

Pubblicato il 18/08/2021

N. 05916/2021REG.PROV.COLL.
N. 06322/2020 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 in appello iscritto al numero di registro generale 6322 del 2020,
proposto da

Italscavi Costruzioni S.r.l., ITS Costruzioni S.r.l., in persona dei rispettivi legali
rappresentanti *pro tempore*, rappresentate e difese dall'avvocato Salvatore
Napolitano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Provincia di Campobasso, non costituita in giudizio;

nei confronti

Scarnata Costruzioni S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*,
rappresentata e difesa dall'avvocato Enrico Ceniccola, con domicilio digitale
come da PEC da Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Molise (Sezione
Prima), 21 luglio 2020, n. 207, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Scarnata Costruzioni S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 19 novembre 2020 il consigliere Angela Rotondano e uditi per le parti, in collegamento da remoto ai sensi dell'art. 25 del d.l. 18 ottobre 2020, n. 137, gli avvocati Napolitano e Ceniccola;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. All'esito della procedura di gara aperta indetta dalla Provincia di Campobasso, con bando pubblicato il 18 dicembre 2017, avente ad oggetto lavori di realizzazione del "*nuovo Liceo Galanti*" di Campobasso - 1° Lotto, dell'importo a base d'asta di euro 2.845.000,00, oltre IVA (di cui € 120.053,38 per oneri di sicurezza non soggetti a ribasso), da aggiudicarsi col criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, la società Italscavi Costruzioni s.r.l. (di seguito "*Italscavi*") si rendeva aggiudicataria giusta determina dirigenziale n. 1014 del 12 luglio 2018.

1.1. Successivamente la Provincia di Campobasso (di seguito anche "*la Provincia*") con determina dirigenziale n. 75 del 29 gennaio 2020, in asserita esecuzione della sentenza del Consiglio di Stato, sez. V, 8 ottobre 2019, n. 6793, che aveva accolto l'appello proposto dalla società Italscavi avverso la decisione del Tribunale amministrativo regionale per il Molise 11 marzo 2019, n. 93, annullava in autotutela la d.d. n. 922 del 4.06.2019, esecutiva della sentenza di primo grado, con cui si era disposta l'aggiudicazione a favore della seconda classificata Scarnata Costruzioni s.r.l. (nel prosieguo "*Scarnata*"), dichiarava altresì inefficace il contratto stipulato con quest'ultima il 7 agosto 2019 e infine aggiudicava nuovamente i lavori alla Italscavi.

1.2. Nelle more del giudizio, il 26 settembre 2018, la Italscavi stipulava con la ITS Costruzioni s.r.l. (di seguito *ITS*) contratto di affitto del ramo d'azienda,

trasmesso da quest'ultima impresa alla Provincia con nota del 15.11.2018, con cui si chiedeva di subentrare alla ditta Italscavi.

Di tali circostanze si dava atto nella citata determinazione n. 75/2020 di aggiudicazione dell'appalto alla Italscavi, nella quale si evidenziava che *“con determina n. 1793 del 30.11.2018 la stazione appaltante [ha]acquisito il contratto di affitto di azienda tra Italscavi Costruzioni S.r.l. ...e la ITS Costruzioni s.r.l., non mancando altresì di rilevare che “si procederà alla stipulazione del contratto solo all'esito della positiva verifica del possesso dei requisiti generali e speciali richiesti ex lege, di cui il presente provvedimento costituisce l'impulso, con la società ITS Costruzioni s.r.l. (...)”*.

2. La società Scarnata impugnava innanzi al Tribunale amministrativo per il Molise anche la nuova aggiudicazione di cui alla citata determina 75/2020, assumendone l'illegittimità alla stregua di due motivi di ricorso, di cui il primo rubricato *“I. violazione e/o falsa applicazione dell'art. 84 d.lgs. n. 50 del 18.4.2016; violazione e/o falsa applicazione dell'art. 5 del bando di gara; violazione e/o falsa applicazione degli artt. 1 e 3 l. 7.8.1990 n. 241; violazione e/o falsa applicazione dell'art. 97 costituzione; violazione e/o falsa applicazione dei principi di continuità nel possesso dei requisiti di cui alla sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato del 20.07.2015 n. 8; violazione e/o falsa applicazione dei principi di buon andamento e imparzialità dell'azione della p.a., del giusto procedimento di lealtà e buona fede; eccesso di potere per travisamento dei fatti; erroneità dei presupposti e della motivazione; contraddittorietà e ingiustizia manifesti”* ed il secondo rubricato *“II. Violazione e/o falsa applicazione dell'articolo 2-quinquies della direttiva ricorsi n. 66/2007; violazione e/o falsa applicazione dell'articolo 122 del codice del processo amministrativo; violazione e/o falsa applicazione dei principi di buon andamento e imparzialità dell'azione della p.a., del giusto procedimento di lealtà e buona fede; eccesso di potere per travisamento dei fatti; erroneità dei presupposti e della motivazione; contraddittorietà e ingiustizia manifesti”*.

