

Publicato il 27/02/2020

N. 00193/2020 REG.PROV.COLL.  
N. 00804/2019 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 il Veneto**

**(Sezione Prima)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 804 del 2019, integrato da motivi aggiunti, proposto da

Lares Lavori di Restauro s.r.l., Lithos s.r.l., R.W.S. s.r.l., Gemmo s.p.a., Dz Engineering s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentate e difese dagli avvocati Nicola Creuso, Vittorio Domenichelli e Alessandro Righini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

*contro*

Comune di Verona, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Giovanni Michelin e Fulvia Squadroni, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

*nei confronti*

Società Cooperativa Archeologia e CME Consorzio Imprenditori Edili soc. coop., in proprio e quali, rispettivamente, capogruppo mandataria e mandante del costituendo RTI, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentate e difese dagli avvocati Gerolamo Angotti e Simone Uliana, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Soa Group Società Organismo di Attestazione s.p.a. non costituita in giudizio;

*per l'annullamento*

*previa sospensione,*

per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

- della Determinazione n. 2800 del 6 giugno 2019 a firma del Dirigente della Direzione edilizia monumentale civile ed impiantistica del Comune di Verona, comunicata a Lares Lavori di Restauro s.r.l. il 10 giugno 2019, con cui è stata aggiudicata al RTI tra Società Cooperativa Archeologia e CME Consorzio Imprenditori Edili la ‘procedura aperta telematica per l'appalto degli interventi per la conservazione, valorizzazione e fruizione dell'anfiteatro romano “Arena di Verona” come luogo della cultura e dello spettacolo – art bonus - lotto 2' (CIG 7639215FA1), nonché della nota del Comune di Verona del 10 giugno 2019 con cui è stata rigettata la richiesta formulata dalle ricorrenti per l'esclusione dalla procedura del predetto RTI;

- di ogni ulteriore atto comunque connesso per presupposizione o consequenzialità, ivi compresi, per quanto occorrer possa, tutti i verbali di gara, nella parte in cui non si è proceduto all'esclusione dalla gara del R.T.I. aggiudicatario e la *lex specialis* della procedura, e

in particolare il Disciplinare di gara, qualora interpretata nel senso di ostare all'esclusione del predetto RTI;

nonché per la dichiarazione di inefficacia del contratto d'appalto che dovesse essere stipulato tra il Comune di Verona e il RTI tra Società Cooperativa Archeologia e CME Consorzio Imprenditori Edili;

e per la condanna della resistente Amministrazione al risarcimento del danno mediante reintegrazione in forma specifica con aggiudicazione della gara alle ditte ricorrenti e conseguente stipulazione del contratto o subentro in esso.

Per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati dalle ricorrenti in data 25 settembre 2019:

- della nota del Dirigente Direzione edilizia monumentale civile ed impiantistica del Comune di Verona del 5 agosto 2019, trasmessa via pec il 7 agosto 2019.

Per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati dalle ricorrenti il 16 dicembre 2019:

- della nota del 29 novembre 2019 con cui il Dirigente Direzione edilizia monumentale civile ed impiantistica del Comune di Verona, a riscontro della istanza formulata dai legali del RTI ricorrente, ha ritenuto insussistenti i presupposti per escludere dalla procedura di gara il RTI guidato da Cooperativa Archeologia e per intervenire in autotutela sul provvedimento di aggiudicazione;

- per motivi nuovi e ulteriori rispetto a quelli già fatti valere in giudizio, della Determinazione n. 2800 del 6 giugno 2019 a firma del Dirigente della Direzione edilizia monumentale civile ed impiantistica del Comune di Verona di aggiudicazione definitiva della gara in favore del RTI tra Società Cooperativa Archeologia e CME Consorzio Imprenditori Edili e della nota del Comune di Verona del

10 giugno 2019 con cui è stata rigettata la richiesta formulata dalle ricorrenti per l'esclusione dalla procedura del predetto RTI e della nota del Dirigente Direzione edilizia monumentale civile ed impiantistica del Comune di Verona del 5 agosto 2019, trasmessa via pec il 7 agosto 2019

e, in ogni caso,

per l'accertamento

della doverosità dell'esclusione dalla procedura di gara del RTI guidato da Cooperativa Archeologia in ragione della annotazione interdittiva iscritta il 5 ottobre 2019 nel casellario informatico tenuto dall'Osservatorio dell'ANAC a carico della mandataria Cooperativa Archeologia e dell'obbligo della stazione appaltante di dare atto dell'impossibilità di sottoscrivere il contratto d'appalto con il predetto raggruppamento e di provvedere sugli effetti dell'aggiudicazione, dichiarando la decadenza del RTI aggiudicatario dall'aggiudicazione medesima ovvero dichiarando la sopravvenuta inefficacia di quest'ultima e, in ogni caso, intervenendo su di essa, anche se del caso annullandola o revocandola, e rendendola priva di ogni effetto;

nonché per la dichiarazione di inefficacia

del contratto d'appalto che dovesse essere stipulato tra il Comune di Verona e il RTI tra Società Cooperativa Archeologia e CME Consorzio Imprenditori Edili

e per la condanna

della resistente Amministrazione al risarcimento del danno mediante reintegrazione in forma specifica con aggiudicazione della gara alle ditte ricorrenti e conseguente stipulazione del contratto o subentro in esso.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Verona e di Società Cooperativa Archeologia e CME Consorzio Imprenditori Edili soc. coop.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 22 gennaio 2020 la dott.ssa Silvia De Felice e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO

1. Con ricorso introduttivo le ricorrenti - in proprio e quali componenti del RTI con capogruppo mandataria Lares Lavori di Restauro s.r.l. (di seguito solo RTI Lares) - hanno impugnato la determinazione di aggiudicazione a favore del RTI concorrente tra Società Cooperativa Archeologia e CME Consorzio Imprenditori Edili (di seguito solo RTI Archeologia), della gara aperta, da svolgersi su piattaforma telematica e da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, avente ad oggetto *“l'appalto degli interventi per la conservazione, valorizzazione e fruizione dell'anfiteatro romano “Arena di Verona” come luogo della cultura e dello spettacolo – art bonus - lotto 2’ (CIG 7639215FA1)”*, con importo complessivo posto a base di gara pari a euro 9.631.190,00.

