

Publicato il 16/03/2020

N. 00475/2020 REG.PROV.COLL.
N. 00607/2019 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 607 del 2019, proposto da
EPA - Energia Protezione Ambiente S.r.l., in persona del legale
rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati
Giancarlo Pompilio, Claudia Parise, con domicilio digitale come da
PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Cassano all'Ionio, in persona del legale rappresentante
pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Agostino Meale, con
domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Hera Scavi e Restauri Archeologici S.r.l., in persona del legale
rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati
Valerio Zimatore e Giovanni Pravisani, con domicilio digitale come

da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo Studio del primo, in Catanzaro, alla via Buccarelli, n.49;

per l'annullamento

- a. della determinazione del Responsabile del Settore Lavori Pubblici del Comune di Cassano All'Jonio del 13 marzo 2019, n. 197, con cui è stata disposta la revoca in autotutela della determina del 18 gennaio 2019, n. 27, e la conseguente aggiudicazione definitiva alla seconda classificata HERA Scavi e Restauri Archeologici S.r.l. dei lavori per il recupero del complesso confiscato alla criminalità organizzata denominato Tre Ponti per l'avvio di micro iniziative imprenditoriali;
 - b. della nota del 22 marzo 2019, prot. n. 5150, con la quale è stato comunicato alla ricorrente ed a tutti gli altri partecipanti alla gara il provvedimento che precede;
 - c. del provvedimento di esclusione qualora esistente e comunque implicitamente derivante dal provvedimento stesso di revoca e nuova aggiudicazione;
 - d. della nuova aggiudicazione e della declaratoria di efficacia dell'aggiudicazione definitiva disposta ai sensi dell'art. 32, comma 8, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50;
 - e. degli atti tutti della istruttoria eventualmente compiuta e di tutti i verbali della Commissione di gara afferenti alla nuova aggiudicazione ed alla revoca dell'aggiudicazione provvisoria ed esclusione della ricorrente e di valutazione della offerta tecnica e dell'offerta economica della controinteressata;
- in via subordinata ed ove occorra, con disapplicazione delle Linee Guida ANAC 6/2016;

e per la declaratoria di inefficacia del conseguente contratto di appalto eventualmente stipulato *medio tempore* con la nuova aggiudicataria;

per l'accertamento, altresì, del diritto della ricorrente all'aggiudicazione definitiva dell'appalto;

e per la condanna in via subordinata, al risarcimento in forma specifica al subentro nel contratto, ovvero in via ulteriormente subordinata, al ristoro del danno subito dalla ricorrente.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Cassano all'Ionio e di HERA Scavi e Restauri Archeologici S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 12 febbraio 2020 il dott. Francesco Tallaro e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Rilevato in fatto e ritenuto in diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. – Dopo aver aggiudicato a EPA – Energia Protezione Ambientale S.r.l. l'appalto dei lavori per il recupero del complesso confiscato alla criminalità organizzata denominato Tre Ponti per l'avvio di micro iniziative imprenditoriali, il Comune di Cassano all'Ionio ha, con il provvedimento meglio indicato in epigrafe, revocato l'aggiudicazione e assegnato l'appalto alla seconda classificata HERA Scavi e Restauri Archeologici S.r.l.

Infatti, su sollecitazione della già citata seconda classificata, l'amministrazione ha ritenuto di attivare i poteri di autotutela dopo aver rilevato che il legale rappresentante e direttore tecnico

dell'aggiudicataria era stato legale rappresentante e direttore tecnico di Femotet S.p.a.

Tale ultima società aveva avuto in appalto il servizio di raccolta, trasporto e smaltimento dei rifiuti solidi urbani, nonché la gestione della discarica comunale, rendendosi responsabile di numerosi inadempimenti, anche con riferimento agli obblighi retributivi e contributivi nei confronti dei dipendenti.

Dunque, in forza dell'art. 80, comma 5, lett. c) d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, letto alla luce delle linee guida ANAC n. 6, è stato ritenuto che EPA non fosse dotata di uno dei necessari requisiti di professionalità, essendosi resa responsabile di gravi illeciti professionali.

