

Pubblicato il 01/08/2024

N. 06908/2024REG.PROV.COLL.  
N. 09086/2023 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 Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 9086 del 2023, proposto in relazione alla procedura CIG 95038801E2 da

Brc S.p.A. Recupero Edilizio e Restauro Conservativo, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Daniele Granara, con domicilio come da PEC Registri Giustizia;

*contro*

Comune di Genova, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Luca De Paoli, Maria Paola Pessagno, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Ministero della Cultura, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria ex lege in Roma, via dei Portoghesi n. 12;

*nei confronti*

Società Cesag S.r.l., non costituita in giudizio;

*per la riforma*

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria n. 00710/2023, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Genova e Ministero della Cultura;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 23 aprile 2024 il Cons. Massimo Santini e uditi per le parti gli avvocati De Paoli e Santoro in delega dell'Avv. Granara;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

### FATTO e DIRITTO

1. Viene in questa sede appellata la sentenza del TAR Liguria, in epigrafe indicata, che ha rigettato il ricorso proposto avverso la esclusione della società odierna appellante, attiva nel settore del recupero architettonico di edifici e documenti, dalla gara con fondi PNRR per l'ammodernamento e la riduzione dei consumi energetici del teatro di Sant'Agostino in Piazza Renato Negri a Genova.

Nella gara l'appellante era risultata prima graduata ma è poi stata esclusa dal Comune che ha ritenuto insussistente, in relazione allo specifico appalto, il necessario rapporto fiduciario con la ditta.

Il Comune esprimeva infatti il timore che quest'ultima, in caso di aggiudicazione della commessa, non avrebbe rispettato la tempistica correlata alla fruizione dei finanziamenti, e tanto in considerazione di quanto accaduto per un precedente appalto (Teatro Nazionale) concernente lavorazioni analoghe in area contigua e in parte sovrapponibile a quella oggetto dell'intervento sul teatro Sant'Agostino.

L'esclusione veniva dunque disposta ai sensi dell'art. 80, comma 5, lettera c-ter, del decreto legislativo n. 50 del 2016, a norma del quale: *“Le stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico”* allorché

quest'ultimo *“abbia dimostrato significative o persistenti carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto ... 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”*.

La vicenda muove infatti dalla risoluzione per inadempimento *ex art. 108*, comma 3, del decreto legislativo n. 50 del 2016, disposta dal Comune in danno di BRC del contratto di appalto concernente la progettazione esecutiva e i lavori dell'immobile sito in Genova, al Vico Teatro Nazionale 1, vicenda che è attualmente oggetto di un contenzioso pendente dianzi al Tribunale civile di Genova promossa dalla stessa appellante. In particolare la risoluzione era stata disposta per gravi inadempimenti e, soprattutto, per il ritardo accumulato nella realizzazione dell'opera da parte del RTI affidatario.

2. Il provvedimento di esclusione dalla presente gara (Teatro San'Agostino) veniva impugnato dinanzi al TAR Liguria che rigettava il gravame per le ragioni di seguito indicate:

2.1. *“la ricorrente non ha dimostrato il corretto adempimento delle obbligazioni nascenti dal precedente contratto di appalto per la ristrutturazione del fabbricato di vico del Teatro Nazionale, né, tantomeno, la dedotta imputabilità al Comune del notevolissimo ritardo per il quale l'ente committente ha risolto il rapporto negoziale ex art. 108 del d.lgs. n. 50/2016”*;

2.2. In particolare: *“l'allungamento dei tempi di approvazione del progetto esecutivo è dipeso dal fatto che l'ufficio tecnico comunale ha riscontrato varie carenze negli elaborati inizialmente consegnati dall'appaltatrice”*;

2.3. Ed ancora: l'autorizzazione dei Vigili del Fuoco è giunta sì in ritardo ma era stata BRC ad avere *“assunto l'impegno, dietro apposita remunerazione, di istruire la pratica presso il Comando dei VV.FF.”*;

2.4. In ogni caso: *“BRC non ha rispettato i tempi indicati nella tabella di marcia nemmeno per le opere non necessitanti dell'autorizzazione in deroga”*, quella ossia da ottenere dai Vigili del Fuoco;