2. In punto di fatto le ricorrenti hanno esposto quanto segue.

- l'importo complessivo posto a base di gara comprendeva lavorazioni afferenti alla categoria prevalente OS2-A (riguardanti le “superfici decorate di beni immobili del patrimonio culturale e beni culturali mobili di interesse storico, artistico, archeologico ed

etnoantropologico”), del valore di Euro 5.169.838,17, e lavorazioni di cui alla categoria scorporabile OS-30 (“impianti interni elettrici, telefonici, radiotelefonici e televisivi”), a qualificazione obbligatoria e subappaltabili nei limiti del 30%, del valore complessivo di Euro 3.233.474,14;

- l'art. 13 del disciplinare di gara (rubricato “requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa”) prescriveva che *“a pena di esclusione” i concorrenti dovevano possedere una “attestazione, rilasciata da società organismo di attestazione (SOA) regolarmente autorizzata, in corso di validità, che documenti, ai sensi degli artt. 84 del Codice e 61 del Regolamento, la qualificazione in categorie e classifiche adeguate ai lavori da assumere (tenendo conto anche delle modifiche contrattuali)”*, evidenziando che *“le categorie richieste per partecipare sono OS2-A, class. VI o superiore e OS30, class. IV-Bis o superiore”*;

- il medesimo art. 13 del disciplinare di gara, inoltre, prevedeva espressamente che il concorrente avrebbe potuto essere privo di una adeguata qualificazione SOA nelle ulteriori categorie scorporabili OG2, OS25 e OS18-A previste dall'appalto, precisando tuttavia che per tali lavorazioni avrebbe dovuto dichiarare l'obbligatorietà del relativo subappalto a soggetti qualificati;

- nel presentare la propria offerta, Cooperativa Archeologia e CME dichiaravano espressamente la volontà di partecipare nella forma di RTI di tipo verticale, nell'ambito del quale la mandataria Cooperativa Archeologia assumeva il 100% delle lavorazioni afferenti alla categoria prevalente OS2-A e il 100% di quelle di cui alle categorie OG2, OS6, OS7, OS-18 A e OS25, mentre la mandante CME assumeva il 100% della categoria OS30, dichiarando il possesso di

una attestazione SOA OS30 nella classifica IV bis, così come richiesto dal disciplinare;

- il RTI Cooperativa Archeologia, inoltre, si impegnava verso la stazione appaltante a subappaltare i soli lavori di cui alla categoria OS18-A ed esprimeva una mera intenzione di subappalto (facoltativo) in relazione alle lavorazioni afferenti alle categorie OS6 e OS30;

- all'esito delle operazioni di gara, alla quale prendevano parte tredici concorrenti, il RTI Archeologia si collocava al primo posto in graduatoria e il RTI Lares al secondo posto;

- Lares, dunque, segnalava alla stazione appaltante che nel corso della gara la ditta CME, mandante del RTI Archeologia, avrebbe perso uno dei requisiti di carattere tecnico-economico utilizzati per poter concorrere validamente alla procedura e, segnatamente, la qualificazione SOA necessaria in relazione alle lavorazioni impiantistiche di categoria OS30, assunte dalla stessa al 100%;

- in particolare, all'esito del rinnovo quinquennale della attestazione SOA originariamente utilizzata per partecipare alla gara, in data 12 marzo 2019 CME avrebbe ottenuto una nuova attestazione n. 20761/11/00, mai comunicata alla stazione appaltante, che con riferimento alla categoria OS30 la abilitava all'assunzione di lavorazioni sino alla sola classifica IV, rispetto alla IV *bis* della certificazione precedente;

- alla richiesta di chiarimenti formulata dalla stazione appaltante in data 7 maggio 2019 il RTI Archeologia rispondeva in data 21 maggio 2019 precisando che:

a) il rilascio dell'attestazione SOA in OS30 class. IV, intervenuto il 12 marzo 2019, era imputabile ad un "mero refuso" dell'Organismo di

attestazione, che non aveva rilevato che il 28 febbraio 2019 era stato pubblicato sul sito dell'ANAC un nuovo certificato di esecuzione lavori, emesso dall'Azienda U.S.L. di Bologna, il cui importo avrebbe consentito all'operatore economico di conseguire un'attestazione in OS30, class. IV *bis*;

b) a fronte della segnalazione di tale errore Soa Group s.p.a. si era attivata immediatamente, qualificando CME in OS30, classifica V, mediante una nuova attestazione SOA n. 21014/11/00, rilasciata il 17 maggio 2019;

c) il requisito inerente la categoria OS30 previsto dal bando sarebbe stato comunque soddisfatto dalla mandante CME, sino alla concorrenza di almeno il 70%, con la propria SOA in classifica IV; e per la parte residua mediante subappalto, che il RTI si era riservato in via facoltativa per tali lavorazioni entro il limite del 30%, e mediante copertura da parte della mandataria Cooperativa Archeologia, utilizzando la propria qualificazione nella categoria prevalente OS2-A;

- all'esito delle verifiche, preso atto dei chiarimenti forniti dal RTI Archeologia, il Comune disponeva l'aggiudicazione definitiva a favore della stessa.

3. Con il ricorso le ricorrenti lamentano, in estrema sintesi, che le giustificazioni addotte dal RTI Archeologia sarebbero infondate e indimostrate, poiché la prima attestazione SOA del 12 marzo 2019 non sarebbe affatto dipesa da un semplice errore di Soa Group e la successiva attestazione per la classificazione V sarebbe scaturita, piuttosto, da una nuova e specifica richiesta di incremento della categoria, ossia da un atto integrativo del precedente contratto stipulato ad ottobre 2018 con l'organismo di attestazione.