2. – EPA ha impugnato l'atto di esclusione, con ricorso cui hanno resistito tanto il Comune di Cassano all'Jonio, tanto la controinteressata HERA.

Le parti hanno discusso all'udienza pubblica del 12 febbraio 2020, all'esito della quale il ricorso è stato spedito in decisione.

3. – Con il primo motivo di ricorso si sostiene l'eccesso di potere per sviamento dall'interesse pubblico, anche in violazione dell'art. 120, comma 2-*bis* c.p.a.

In particolare, l'amministrazione avrebbe attivato i propri poteri di autotutela solo su sollecitazione della seconda classificata dopo che era decorso inutilmente il termine per impugnare il provvedimento di ammissione della EPA alla gara. Nel verificare nuovamente i requisiti di partecipazione della ricorrente, il Comune intimato non avrebbe quindi perseguito un interesse pubblico.

Il motivo è privo di fondamento.

In primo luogo, l'amministrazione può attivare i propri poteri di autotutela sia spontaneamente, sia su segnalazione di terzi.

In secondo luogo, la pubblica amministrazione può pacificamente intervenire in via di autotutela, anche dopo la conclusione della gara, annullando l'aggiudicazione, proprio per la ritenuta mancanza di un requisito di partecipazione, la cui relativa verifica, pertanto, può essere effettuata in qualsiasi momento, avuto in particolare riguardo allo specifico momento in cui sia stata acquisita la piena conoscenza in ordine alla mancanza dello stesso (TAR Lazio – Roma, Sezione II-ter, 9 maggio 2011, n. 3994; TAR Lazio – Roma, Sez. II, 13 luglio 2012, n. 6405, sia pure con riferimento al codice previgente), posto che nelle gare di appalto per l'aggiudicazione di contratti pubblici i requisiti generali e speciali devono essere posseduti dai candidati non solo alla data di scadenza del termine per la presentazione della richiesta di partecipazione alla procedura di affidamento, ma anche per tutta la durata della procedura stessa fino all'aggiudicazione definitiva ed alla stipula del contratto, nonché per tutto il periodo dell'esecuzione dello stesso, senza soluzione di continuità (Cons. Stato, Ad.Plen., 20 luglio 2015, n. 8).

4. – Con il secondo e il terzo motivo di ricorso, da esaminare congiuntamente perché strettamente connessi, si lamenta che la stazione appaltante abbia illegittimamente riscontrato una causa di esclusione dalla procedura di evidenza pubblica non tipizzata dalla normativa, imputando alla ricorrente inadempimenti che in realtà riguardano un soggetto giuridico del tutto distinto.

Così, avrebbe violato il principio di tipicità delle cause di esclusione.

Peraltro, gli inadempimenti imputati alla Femotet non assumerebbero, secondo la prospettazione attorea, profili di gravità tali da legittimare l'esclusione da una procedura di evidenza pubblica.

5. – Il Collegio deve preliminarmente osservare che la semplice lettura del provvedimento impugnato rivela come il Comune di Cassano all'Ionio abbia direttamente imputato alla EPA i gravi illeciti professionali commessi dalla Femotet, ritenendo così direttamente integrata la causa di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. d) d.lgs. n. 50 del 2016.

Il Collegio ritiene che le valutazioni dell'amministrazione, per le ragioni di seguito indicate, sfuggano alle critiche mossegli.

6. – È principio generalmente accettato quello secondo cui l'ordinamento è caratterizzato da un generale divieto di abuso di ogni posizione soggettiva.

Tale divieto scaturisce dall'art. 2 Cost., che impone ai consociati l'obbligo di solidarietà sociale, e trova armonicamente consonante l'art. 1175 c.c., che impone all'obbligato di tenere una condotta conforme alla buona fede, e l'art. 88 c.p.c., che attribuisce alle parti e ai difensori di un processo il dovere di comportarsi con lealtà e probità.

