, cit.).

Ma ciò non vuol dire (anche) che il pregiudizio maturato (e risultante) a carico dello stesso consorzio stabile su un precedente affidamento non rilevi ai fini di una successiva procedura solo perché risultava ivi designata una diversa consorziata esecutrice.

I requisiti generali vanno infatti accertati sì in capo alle consorziate esecutrici, ma anche nei confronti del consorzio in sé (cfr. Cons. Stato, Ad. plen., 4 maggio 2012, n. 8, relativa a un consorzio di produzione e lavoro, con principio ben riferibile anche ai consorzi stabili: “*il possesso dei requisiti generali e morali [...] deve essere verificato non solo in capo al consorzio ma anche alle consorziate*”; Cons. Stato, V, 25 marzo 2021, n. 2532).

Per questo, “*la circostanza che il fatto della consorziata esecutrice in un pregresso affidamento non valga a comprovare la carenza dei requisiti nell’ambito di una gara con altra esecutrice designata non consente sic et simpliciter di obliterare o ritenere superato un pregiudizio che risulti a carico (anche) del consorzio stesso.*”

*Una siffatta valutazione attiene infatti, eventualmente, all'apprezzamento di merito circa l'affidabilità e integrità dell'operatore, a seconda del tipo di illecito pregresso e delle sue connotazioni materiali (cfr. Cons. Stato, n. 2532 del 2021, cit.), nonché del giudizio discrezionale rimesso alla stazione appaltante in caso di illeciti non comportanti l'automatica esclusione dell'impresa.*

*Come correttamente dedotto dall'appellante, infatti, il concorrente in gara è il consorzio stabile, così come lo stesso consorzio è il titolare del contratto con l'amministrazione (cfr. Cons. Stato, V, 2 febbraio 2021, n. 964; cfr. peraltro anche, in termini generali, Cons. Stato, Ad. plen., 13 marzo 2021, n. 5, in ordine alla configurazione strutturale propria dei consorzi stabili - diversa da quella dei consorzi ordinari - caratterizzati da una "stabile struttura di impresa collettiva, la quale, oltre a presentare una propria soggettività giuridica con autonomia anche patrimoniale, rimane distinta e autonoma rispetto alle aziende dei singoli imprenditori ed è strutturata, quale azienda consortile, per eseguire, anche in proprio").*

*Alla luce di ciò, se personalmente a carico del consorzio stabile risulta un pregiudizio, lo stesso va valutato e apprezzato dalla stazione appaltante a prescindere dal fatto che la consorziata esecutrice ivi coinvolta (ed eventualmente colpita, insieme al consorzio, dai provvedimenti pregiudizievoli dell'amministrazione) sia diversa da quella designata nella nuova procedura di gara." (Cons. Stato n. 3453/2022).*

Ne consegue che le pregresse vicende in esame, poiché hanno riguardato (oltre alle consorziate "diverse" da quelle designate nelle specie) lo stesso Consorzio Build - nei confronti del quale le rescissioni e le contestazioni sono state formalmente dichiarate (e il Consorzio ha assunto altresì veste attorea nei conseguenti contenziosi instaurati) - sono state giustamente considerate dalla S.A., ai fini del loro apprezzamento in funzione della verifica di affidabilità del RTI concorrente.

11. Gli argomenti appena esposti – conducendo alla necessità che siano valutate, ai fini dell'accertamento in capo al Consorzio del possesso dei requisiti generali di cui all'art. 80 del previgente codice dei contratti pubblici, anche precedenti carenze esecutive e inadempienze contrattuali imputabili a consorziate diverse dalle due

imprese designate per l'esecuzione dei lavori per cui è causa - impongono ora al Collegio di esaminare la prima censura (punto 1a) che attiene, come detto, alle modalità in cui la S.A. ha valutato e motivato tali evenienze negative, pervenendo all'annullamento dell'aggiudicazione già deliberata.

Il Collegio ritiene fondato il ricorso *"in parte qua"* con riguardo alla deduzione ricorsuale secondo cui la S.A., nell'esercizio del proprio potere di autotutela, è incorsa nei vizi di carenza di motivazione e di difetto di istruttoria.