In sostanza, il RTI controinteressato, da un lato, avrebbe tenuto un comportamento omissivo, non comunicando alla stazione appaltante la certificazione del 12 marzo 2019 in classifica IV, e dall'altro lato avrebbe fornito informazioni fuorvianti e non veritiere per condizionare le scelte dell'Amministrazione, incorrendo così nelle cause di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c *bis* e f *bis* del d.lgs. n. 50 del 2016.

4. Le ricorrenti hanno formulato, in particolare, i seguenti motivi di censura.

I) *“Violazione e falsa applicazione di legge e di lex specialis: violazione e falsa applicazione dell'art. 80, comma 5, lett. c bis e f bis del D.Lgs. n. 50/2016 e dell'art. 3 del Disciplinare di gara. Eccesso di potere per difetto di istruttoria e di motivazione, erroneità dei presupposti, manifesta irragionevolezza e illogicità”*, atteso che il rilascio del certificato del 12 marzo 2019 nella insufficiente classifica IV non sarebbe affatto dipeso da un errore di Soa Group, come dichiarato dal RTI Archeologia, ma da una nuova richiesta di attestazione nella classifica superiore, sulla base di documenti nuovi, mai messi a disposizione nella fase precedente.

Perciò, il RTI aggiudicatario - dichiarando l'esistenza di un mero rifiuto da parte di Soa Group nell'emissione dell'attestato del 12 marzo 2019 e il rilascio della nuova certificazione come mera conseguenza della segnalazione e della correzione di tale errore - avrebbe reso alla stazione appaltante informazioni non veritiere e fuorvianti idonee a influenzare le determinazioni che l'ente avrebbe dovuto assumere nell'ambito della procedura di gara, per indurla a ritenere che il requisito fosse stato invece posseduto in modo ininterrotto.

Tale condotta comporterebbe - di per sé e indipendentemente da ogni ulteriore indagine circa l'effettivo possesso dei requisiti di qualificazione prescritti - la doverosa esclusione del RTI dalla gara ai sensi di quanto disposto dall'art. 80, comma 5, lett. c *bis* e lett. f *bis*.

Inoltre, anche prima dei chiarimenti e delle giustificazioni resi a maggio 2019, il RTI controinteressato avrebbe tenuto un comportamento sanzionabile con l'esclusione, essendosi limitata a dichiarare alla stazione appaltante di aver stipulato tempestivamente il contratto con Soa Group per il rinnovo dell'attestazione, omettendo tuttavia di informare che la nuova attestazione del 12 marzo 2019 era stata rilasciata per la classifica IV, insufficiente per la partecipazione alla gara e l'aggiudicazione dell'appalto.

II) *“Violazione e falsa applicazione della lex specialis: violazione e falsa applicazione degli artt. 9, 12 e 16 del Disciplinare di gara. Violazione e falsa applicazione dell'art. 92 del D.P.R. n. 207/2010. Violazione e falsa applicazione dell'art. 12 del D.L. n. 47/2014, nonché del D.M. n. 248/2016. Violazione del principio che postula la necessità di possedere 'senza soluzione di continuità' i requisiti prescritti per tutto l'arco della procedura di gara. Eccesso di potere per difetto di istruttoria e di motivazione e per violazione del principio di par condicio”*.

Secondo le ricorrenti, indipendentemente dall'esistenza di un comportamento scorretto del RTI controinteressato, passibile di per sé di esclusione, non vi sarebbe continuità nel possesso della necessaria qualifica, atteso che nel caso di specie non potrebbe trovare applicazione il principio di ultravigenza della SOA, in base al quale non vi è soluzione di continuità tra le attestazioni se l'impresa presenta istanza di rinnovo nei termini previsti dalla legge, e cioè novanta giorni precedenti la scadenza del termine di validità.

Ed invero, nel caso di specie il procedimento di rinnovo dell'attestazione, seppure tempestivamente avviato da CME con il contratto sottoscritto in data 11 ottobre 2018, si sarebbe definitivamente concluso in data 12 marzo 2019, con il rilascio dell'attestazione n. 20761/11/00 con classifica IV per la categoria OS30.

Pertanto, fino al rilascio del nuovo certificato del 17 maggio 2019, conseguente ad una nuova istruttoria e perciò privo di efficacia retroattiva, il RTI aggiudicatario non avrebbe posseduto il requisito di partecipazione prescritto dalla legge di gara.

Inoltre, secondo le ricorrenti, il RTI aggiudicatario per coprire il requisito prescritto non potrebbe avvalersi nemmeno del subappalto necessario qualificante, dal momento che tale istituto risulterebbe ormai abrogato per le categorie così dette SIOS o "super specialistiche" e lo stesso non sarebbe stato consentito dalla legge di gara per la categoria OS30; peraltro, nel caso di specie non sussisterebbero i presupposti prescritti dalla vigente normativa per potersi supplire alla carenza parziale di qualificazione di CME per la categoria OS30, in parte mediante il subappalto necessario qualificante e in parte grazie alla qualificazione sovrabbondante della mandataria nella categoria prevalente.

5. Si è costituito in giudizio il Comune di Verona, confermando la legittimità del proprio operato.

Lo stesso evidenzia, in particolare, di aver svolto i necessari approfondimenti istruttori, chiedendo per due volte chiarimenti a Soa Group, in ordine alle modalità di rilascio delle attestazioni del 12 marzo 2019 e del 17 maggio 2019 a CME, e di aver quindi accertato

in capo alla società e al RTI aggiudicatario il possesso continuativo dei requisiti di partecipazione prescritti dalla legge di gara.

6. Si sono costituite in giudizio anche le controinteressate Società Cooperativa Archeologia e CME Consorzio Imprenditori Edili Società Cooperativa, in proprio e in qualità di mandataria e mandante del RTI, resistendo nel merito alle pretese attoree.

Con la memoria depositata in vista della camera di consiglio del 4 settembre 2019, fissata per la trattazione dell'istanza cautelare, la parte controinteressata ha eccepito per la prima volta l'improcedibilità del ricorso introduttivo, per la mancata impugnazione della nota prot. n. 0268238 del 7 agosto 2019, sopravvenuta in corso di giudizio, con la quale il Comune ha comunicato alle parti l'esito dei nuovi accertamenti svolti e dei nuovi chiarimenti forniti in data 22 luglio 2019 da Soa Group, confermando l'aggiudicazione a favore del RTI Archeologia.

