



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 Molise

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 100 del 2020, proposto da Società Scarnata Costruzioni S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Enrico Ceniccola, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Provincia di Campobasso, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Silvana D'Amico, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Campobasso, via Roma n. 47;

nei confronti

ITALSCAVI Costruzioni S.r.l. e I.T.S. Costruzioni S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentati e difesi dall'avvocato Salvatore Napolitano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento:

- della determinazione Dirigenziale n. 75 del 29.01.2020, trasmessa tramite PEC in

data 11.02.2019, con cui la Provincia di Campobasso ha annullato la determinazione dirigenziale n. 922/2019 con cui aveva aggiudicato la gara per l'esecuzione dei lavori di realizzazione del nuovo Liceo Galanti di Campobasso alla Scarnata Costruzioni s.r.l. ed ha aggiudicato la stessa alla Italscavi Costruzioni s.r.l., dichiarando inefficace il contratto stipulato con la Scarnata Costruzioni s.r.l.;

- ove occorra della nota PEC dell'11.02.2020 con cui è stato comunicato l'annullamento dell'aggiudicazione e l'inefficacia del contratto alla Società Scarnata e l'aggiudicazione della gara alla Italscavi costruzioni s.r.l.;

- della nota PEC del 30.10.2019 di comunicazione di avvio del procedimento della presa d'atto della sentenza del Consiglio Stato n. 6793/2019; della nota PEC del 17.01.2020 di riscontro alla nota trasmessa dalla Società Scarnata in data 9.11.2019 (prot dell'11.11.2019 n. 22596);

- di tutti gli atti antecedenti, consequenziali e, comunque, connessi.

e per la declaratoria:

- del diritto della ricorrente all'aggiudicazione della gara di appalto oggetto di giudizio;

- di inefficacia del contratto eventualmente *medio tempore stipulato*, rispetto al quale si dichiara disposta al subentro.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Provincia di Campobasso e di Italscavi Costruzioni S.r.l. e di I.T.S. Costruzioni S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza del giorno 10 giugno 2020 la dott.ssa Marianna Scali;

Rilevato che la causa è stata trattenuta in decisione, secondo quanto disposto dall'articolo 84, comma 5, del d.l. 17 marzo 2020, n. 18.

FATTO e DIRITTO

1. La presente controversia riguarda gli atti di una procedura di gara i cui fatti di

rilievo, ai fini della decisione del presente ricorso, possono essere sintetizzati come segue.

In data 18.12.2017 la Provincia di Campobasso dava avvio alla procedura aperta per lavori di realizzazione del “nuovo liceo Galanti” di Campobasso – 1° lotto, nell’importo a base d’asta di euro 2.485.000,00.

Con determinazione dirigenziale n. 1014 del 12.07.2018 l’appalto veniva aggiudicato alla società Italscavi Costruzioni s.r.l. (di seguito anche solo ITALSCAVI). Avverso tale determinazione la società Scarnata Costruzioni s.r.l. (di seguito anche solo SCARNATA) promuoveva ricorso, accolto dal TAR Molise.

In data 26.09.2018 la società ITALSCAVI sottoscriveva contratto di affitto di ramo di azienda con la società ITS costruzioni s.r.l. (di seguito anche solo ITS), trasmesso alla stazione appaltante in data 15.11.2018. Quest’ultima, con determinazione dirigenziale n. 1793 del 30.11.2018, prendeva atto dell’avvenuta cessione del contratto.

In esecuzione della sentenza del TAR Molise n. 93/2019, la Provincia di Campobasso, con determina dirigenziale n. 922 del 04.06.2019, aggiudicava l’appalto alla società SCARNATA e, in data 07/08/2019, stipulava il contratto con la stessa. Successivamente interveniva la sentenza del Consiglio di Stato n. 6793/2019 che, ribaltando la decisione del Tar Molise n. 93/2019, aggiudicava l’appalto alla prima classificata, ITALSCAVI, già aggiudicataria in sede di gara.