Riprendendo la motivazione del provvedimento impugnato, come sopra integralmente trascritta, il Collegio osserva che si diffonde su quanto dichiarato dal Consorzio ricorrente a pag. 25 del file "DGUE", con riguardo al fatto che il Comune di Alghero aveva a suo tempo disposto, con determina del 4.8.2020, la rescissione in danno dello stesso Consorzio di un contratto (per ampliamento dell'impianto natatorio comunale e realizzazione di una nuova piscina coperta).

Nella DGUE si precisava che: la risoluzione sarebbe stata illegittima (adducendo motivazioni) e, per questo, era stata impugnata di fronte al Tribunale di Sassari; la controversia, inoltre, veniva definita tra le parti con transazione del 24.2.2022.

Si può osservare che la S.A. mostra di attribuire decisiva rilevanza al fatto che, in altra procedura di affidamento, lo stesso inadempimento contrattuale imputabile al Consorzio Build e ad una sua consorziata era stato preso in considerazione dalla sentenza del Consiglio di Stato n. 3453 del 2022 che aveva annullato un'altra aggiudicazione al Consorzio Build in quanto, in quel caso, l'Amministrazione aggiudicatrice aveva del tutto omesso di considerare tale precedente, a causa della omessa comunicazione di esso da parte dello stesso concorrente.

Si legge, infatti, nella pronuncia citata, che *"compete(va) dunque alla stazione appaltante valutare, a fronte della incontestata omissione comunicativa in ordine alla risoluzione - ma non falsità ex art. 80, comma 5, lett. f-bis), d.lgs. n. 50 del 2016, atteso che viene in rilievo un elemento attinente a profili rilevanti ai fini dell'ammissione alla procedura, come tali rientranti nell'ambito"*

*applicativo dell'art. 80, comma 5, lett. c-bis), d.lgs. n. 50 del 2016 (cfr. Cons. Stato, Ad. plen., 28 agosto 2020, n. 16) - compiendo ivi ogni valutazione circa l'affidabilità e integrità dell'operatore economico, ai fini della legittima ammissibilità alla procedura, alla luce del suddetto precedente provvedimento di risoluzione e della sua omissione comunicativa (cfr., inter multis, Cons. Stato, V, 12 aprile 2019, n. 2407; Id., 8 gennaio 2021, n. 307)”.*

Il Giudice di seconde cure, pertanto, in accoglimento del motivo d'impugnazione, ha annullato *in parte qua* il provvedimento di aggiudicazione ivi gravato, ma con salvezza di *“tutte le ulteriori valutazioni e determinazioni spettanti alla stazione appaltante in relazione alla posizione del Consorzio Stabile Build nei termini suindicati”*.

Ora, raffrontando la presente con la fattispecie definita con la citata sentenza del Consiglio di Stato, appare evidente a questo Collegio la palese differenza tra i due casi, atteso che: la causa definita dalla sentenza del Consiglio di Stato n. 3453 del 2022, diversamente dalla fattispecie oggi in esame, riguardava la omessa comunicazione, da parte del Consorzio, della rescissione disposta dal Comune di Alghero nei suoi confronti (l'evento è stato invece ampiamente riportato nel DGUE nel caso di specie); la sentenza citata, inoltre, non contiene alcuna affermazione sulla gravità e/o sulla decisività della pregressa vicenda contrattuale ai fini dell'aggiudicazione o meno dell'appalto ivi in controversia, lasciando alla stazione appaltante *“tutte le ulteriori valutazioni e determinazioni spettanti alla stazione appaltante in relazione alla posizione del Consorzio Stabile Build nei termini suindicati”*.

Peraltro, come documentato dalla ricorrente (doc. 15 dep. 16.10.23), il riesame imposto alla Stazione Appaltante interessata (Astral s.p.) dalla citata sentenza, ha avuto esito nuovamente favorevole al Consorzio Build che si è visto definitivamente aggiudicare l'appalto in quanto la vicenda contrattuale afferente al Comune di Alghero (come detto, conclusasi con una transazione) non è stata ritenuta indicativa di carenze sul piano della integrità e/o affidabilità dell'impresa (quest'ultima

determinazione è stata poi ritenuta pienamente legittima da questo TAR, con sentenza n. 58/2023).

Sulla risoluzione in discorso e sul contenzioso scaturito con il Comune di Alghero, come detto, è intervenuta transazione tra le parti. Di qui anche la cancellazione dell'annotazione pregiudizievole disposta dall'ANAC in data 6.3.2023 su segnalazione dello stesso Comune di Alghero.