2.1. In sintesi, la ricorrente, col primo motivo, censurava la violazione del principio di continuità nel possesso dei requisiti di partecipazione alla gara in capo all'aggiudicataria, in ragione dell'intervenuto affitto del ramo di azienda,

intercorso tra la Italscavi e la ITS, evidenziando che né l'affittuaria ITS (all'atto della richiesta di subentro avanzata alla Provincia e per il periodo ricompreso tra la stipula del contratto di affitto d'azienda, il 26.09.2018, e il conseguimento dell'attestazione SOA, avvenuta soltanto il 18.12.2018) né la dante causa Italscavi fossero in possesso dell'attestazione SOA, quest'ultima essendone decaduta proprio a seguito dell'affitto d'azienda, non avendo chiesto alcuna revisione dell'attestato nemmeno alla scadenza triennale.

2.2. Con il secondo motivo, invece, deducendo vizi di violazione di legge ed eccesso di potere, la ricorrente contestava la scelta dell'amministrazione di aggiudicare l'appalto a favore della Italscavi in assenza di una declaratoria giudiziale di inefficacia del contratto *medio tempore* stipulato con la Scarnata.

2.3. La ricorrente presentava, inoltre, istanza ex art. 116, comma 2, Cod. proc. amm. avverso un diniego di accesso agli atti di una diversa procedura di gara cui avevano partecipato sia la Scarnata sia la ITS, chiedendo al Tribunale di ordinare l'esibizione dei documenti indicati in istanza e dichiarando di avere interesse alla loro ostensione *"in quanto l'accertamento della mancanza di requisiti di carattere generale oppure di false dichiarazioni determinerebbe l'impossibilità per la controinteressata ITS Costruzioni s.r.l., di contrattare con la P.A., con la conseguente estromissione della ITS anche dalla procedura in essere per l'esecuzione dei lavori del "Liceo Galanti" ed il consolidamento del diritto della Scarnata ad eseguire detti lavori"*.

2.4. Con ordinanza cautelare n. 219/2018 del 14 settembre 2018, il Tribunale amministrativo sospendeva l'efficacia del provvedimento di aggiudicazione.

4. Con la sentenza segnata in epigrafe, nella resistenza di Italscavi, di ITS e della Provincia di Campobasso, l'adito Tribunale, disattesa l'eccezione di inammissibilità ed improcedibilità del ricorso *in limine* sollevata dalle controinteressate e precisato di ritenere comunque ammissibili le censure formulate con il primo motivo di ricorso solo per quanto riguarda la posizione di Italscavi (essendo solo quest'ultima individuata quale aggiudicataria della gara dal provvedimento impugnato), ha accolto il primo motivo di ricorso, ritenendolo fondato alla luce del contenuto e della *ratio* del

principio di continuità nel possesso dei requisiti di qualificazione e dei principi giurisprudenziali in materia, mentre ha respinto in quanto “*destituito di fondamento*” il secondo motivo, rilevando come, a prescindere dalle questione attinente alla portata e all’estensione del giudicato di cui alla citata pronuncia del Consiglio di Stato n. 6793/2019, “*rientri tra i poteri dell’amministrazione quello di privare di efficacia un contratto per effetto dell’accertamento giudiziale dell’illegittimità dell’aggiudicazione sulla base della quale il contratto è stato stipulato*”.

Il Tribunale ha conseguentemente annullato gli atti impugnati e statuito il diritto della società Scarnata all’aggiudicazione dell’appalto.

Il Tribunale ha infine dichiarato inammissibile l’impugnativa del diniego di accesso agli atti siccome la stessa, oltre ad apparire, per come formulata, “*preordinata ad un controllo generalizzato dell’operato della p.a.*” e pertanto da respingere in applicazione dei principi giurisprudenziali elaborati in materia di accesso documentale, era rivolta nei confronti di atti di una procedura di gara diversa da quella sottoposta al suo scrutinio, difettandone perciò i necessari presupposti di connessione ai sensi dell’articolo 116, comma 2, Cod. proc. amm.

5. Di tale sentenza l’aggiudicataria Italscavi e l’affittuaria ITS, con appello ritualmente notificato, hanno domandato la riforma, deducendone l’erroneità ed ingiustizia con un primo motivo di gravame rubricato “*Violazione di legge. Violazione e falsa applicazione dell’art. 336, co.2, c.p.c. e dell’art. 39 c.p.a.. Eccesso di potere per travisamento dei fatti, difetto e contraddittorietà della motivazione. Errata e/o falsa interpretazione della eccezione proposta. Eccesso di potere per irragionevolezza ed incongruità valutativa*” e lamentando, con un secondo motivo, “*Violazione di legge. Violazione e falsa applicazione dell’art. 106, co. 1 lett. d) n. 2 e dell’art. 80 del D.Lgs. 50/2016. Violazione e falsa applicazione dell’art. 76 co. 9 del DPR 207/2010. Violazione e falsa applicazione degli artt. 41 e 3 della Costituzione. Violazione del principio di libertà di iniziativa economica privata e del principio di eguaglianza. Violazione del principio di legalità e di tassatività delle cause di esclusione. Eccesso di*

potere per travisamento dei fatti, difetto e contraddittorietà della motivazione. Eccesso di potere per irragionevolezza ed incongruità”.