6.1. – Il divieto di abuso delle posizioni giuridiche soggettive ha avuto ampia applicazione in campo processuale, sia d'innanzi al giudice ordinario, sia presso questo plesso di giurisdizione.

Così, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione (Cass. Civ., Sez. Un., 15 novembre 2007, n. 23726) hanno ritenuto abusivo l'artificiale frazionamento in giudizio del credito.

Dal canto suo, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (Cons. Stato, Ad. Plen., 23 marzo 2011, n. 3) ha ritenuto che, anche in

fattispecie verificatesi già prima dell'entrata in vigore del codice del processo amministrativo, il giudice possa valorizzare la mancata impugnazione del provvedimento amministrativo lesivo, scelta sino a quel momento ritenuta gelosamente riservata all'insindacabile sfera di autonomia del privato, ai fini della selezione dei danni ristorabili nel contesto della successiva azione risarcitoria.

La vigenza del principio è stata riconosciuta anche laddove si è ritenuta inammissibile, perché abusiva, l'impugnazione in punto di giurisdizione proposta dalla parte che aveva proposto l'azione, così operando l'individuazione del giudice dotato di giurisdizione (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 7 febbraio 2012, n. 656).

6.2. – Anche nel diritto sostanziale amministrativo ha trovato applicazione il divieto di abuso delle posizioni giuridiche soggettive, soprattutto al fine di impedire che, attraverso l'uso distorto degli schermi societari si aggirino i limiti normativi in tema di requisiti soggettivi di partecipazione alle procedure di evidenza pubblica. (cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 16 ottobre 2013, n. 23; ma già in passato Cons. Stato, Sez. V, 15 giugno 2001, n. 3188)

In particolare, è stato chiarito (Cons. Stato, Sez. V, 23 marzo 2015, n. 1557, sia pure incidentalmente) come la distinzione soggettiva tra imprenditore individuale e società con personalità giuridica di cui lo stesso in ipotesi faccia parte trova un limite nei casi in cui sia configurabile un abuso della personalità giuridica, quando cioè si dimostri che lo schermo societario sia stato appositamente frapposto al fine di eludere l'applicazione delle norme sui requisiti di partecipazione.

In altri casi, la giurisprudenza di merito (TAR Lazio - Roma, Sez. II, 18 giugno 2019, n. 7893) ha ritenuto che, al fine di intendere la vera

natura del concorrente intenzionato a diventare socio operativo di una società a capitale misto, fosse corretto guardare *dietro* allo schermo della personalità giuridica, valorizzando il distinto criterio sostanzialistico che si incentra sulla *"spendita dell'interesse"*.

7. – Nel caso di specie, correttamente l'amministrazione intimata ha colto, dietro lo schermo delle due diverse persone giuridiche, un unico centro di imputazione degli interessi.

Nel provvedimento impugnato è posta in evidenza l'identità di legale rappresentante e direttore tecnico di entrambe le società; ma sono emersi in questa sede anche ulteriori elementi, dedotti dalla controinteressata senza alcuna contestazione da parte della ricorrente:

- a) la sede legale di entrambe le società è la stessa;
- b) la EPA è una S.r.l. unipersonale con socio unico sempre Goffredo Labozzetta, il quale possiede direttamente anche il 48,5% del capitale della Femotet e possiede indirettamente (per il tramite della EPA, posseduta – come detto – al 100%) un ulteriore 3% del capitale della medesima società, le cui restanti quote, pari al 48,5%, appartengono Francesco Labozzetta, evidentemente al primo legato da vincoli parentali;
- c) in data 1 agosto 2016 è stato stipulato un contratto di affitto di azienda a favore della EPA, con il quale le parti hanno pattuito il trasferimento di *"tutti gli elementi che concorrono a formare il patrimonio aziendale (...) e quant'altro necessario per il regolare esercizio dell'azienda (...) esclusi i debiti ed i crediti"*, specificando altresì che tutti *"i rapporti di lavoro continueranno con la società conduttrice ed i lavoratori conserveranno tutti i diritti"* e che *"la società conduttrice subentra da oggi nei contratti stipulati dalla società locatrice, sia attivi che passivi"*;

d) successivamente, in data 23 dicembre 2016, la Femotet ha stipulato con la EPA un contratto di cessione di azienda in favore di quest'ultima.