7. Alla camera di consiglio del 4 settembre 2019 le ricorrenti hanno rinunciato all'istanza cautelare, insistendo tuttavia per l'accoglimento dell'istanza istruttoria formulata con il ricorso introduttivo, con la quale si chiedeva all'adito Tribunale di acquisire chiarimenti da parte di Soa Group circa le modalità di rilascio delle attestazioni a CME.

Con ordinanza collegiale n. 957 del 10 settembre 2019 il Collegio non ha ritenuto necessario chiedere in via istruttoria ulteriori chiarimenti a Soa Group, vista la documentazione già versata in atti e tenuto conto di quanto emerso dalla discussione svoltasi in contraddittorio tra le parti in occasione della camera di consiglio.

8. Le odierne ricorrenti in data 11 settembre 2019 hanno notificato un primo ricorso per motivi aggiunti impugnando la nota prot. n. 0268238 del 7 agosto 2019, adottata dal Comune per comunicare gli

esiti dell'ulteriore istruttoria, pur ritenendola priva di valore provvedimentale, in quanto meramente confermativa del precedente provvedimento di aggiudicazione.

Sono state formulate le seguenti censure.

I) Quanto al primo motivo del ricorso introduttivo, le ricorrenti confermano i vizi di *“Violazione e falsa applicazione di legge e di lex specialis: violazione e falsa applicazione dell’art. 80, comma 5, lett. c bis e f bis del D.Lgs. n. 50/2016 e dell’art. 3 del Disciplinare di gara; Eccesso di potere per difetto di istruttoria e di motivazione, erroneità dei presupposti, manifesta irragionevolezza e illogicità”*.

Ad avviso delle ricorrenti, infatti, i chiarimenti resi da Soa Group in data 22 luglio 2019 al Comune di Verona confermerebbero quanto rilevato con il primo motivo di doglianza del ricorso introduttivo, ossia che il RTI aggiudicatario avrebbe reso informazioni fuorvianti per condizionare le valutazioni della stazione appaltante circa l'effettivo possesso dei requisiti di partecipazione da parte di CME.

In particolare, evidenziano le ricorrenti che Soa Group nei propri chiarimenti avrebbe affermato di aver svolto il procedimento in modo corretto, senza dare atto dell'esistenza di errori procedurali o di refusi nel rilascio dell'attestazione del 12 marzo 2019, e di avere peraltro avvisato il RTI aggiudicatario dell'esito dell'istruttoria svolta e dell'attestazione in classifica IV.

Inoltre, Soa Group avrebbe precisato di non aver utilizzato il CEL della U.S.L. di Bologna perché lo stesso non era visibile sul sito ANAC, *“presumibilmente per una sovrabbondanza di certificati lavori attinenti alla citata impresa”*.

In sintesi, dunque, la mancata valutazione del CEL emesso dalla U.S.L. di Bologna e il conseguente rilascio di una attestazione

insufficiente, nella classifica IV per la categoria OS30, sarebbe dipesa non da un errore di Soa Group, ma soltanto dalla negligenza del RTI aggiudicatario, che per porvi rimedio avrebbe quindi presentato una nuova richiesta di attestazione, successivamente rilasciata in data 17 maggio 2019.

I chiarimenti resi da Soa Group, dunque, avrebbero confermato la fondatezza del primo motivo del ricorso introduttivo e, conseguentemente, l'illegittimità dell'aggiudicazione disposta in favore del R.T.I. avversario, vista la doverosità dell'esclusione di quest'ultimo ai sensi dell'art. 80, comma 5, lettere c *bis* e f *bis* del d.lgs. 50 del 2016.

II) I vizi sopra evidenziati, peraltro, vengono dedotti anche con riferimento alla nota del Dirigente della Direzione edilizia monumentale civile ed impiantistica del Comune di Verona prot. n. 0268238 del 7 agosto 2019, con la quale, alla luce dei nuovi chiarimenti resi da Soa Group, si è confermata l'aggiudicazione a favore del RTI controinteressato.

Le ricorrenti, infine, avverso il suddetto provvedimento hanno richiamato integralmente le censure formulate con il secondo motivo del ricorso introduttivo, evidenziando nuovamente la carenza di qualificazione intervenuta in corso di gara a carico di CME.

9. Con memoria depositata in data 2 dicembre 2019, in prossimità dell'udienza pubblica di trattazione della causa nel merito, le ricorrenti hanno esposto che - in base agli accertamenti svolti dalla stazione appaltante - nel casellario ANAC sarebbe emersa l'esistenza di un'annotazione a carico della Cooperativa Archeologia. In particolare, nei confronti di tale società sarebbe stata adottata una sanzione ostativa alla stipula dei contratti con la pubblica

amministrazione, ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 80, c. 5, lett. f *ter* del d.lgs. n. 50 del 2016, avente durata di 45 giorni dalla data di pubblicazione (avvenuta il 5 ottobre 2019).

Le ricorrenti hanno altresì precisato di avere prontamente chiesto all'Amministrazione di provvedere alla rimozione del provvedimento di aggiudicazione disposto a favore del RTI controinteressato e di avere tuttavia ricevuto, in data 29 novembre 2019, riscontro negativo dalla stazione appaltante.

Per tale motivo le ricorrenti hanno chiesto il rinvio dell'udienza pubblica fissata per il giorno 18 dicembre 2019 al fine di proporre un nuovo ricorso per motivi aggiunti avverso il suddetto provvedimento di diniego del Comune di Verona.

A tale richiesta di rinvio si è opposto il RTI controinteressato, con propria memoria del 6 dicembre 2019.

10. In data 16 dicembre 2019 le ricorrenti hanno depositato il secondo ricorso per motivi aggiunti, chiedendo l'annullamento del diniego opposto in data 29 novembre 2019 dall'Amministrazione alla richiesta formulata dalle ricorrenti di esclusione del RTI controinteressato in conseguenza dell'irrogazione della sanzione interdittiva da parte di ANAC.