- 2.5. Inoltre: *“nessuna responsabilità per l’omessa installazione della gru è ravvisabile in capo all’ente committente”*;
- 2.6. Più in generale: *“l’appaltatrice dapprima ha accumulato pesanti ritardi nell’avvio del cantiere e, in seguito, ha sospeso i lavori per la dichiarata incapacità di eseguirli”*;
- 2.7. Pertanto: *“l’affidamento in contestazione presenta notevole affinità con quello oggetto della risoluzione ex art. 108 del d.lgs. n. 50/2016, perché entrambi: i) sono appalti integrati; ii) hanno ad oggetto attività di ristrutturazione edilizia similari; iii) concernono edifici ubicati nella medesima zona del centro storico cittadino, con allestimento del cantiere nella stessa piazza Negri e, quindi, con problematiche analoghe”*;
- 2.8. Infine, la circostanza secondo cui sarebbe stato *“aggiudicato a BRC in data 6 dicembre 2022 un accordo quadro triennale per interventi di restauro e manutenzione di beni culturali ed ambientali di civica proprietà”* non ha rilevanza in quanto *“quest’ultimo affidamento presenta significative differenze rispetto a quello ... in discussione ... perché si articola in contratti applicativi aventi ad oggetto opere assai più semplici ... inoltre, non è soggetto alle rigide scadenze temporali imposte dalla normativa europea per il finanziamento con il Piano nazionale di ripresa e resilienza”*.
3. La sentenza di primo grado formava oggetto di appello per i motivi di seguito sintetizzati:
- 3.1. Erroneità per omessa considerazione delle risultanze probatorie in atti. Il TAR non avrebbe infatti rilevato che BRC, in occasione dei lavori per il Teatro Nazionale, aveva puntualmente rispettato tempi e adempimenti contrattuali per cui si era impegnata. Piuttosto era stata l’amministrazione comunale, anche a causa della carenza della progettazione definitiva, ad avere svolto con grave ritardo quanto pattiziamente convenuto, accumulando nel tempo numerosi e ingiustificati ritardi (relativi in particolare alle autorizzazioni di altri enti nonché al montaggio della gru);
- 3.2. Erroneità nella parte in cui non sarebbe stato considerato che alcun contraddittorio procedimentale, in vista della disposta esclusione dalla gara, sarebbe stato instaurato dalla amministrazione comunale;

- 3.3. Erroneità per omessa rilevazione del difetto motivazionale inficiante il provvedimento impugnato in prime cure;
- 3.4. Erroneità per omessa rilevazione della contraddittorietà e dell'illogicità inficianti il provvedimento impugnato in prime cure: più in particolare, la sentenza impugnata avrebbe omesso di pronunciarsi in ordine alla dedotta contraddittorietà dell'agire dell'Amministrazione la quale prima ha invitato la società appellante a partecipare alla procedura oggetto di causa, per poi escluderla una volta risultata vincitrice;
- 3.5. Riproposizione, *ex art.* 101, comma 2, c.p.a., della domanda risarcitoria non scrutinata nel giudizio di primo grado.
4. Si costituiva in giudizio l'appellata amministrazione comunale per chiedere il rigetto del gravame mediante articolate controdeduzioni che, più avanti, formeranno oggetto di specifica trattazione. Si costituiva altresì con atto di stile il Ministero della cultura.
5. Alla pubblica udienza del 23 aprile 2024 le parti rassegnavano le proprie rispettive conclusioni ed il ricorso in appello veniva infine trattenuto in decisione. La difesa di parte appellante faceva inoltre presente che: a) sarebbe stata necessaria la sospensione del processo ai sensi dell'art. 295 c.p.c., stante la pendenza del processo civile sulla risoluzione per inadempimento relativa al Teatro Nazionale; b) l'interdittiva antimafia subita da BRC era poi stata annullata con sentenza del TAR Liguria con sentenza n. 107 del 2024.
6. Tutto ciò premesso va innanzitutto rilevato che:
  - 6.1. L'istanza di sospensione del processo non può essere accolta alla luce delle conclusioni di cui alla sentenza della Adunanza plenaria n. 4 del 22 marzo 2024;
  - 6.2. Alcuna connessione logica vi può essere tra annullamento della interdittiva antimafia e risoluzione contrattuale per inadempimento dovuto a ben determinate patologie di natura contrattuale. In altre parole non si può confondere la contiguità rispetto ad ambienti mafiosi con l'inaffidabilità nel portare a termine ben precisi impegni di matrice pattizia.