5.1. Si è costituita l'originaria ricorrente Scarnata, argomentando l'infondatezza dell'appello, di cui ha chiesto il rigetto.

5.2. Non si è costituita invece, seppur ritualmente evocata, la Provincia.

5.3. Con ordinanza n. 5372 del 12 settembre 2020, la Sezione ha accolto l'istanza cautelare incidentalmente formulata dall'appellante e sospeso l'esecutività della sentenza appellata, sussistendone i presupposti, *“apparendo prevalente, allo stato, nella comparazione degli interessi, quello dell'appellante all'ottenimento dell'aggiudicazione dei lavori non ancora affidati, in assenza di pregiudizi concreti e attuali all'interesse pubblico o a quello della parte appellata derivanti dall'accoglimento della domanda cautelare”.*

5.4. In vista dell'udienza di trattazione del merito, le parti hanno ulteriormente illustrato con memorie e repliche le rispettive tesi difensive.

In particolare, l'appellata Scarnata ha altresì eccepito ai sensi dell'articolo 31, comma 4, Cod. proc. amm. la nullità del contratto di affitto del ramo di azienda stipulato tra le società odierne appellanti, in quanto volto a dissimulare, in violazione degli articoli 105 e 106 del D.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, un' illegittima cessione del contratto da parte della cedente aggiudicataria (la quale verserebbe, a suo dire, in una situazione di sostanziale inoperatività aziendale e di crisi societaria, che le renderebbe impossibile adempiere alle proprie obbligazioni) ad una società di nuova costituzione, sprovvista dei necessari requisiti di qualificazione, finalizzata ad eludere l'applicazione del Codice dei contratti pubblici.

5.5. All'udienza del 19 novembre 2020, tenuta in collegamento da remoto, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

6. Può prescindersi dall'esame delle eccezioni di improcedibilità dell'appello (per mancata impugnazione della D.D. n. 1134 del 31.08.2020 con cui nelle more del presente giudizio la Provincia, in esecuzione della sentenza

impugnata, ha aggiudicato la gara alla Scarnata e dichiarato efficace il contratto già stipulato con quest'ultima il 7.08.2019) formulate dalla società Scarnata, perché i motivi di gravame sono infondati nel merito.

7. Con il primo motivo parte appellante ripropone in sostanza l'eccezione di inammissibilità per carenza di autonoma lesività della nuova aggiudicazione, in quanto disposta in ottemperanza al giudicato. A suo avviso quel provvedimento sarebbe infatti privo di autonoma efficacia lesiva, dovendosi quest'ultima ricondurre unicamente all'originaria aggiudicazione in favore dell'Italscavi, ripristinata per effetto della pronuncia di appello, rispetto alla quale la determina impugnata si porrebbe in ottemperanza.

7.1. Il motivo è infondato.

7.2. Il Tribunale ha respinto l'eccezione di inammissibilità sollevata dalla Italscavi, giustamente evidenziando che, per un verso, l'affitto del ramo d'azienda, censurato con il ricorso, era stato portato a conoscenza della ricorrente solo con il provvedimento di aggiudicazione del 29.01.2020, quindi in data successiva alla pubblicazione della sentenza del Consiglio di Stato n. 6793/2019 dell'8.10.2019, non avendo la stazione appaltante né la Italscavi dato atto dell'intervenuto affitto di azienda a favore della ITS nel corso del giudizio definito in appello con la citata decisione, con la conseguenza che tale circostanza non avrebbe potuto essere coperta dal giudicato del Consiglio di Stato, non essendo stati ivi esaminati gli aspetti contestati in questa sede, poiché riferiti ad una realtà fattuale (l'affitto di azienda) non emersa in quel contenzioso, e non conoscibile dalla ricorrente, e per altro verso che la nuova aggiudicazione è stata impugnata da quest'ultima in primo grado per vizi propri.

In effetti, la determina n. 75/2020 ha un contenuto diverso dall'originaria aggiudicazione, poiché tiene conto del sopravvenuto affitto del ramo di azienda (dalla Italscavi alla ITS), che è l'aspetto da cui deriva l'asserita illegittimità, sì che il ricorso introduttivo era volto a far valere vizi propri del nuovo provvedimento di aggiudicazione, non predicabili nei confronti di

quella originaria (dato che all'epoca non era ancora avvenuta la modifica soggettiva).

In secondo luogo, la sentenza ha opportunamente precisato che la portata conformativa del giudicato conseguente alla pronuncia del Consiglio di Stato – nella parte in cui conferma la correttezza dell'originaria aggiudicazione a favore della Italscavi – non esonerava di certo l'Amministrazione dalla verifica in ordine al mantenimento dei requisiti necessari ai fini della “nuova” aggiudicazione, dovendo perciò riconoscersi, anche sotto tale profilo, l'interesse del secondo graduato a contestare le eventuali illegittimità che si verificano in tale fase finale della procedura di gara.

