

APPALTI: Gara - Partecipazione - Esclusione - Motivi - Precedente risoluzione consensuale di altro contratto di appalto - Non determina l'esclusione automatica.

Tar Lombardia, Sez. I, 21 giugno 2021, n. 1512

- in *Riv. Trim. appalti*, 4, 2021, pag. 1383 e ss., con commento di G. Biasutti, *La risoluzione consensuale come sintomo di inaffidabilità del concorrente*.

“[...] Oggetto del presente giudizio [...] è [...] il possesso dei requisiti di partecipazione in capo alla controinteressata, e in particolare, se la stessa incorra o meno nella causa di esclusione di cui all'art. 80 c. 5 lett. c-ter) del Codice dei Contratti, per aver dato luogo ad un grave inadempimento nell'esecuzione di un contratto precedentemente stipulato con il Comune [...].

Sul punto, il Collegio dà atto che, con nota [...], il Responsabile del Procedimento del predetto Comune, le ha infatti contestato il grave inadempimento in un contratto per lo svolgimento del servizio di ristorazione, in esito alla quale, la controinteressata ha chiesto di addivenire alla sua risoluzione consensuale, sia per sopravvenute esigenze organizzative e strategiche, sia per evitare l'insorgere di una controversia, proponendo a tal fine il versamento, in favore dell'Ente Locale, dell'importo di [...] per la fornitura di un nuovo forno, e la rinuncia a qualsiasi maggior compenso.

A fronte di quanto precede, il Comune ha disposto l'archiviazione del procedimento di risoluzione avviato con citata nota [...] non potendo pertanto ritenersi applicabile la causa di esclusione di cui all'art. 80 c. 5 lett. c-ter) cit., che opera in danno degli operatori economici che hanno subito una risoluzione contrattuale per inadempimento, che nel caso di specie, come detto, non ha avuto luogo [...].”

FATTO e DIRITTO

I) Con determina n. 241 del 6.8.2020 il Comune di Sedriano ha indetto una procedura di gara avente ad oggetto l'affidamento del servizio di ristorazione scolastica, aggiudicata all'attuale controinteressata, ed in cui la ricorrente si è classificata al secondo posto.

Con il ricorso principale, l'istante ha chiesto l'esclusione dell'aggiudicataria, che a suo dire, non avrebbe segnalato alla stazione appaltante l'esistenza di una circostanza ostativa alla sua partecipazione.

Nelle more del giudizio, il Comune resistente ha adottato la determinazione n. 42 del 18.2.2021, impugnata con i motivi aggiunti, con cui ha riesaminato la posizione della controinteressata,

confermando l'aggiudicazione in suo favore, in relazione alle doglianze articolate con il gravame introduttivo, che deve conseguentemente essere dichiarato improcedibile, per sopravvenuta carenza di interesse.

Oggetto del presente giudizio, che può essere definito in forma semplificata, ex art. 60 c.p.a., stante l'integrità del contraddittorio, l'avvenuta esaustiva trattazione delle tematiche, nonché la mancata enunciazione di osservazioni oppostive delle parti nei propri scritti, è pertanto il possesso dei requisiti di partecipazione in capo alla controinteressata, e in particolare, se la stessa incorra o meno nella causa di esclusione di cui all'art. 80 c. 5 lett. c-ter) del Codice dei Contratti, per aver dato luogo ad un grave inadempimento nell'esecuzione di un contratto precedentemente stipulato con il Comune di Buccinasco.

II.1) Sul punto, il Collegio dà atto che, con nota n. 18065 del 19.6.2019, il Responsabile del Procedimento del predetto Comune, le ha infatti contestato il grave inadempimento in un contratto per lo svolgimento del servizio di ristorazione, in esito alla quale, la controinteressata ha chiesto di addivenire alla sua risoluzione consensuale, sia per sopravvenute esigenze organizzative e strategiche, sia per evitare l'insorgere di una controversia, proponendo a tal fine il versamento, in favore dell'Ente Locale, dell'importo di € 160.000,00, la fornitura di un nuovo forno, e la rinuncia a qualsiasi maggior compenso.