7. Tanto ulteriormente premesso nel merito, con il primo motivo di appello, la BRC evidenzia l'ingiustizia e illegittimità della risoluzione "a monte" (da cui sarebbe poi scaturita la decisione di esclusione qui oggetto di gravame) che sarebbe imputabile a condotte dello stesso Comune (in particolare, per la mancata richiesta di talune autorizzazioni – quella ai Vigili del Fuoco – ma anche per carenze progettuali della stessa progettazione esecutiva a base di gara redatta dal Comune nonché per il mancato anticipo delle somme dovute). La difesa di parte appellante ha inoltre evidenziato di aver eseguito numerosi appalti in cui committente era la medesima amministrazione sempre con piena soddisfazione di quest'ultima, salvo in un'occasione in relazione alla quale le parti hanno sottoscritto un verbale transattivo senza riconoscimento di responsabilità. Al riguardo si osserva che:

7.1. Dopo l'entrata in vigore del decreto-legge 14 dicembre 2018, n. 135, ai fini dell'esclusione dalla gara di un operatore economico non è più richiesto che la risoluzione contrattuale per inadempimento, eventualmente disposta a suo carico in occasione di pregresse commesse, abbia raggiunto il carattere di definitività (mediante ossia la sua non contestazione oppure una conferma di tipo giudiziale);

7.2. Del resto la Corte di giustizia UE, con sentenza della sez. IV, 19 giugno 2019, causa C-41/18, ha escluso che un siffatto potere discrezionale di esclusione possa essere "paralizzato" dalla mera proposizione di un ricorso, da parte di un concorrente, avverso la risoluzione contrattuale da quest'ultimo subita in relazione ad un precedente contratto pubblico;

7.3. Dunque si può ritenere ormai superata la questione dell'eventuale impugnazione del provvedimento di risoluzione contrattuale quale ragione ostativa all'esclusione del concorrente;

7.4. I presupposti su cui la PA deve adesso fondare la propria decisione di escludere un concorrente ai sensi del nuovo art. 80, comma 5, lettera c-ter, sono il "tempo trascorso" dall'inadempimento nonché la "gravità" del medesimo inadempimento;

7.5. Il progresso errore professionale e le connesse circostanze di fatto debbono essere valutate in termini di *pertinenza* e di *rilevanza* rispetto all'oggetto e all'entità della gara in corso da cui si dovrebbe disporre l'esclusione dell'operatore attinto da risoluzione contrattuale (cfr. Cons. Stato, sez. III, 7 dicembre 2020, n.7730);

7.6. In tale ambito la stazione appaltante esercita un potere ampiamente discrezionale che, come tale, è suscettivo di sindacato giurisdizionale sotto il profilo della manifesta illogicità e della palese erroneità (cfr. Cons. Stato, sez. III, 7 dicembre 2020, n.7730, cit.);

7.7. Un simile giudizio della stazione appaltante deve in ogni caso *“basarsi sulla documentata presenza di pregresse omissioni, mancanze o scorrettezze nell'adempimento dei doveri nascenti dagli impegni professionali assunti, le quali possono portare a qualificare l'operatore economico come non affidabile per onorare ulteriori contratti pubblici”* (Cons. Stato, sez. III, 7 dicembre 2020, n.7730, cit.);

7.8. In siffatta direzione, va senz'altro condivisa la tesi della difesa dell'amministrazione comunale secondo cui *“il giudice amministrativo deve accertare non già la sussistenza dell'illecito contrattuale (la cui delibazione spetta al giudice ordinario), bensì la ragionevolezza, proporzionalità e non pretestuosità dell'esclusione dalla gara disposta dall'Amministrazione con finalità precauzionale”*;