Può quindi ritenersi che, con riguardo a tale pregressa vicenda contrattuale, particolarmente enfatizzata dalla S.A. nel provvedimento impugnato, l'Amministrazione resistente ha concentrato tutta la motivazione su una pronuncia giurisdizionale in realtà non pertinente in quanto, pur riferendosi al medesimo "*episodio*", in realtà nulla aveva affermato in merito alla gravità o decisività di esso ma soltanto in merito alla necessità che lo stesso dovesse essere considerato e valutato dalla S.A.

Pertanto, sul punto, la motivazione provvedimento è soltanto apparente in quanto formulata "*per relationem*" mediante il richiamo ad una sentenza del Giudice Amministrativo che ha lasciato espressamente alla S.A. interessata "*ogni valutazione circa l'affidabilità e integrità dell'operatore economico, ai fini della legittima ammissibilità alla procedura, alla luce del suddetto precedente provvedimento di risoluzione e della sua omissione comunicativa*".

In effetti anche nel caso di specie il Ministero della Difesa era tenuto ad una motivata valutazione del precedente come espressamente imposto dalla lett. c) e c-ter) dell'art. 80 del d.lgs. n. 50/2016 (da applicare "*ratione temporis*") che, pur riconoscendo ampia discrezionalità di valutazione in argomento alla S.A., le impone nel contempo di motivare specificamente l'esclusione dell'operatore fondata su precedenti risoluzioni anticipate di contratti o condanne al risarcimento danni già subite, con riferimento al tempo trascorso dalla violazione e/o alla pendenza di un contenzioso, nonché in funzione della gravità della stessa, imponendo dunque una valutazione puntuale.

Il che nella specie non è avvenuto.

In aggiunta a ciò, sempre con riguardo alla pregressa risoluzione qui in discorso, la S.A., limitandosi all'improprio richiamo di una vicenda contenziosa soltanto in (minima) parte sovrapponibile al caso di specie, non ha neanche dimostrato di avere considerato i plurimi elementi fattuali meritevoli di approfondimento che erano stati adottati dall'operatore economico mediante apposita memoria endo-procedimentale e che erano potenzialmente idonei ad incidere sull'apprezzamento della condotta come grave e "significativa". Ci si riferisce alla contestazione giudiziale della rescissione disposta, alla transazione intervenuta, al valore delle contestazioni in rapporto all'entità economica dell'appalto ecc.

Ancor più evidente "automatismo espulsivo", in assenza di puntuale motivazione e di disamina delle ragioni esposte dal Consorzio interessato, si ravvisano nella seconda parte della motivazione che, in modo alquanto succinto, si limita ad aggiungere che *"inoltre alle pagg. 21- 23-25-28 del DGUE sono riportate ben n.4 rescissioni in danno tra l'11 maggio 2021 ed il 09 Settembre 2022 nei confronti del Consorzio Build, si ritiene irrilevante la circostanza che le consorziate siano diverse"*.

Orbene, ferma la condivisibilità di quest'ultima affermazione per quanto sopra esposto, resta il fatto che le n. 4 "rescissioni in danno" sono riportate in modo cumulativo e indistinto senza alcuna indicazione in ordine alla loro rispettiva gravità e alla loro idoneità ad incidere sulla integrità e affidabilità dell'operatore economico. Inoltre, nelle stesse parti della DGUE sopracitate (e successivamente con apposita memoria endoprocedimentale) il Consorzio Build aveva puntualmente allegato plurime elementi volti a dare spiegazioni in merito ai diversi episodi dichiarati e alla assenza di proprie effettive responsabilità.

Ovviamente l'Amministrazione non era tenuta a dare necessariamente adesione alle prospettazioni di parte ricorrente ma è altrettanto vero che, secondo quanto prescritto dall'art. 80, comma 5, d.lgs. n. 50/2016, la S.A. avrebbe dovuto riportare

nella motivazione del provvedimento gli elementi addotti a difesa dalla stessa ricorrente e dare contezza della loro disamina e delle ragioni per le quali non potevano ritenersi decisivi.

In particolare, sono in atti la dichiarazione integrativa resa da Build in gara, nonché la memoria procedimentale del 28.9.2023 (della quale non si fa alcun cenno nel provvedimento).