In data 29.01.2020, la Provincia di Campobasso (determinazione dirigenziale n. 75), in asserita ottemperanza della citata sentenza del Consiglio di Stato, annullava la determinazione dirigenziale n. 922/2019 (che aveva aggiudicato la gara per l’esecuzione dei lavori in oggetto alla SCARNATA) ed aggiudicava i lavori in questione alla ITALSCAVI, dichiarando inefficace il contratto stipulato con la Scarnata.

Nel provvedimento in questione, per quanto di interesse, si deliberava quanto segue:

“1) le premesse e gli atti ivi richiamati costituiscono parte integrante, sostanziale e

motivazione del presente atto;

2) di prendere atto, per le motivazioni tutte in premessa, della sentenza del Consiglio di Stato n. 6793/2019 e, per l'effetto, di annullare, in autotutela per ragioni di giustizia, la determina n. 922/2019, esecutiva della sentenza Tar Molise n. 93/2019 (riformata dal Consiglio di Stato), con la quale si aggiudicava l'appalto in parola e si procedeva alla stipulazione del contratto con la società Scarnata Costruzioni;

3) per l'effetto:

a. di dichiarare inefficace il contratto stipulato con Scarnata Costruzioni in ragione di quanto sopra

rappresentato;

b. di aggiudicare la procedura di gara per l'affidamento dei lavori di realizzazione del nuovo Liceo Galanti di Campobasso – 1° lotto CIG 7326550C50 alla società Italscavi Costruzioni S.r.l. con sede in Campobasso Via San Giovanni in Golfo 205/E Partita IVA 00583510706 (...);

4) di darsi atto 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., con sede in Campobasso Via San Giovanni in Golfo 205/E Partita IVA 00583510706 e la ITS Costruzioni s.r.l., con sede in Campobasso alla Via delle Frasche, 39 – C.F. e P.IVA 01808270704;

5) darsi atto 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. – Via delle Frasche, 39 - Campobasso Partita IVA 01808270704, ferma restando peraltro ogni opportuna successiva valutazione connessa alla richiesta formulata della società Scarnata costruzioni s.r.l. di attendere il parere dell'Anac, cui ci si riserva di aderire, e il giudizio Tar Molise, come comunicato all'Amministrazione procedente con le note richiamate in premessa”.

2. Ritenendo che l'aggiudicazione a favore della ITALSCAVI disposta con la determina dirigenziale n. 75/2020 fosse illegittima, la società SCARNATA proponeva i seguenti motivi di ricorso:

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.;

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.

Con il primo motivo di ricorso, in sintesi, si censura la scelta dell'amministrazione di disporre l'aggiudicazione alla ITALSCAVI Costruzioni (nei termini precisati in delibera), in violazione del principio di continuità nel possesso dei requisiti di partecipazione alla gara.

Sul punto in particolare si evidenzia che:

- la ITS, nel periodo che va dal 26.09.2018 (affitto di azienda a favore della ITS) al 18.12.2018 (conseguimento dell'attestazione SOA), non fosse in possesso dell'attestazione SOA, e dunque vi sarebbe una violazione del principio di continuità nel possesso dei requisiti di partecipazione;

- la ITALSCAVI, a seguito dell'affitto di azienda, sia decaduta dalla attestazione SOA (non avendo chiesto alcuna revisione dell'attestato, nemmeno alla scadenza

triennale).

Con il secondo motivo di ricorso, invece, si contesta la scelta dell'amministrazione di aggiudicare a favore della ITALSCAVI in assenza di una pronuncia giudiziale che dichiarasse l'inefficacia del contratto nel frattempo stipulato con la SCARNATA.

3. La ricorrente ha presentato, inoltre, istanza ex art. 116, comma 2, c.p.a. avverso un diniego di accesso agli atti di una diversa procedura di gara in cui avevano partecipato sia l'odierna ricorrente che la ITS costruzioni s.r.l.

La richiesta di accesso è stata negata dalla stazione appaltante rilevando una carenza di interesse della ricorrente alla ostensione.