Le ricorrenti hanno altresì chiesto l'annullamento, per motivi nuovi e ulteriori, dei provvedimenti di aggiudicazione e di diniego della precedente richiesta di esclusione, già impugnati con il ricorso introduttivo e con il primo ricorso per motivi aggiunti, giacché tali atti sarebbero illegittimi anche per la perdita dei requisiti generali di partecipazione in capo a cooperativa Archeologia, derivante dall'irrogazione della sanzione sopra detta; in ogni caso, le ricorrenti hanno chiesto l'accertamento della doverosità dell'esclusione dalla

gara del RTI concorrente e dell'obbligo dell'Amministrazione di dare atto dell'assenza dei presupposti per la sottoscrizione del contratto d'appalto con il predetto raggruppamento, e dei conseguenti effetti in ordine all'aggiudicazione.

Sono stati quindi dedotti i vizi di *“Violazione di legge: violazione dell'art. 80, commi 5, 6 e 12 del D.Lgs. n. 50/2016 e della L. 241/1990. Violazione del principio che postula la necessità di possedere 'senza soluzione di continuità' i requisiti prescritti per tutto l'arco della procedura di gara. Eccesso di potere per palese illogicità e irragionevolezza e per errore nei presupposti. Violazione degli obblighi di correttezza e di buona fede e degli obblighi informativi di cui all'art. 80 del D.Lgs. n. 50/2016”*.

Secondo le ricorrenti, la sanzione interdittiva comminata dall'ANAC - prevista dall'art. 80, comma 12, del d.lgs. n. 50 del 2016 nei casi in cui si accerti che nel corso di una procedura di gara, ovvero in vista di un affidamento in subappalto, l'operatore economico ha presentato con dolo o colpa grave una falsa dichiarazione o falsa documentazione - impedirebbe alla società di prendere parte a nuove gare pubbliche, per tutta la durata temporale prevista nell'annotazione medesima, di permanere validamente nelle gare in corso e di stipulare i relativi contratti d'appalto.

Ed invero, i requisiti generali e speciali dovrebbero essere posseduti dai concorrenti, senza alcuna soluzione di continuità, 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.

Peraltro, secondo le ricorrenti gli effetti dell'annotazione interdittiva non potrebbero limitarsi ad una provvisoria impossibilità di stipulare

il contratto, poiché tale interpretazione costituirebbe un inaccettabile limite all'attività negoziale della Pubblica Amministrazione, che si troverebbe esposta al rischio di dover attendere lo spirare della sanzione per poter perfezionare l'accordo contrattuale.

In ultimo, le ricorrenti evidenziano che il RTI aggiudicatario non avrebbe comunicato alla stazione appaltante l'esistenza dell'annotazione interdittiva a carico di Cooperativa Archeologia e sarebbe perciò incorso, di nuovo, in un contegno omissivo - che costituisce violazione dei doveri di informazione che incombono sui concorrenti ad una gara pubblica in forza dei principi di correttezza e buona fede - specificamente sanzionato dall'art. 80 comma 5 lett. c *bis* del d.lgs. n. 50 del 2016 con l'esclusione dalla procedura.

11. All'udienza pubblica del giorno 18 dicembre 2019, sentite le parti come da verbale, è stato disposto il rinvio della trattazione del ricorso a successiva udienza pubblica.

Le parti hanno espressamente dichiarato di rinunciare ai termini processuali previsti per la fissazione dell'udienza pubblica.

12. Al secondo ricorso per motivi aggiunti ha replicato il Comune di Verona con propria memoria, affermando che la sanzione inflitta da ANAC nel caso di specie non potrebbe comportare l'esclusione del RTI aggiudicatario, atteso che la stessa sarebbe intervenuta in un momento successivo all'aggiudicazione e avrebbe esaurito i suoi effetti prima della stipula del contratto.

13. Il RTI controinteressato, a sua volta, ha preliminarmente eccepito l'inammissibilità del secondo ricorso per motivi aggiunti, sotto molteplici profili, e ha altresì chiesto il rigetto del ricorso nel merito, sostenendo che la sanzione avrebbe esaurito i propri effetti allo spirare del termine di durata stabilito dall'ANAC (45 giorni),

pena il riconoscimento di una efficacia ultrattiva della sanzione medesima.

In ogni caso, il RTI controinteressato nega di aver tenuto un illegittimo contegno omissivo, atteso che l'irrogazione della suddetta sanzione sarebbe avvenuta quando la procedura di affidamento dell'appalto si trovava in uno "stato di quiescenza"; il RTI aggiudicatario, pertanto, non sarebbe stato tenuto, *ex lege*, a rendere alcuna dichiarazione sull'intervenuta sanzione interdittiva a carico della società Archeologia.

14. All'esito dell'udienza pubblica del 22 gennaio 2020, sentite le parti come da verbale, la causa è stata trattenuta in decisione.

#### DIRITTO

1. Nella controversia in esame ritiene il Collegio di scrutinare, in via prioritaria, il secondo ricorso per motivi aggiunti, con cui, come visto, le ricorrenti denunciano l'illegittimità del provvedimento adottato dalla stazione appaltante in data 29 novembre 2019, con il quale è stata confermata l'aggiudicazione a favore del RTI Archeologia, sul presupposto che l'applicazione della sanzione disposta da ANAC, avente durata di 45 giorni dalla data di pubblicazione, non potesse comportare l'esclusione della concorrente dalla gara, né impedire la stipula del contratto, una volta scaduto il termine di efficacia stabilito dall'Autorità.

2. Devono essere quindi esaminate le eccezioni preliminari formulate dal RTI controinteressato avverso il suddetto mezzo di gravame.

Il RTI Archeologia eccepisce che il secondo ricorso per motivi aggiunti sarebbe inammissibile in quanto, oltre ad essere stato proposto avverso un atto privo di natura provvedimentoale, andrebbe comunque ad impingere il merito delle scelte discrezionali

dell'Amministrazione, sollecitata dalle ricorrenti ad esercitare i propri poteri di autotutela mediante la revoca dell'aggiudicazione disposta a favore del RTI Archeologia.