L'eventuale stipula del contratto con I.T.S., preannunciata dalla Provincia, pur costituendo accadimento futuro ed incerto sul quale è precluso il sindacato giurisdizionale, come correttamente riconosciuto dal Tribunale, non fa dunque venir meno la legittimazione e l'interesse dell'originaria ricorrente a contestare l'aggiudicazione della gara ad una società asseritamente non sottoposta ad alcuna verifica sul possesso dei requisiti e priva di attestazione SOA.

7.3. Pertanto, acclarata l'autonoma lesività, nei confronti della ricorrente, del provvedimento di aggiudicazione impugnato in primo grado che, non costituendo mera ottemperanza della sentenza del Consiglio di Stato n. 6793/2019, dispone invece sulla scorta di sopravvenute situazioni rilevanti, quale l'affitto del ramo d'azienda, e di nuove ed autonome valutazioni discrezionali, così producendo effetti ulteriori rispetto a quelli conseguenti al giudicato, e considerato che l'originaria ricorrente aveva in effetti interesse a verificare il possesso dei requisiti di partecipazione in capo alle società cedente e cessionaria, all'esito dell'affitto di azienda in corso di gara, a ciò conseguendo in tesi la possibilità per la stessa ricorrente di eseguire i lavori in forza del contratto di appalto già stipulato con l'amministrazione, il primo motivo di appello deve essere respinto.

8. Stessa sorte spetta al secondo motivo di doglianza, con cui le appellanti assumono che, contrariamente a quanto ritenuto dalla sentenza impugnata, non vi sarebbe stata soluzione di continuità nel possesso dei requisiti di qualificazione a causa del contratto di affitto di azienda, essendo l'affittuaria ITS subentrata nei diritti e nelle aspettative dell'aggiudicataria, in base al generale principio che consente le modifiche soggettive dell'operatore economico anche in fase di aggiudicazione della gara.

In particolare, secondo le appellanti, la questione relativa al possesso dei requisiti in capo alla cedente riguarderebbe solo il periodo ricompreso tra la data della presentazione della domanda di partecipazione e la stipula del contratto di affitto: successivamente, quel che rileva è che i requisiti di qualificazione, ottenuti dall'affittuaria ITS dopo il contratto, si saldino con quelli detenuti fino ad allora dal dante causa. Orbene la Italscavi ha posseduto i requisiti di qualificazione, senza soluzione di continuità, dalla domanda di partecipazione alla prima aggiudicazione definitiva (dichiarata legittima dal giudicato) e poi fino al contratto di affitto: da quest'ultimo momento è subentrata nella posizione giuridica soggettiva dell'aggiudicataria della gara la ITS che possiede i necessari requisiti di qualificazione. Al riguardo, l'appellante richiama i principi affermati dalla sentenza di questa V Sezione, 19 agosto 2019, n. 5740, resa in analoga vicenda, e sostiene che la verifica positiva effettuata, ancorché *ex post*, dalla SOA opererebbe dunque retroattivamente, andandosi a saldare i relativi effetti con quelli di accertamento del requisito di qualificazione in capo all'affittuario, senza creare alcuna soluzione di continuità nel possesso del requisito, essendo ciò finalizzato a consentire agli operatori economici, nell'esercizio della libertà imprenditoriale che è loro riconosciuta dall'ordinamento giuridico, di porre in essere tali operazioni di riorganizzazione aziendale anche in corso di gara.

8.1. Le pur suggestive argomentazioni dell'appellante non sono suscettibili di favorevole considerazione.

8.2. Osserva anzitutto il Collegio che l'aggiudicazione è stata nuovamente disposta a favore di Italscavi che però certamente ha perso nel frattempo i requisiti di qualificazione a partire dalla data di stipula del contratto di affitto di azienda. Va quindi evidenziato che dalla sentenza di questa Sezione, n. 5740/2019 cit., richiamata dall'appellante, non possono mutuarsi principi favorevoli alle tesi di quest'ultima: nel precedente citato si fa infatti riferimento alla verifica triennale positiva di validità dell'attestazione, successiva al negozio traslativo, cui deve riconnettersi la perdurante validità, senza soluzione di continuità, dell'attestazione SOA, statuendosi testualmente che *"l'accertamento positivo effettuato dalla SOA, su richiesta o in sede di verifica periodica, in ordine al mantenimento dei requisiti di qualificazione da parte dell'impresa cedente, comporta la conservazione dell'attestazione da parte della stessa senza soluzione di continuità, laddove – all'incontro – l'omessa verifica, a fronte del trasferimento di azienda, determina, tanto rispetto alla cedente quanto rispetto alla cessionaria, una soluzione di continuità nel possesso dei requisiti"*.

Tanto non è però accaduto nella fattispecie oggetto di giudizio.

8.3. Correttamente la sentenza di prime cure ha dunque accolto *in parte qua* il ricorso e annullato l'aggiudicazione, ritenendo fondata la censura sulla violazione del principio di continuità nel possesso dei requisiti di qualificazione in capo alla Italscavi.