In questa sede la ricorrente ripropone istanza di accesso chiedendo a questo Collegio di ordinare l'esibizione dei seguenti documenti relativi alla gara per l'affidamento dei lavori di *“adeguamento sismico ed adeguamento antincendio della palestra istituto «Boccardi» di Termoli”*:

- il DGUE e la documentazione ad esso allegata esibiti dalla ITS Costruzioni s.r.l.;
- il verbale della commissione di gara/RUP con cui la ITS è stata ammessa in gara con riserva;
- la comunicazione trasmessa dalla Provincia di Campobasso alla ITS Costruzioni s.r.l. di ammissione al soccorso istruttorio, con relativo numero di protocollo;
- l'eventuale riscontro alla predetta comunicazione con allegata documentazione trasmessa dalla ITS Costruzioni s.r.l.;
- la segnalazione trasmessa all'ANAC relativa al mancato utilizzo del soccorso istruttorio da parte della ITS Costruzioni s.r.l., con relativo numero di protocollo.

La ricorrente, in particolare, ritiene di aver interesse all'ostensione di tali documenti *“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".

4. ITALSCAVI Costruzioni s.r.l., ITS Costruzioni s.r.l. e la Provincia di Campobasso si sono costituite per resistere al ricorso, proponendo eccezioni di rito e controdeducendo nel merito.

5. Ragioni della decisione

In via preliminare va analizzata l'eccezione di inammissibilità/improcedibilità del ricorso sollevata dalle odierne controinteressate.

La difesa di ITS e di ITALSCAVI sostiene che il provvedimento in questa sede gravato sarebbe privo di autonoma efficacia lesiva, dovendosi quest'ultima ricondurre all'originaria aggiudicazione, in favore dell'ITALSCAVI, ripristinata per effetto della pronuncia di secondo grado, rispetto alla quale la delibera impugnata si porrebbe in ottemperanza.

Tale eccezione è priva di fondamento. La determina n. 75/2020, difatti, 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. Il presente ricorso, in particolare, è volto a far valere vizi propri del nuovo provvedimento di aggiudicazione che non erano predicabili nei confronti dell'originaria aggiudicazione (dato che all'epoca non era ancora avvenuta la modifica soggettiva); deve dunque concludersi per l'autonoma lesività, nei confronti del ricorrente, del provvedimento in questa sede impugnato e conseguentemente respingersi l'eccezione di inammissibilità. Peraltro occorre precisare che l'esame delle pretese fatte valere nel presente giudizio non è precluso dalla portata del giudicato della sentenza del Consiglio di Stato n. 6793/2019; ciò in quanto gli aspetti contestati in questa sede non sono stati esaminati da quella pronuncia, poiché riferiti ad una realtà fattuale (l'affitto di azienda) non emersa in quel contenzioso, e non conoscibile dal ricorrente, 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 sentenza

del Consiglio di Stato n. 6793/2019.

Deve inoltre chiarirsi 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 esonera di certo l'Amministrazione dalla verifica in ordine al mantenimento dei requisiti necessari ai fini della “nuova” aggiudicazione e quindi, anche sotto tale profilo, va affermato l'interesse del secondo graduato a contestare le eventuali illegittimità che si verificano in tale fase finale della procedura di gara (si veda Tar Molise 24 febbraio 2020, n. 64).

Sempre in via preliminare, considerato che, con il primo motivo di ricorso, la violazione del principio di continuità nel possesso dei requisiti di qualificazione viene predicato sia nei confronti della ITS e che della ITALSCAVI, si deve chiarire che tali censure sono ammissibili solo per quel che riguarda la posizione della ITALSCAVI che è il soggetto indicato come dell'aggiudicazione nel provvedimento impugnato.

Vanno viceversa dichiarate inammissibili le censure rivolte avverso quella parte del provvedimento in cui l'amministrazione, preso atto della cessione del ramo di azienda dalla ITALSCAVI alla ITS, preannuncia l'eventuale stipula del contratto con quest'ultimo soggetto, previa verifica del possesso dei requisiti generali e speciali richiesti *ex lege*. Difatti, in disparte al rilievo che si tratta di censure avverso un evento futuro ed incerto, per cui difetta l'attualità della lesione, l'odierna ricorrente è priva di ogni legittimazione a far valere vizi che riguardano la fase successiva all'aggiudicazione.