In esse il Consorzio esponeva che:

- diverse delle vicende pregresse a carico di Build erano state contestate in giudizio ed erano pendenti innanzi ai competenti Tribunali i giudizi promossi da Build per vedere dichiarata l'illegittimità dei provvedimenti assunti dalle diverse Amministrazioni aggiudicatrici;

- in particolare, nel giudizio avviato dal Consorzio dinnanzi al Tribunale ordinario di Milano al fine di veder accertata l'illegittimità della risoluzione disposta dalla Città di Peschiera Borromeo, è stato acquisito l'elaborato del CTU nel quale si legge che *“Le interferenze lamentate da Build sussistono e per quanto argomentato al punto precedente, non sono state previste nel Progetto esecutivo. Dette interferenze hanno certamente ostacolato la realizzazione degli scavi di sbancamento e avrebbero richiesto una sospensione parziale dei lavori, la redazione di una Perizia di variante e la concessione di una proroga del termine contrattuale”*;

- nel già riferito appalto affidato dal Comune di Alghero è intervenuta, come detto, transazione sottoscritta in data 24 febbraio 2022 con cancellazione del provvedimento dell'ANAC del 6.3.2022;

- con riguardo alla risoluzione in danno disposta dal Comune di Cava De' Tirreni, l'ANAC, con provvedimento prot. n. 67361 del 25.8.2023, ha da ultimo disposto l'archiviazione del procedimento di annotazione nel casellario informatico atteso che *“...l'affidataria si è trovata nell'oggettiva impossibilità di eseguire le lavorazioni, ciò a causa degli innegabili errori negli elaborati progettuali, mai definitivamente corretti, e della mancata tempestiva predisposizione di una perizia di variante da parte della S.A.”*.

Tali elementi, certamente significativi, avrebbero dovuto indurre la S.A. ad operare (pur senza entrare nel merito dei singoli contenziosi ancora pendenti) un ponderato apprezzamento delle singole vicende oggetto di dichiarazione, al fine di vagliare la gravità dei fatti e, quindi, la sussistenza dei presunti inadempimenti ascritti al ricorrente.

La motivazione, per come sopra formulata, non dà alcuna contezza degli elementi puntualmente esposti dal Consorzio e dimostra una sostanziale mancanza del contraddittorio nella rappresentazione di vicende controverse.

Non si considera, nella motivazione, neanche l'oggettivo dimensionamento del Consorzio ricorrente che si compone di oltre 60 imprese consorziate e ha allegato di avere stipulato nel corso degli anni circa 100 contratti di appalto (per un valore di circa 230.000.000,00 di euro), molti dei quali ancora in fase di esecuzione.

Per le ragioni esposte il ricorso principale merita accoglimento "*in parte qua*" (punto 1a del ricorso) e, pertanto, il provvedimento impugnato deve essere annullato, fatte salve tutte le ulteriori valutazioni e determinazioni spettanti alla stazione appaltante in relazione alla posizione del Consorzio Stabile Build nei termini e sotto i profili suindicati che dovranno essere oggetto di specifica istruttoria e motivato riesame, ai fini della definitiva determinazione da assumere per l'aggiudicazione della gara in oggetto.

12. L'accoglimento del ricorso principale rende doveroso l'esame del ricorso incidentale che è stato proposto in via condizionata dalla controinteressata Frangerini Impresa S.r.l.

Ad avviso del Collegio è fondato anche quest'ultimo.

Come sopra esposto, la S.A. ha omesso ogni valutazione in merito a tre fattispecie, tutte emergenti dai DGUE presentati dal Consorzio Build S.r.l. e dal Consorzio CONART:

- una risoluzione di un appalto ANAS in data 12.4.2023;

- un procedimento penale pendente per i reati di corruzione e inadempimento di pubbliche forniture (art. 319 e 321 cp; e 355 c.p.), nei confronti di un rappresentante del Consorzio CONART;

- un processo penale pendente in I grado a carico del legale rappresentante della consorziata CEA, ai sensi dell'art. 256-bis d.lgs. 152/2006 (per illecita combustione di rifiuti in quanto *“operai in cantiere edile ... avrebbero impropriamente smaltito materiale di risulta ...”*).

Quanto alla risoluzione di ANAS del 12.4.2023, nel DGUE la Build rilevava la responsabilità *“sostanzialmente”* (e quindi non unicamente) della capogruppo. Come dedotto dalla controinteressata nella memoria conclusionale, dal provvedimento di risoluzione prodotto dal Consorzio Build (doc. 21 ric.), si parla in effetti di una *“negligenza ulteriormente aggravata dal comportamento reticente e inadempiente tenuto dalle imprese mandanti Consorzio Stabile BUILD S.c.a.r.l (già Consorzio Stabile Albeare Network) ...”*.