7.9. Tanto doverosamente premesso osserva il collegio che, nel caso di specie:

7.9.1. La difesa di parte appellante non si concentra sul rispetto delle condizioni di cui all'art. 80 del decreto legislativo n. 50 del 2016 da parte della stazione appaltante ma, piuttosto, sui presupposti per la pregressa risoluzione contrattuale. Anche il TAR ha nella sostanza seguito tale impostazione, e tanto con il rischio di sostituirsi di fatto al giudice civile (dinanzi al quale è pendente la pregressa risoluzione per il Teatro Nazionale). Le vicende sulle quali BRC ritorna riguardano invero un distinto giudizio civile allo stato pendente davanti al Tribunale civile di Genova. Nella sostanza, BRC ha riproposto le doglianze già fatte valere nel predetto giudizio, attivato su sua

stessa iniziativa, chiedendo un inammissibile riesame delle stesse da parte del Giudice Amministrativo. Al contrario, esula dall'ambito decisionale del Giudice Amministrativo la valutazione sulla sussistenza effettiva dell'illecito contrattuale, la cui delibazione spetta invece al giudice ordinario e che rappresenta l'oggetto del parallelo giudizio civile. Si veda in tal senso anche la memoria in data 20 gennaio 2024 della difesa di parte appellante, laddove si insiste nel porre in evidenza le ritenute inadempienze contrattuali a carico del Comune di Genova (in particolare circa i tempi e le modalità di richiesta dell'autorizzazione da parte dei vigili del fuoco nonché per il montaggio della gru);

7.9.2. In questa sede occorre invece concentrarsi sulla ragionevolezza, proporzionalità e non pretestuosità degli argomenti utilizzati dal Comune di Genova per disporre l'esclusione dalla presente gara che riguarda il Teatro S. Agostino. Ebbene, in questa specifica direzione si rivelano pertinenti e rilevanti gli elementi individuati dalla stazione appaltante (al riguardo sono state evidenziate carenze esecutive riguardanti anche altre commesse) nel momento in cui si evidenzia che simili problemi di cantierizzazione (ritardi nell'avviare le richieste autorizzatorie) si ripercuoterebbero con ogni probabilità anche in questo caso, trattandosi di commessa del tutto analoga a quella già oggetto di risoluzione. Problematiche che potrebbero seriamente amplificarsi, atteso che trattasi di appalto PNRR che prevede procedure oltre modo stringenti e tempestive. Trattasi inoltre di fattispecie avvenute in tempi piuttosto recenti (febbraio 2022) rispetto alla decisione di esclusione qui intrapresa (dicembre 2022);

7.9.3. Di qui un giudizio di complessiva inaffidabilità, sicuramente non manifestamente illogico né palesemente erroneo, atteso anche il tenore delle censure sollevate, che si rivela sufficientemente e adeguatamente motivato, tenuto proprio conto che la norma non prevede più l'accertamento definitivo della risoluzione (giudiziale o extragiudiziale) e che in relazione al tempo

trascorso ed alla gravità delle infrazioni commesse vi potrebbero essere serie ripercussioni anche sulla commessa in contestazione;

7.9.4. Gli atti adottati dalla stazione appaltante si rivelano dunque congrui in relazione alla giurisprudenza secondo cui è da ritenere sufficiente, in tali ipotesi, la “documentata presenza di pregresse omissioni, mancanze o scorrettezze” (cfr. sez. III, n. 4201 del 2021; sez. V, n. 2922 del 2021; sez. III, n. 7730 del 2020);

7.9.5. In estrema sintesi la decisione di esclusione si rivela ragionevole e proporzionale dal momento che: a) la commessa in questione è del tutto analoga a quella oggetto di risoluzione per inadempimento contrattuale; b) i problemi maggiormente evidenziati nella predetta risoluzione (mancata tempestiva cantierizzazione) comporterebbero conseguenze ancor più gravi nella commessa in questione ove la tempistica, trattandosi di appalto PNRR, assume un ruolo pressoché decisivo; c) il tempo trascorso tra la precedente risoluzione (febbraio 2022) e la presente esclusione (dicembre 2022) è piuttosto breve e tale da far presumere la persistenza di simili problematiche organizzative in seno alla appellante società;

7.10. In conclusione il primo motivo di appello è infondato e deve essere rigettato.

8. Con il secondo motivo di appello si lamenta erroneità della sentenza nella parte in cui non sarebbe stato considerato che alcun contraddittorio procedimentale, in vista della disposta esclusione dalla gara, sarebbe stato instaurato dalla amministrazione comunale.

La censura non può essere accolta in quanto l'amministrazione, come puntualmente dedotto in atti, non avrebbe potuto adottare una determinazione di segno diverso, ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 21-octies, comma 2, della legge n. 241 del 1990.