8.4. La sentenza ha anzitutto puntualmente chiarito che l'affitto d'azienda ha determinato (come nel caso di cessione) una modificazione soggettiva e il venir meno dei requisiti che avevano consentito il rilascio dell'attestazione SOA in capo all'Italscavi: attestazione che doveva, per converso, perdurare per tutta l'esecuzione del contratto, non risultando invece neppure che la cedente abbia chiesto una nuova attestazione, sì che essa non potrebbe valersi dell'attestazione SOA rilasciata sulla base di una realtà aziendale diversa rispetto a quella risultante a seguito dell'affitto. La sentenza ha inoltre opportunamente richiamato, siccome dirimente ai fini della decisione del primo motivo di ricorso, il contenuto e la *ratio* del principio di continuità nel

possesso dei requisiti di qualificazione, per poi chiarire le modalità con cui lo stesso principio operi nel caso di modificazioni soggettive dei concorrenti. Suddetto principio richiede che il possesso dei requisiti di ammissione alla gara sussista a partire dall'atto di presentazione della domanda di partecipazione e permanga per tutta la durata della procedura di evidenza pubblica (cfr. *ex multis* Cons. Stato, sez. IV, 18 aprile 2014, n. 1987; Cons. Stato, sez. V, 30 settembre 2013, n. 4833 e 26 marzo 2012, n. 1732; Cons. Stato, sez. III, 13 luglio 2011, n. 4225; Cons. Stato, Ad. pl., 25 febbraio 2014, n. 10; nn. 15 e 20 del 2013; nn. 8 e 27 del 2012; n. 1 del 2010). Tale principio, spiega l'Adunanza Plenaria, per esigenze di “trasparenza e di certezza del diritto” deve ritenersi immanente all'intero procedimento di evidenza pubblica, a prescindere dalla indicazione, da parte del legislatore, di specifiche fasi espressamente dedicate alla verifica dei requisiti.

8.5. Sulla *ratio* di tale principio giova richiamare espressamente, come fatto dall'appellata sentenza, alcuni passaggi dell'Adunanza Plenaria, 20 luglio 2015 n. 8, laddove in particolare si afferma che: «*Proprio perché la verifica può avvenire in tutti i momenti della procedura (a tutela dell'interesse costante dell'Amministrazione ad interloquire con operatori in via permanente affidabili, capaci e qualificati), allora in qualsiasi momento della stessa deve ritenersi richiesto il costante possesso dei detti requisiti di ammissione; tanto, vale la pena di sottolineare, non in virtù di un astratto e vacuo formalismo procedimentale, quanto piuttosto a garanzia della permanenza della serietà e della volontà dell'impresa di presentare un'offerta credibile e dunque della sicurezza per la stazione appaltante dell'instaurazione di un rapporto con un soggetto, che, dalla candidatura in sede di gara fino alla stipula del contratto e poi ancora fino all'adempimento dell'obbligazione contrattuale, sia provvisto di tutti i requisiti di ordine generale e tecnico-economico-professionale necessari per contrattare con la P.A (...). E tale specifico onere di continuità in corso di gara del possesso dei requisiti, è appena il caso di rilevarlo, non solo è del tutto ragionevole, siccome posto a presidio dell'esigenza della stazione appaltante di conoscere in ogni tempo dell'affidabilità del suo interlocutore “operatore economico” (e dunque di poter monitorare stabilmente la perdurante idoneità tecnica ed economica del*

concorrente), ma è altresì non sproporzionato, essendo assolvibile da quest'ultimo in modo del tutto agevole, mediante ricorso all'ordinaria diligenza, che gli operatori professionali devono tenere al fine di poter correttamente insistere e gareggiare nel concorrenziale mercato degli appalti pubblici; il che significa, per quanto qui ne occupa, garantire costantemente la qualificazione loro richiesta e la possibilità concreta della sua dimostrazione e verifica (...))».

8.6. Come noto, e come ribadito dalla stessa Adunanza Plenaria, l'attestazione SOA costituisce lo strumento necessario e sufficiente, nonché esclusivo, “di dimostrazione del possesso dei requisiti partecipazione alla gara”, che deve quindi permanere durante tutte le fasi della procedura di gara, anche in fase di esecuzione.

I riflessi delle modifiche soggettive sull'attestazione SOA sono stati approfonditamente esaminati dalla giurisprudenza amministrativa. In particolare, la giurisprudenza (cfr. Cons. Stato, sez. V, 16 gennaio 2015, n. 70) ha già chiarito che “... nel caso di cessione di ramo d'azienda, né il cedente né il cessionario possono valersi della attestazione di qualificazione posseduta dall'azienda ceduta, pur potendo richiederne una nuova alla società di attestazione. La nuova attestazione avrà però efficacia solo dopo il suo rilascio, vale a dire dopo che sono stati effettuati tutti i controlli del caso, lasciando l'azienda cessionaria, durante il periodo che intercorre tra l'incorporazione del ramo e l'ottenimento della nuova attestazione SOA, priva dell'attestato di qualificazione”; ne segue che, stante il disposto dell'art. 79, comma 11, del d.P.R. n. 207/2010, l'azienda che ceda un proprio ramo è onerata di “richiedere alla SOA una nuova attestazione”, di modo che “a seguito di tale richiesta, la società di attestazione instaura un nuovo procedimento di valutazione dei requisiti oggetto di trasferimento e di quelli acquisiti successivamente allo stesso, che si conclude, sussistendone le condizioni, con il rilascio alla cedente della nuova attestazione di qualificazione”; in mancanza si verifica irrimediabilmente una “soluzione di continuità” nel possesso dell'attestato di qualificazione, con conseguente perdita del requisito.