Peraltro, in ossequio al principio del *tempus regit actum*, l'eventuale perdita di un requisito non potrebbe incidere direttamente sulla legittimità dell'originario provvedimento di aggiudicazione che dovrebbe essere scrutinato solo in base agli elementi di fatto e di diritto sussistenti al momento della sua adozione, restando invece del tutto irrilevanti sopravvenienze fattuali quali, appunto, la perdita di uno o più requisiti in epoca successiva all'aggiudicazione stessa; né potrebbe ritenersi ammissibile, in via alternativa, un'azione di mero accertamento, giacché la stazione appaltante non avrebbe ancora esercitato il proprio potere, mediante la stipula del contratto.

In ogni caso, non essendo ancora stato stipulato il contratto, la domanda volta a privare di efficacia l'aggiudicazione sarebbe inammissibile anche per carenza di interesse.

2.1 Le eccezioni sono infondate.

Occorre innanzi tutto evidenziare che la nota del 29 novembre 2019 ha natura provvedimento ed è perciò suscettibile di autonoma impugnazione.

Essa, invero, costituisce espressione della volontà della stazione appaltante di non dar luogo all'esclusione del RTI Archeologia, dopo aver preso in esame e valutato una circostanza nuova, costituita proprio dalla sopravvenuta annotazione della sanzione a carico della società Archeologia nel casellario ANAC, confermando così l'originaria aggiudicazione, solo all'esito di una nuova attività istruttoria e di una complessiva rivalutazione di tutti gli interessi coinvolti.

Va infatti ricordato che, secondo costante giurisprudenza, “*allo scopo di stabilire se un atto amministrativo sia meramente confermativo (e perciò non impugnabile) o di conferma in senso proprio (e quindi autonomamente lesivo e da impugnarsi nei termini), occorre verificare se l'atto successivo sia stato adottato o meno senza una nuova istruttoria ed una nuova ponderazione degli interessi; in particolare, non può considerarsi meramente confermativo rispetto ad un atto precedente l'atto la cui adozione sia stata preceduta da un riesame della situazione che aveva condotto al precedente provvedimento, giacché l'esperimento di un ulteriore adempimento istruttorio, sia pure mediante la rivalutazione degli interessi in giuoco, ed un nuovo esame degli elementi di fatto e di diritto che caratterizzano la fattispecie considerata, può condurre ad un atto propriamente confermativo in grado, come tale, di dare vita ad un provvedimento diverso dal precedente e quindi suscettibile di autonoma impugnazione; ricorre invece l'atto meramente confermativo quando l'amministrazione si limita a dichiarare l'esistenza di un suo precedente provvedimento senza compiere alcuna nuova istruttoria e senza una nuova motivazione*” (così, da ultimo, Cons. Stato, V, 13 novembre 2019, n. 7804).

Nel caso in esame, pertanto, non si è dinanzi ad un atto meramente confermativo della precedente aggiudicazione, ma ad un provvedimento nuovo, dotato di autonoma lesività, e perciò impugnabile dalle odierne ricorrenti, che certo sono titolari di un interesse concreto ed attuale all'esclusione del RTI controinteressato dalla procedura *de qua*, potendo da ciò derivare l'aggiudicazione della gara a proprio favore.

Le ricorrenti, di conseguenza, hanno correttamente dedotto vizi specifici proprio avverso il provvedimento del 29 novembre 2019 denunciandone, in via diretta, l'illegittimità e chiedendone la caducazione.

Va altresì precisato che l'istanza presentata dalle odierne ricorrenti alla stazione appaltante non mirava a sollecitare l'esercizio dei poteri discrezionali di autotutela, ma soltanto ad ottenere l'adozione di un provvedimento vincolato, che doveva scaturire in via automatica dal mero accertamento dell'esistenza della sanzione.

Difatti, come sarà meglio chiarito nel prosieguo della motivazione, nel caso in esame la stazione appaltante - preso atto dell'insorgenza di una causa di esclusione automatica dalla procedura e di impedimento alla stipula del contratto - era tenuta a dichiarare il RTI Archeologia decaduto dall'originaria aggiudicazione e ad escluderlo, senza alcun residuo margine di scelta (cfr. T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 4 febbraio 2019, n. 598; Id., sez. III, 27 novembre 2019, n. 5593).

In ultimo, va osservato che nel decidere di non escludere il RTI controinteressato, nonostante la presenza della sanzione, la stazione appaltante ha esercitato i propri poteri e non è quindi configurabile l'inammissibilità del secondo ricorso per motivi aggiunti ai sensi dell'art. 34 comma 2, in base al quale, come noto, il giudice non può essere chiamato a pronunciarsi su poteri amministrativi non esercitati.

3. Tutto ciò premesso, è possibile passare ad esaminare nel merito le censure formulate con il secondo ricorso per motivi aggiunti.

3.1 Sotto un primo profilo, come sopra evidenziato, le ricorrenti lamentano la mancata espulsione del RTI controinteressato dalla procedura di affidamento dell'appalto quale conseguenza dell'irrogazione della sanzione interdittiva da parte di ANAC alla società Archeologia.

Tale censura è fondata.

L'art. 80, comma 5, lett. f *ter* del d.lgs. n. 50 del 2016 prevede che le stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione alla procedura d'appalto *“l'operatore economico iscritto nel casellario informatico tenuto dall'Osservatorio dell'ANAC per aver presentato false dichiarazioni o falsa documentazione nelle procedure di gara e negli affidamenti di subappalti. Il motivo di esclusione perdura fino a quando opera l'iscrizione nel casellario informatico”*.

Il comma 12 della medesima norma prevede a sua volta che *“in caso di presentazione di falsa dichiarazione o falsa documentazione, nelle procedure di gara e negli affidamenti di subappalto, la stazione appaltante ne dà segnalazione all'Autorità che, se ritiene che siano state rese con dolo o colpa grave in considerazione della rilevanza o della gravità dei fatti oggetto della falsa dichiarazione o della presentazione di falsa documentazione, dispone l'iscrizione nel casellario informatico ai fini dell'esclusione dalle procedure di gara e dagli affidamenti di subappalto ai sensi del comma 1 fino a due anni, decorso il quale l'iscrizione è cancellata e perde comunque efficacia”*.