8. – Ebbene, trattandosi di un unico centro di interessi, correttamente l'amministrazione ha ritenuto che degli inadempimenti dell'una debba tenersi conto anche con riguardo alla posizione dell'altro.

D'altro canto, ciò doveva avvenire a maggior ragione in considerazione del fatto che EPA abbia acquisto l'azienda già esercita da Femotet.

Infatti, di recente è stato stabilito che *“la responsabilità per fatto di soggetto giuridico terzo a cui soggiace il cessionario trova risposta nel principio ubi commoda, ibi commoda: il cessionario, come si avvale dei requisiti del cedente sul piano della partecipazione a gare pubbliche, così risente delle conseguenze, sullo stesso piano, delle eventuali responsabilità del cedente”*; inoltre, *“con riferimento alla causa di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c) del D.lgs. 50/2016 ... rileva la sostanziale continuità tra precedente e nuova gestione imprenditoriale”* (TAR Piemonte, Sez. I, 21 novembre 2019, n. 1161).

9. – Gli illeciti professionali commessi dalla Fememot, dal canto loro, sono puntualmente indicati nel provvedimento impugnato e appaiono di gravità tale da pregiudicare il rapporto di fiducia che deve sussistere tra stazione appaltante e appaltatore.

Si tratta, in particolare, della reiterata mancata corresponsione della retribuzione ai lavoratori e al mancato versamento dei loro contributi previdenziali; dell'omissione del taglio ed estirpazione dell'erba dai marciapiedi e della pulizia delle aree scoperte presso plessi scolastici, delegazioni, parchi e giardini, dell'omissione del servizio di

spazzamento e manutenzione aree a verde; della mancanza di un adeguato numero di autocompattatori; del mancato smaltimento di cumuli di erba ed ingombranti; della mancata esecuzione del servizio di carico, trasporto e smaltimento ingombranti depositati in discarica.

10. – Secondo e terzo motivo di ricorso sono dunque infondati.

11. – Con l'ultimo motivo di doglianza si eccepisce la mancata comunicazione di avvio del procedimento, che avrebbe impedito un'adeguata partecipazione endoprocedimentale alla società ricorrente.

In realtà, la sussistenza di gravi illeciti professionale rilevanti rende vincolata la revoca dell'aggiudicazione, sicché la mancata instaurazione del contraddittorio endoprocedimentale scolora a mera irregolarità ai sensi dell'art. 21-*octies*, comma 2, ultimo periodo, l. 7 agosto 1990, n. 241.

12. – In conclusione, il ricorso va respinto, senza che sia necessario esaminare l'eccezione di inammissibilità sullo stesso sollevata ad opera di HERA.

Le spese di lite debbono essere regolate secondo il principio della soccombenza.

P.Q.M.

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

Condanna EPA – Energia Protezione Ambiente S.r.l., in persona del suo legale rappresentante *pro tempore*, alla rifusione, in favore del Comune di Cassano all'Ionio, in persona del Sindaco in carica, e di HERA Scavi e Restauri Archeologici S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, delle spese e competenze di lite, che

liquida nella misura complessiva di € 2.500,00 per ciascuno, oltre al rimborso delle spese generali nella misura del 15%, nonché oltre a IVA e CPA come per legge.

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

Così deciso in Catanzaro nella camera di consiglio del giorno 12 febbraio 2020 con l'intervento dei magistrati:

Giancarlo Pennetti, Presidente

Francesco Tallaro, Primo Referendario, Estensore

Domenico Gaglioti, Referendario

L'ESTENSORE
Francesco Tallaro

IL PRESIDENTE
Giancarlo Pennetti

IL SEGRETARIO