Invero, la consolidata giurisprudenza, dalla quale non vi è ragione di discostarsi, ha statuito che “... *la cessione del ramo d'azienda non comporta, di per sé, l'automatica decadenza dalla qualificazione, occorrendo, per contro, procedere a una valutazione in concreto dell'atto di cessione, da condursi sulla base degli scopi perseguiti dalle parti e dell'oggetto del trasferimento. Per tal via, non è dubbio che l'accertamento positivo effettuato dalla SOA, su richiesta o in sede di verifica periodica, in ordine al mantenimento dei requisiti di qualificazione da parte dell'impresa cedente, comporti la conservazione dell'attestazione da parte della stessa senza soluzione di continuità, laddove - all'incontro - l'omessa verifica, a fronte del trasferimento di azienda, determina, tanto rispetto alla cedente quanto rispetto alla cessionaria, una soluzione di continuità nel possesso dei requisiti*” (cfr. Cons. Stato, V, n. 5740/2019 cit.).

8.7. Orbene, tali principi, pur essendo stati affermati con specifico riferimento al caso della cessione di azienda, sono, ad avviso del Collegio, estensibili anche al caso oggetto di giudizio dell'affitto di azienda, ravvisandosi, in entrambe le fattispecie, una modifica soggettiva dell'azienda.

A tale riguardo, giova anzitutto rammentare che l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 3 del 3 luglio 2017 - pur affermando che non tutti i casi di cessione del ramo di azienda determinano una perdita dei requisiti di qualificazione in capo al cedente, dovendosi accertare, di volta in volta, quale sia la causa concreta del contratto di cessione- ha chiarito in modo rigoroso i presupposti necessari affinché il cedente possa valersi dell'attestazione SOA anche a seguito della cessione di un proprio ramo. L'Adunanza Plenaria n. 3/2017, in particolare, ha affermato che affinché il cedente (nel nostro caso Italscavi) possa valersi dell'attestazione SOA anche a seguito della cessione, è necessario che, in sede di verifica, su istanza di parte o periodica, la SOA abbia accertato il perdurante possesso in capo ad esso della presenza dei requisiti che avevano consentito l'originaria attestazione SOA.

8.8. Alla luce dei su riportati principi, deve concludersi che, nel caso in esame, dagli atti di causa risulta invece, senza contestazioni sul punto, che, a seguito dell'affitto del ramo di azienda alla ITS, la Italscavi non abbia ottenuto (né

richiesto) una nuova attestazione, non potendo perciò la stessa più valersi dell'attestazione SOA rilasciata sulla base di una realtà aziendale diversa rispetto a quella risultante a seguito dell'affitto.

8.8.1. Ed infatti, il 26.09.2018 la Italscavi, a gara ancora in corso e *sub iudice* (essendo stato peraltro sospeso in sede cautelare il provvedimento di aggiudicazione), ha stipulato un contratto di affitto del proprio (unico) ramo di azienda con la società di nuova costituzione I.T.S. Costruzioni s.r.l. (trasmesso da quest'ultima impresa alla Provincia di Campobasso con nota del 15.11.2018, con cui l'affittuaria ha chiesto di subentrare alla Italscavi), alla quale ha ceduto tutti i requisiti sulla base dei quali aveva precedentemente ottenuto l'attestato SOA, utilizzato per partecipare alla gara.

Non avendo la Italscavi, a seguito dell'affitto del ramo di azienda, chiesto alcuna verifica dell'attestato SOA (che a quella data era il n. 3622/46/01 rilasciato il 25.05.2018 e che, in base al consolidato orientamento giurisprudenziale sopra riportato, doveva essere posseduto dalla concorrente per tutta la durata della procedura fino all'aggiudicazione ed alla stipula del contratto, nonché per tutto il periodo dell'esecuzione dello stesso, senza soluzione di continuità), la stessa è decaduta da tale attestazione fin dalla data di stipula del contratto di affitto e, al momento dell'aggiudicazione dell'appalto (disposta con la più volte citata D.D. n. 75 del 29 gennaio 2020), non era in possesso del requisito tecnico richiesto per partecipare alla gara, come correttamente rilevato dalla sentenza impugnata.