A fronte di quanto precede, il Comune ha disposto l'archiviazione del procedimento di risoluzione avviato con citata nota n. 18065/19, non potendo pertanto ritenersi applicabile la causa di esclusione di cui all'art. 80 c. 5 lett. c-ter) cit., che opera in danno degli operatori economici che hanno subito una risoluzione contrattuale per inadempimento, che nel caso di specie, come detto, non ha avuto luogo.

II.2) Contrariamente a quanto sostenuto dalla ricorrente, non può pertanto affermarsi che la controinteressata sia incorsa in un inadempimento che avrebbe dovuto essere segnalato alla stazione appaltante, né ciò può desumersi dal suo impegno a versare la somma di € 160.000,00, ed a fornire un forno al Comune di Buccinasco, essendo tali obbligazioni riconducibili alle "reciproche concessioni" delle parti necessarie a porre fine ad una lite già incominciata, o prevenirne una che può sorgere, in base a quanto previsto dall'art. 1965 c.c., nell'ambito di un contratto di transazione, che il predetto Comune ha per l'appunto stipulato con Elixir Ristorazione S.p.a.

III.1) Con il secondo motivo, l'istante sostiene che il Comune non avrebbe correttamente verificato il costo della manodopera indicato dalla controinteressata nella propria offerta economica, avendo quest'ultima previsto Euro 1.142.931,87, e pertanto, a suo dire € 228.586,374 all'anno, per i cinque

anni di contratto, laddove il Comune ha preventivato € 1.850.159,5 (€ 370.031,90 all'anno per i cinque anni di contratto), e quindi inferiore di ben € 707.227,63 nell'intera durata del contratto.

III.2) Sul punto, il Collegio dà atto che, in base a quanto disposto nell'art. 4.1 del Disciplinare, la durata dell'affidamento sarebbe stata di trentasei mesi, e pertanto, per gli anni scolastici 2020/2021 – 2021/2022 – 2022/2023”, mentre il successivo art. 4.2, intitolato “Opzioni e rinnovi”, prevedeva che, in virtù di una scelta esercitabile ad insindacabile giudizio della stazione appaltante, avrebbe potuto proseguire per ulteriori ventiquattro mesi, agli stessi patti, prezzi e condizioni.

Del tutto coerentemente, la contorinteressata ha pertanto evidenziato che l'importo di € 1.142.931,87, dalla stessa indicato quale costo del personale, “si riferisce alla effettiva durata contrattuale, pari a 36 mesi, in quanto la proroga della gestione era prevista come meramente eventuale”.

III.3) In contrario non depone l'art. 35 c. 4 del D.Lgs. 50/2016 invocato dalla ricorrente, secondo cui “il calcolo del valore stimato di un appalto pubblico di lavori, servizi e forniture è basato sull'importo totale pagabile, al netto dell'IVA, valutato dall'amministrazione aggiudicatrice o dall'ente aggiudicatore. Il calcolo tiene conto dell'importo massimo stimato, ivi compresa qualsiasi forma di eventuali opzioni o rinnovi del contratto esplicitamente stabiliti nei documenti di gara”, trattandosi di una norma diretta nei confronti delle stazioni appaltanti, che al fine di evitare l'artificioso frazionamento delle commesse pubbliche, devono tenere conto, ai fini della determinazione dell'importo a base di gara, di quello “massimo stimato”.

In conclusione, il ricorso va pertanto respinto.

Quanto alle spese, sussistono tuttavia giusti motivi per compensare le stesse tra le parti.

P.Q.M.

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

Spese compensate.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 14 aprile 2021 con l'intervento dei magistrati:

Domenico Giordano, Presidente

Mauro Gatti, Consigliere, Estensore

Valentina Santina Mameli, Consigliere

L'ESTENSORE

Mauro Gatti

IL PRESIDENTE

Domenico Giordano

IL SEGRETARIO