

Publicato il 18/02/2022

N. 00324/2022 REG.PROV.COLL.
N. 00958/2021 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 958 del 2021, proposto da M.B.S. Group s.c. a r.l., rappresentata e difesa dagli avvocati Massimiliano Napoli, Laura Pelizzo, e Maurizio Zoppolato, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo in Venezia, Dorsoduro, n. 2420;

contro

Viveracqua s.c. a r.l., non costituitasi in giudizio;

Athena s.r.l., rappresentata e difesa dagli avvocati Gianluca Maria Esposito, Valeria Ciervo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio del primo in Roma, Lungotevere Arnaldo Da Brescia;

nei confronti

Athena s.r.l., Acquevenete s.p.a., Viacqua s.p.a., non costituitisi in giudizio;

per l'annullamento

della determina n. 38/21 dell'11 agosto 2021 con cui Viveracqua s.c. a r.l. ha confermato e dichiarato efficace l'aggiudicazione, disposta con

determinazione 13 agosto 2020 n. 25, in favore di Athena s.r.l., dei Lotti 1, 2 e 8 relativi alla gara per l'affidamento del “*servizio per la lettura massiva dei contatori di utenza con fotolettura, per attività di apertura/chiusura contatori con lettura, variazioni contrattuali e morosità*” - codice gara VAG20S1521, anziché disporre la revoca/decadenza dell'aggiudicazione per intervenuta perdita dei requisiti generali da parte di Athena s.r.l.;

di ogni altro atto presupposto, connesso e/o conseguente;

nonché per la declaratoria di illegittimità della mancata declaratoria di decadenza/revoca dall'aggiudicazione in favore di Athena s.r.l., e conseguentemente per il risarcimento in forma specifica del danno subito, con richiesta di subentro nel contratto nelle more eventualmente stipulato, previa declaratoria di inefficacia, ovvero -in subordine- per equivalente economico.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Athena s.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 26 gennaio 2022 il dott. Stefano Mielli e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Viveracqua s.c. a r.l. (d'ora in poi Viveracqua) con bando del 24 febbraio 2020 ha indetto una gara denominata VAG20S1521 per l'affidamento del “*servizio per la lettura massiva dei contatori di utenza con fotolettura, per attività di apertura/chiusura con lettura, variazioni contrattuali e morosità*”, per un periodo di 24 mesi, prorogabili di ulteriori 12, quale centrale di committenza per conto di Acquevenete s.p.a., Acque Veronesi s.c. a r.l., Livenza Tagliamento Acque s.p.a., Viacqua s.p.a. e Veritas s.p.a..

L'appalto era suddiviso in dieci lotti autonomi in relazione al territorio di riferimento e al destinatario del servizio (i lotti 1, 2, 3 e 4 sono destinati ad

Acquevenete s.p.a.; il lotto 5 ad Acque Veronesi s.c. a r.l.; il lotto 6 a Livenza Tagliamento Acque s.p.a.; i lotti 7 e 8 a Viacqua s.p.a.; i lotti 9 e 10 a Veritas s.p.a.) con ad oggetto il servizio di lettura, svolta a mezzo di fotolettura, di contatori idrici ed interventi di apertura e chiusura contatori relativi alle forniture del servizio idrico integrato (contatori acquedotto, pozzi, misuratori di portata), comprendente letture massive, operazioni su variazioni contrattuali ed operazioni per la gestione di eventuali morosità che comportino la chiusura e sigillatura dei contatori.

Con ricorsi r.g. n. 944, n. 945 e n. 946 del 2020, l'odierna ricorrente MBS Group s.c. a r.l. (d'ora in poi MBS), seconda in graduatoria, aveva impugnato il provvedimento del 13 agosto 2020 di aggiudicazione ad Athena s.r.l. (d'ora in poi Athena) dei lotti n. 1, n. 2 e n. 8 della gara (VAG20S1521).

Con successivo ricorso r.g. n. 999 del 2020, Athena ha invece impugnato il provvedimento, assunto in autotutela da Viveracqua in data 2 ottobre 2020, di revoca dell'aggiudicazione in suo favore di tutti i lotti in questione e il conseguente provvedimento di affidamento a MBS.

Elemento comune a queste controversie è la circostanza che Athena era un'impresa ammessa al concordato preventivo con continuità aziendale nell'ambito della procedura n. 13/2019 avanti al Tribunale di Napoli.