Con riguardo alle vicende penali *“sub iudice”* si osserva, viceversa, che la mandante CONART (pag. 4 del suo allegato al DGUE, D7) ha dichiarato la pendenza di un procedimento penale certamente afferente all'attività imprenditoriale ad essa propria e nel quale è comunque di recente intervenuta la richiesta di rinvio a giudizio.

Inoltre la consorziata CEA (pag. 2 dichiarazione integrativa al DGUE, D9), come già detto, ha dichiarato la pendenza di un processo penale (attualmente in I grado) a carico del suo legale rappresentante, e relativo alla materia ambientale (art. 256-bis d.lgs. 152/2006, combustione di rifiuti). Tale reato è anch'esso rilevante, in quanto astrattamente idoneo ad incidere sulla moralità ed attinente alla integrità/affidabilità del RTI concorrente, in quanto intervenuto nell'ambito di un cantiere edile.

Il rinvio a giudizio è avvenuto nel triennio (ed è ciò che rileva secondo Cons. Stato, V, 01.03.2021 n. 1761; v. anche ANAC, parere precontenzioso, 35/2023; v. anche Cons. Stato, V, 5.7.2023, n. 6584).

Come sostenuto dalla ricorrente incidentale, nei reati senza udienza preliminare (come l'ambientale), non essendovi udienza preliminare, non potrà che farsi riferimento alla richiesta di rinvio a giudizio, *rectius* alla citazione a diretta a giudizio. Conseguenze da quanto precede che la disamina della posizione del Consorzio Build, già imposta dall'accoglimento del ricorso principale e modellata nei termini dianzi precisati (v. *supra*, par. 11), in virtù del contestuale accoglimento del ricorso incidentale, impone altresì alla S.A. di instaurare il contraddittorio e valutare anche le vicende penali predette così come la risoluzione contrattuale in danno disposta dall'ANAS.

13. Conclusivamente debbono essere accolti sia il ricorso principale che il ricorso incidentale con conseguente annullamento del provvedimento assunto in autotutela ed impugnato con i contrapposti gravami.

L'accoglimento congiunto del ricorso principale e di quello incidentale comporta la riedizione del potere da parte della S.A. che sarà chiamata a svolgere tutte le ulteriori valutazioni e determinazioni ad essa spettanti in relazione alla posizione del Consorzio Stabile Build nei termini sopra meglio precisati.

La reciproca soccombenza tra ricorrente principale e ricorrente incidentale (controinteressato) giustifica la compensazione integrale delle spese processuali tra il Consorzio Stabile Build S.c.ar.l. e la Frangerini Impresa S.r.l. Unipersonale.

Gravano, viceversa, sul Ministero della Difesa, in quanto soccombente rispetto ad entrambi i gravami, le spese di lite, da corrispondere sia al Consorzio ricorrente che alla Frangerini Impresa nella misura indicata in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima Bis), definitivamente pronunciando sul ricorso principale e su quello incidentale, come in epigrafe proposti:

- 1) accoglie il ricorso principale del Consorzio Stabile Build S.c.ar.l. nei sensi e per gli effetti di cui in motivazione;
- 2) accoglie il ricorso incidentale proposto dalla Frangerini Impresa S.r.l.u. nei sensi e per gli effetti di cui in motivazione;
- 3) condanna il Ministero della Difesa alla corresponsione delle spese processuali in favore del Consorzio Stabile Build S.c.ar.l. e della Frangerini Impresa S.r.l.u. che liquida, per ciascuna società, nell'importo di Euro 5.363,00 (cinquemilatrecentosessantatre/00), oltre IVA, CPA, oneri per spese generali nella misura del quindici per cento e rimborso del contributo unificato ove anticipato;
- 4) spese residue compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 20 dicembre 2023 con l'intervento dei magistrati:

Giovanni Iannini, Presidente

Claudio Vallorani, Consigliere, Estensore

Alessandra Vallefuooco, Referendario

**L'ESTENSORE**  
**Claudio Vallorani**

**IL PRESIDENTE**  
**Giovanni Iannini**

**IL SEGRETARIO**