E tanto anche in considerazione della pregressa risoluzione che aveva già formato oggetto di specifico gravame dinanzi al giudice civile. Situazione contenziosa, questa, che aveva ormai ben delineato le rispettive posizioni e

soprattutto quella che, a tale riguardo, si era da tempo ampiamente radicata in capo alla stazione appaltante.

Per le suddette ragioni, anche il secondo motivo di appello deve dunque essere rigettato.

9. Con il terzo motivo di appello si lamenta erroneità della sentenza per omessa rilevazione del difetto motivazionale inficiante il provvedimento impugnato in prime cure.

Anche tale censura non può trovare accoglimento atteso che il provvedimento qui impugnato, nel fare ampio riferimento ad un atto di risoluzione adottato non molto tempo addietro, evidenziava in estrema sintesi che: a) la commessa in questione è del tutto analoga a quella oggetto di risoluzione per inadempimento contrattuale; b) i problemi maggiormente evidenziati nella predetta risoluzione (mancata tempestiva cantierizzazione) comporterebbero conseguenze ancor più gravi nella commessa in questione ove la tempistica, trattandosi di appalto PNRR, assume un ruolo pressoché decisivo.

Di qui il rigetto, altresì, di tale specifico motivo di appello.

10. Con il quarto motivo di appello si lamenta erroneità della sentenza per omessa rilevazione della contraddittorietà e dell'illogicità inficanti il provvedimento impugnato in prime cure: più in particolare, la sentenza impugnata avrebbe ommesso di pronunciarsi in ordine alla dedotta contraddittorietà dell'agire dell'Amministrazione la quale prima ha invitato la società appellante a partecipare alla procedura oggetto di causa, per poi escluderla una volta risultata vincitrice.

Osserva il collegio come la circostanza che la stazione appaltante, almeno in linea teorica, dovesse essere a conoscenza di tale pregressa risoluzione (febbraio 2022) sin dall'avvio della procedura di gara (novembre 2022) non costituisce ragione valida per continuare a trascurare una simile circostanza.

Del resto – preme rilevare – l'atto con cui si prende nota di una simile risoluzione per poi decidere di escludere l'odierna appellante risale soltanto al

21 dicembre 2022, ossia qualche settimana dopo l'avvio della procedura con determinazione del 25 novembre 2022.

Anche l'ulteriore profilo di contraddittorietà dell'azione amministrativa (l'amministrazione comunale avrebbe aggiudicato a BRC, in data 6 dicembre 2022, un accordo quadro triennale per interventi di restauro e manutenzione di beni culturali ed ambientali di civica proprietà) non può trovare ingresso in questa sede dal momento che: a) il contratto stipulato non era finanziato con fondi PNRR; b) al di là delle lavorazioni da eseguire, la difesa di parte appellante non ha dimostrato che tali interventi (oggetto dell'accordo quadro triennale) possano comportare esigenze di "cantierizzazione" simili a quelli oggetto della commessa di cui si controverte.

Per tutte le ragioni sopra evidenziate, anche tale censura deve pertanto essere rigettata.

11. Quanto infine alla riproposizione, ex art. 101, comma 2, c.p.a., della domanda risarcitoria non scrutinata nel giudizio di primo grado, la stessa è inammissibile stante l'infondatezza nel merito dell'istanza annullatoria e dunque l'impossibilità di dimostrare il diritto all'anelato bene della vita (mantenimento della aggiudicazione e dunque del contratto).

12. In conclusione il ricorso in appello è infondato e deve essere rigettato. Le spese di lite seguono la soccombenza e sono liquidate, come da dispositivo, in favore della sola amministrazione comunale in considerazione del diverso onere processuale assolto. Spese compensate nei confronti del Ministero della cultura, il quale si è difeso con mero atto di stile.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Condanna la parte appellante alla rifusione delle spese di lite, da quantificare nella complessiva somma di euro 3.000 (tremila/00), oltre IVA e CPA ove dovuti e da corrispondere in favore dell'appellata amministrazione comunale. Spese compensate nei confronti del Ministero della cultura.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 23 aprile 2024 con l'intervento dei magistrati:

Diego Sabatino, Presidente

Stefano Fantini, Consigliere

Marina Perrelli, Consigliere

Gianluca Rovelli, Consigliere

Massimo Santini, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**

**Massimo Santini**

**IL PRESIDENTE**

**Diego Sabatino**

IL SEGRETARIO