Con sentenze di questa Sezione 20 maggio 2021, n. 679, n. 680, n. 681 e n. 682, sono state accolte le censure proposte da Athena e respinti i ricorsi proposti da MBS. Conseguentemente i lotti 1, 2 e 8 sono stati aggiudicati ad Athena.

L'odierna ricorrente MBS espone di essere venuta successivamente a conoscenza della circostanza che il Tribunale di Napoli ha respinto l'omologazione del piano concordatario preventivo revocando la procedura concorsuale. Espone inoltre che Athena in data 6 maggio 2021 ha presentato una nuova domanda di concordato al Tribunale di Napoli ai sensi dell'art. 186 *bis* del R.D. 16 marzo 1942, n. 267, e che quest'ultimo ha rilasciato una nuova

autorizzazione sulla base di un diverso piano concordatario con decreto dell'8 giugno 2021.

Viveracqua con determina n. 38/21 dell'11 agosto 2021, dopo aver avviato il procedimento di verifica dei requisiti, sulla base di queste circostanze sopravvenute ha confermato l'aggiudicazione in favore di Athena.

Nel frattempo il Consiglio di Stato, adito in sede di appello da altra concorrente Linea Verde Società cooperativa (d'ora in poi Linea Verde), che ha impugnato le sentenze di questa Sezione per effetto delle quali il servizio relativamente al lotto n. 9 è stato aggiudicato ad Athena, ha riformato le pronunce di primo grado.

Con sentenza del Consiglio di Stato, Sez. V, 3 novembre 2021, n. 7341, sono state infatti accolte le censure con le quali Linea Verde ha dedotto la mancanza dei requisiti di capacità economica, finanziaria e tecnica professionale in capo ad Athena. La medesima sentenza ha altresì dichiarato improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse il ricorso in appello avente ad oggetto il provvedimento con il quale la stazione appaltante Viveracqua aveva escluso in autotutela Athena dalla procedura per altri profili. Con il ricorso in epigrafe MBS impugna, con domanda di risarcimento danni, la determina n. 38/21 dell'11 agosto 2021, con la quale la stazione appaltante ha confermato l'aggiudicazione ad Athena, formulando due motivi.

Con il primo lamenta la violazione dell'art. 80, comma 5, del D.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, il travisamento, l'illogicità, nonché il difetto di motivazione e di istruttoria, perché la stazione appaltante avrebbe omesso di rilevare che la reiezione dell'omologazione del piano concordatario pronunciata dal Tribunale di Napoli in data 16 aprile 2021, con revoca della relativa procedura, ha comportato la perdita della continuità dei requisiti di partecipazione alla gara in capo ad Athena, circostanza che avrebbe dovuto comportarne l'esclusione.

Sul punto la ricorrente sottolinea che la domanda di concordato successivamente presentata da Athena il 6 maggio 2021, ed il nuovo decreto

di autorizzazione del Tribunale dell'8 giugno 2021, non possono esplicitare alcuna efficacia sanante perché operano *ex nunc*.

Con il secondo motivo MBS lamenta la violazione dell'art. 80, comma 5, lett. c) *bis* e lett. f) *bis* del D.lgs. n. 50 del 2016, la carenza di motivazione, il travisamento e lo sviamento perché Athena, omettendo di riferire alla stazione appaltante senza indugio l'intervenuta revoca del concordato e quindi la sopravvenuta perdita dei requisiti, non ha dato comunicazione di elementi idonei ad incidere sulla sua affidabilità.

Si è costituita in giudizio Athena eccependo l'inammissibilità del ricorso per carenza di interesse in quanto MBS non ha proposto appello avverso le sentenze di questa Sezione 20 maggio 2021, n. 679, n. 680 e n. 681 dalle quali è derivata l'aggiudicazione dei lotti 1, 2 e 8 in favore di Athena, e il provvedimento oggetto di impugnazione in questa sede si è limitato a confermare l'aggiudicazione già disposta per effetto delle pronunce di primo grado non impugunate in appello.

Quanto al primo motivo Athena sostiene che in realtà non si è realizzata nessuna soluzione di continuità dei requisiti, perché la nuova autorizzazione sopravvenuta del Tribunale di Napoli deve considerarsi intervenuta nell'ambito di una medesima procedura, non perfezionatasi per il mancato raggiungimento della maggioranza delle classi dei creditori pur essendo stata conseguita la larga maggioranza assoluta di valore.

Conseguentemente, conclude la controinteressata, è infondato anche il secondo motivo, con il quale la ricorrente sostiene che Athena avrebbe dovuto essere esclusa per aver omesso di informare la stazione appaltante dell'asserita perdita dei requisiti.