8.8.2. Dal canto suo, la Provincia, con determinazione dirigenziale n. 1793 del 30.11.2018, ha preso meramente atto dell'affitto del ramo di azienda e della richiesta di subentro, senza espletare alcuna verifica in merito al possesso dei requisiti di qualificazione (ed in particolare sulla perdurante validità dell'attestato SOA) richiesti dal bando di gara in capo alla subentrante I.T.S., né formulare alcuna richiesta alla Italscavi (per poter verificare il possesso dei requisiti generali e speciali di quest'ultima), né ancora sollecitare la SOA affinché questa verificasse il mantenimento dei requisiti (che avevano

consentito l'attestazione in capo alla Italscavi) anche a seguito dell'intervenuto affitto del ramo di azienda. Difatti, come confermato dall'appello, la Provincia di Campobasso ha provveduto ad accertare la sussistenza dei requisiti generali e speciali unicamente in capo alla I.T.S. e solo in data 11.02.2020, ai soli fini dell'eventuale stipula contrattuale.

8.8.3. Quanto, invece, alla posizione della affittuaria I.T.S. è appena il caso di osservare che la stessa, all'atto della richiesta di subentro alla Italscavi (avvenuta il 15.11.2018), dopo la stipula del contratto di affitto del ramo di azienda, non ha esibito alcuna attestazione SOA, avente valenza costitutiva dei requisiti e capacità ivi accertati (difatti ottenuta solo successivamente dalla DAP SOA il 18.12.2018) né ha fornito all'amministrazione la documentazione comprovante la propria qualificazione, necessaria a verificare il possesso dei requisiti di carattere generale e speciale (specie, per quanto qui rileva, con riferimento all'attestazione SOA), che le avrebbero consentito di subentrare legittimamente nella situazione soggettiva dell'aggiudicataria.

8.8.4. Pertanto, non essendo, alla data della richiesta di subentro (15.11.2018), né la Italscavi, né la I.T.S. in possesso di adeguata attestazione SOA, e non risultando la prima in possesso di detta attestazione all'atto della disposta aggiudicazione a suo favore, a ciò doveva conseguire necessariamente l'esclusione dalla gara per perdita della continuità nel possesso dell'indispensabile requisito tecnico di partecipazione: infatti, solo la contestuale positiva verifica del possesso dei requisiti (generali e speciali) in capo ad entrambe le società (cedente e cessionaria) avrebbe consentito all'impresa affittuaria di subentrare alla Italscavi, laddove la comprovata mancanza di tale contestuale verifica fa venir meno ogni asserito automatismo nel subentro dell'affittuaria; ne segue che unica titolare della situazione giuridica soggettiva derivante dalla partecipazione alla gara nei confronti della Provincia è rimasta la Italscavi, decaduta dalla propria attestazione SOA a seguito dell'affitto del ramo d'azienda (per non aver richiesto alcuna revisione dell'attestato, nemmeno triennale), non potendo perciò neppure riconoscersi

all'attestazione SOA ottenuta dalla ITS (solo il 18 dicembre 2018), avente valenza costitutiva dei requisiti e capacità ivi accertati, alcuna efficacia retroattiva, tale da saldarsi con l'attestazione SOA della Italscavi, irrimediabilmente venuta meno alla data della stipula del contratto di affitto del ramo di azienda.

8.8.5. A differenza dell'ipotesi della fusione per incorporazione, nella quale l'incorporante succede in tutti i rapporti del soggetto incorporato (in una situazione corrispondente a quella della successione a titolo universale *mortis causa*: in tal senso cfr. Cass., 2.08.2001, n.10595; Cass., 22.06.1999, n. 6298), nella quale può ritenersi sussistente la continuità nel requisito di attestazione "incorporato" unitamente agli altri cespiti societari- ipotesi questa equiparabile a quella "eccezionale" dell'ultrattività dell'attestato SOA rilasciato a seguito della stipula del contratto con la SOA prima del novantesimo giorno dalla scadenza dell'attestato e all'esito della positiva verifica *ex post* circa il possesso del requisito, ciò essendo reso possibile dall'identità dell'operatore economico che beneficia di tale eccezionale ultrattività dell'efficacia dell'originaria attestazione- viceversa, nel caso dell'affitto del ramo di azienda, nel quale la successione nel possesso dei requisiti ha luogo tra due distinti soggetti giuridici (il cedente ed il cessionario), tali anche a seguito dell'operazione societaria in parola (che non comporta alcuna successione a titolo universale), la SOA deve necessariamente accertare sia il perdurante possesso dei requisiti in capo al cedente (come affermato anche dall'Adunanza Plenaria n. 3 del 2017) sia il possesso di requisiti acquisiti a titolo derivativo in capo al cessionario.