Infine, il comma 6 stabilisce che *“le stazioni appaltanti escludono un operatore economico in qualunque momento della procedura, qualora risulti che l'operatore economico si trova, a causa di atti compiuti o omessi prima o nel corso della procedura, in una delle situazioni di cui ai commi 1,2, 4 e 5”*.

Dalla lettura delle disposizioni appena richiamate è possibile ricavare che l'operatore economico deve essere immediatamente escluso ogni volta in cui la sanzione interdittiva dell'ANAC venga irrogata in pendenza di una procedura di gara.

Come affermato da recente giurisprudenza, che questo Collegio condivide, la sanzione non produce un mero effetto preclusivo, ma altresì espulsivo (cfr. T.A.R. Campania, Napoli, sez. III, 27 novembre 2019, n. 5593 cit.).

A tale conclusione conduce innanzi tutto l'interpretazione letterale delle norme richiamate.

Ed invero il comma 6, come visto, prevede che l'esclusione degli operatori economici privi dei requisiti di partecipazione possa intervenire *“in qualunque momento della procedura”*, a causa di atti compiuti o omessi *“prima o nel corso della procedura”*.

Inoltre, la lett. f *ter* nel prevedere che *“Il motivo di esclusione perdura fino a quando opera l'iscrizione nel casellario informatico”*, da un lato preclude l'ultrattività della sanzione, dall'altro, però, ne conferma in modo inequivoco la natura di motivo di esclusione che, alla stregua di quanto sopra evidenziato, produce i propri effetti nelle procedure in corso, rendendo doverosa la misura espulsiva, anche successiva all'aggiudicazione, della società destinataria della sanzione.

Ad ulteriore sostegno della suddetta tesi, inoltre, può essere altresì invocata l'esigenza di assicurare alle sanzioni un *“concreto grado di effettività”* alle misure sanzionatorie adottate dall'ANAC (cfr. T.A.R. Campania, Napoli, sez. III, 27 novembre 2019, n. 5593, cit.), così come la necessità di dare rigorosa applicazione ai principi di buona fede e leale collaborazione applicabili alle gare pubbliche.

Infine, certamente assume portata dirimente il generale principio in base al quale i partecipanti alle gare pubbliche devono possedere i requisiti di partecipazione ininterrottamente durante tutto il periodo di svolgimento della gara, dal giorno di scadenza del termine per la presentazione delle offerte, fino all'aggiudicazione della gara, alla stipula del contratto e fino alla fase di esecuzione del contratto (cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 20 luglio 2015, n.8; di recente anche Cons. Stato, sez. V, 19 febbraio 2019, n. 1141).

Ed infatti, nel caso in esame la sanzione adottata dall'ANAC ha determinato - seppure temporaneamente - la perdita dei requisiti di partecipazione in capo alla società Archeologia e al RTI di cui essa faceva parte, restando preclusa alla stazione appaltante la possibilità di procedere al concreto affidamento dell'appalto, mediante stipula del relativo contratto (cfr. Cons. Stato, sez. V, 16 dicembre 2019, n. 8514; Cons. Stato, sez. V, 7 novembre 2018, n. 6294).

I principi sopra esposti sono stati confermati da ANAC con la recente delibera n. 73 del 7 febbraio 2019, nella quale si è affermato che *“... l'effetto escludente si produce quando ricade nel periodo di efficacia della sanzione non solo il termine di presentazione delle offerte (momento rispetto al quale va valutato il possesso dei requisiti ai fini dell'ammissione alla gara) ma anche lo svolgimento del controllo dei requisiti dell'aggiudicatario al cui esito positivo è condizionata l'efficacia dell'aggiudicazione e, di conseguenza, la decorrenza del termine per la stipula del contratto (art. 32, commi 7 e 8, d.lgs. n. 50/2016)”*.

In conclusione, la scadenza della durata della sanzione in una fase antecedente alla stipula del contratto non ha rilevanza, dal momento che la sanzione stessa ha già prodotto il proprio effetto preclusivo rispetto alla fase integrativa dell'efficacia dell'aggiudicazione e alla successiva stipula.

Da ciò deriva che nella presente fattispecie la sanzione interdittiva intervenuta nel corso della procedura di affidamento dell'appalto determina, necessariamente, l'incapacità a contrarre con riferimento allo specifico contratto di appalto cui era preordinata la procedura di gara - essendo la ragione preclusiva intervenuta sia pure dopo l'aggiudicazione ma prima della stipulazione del contratto - senza che

alla stazione appaltante residui alcun margine di discrezionalità in ordine all'adozione del provvedimento espulsivo.

3.2 E' fondato anche l'ulteriore profilo di censura evidenziato dalle ricorrenti con il secondo ricorso per motivi aggiunti, con il quale le ricorrenti denunciano la mancata comunicazione dell'intervenuta sanzione interdittiva di ANAC alla stazione appaltante.

Difatti, secondo un consolidato principio - ricavabile dall'art. dell'art. 80, comma 5, lett. c *bis* ed f *bis* del d.lgs. n. 50 del 2016 e che può comunque dirsi diretta espressione e conseguenza del principio di continuità dei requisiti di partecipazione alla gara - i concorrenti alle procedure competitive indette dalla pubblica amministrazione sono tenuti a comunicare immediatamente tutte le vicende, anche sopravvenute, che riguardano lo svolgimento della propria attività professionale, per consentire alla stazione appaltante, quanto meno, di valutare l'incidenza di tali circostanze sulla reale affidabilità, morale e professionale, dei concorrenti (cfr. *ex multis*, Cons. Stato, sez. III, 13 giugno 2018, n. 3628) e di valutare l'esistenza e la persistenza, in concreto, dei requisiti di partecipazione alla gara.