Tanto premesso, il presente scrutinio deve limitarsi alla verifica se l'aggiudicazione disposta a favore della ITALSCAVI sia avvenuta in violazione del principio di continuità nel possesso dei requisiti di qualificazione.

Ai fini della soluzione di tale motivo di ricorso appare opportuno richiamare, preliminarmente, il contenuto e la ratio del principio di continuità nel possesso dei

requisiti di qualificazione, per poi chiarire come lo stesso 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. tra le tante 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.

Sulla ratio di tale principio vale richiamare espressamente alcuni passaggi dell'Adunanza Plenaria, 20.07.2015 n. 8: *«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 (...))».

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”. Il che implica che l'attestazione SOA deve permanere durante tutte le fasi della procedura di gara e anche in fase di esecuzione.

I riflessi delle modifiche soggettive sull'attestazione SOA sono stati approfonditamente analizzati dalla giurisprudenza amministrativa. Vale richiamare, in particolare, Cons. Stato, sez. V, 16/01/2015, nella quale è stato chiarito 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. 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*”.

Tali principi, pur essendo stati affermati con specifico riferimento al caso della cessione di azienda, sono estensibili anche al caso dell'affitto di azienda (che ci occupa nel caso in esame), ravvisandosi, in entrambe le fattispecie, una modifica soggettiva dell'azienda.

In senso analogo l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 3/2017, 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 perdurare possesso in capo ad esso della presenza dei requisiti che avevano consentito l'originaria attestazione SOA.

Nel caso in esame, invece, dagli atti di causa non risulta che, a seguito dell'affitto del ramo di azienda alla ITS, la ITALSCAVI abbia ottenuto (né richiesto) una nuova attestazione. Ne consegue che la stessa non possa più valersi dell'attestazione SOA rilasciata sulla base di una realtà aziendale diversa rispetto a quella risultante a seguito dell'affitto.

Stante quando precede il primo motivo di ricorso va accolto.

Con un secondo motivo di ricorso si deducono vizi di violazione di legge ed eccesso di potere per avere l'amministrazione aggiudicato l'appalto a favore di ITALSCAVI nonostante l'assenza di declaratoria giudiziale di inefficacia del contratto medio tempore stipulato con la SCARNATA.

Tale motivo appare destituito di fondamento atteso che, a prescindere dalla questione se la portata del giudicato della pronuncia del Consiglio di Stato n. 6793/2019 si estendesse fino a imporre all'Amministrazione di dichiarare l'inefficacia del contratto medio tempore stipulato, è incontestabile che 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.

Va inoltre dichiarata inammissibile l'impugnativa del diniego di accesso agli atti essa perché la stessa è rivolta nei confronti di atti di una procedura di gara diversi da quella sottoposta all'odierno scrutinio e dunque difettano i presupposti di

connessione necessari affinché l'istanza di accesso possa essere analizzata nel corso del presente giudizio (articolo 116, comma 2, c.p.a.).

Peraltro la stessa, per come formulata, appare preordinata ad un controllo generalizzato dell'operato della p.a. e dunque andrebbe comunque respinta in applicazione dei principi giurisprudenziali elaborati in materia di accesso documentale.

6. Stante la complessità della questione trattata si ritiene di compensare le spese.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Molise (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei sensi di cui in motivazione e, per l'effetto, annulla gli atti impugnati, con conseguente diritto della ricorrente all'aggiudicazione della gara di appalto oggetto di giudizio.

Respinge l'istanza di accesso agli atti.

Spese compensate.

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

Così deciso in Campobasso nella camera di consiglio del giorno 10 giugno 2020 tenutasi mediante collegamento da remoto in videoconferenza, secondo quanto disposto dall'articolo 84, comma 6, del d.l. 17 marzo 2020, n. 18 con l'intervento dei magistrati:

Silvio Ignazio Silvestri, Presidente

Marianna Scali, Referendario, Estensore

Daniele Busico, Referendario

L'ESTENSORE
Marianna Scali

IL PRESIDENTE
Silvio Ignazio Silvestri

IL SEGRETARIO