8.9. La diversa tesi prospettata dalle appellanti in merito alla continuità nel possesso dell'attestazione SOA nel caso di affitto del ramo di azienda potrebbe, d'altra parte, condurre ad esiti paradossali, erronei ed inaccettabili, determinando, ad esempio, un' illegittima disparità di trattamento tra società che intendono attestarsi con requisiti "*propri*" e società che si attestano con requisiti "*ceduti*" da altre società, dovendo così solo le prime, al fine di poter

partecipare a gare per l'affidamento dei lavori pubblici di importo superiore ai 150.000 euro, attendere che un organismo certificatore ne attesti la capacità mediante il rilascio dell'attestato SOA, rimanendo quindi esse soltanto assoggettate alle rigide regole ed ai principi inerenti il sistema di qualificazione dei lavori pubblici sopra soglia, laddove una società di nuova costituzione e senza alcun requisito di qualificazione potrebbe, a seguito dell'affitto del ramo d'azienda di altra impresa, concorrere a gare per l'affidamento dei lavori ancor prima di aver ottenuto il rilascio dell'attestato SOA (avvalendosi di quello in precedenza rilasciato all'impresa cedente ed a prescindere da ogni verifica sulla sua perdurante validità), in palese violazione del principio della *par condicio* dei concorrenti.

In ragione di quanto evidenziato, non può condividersi l'assunto delle appellanti secondo cui, nel caso di cessione del ramo di azienda, la validità dell'attestazione SOA ottenuta dalla cessionaria retroagirebbe al momento della modifica soggettiva, essendo detta affermazione comunque subordinata al verificarsi di talune condizioni (invero qui non ricorrenti): e, precisamente, che l'operatore economico sia già in possesso di attestazione SOA nell'ipotesi del rinnovo periodico dell'attestazione, ovvero del rinnovo su richiesta dello stesso a seguito di modifiche societarie, non potendo per converso la cessione di suo comportare *“un automatico trasferimento di questi requisiti (né delle attestazioni relative) dalla cedente alla cessionaria”* (cfr. *“Manuale sull'attività di qualificazione dell'ANAC”*), atteso che la SOA investita dell'attività di qualificazione dovrà comunque accertare la sussistenza di tutti gli elementi necessari al rilascio di una nuova attestazione e procedere, in caso di trasferimento aziendale, oltre che alla verifica dei requisiti di carattere speciale acquisiti dall'impresa cedente, anche alla verifica della sussistenza dei requisiti di carattere generale in capo all'impresa cessionaria.

Sotto altro concorrente profilo, si osserva che, a seguire il ragionamento delle appellanti, ben potrebbe il contratto di affitto del ramo di azienda stipulato con società di nuova costituzione e priva di qualsivoglia attestazione SOA,

prestarsi a inaccettabili finalità elusive delle regole e dei principi stabiliti dal Codice dei contratti pubblici, dissimulando un'inammissibile cessione del contratto, per il caso in cui la cedente (aggiudicataria) sia impossibilitata a far fronte alle proprie obbligazioni (ove versi ad esempio in una situazione di crisi di impresa), in violazione del principio di continuità nel possesso dei requisiti, dell'articolo 105, comma 1 del D.lgs. n. 50/2016 (in base al quale il contratto non può essere ceduto a pena di nullità, fatto salvo quanto previsto dall'articolo 106, comma 1, lettera d) n.2. del citato Codice dei contratti pubblici) ed anche contro quanto stabilito da quest'ultima norma, a mente del quale *“all'aggiudicatario iniziale succede, per causa di morte o a seguito di ristrutturazioni societarie, comprese rilevazioni, fusioni, scissioni, acquisizione o insolvenza, un altro operatore economico che soddisfi i criteri di selezione qualitativa stabiliti inizialmente, purché ciò non implichi altre modifiche sostanziali al contratto e non sia finalizzato ad eludere l'applicazione del presente codice”*.

In definitiva, sulla scorta dei su riportati indirizzi giurisprudenziali (si veda anche Delibera ANAC n. 244 dell'8.03.2017, richiamata dalle stesse appellanti), solo la contestuale positiva verifica del possesso dei requisiti (generali e speciali) in capo ad entrambe le società (cedente e cessionaria) avrebbe consentito all'impresa affittuaria di subentrare alla Italscavi; viceversa, nel caso di specie la comprovata mancanza di tale contestuale verifica fa venir meno ogni asserito automatismo nel subentro, e, in ragione di quanto evidenziato, l'aggiudicazione disposta a favore della Italscavi, priva di attestazione SOA sin dalla stipula del contratto di affitto, è illegittima, sussistendo la censurata perdita di continuità nel requisito di qualificazione, con conseguente conferma della sentenza impugnata.

9. In conclusione, l'appello va respinto.

10. La complessità e particolarità delle questioni trattate giustifica l'integrale compensazione delle spese del presente grado di giudizio.

P.Q.M.

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

Spese compensate.

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

Così deciso nella camera di consiglio del giorno 19 novembre 2020, tenuta da remoto ai sensi degli artt. 4 del decreto legge 30 aprile 2020, n. 28, convertito dalla legge 25 giugno 2020, n. 70, e 25 del decreto legge 28 ottobre 2020, n. 137, con l'intervento dei magistrati:

Fabio Franconiero, Presidente FF

Federico Di Matteo, Consigliere

Angela Rotondano, Consigliere, Estensore

Alberto Urso, Consigliere

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere

L'ESTENSORE
Angela Rotondano

IL PRESIDENTE
Fabio Franconiero

IL SEGRETARIO