Peraltro, il suddetto obbligo per i concorrenti alla gara di dichiarare situazioni ed eventi potenzialmente rilevanti ai fini del possesso dei requisiti di ordine generale di partecipazione alle procedure concorsuali ha carattere generale, in quanto "*non sussiste per l'impresa partecipante ad una gara la facoltà di scegliere i fatti da dichiarare, sussistendo al contrario l'obbligo della onnicomprensività della dichiarazione, spettando alla stazione appaltante il momento valutativo*" della gravità e rilevanza del precedente, con specifico riguardo alla gara in svolgimento (cfr. Cons. Stato, V, 11 aprile 2016, n. 1412; in termini, Cons. Stato, V, 25

febbraio 2015, n. 943; V, 14 maggio 2013, n. 2610; IV, 4 settembre 2013, n. 4455; III, 5 maggio 2014, n. 2289).

Così come *"la gravità dell'evento ..., è ponderata dalla stazione appaltante, sicché l'operatore economico è tenuto a dichiarare lo stesso ed a rimettersi alla valutazione della stazione appaltante. Ne consegue che la mancata esternazione di un evento, anche se poi ritenuto non grave, comporta di norma, l'esclusione dalla gara specifica"* (cfr. Cons. Stato, III, 13 giugno 2018, n. 3628).

Orbene, nel caso di specie è incontroverso che il RTI aggiudicatario non ha mai dato comunicazione alla stazione appaltante dell'intervenuta irrogazione della sanzione interdittiva ANAC a carico della società Archeologia, ponendo così in essere una condotta non trasparente e non collaborativa, in violazione dei principi di buona fede e correttezza e degli obblighi informativi di cui all'art. 80 del d.lgs. n. 50 del 2016.

Peraltro, alla luce di quanto sopra evidenziato, appare priva di pregio l'argomentazione del RTI controinteressato, secondo il quale non vi sarebbe stato alcun obbligo *ex lege* di comunicare l'irrogazione della sanzione ANAC alla stazione appaltante in ragione del fatto che la procedura di affidamento dell'appalto, dopo l'aggiudicazione definitiva e prima della stipulazione del contratto, si sarebbe trovata in uno "stato di quiescenza".

Tale procedura, infatti, non è mai stata formalmente sospesa e comunque l'obbligo di informare la stazione appaltante, che scaturisce dalle norme e dai principi generali sopra evidenziati, ha portata generale, richiede un'immediata attivazione da parte dei concorrenti ed opera in qualsiasi fase della procedura di affidamento (cfr. Cons. Stato, sez. V, 16 dicembre 2019, n. 8514).

Nemmeno rileva il fatto che la legge non preveda un preciso termine entro il quale effettuare le comunicazioni, dal momento che le stesse devono essere assicurate con immediatezza e tempestività, secondo il principio di leale collaborazione.

A tal riguardo è sufficiente evidenziare che nel caso di specie la sanzione è stata pubblicata da ANAC in data 5 ottobre 2019 e non è mai stata comunicata per diretta iniziativa del RTI controinteressato, ma scoperta dalla stazione appaltante soltanto a seguito delle segnalazioni da parte delle odierne ricorrenti.

Appare quindi innegabilmente violato, da parte del RTI controinteressato, il sopra ricordato obbligo di pronta comunicazione delle circostanze potenzialmente rilevanti ai fini del possesso dei requisiti di ordine generale di partecipazione alla procedura di affidamento dell'appalto.

4. Visto tutto quanto precede, il secondo ricorso per motivi aggiunti è fondato e deve essere accolto, con conseguente annullamento del provvedimento in data 29 novembre 2019 con il quale la stazione appaltante ha disposto di non escludere il RTI controinteressato, nonostante la sopravvenuta sanzione interdittiva di ANAC a carico della società Archeologia.

Da ciò consegue l'esclusione del RTI controinteressato dalla gara di cui oggi si controverte.

Deve inoltre essere accolta la domanda di risarcimento in forma specifica volta ad ottenere l'aggiudicazione della gara a favore delle ricorrenti, fatta salva la verifica, ad opera della stazione appaltante, della concreta sussistenza dei relativi presupposti.

5. L'accoglimento del secondo ricorso per motivi aggiunti - e il conseguente annullamento dell'atto di mancata esclusione dalla gara

del RTI controinteressato - comporta l'incapacità a contrarre del raggruppamento medesimo con riguardo all'affidamento oggetto di gara e il venir meno dell'interesse alla decisione del ricorso introduttivo e del primo ricorso per motivi aggiunti, proposti avverso il provvedimento di aggiudicazione in data 6 giugno 2019 e il successivo atto confermativo in data 7 agosto 2019.

6. Le spese del presente giudizio seguono la soccombenza e sono liquidate nella misura di cui al dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso introduttivo e sui due ricorsi per motivi aggiunti, come in epigrafe proposti,

- dichiara improcedibili il ricorso introduttivo e il primo ricorso per motivi aggiunti;
- accoglie il secondo ricorso per motivi aggiunti, per le ragioni e nei termini di cui in motivazione, e per l'effetto annulla il provvedimento in data 29 novembre 2019 concernente la mancata esclusione dalla gara del RTI controinteressato;
- accoglie la domanda di risarcimento in forma specifica, nei termini di cui in motivazione.

Condanna il Comune di Verona e le due controinteressate Società Cooperativa Archeologia e CME Consorzio Imprenditori Edili soc. coop. al pagamento delle spese di lite a favore delle odierne ricorrenti, in solido fra loro, liquidandole in complessivi euro 4.000,00 (quattromila/00), oltre oneri accessori come per legge (euro 2.000,00 oltre oneri accessori a carico del Comune di Verona ed euro 2.000,00 oltre oneri accessori a carico di Società Cooperativa

Archeologia e CME Consorzio Imprenditori Edili soc. coop. in solido tra loro).

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

Così deciso in Venezia nella camera di consiglio del giorno 22 gennaio 2020 con l'intervento dei magistrati:

Maddalena Filippi, Presidente

Giovanni Giuseppe Antonio Dato, Referendario

Silvia De Felice, Referendario, Estensore

**L'ESTENSORE**  
**Silvia De Felice**

**IL PRESIDENTE**  
**Maddalena Filippi**

IL SEGRETARIO