Nel corso del giudizio Athena ha comunicato di aver impugnato con ricorso per revocazione r.g. n. 10530 del 2021, notificato il 15 dicembre 2021, la sentenza di appello del Consiglio di Stato, Sez. V, 3 novembre 2021, n. 7341, con cui sono state riformate le sentenze pronunciate da questa Sezione, insistendo sia nelle memorie che nel corso dell'udienza pubblica, per ottenere

il rinvio della trattazione del ricorso in esame in attesa della definizione del giudizio di revocazione.

Alla pubblica udienza del 26 gennaio 2022, in prossimità della quale le parti hanno depositato memorie a sostegno delle proprie difese, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. L'istanza di rinvio della trattazione della causa formulata da Athena deve essere respinta.

Sul punto va premesso che nell'ordinamento processuale vigente non esiste norma giuridica o principio ordinamentale che attribuisca alle parti in causa il diritto al rinvio della discussione del ricorso, fuori dai casi tassativi di diritto a rinvio per usufruire dei termini a difesa previsti dalla legge. Al di fuori di tali ipotesi, le parti hanno solo la facoltà di illustrare le ragioni che potrebbero giustificare un eventuale differimento dell'udienza. La decisione finale sui tempi della decisione della controversia spetta al giudice, e la domanda di rinvio deve fondarsi su “situazioni eccezionali” (come recita ora il comma 1-*bis* dell'art. 73 cod. proc. amm.)

Tali situazioni eccezionali possono essere integrate solo da gravi ragioni idonee ad incidere, se non tenute in considerazione, sulle fondamentali esigenze di tutela del diritto di difesa costituzionalmente garantite, atteso che, pur non potendo dubitarsi che anche il processo amministrativo è regolato dal principio dispositivo, in esso non vengono in rilievo esclusivamente interessi privati, ma trovano composizione e soddisfazione anche gli interessi pubblici che vi sono coinvolti.

Nel caso in esame è vero che la controversia presenta profili di connessione con il contenzioso pregresso, riferito alla medesima procedura di gara, attualmente *sub iudice* per l'avvenuta presentazione di un ricorso per revocazione avverso la sentenza del Consiglio di Stato che ha accolto l'appello contro le pronunce di primo grado.

Tuttavia con il ricorso in epigrafe sono impugnati atti che hanno una propria autonomia sul piano procedimentale e sono censurati per vizi propri e non per illegittimità derivata dall'illegittimità degli atti impugnati originariamente.

Pertanto non sussistono i presupposti per differire la trattazione della controversia, atteso che non è ravvisabile un rapporto di pregiudizialità necessaria tra la causa in esame e quella attualmente oggetto del ricorso per revocazione.

2. Sempre in via preliminare deve essere esaminata l'eccezione con la quale Athena sostiene che il ricorso è inammissibile per carenza di interesse in quanto MBS non ha proposto appello avverso la sentenza di primo grado dalla quale è derivata l'aggiudicazione in favore di Athena che è passata in giudicato.

L'eccezione non è fondata.

In questa sede è oggetto di impugnazione la conferma dell'aggiudicazione in favore di Athena alla luce di fatti ed elementi sopravvenuti direttamente incidenti sui requisiti di partecipazione.

Si tratta di un atto confermativo in senso proprio adottato a seguito dell'esercizio di una nuova attività istruttoria, e non di un atto meramente confermativo.

In ordine all'autonomia procedimentale dell'atto, si osserva quanto segue.

La disciplina vigente, in linea di continuità con la precedente, prevede che l'aggiudicazione non equivale ad accettazione dell'offerta (cfr. l'art. 32, comma 6, del D.lgs. n. 50 del 2016), e colloca nella fase successiva all'aggiudicazione la verifica del possesso dei requisiti (cfr. art. 32, comma 7) e l'esercizio dei poteri di autotutela ove ne ricorrano i presupposti (cfr. art. 32, comma 8, primo periodo), prevedendo l'esistenza di un intervallo temporale tra l'adozione del provvedimento di aggiudicazione e la stipula del contratto.

In tal modo è possibile individuare una terza fase, intermedia alle due tradizionalmente considerate (cioè collocata tra i due confini "esterni" dell'aggiudicazione e della stipula del contratto), nella quale vengono esercitati

poteri pubblicistici (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 2 febbraio 2022, n. 722; id. 2 agosto 2019, n. 5498).

In tale contesto è evidente che MBS è interessata alla correttezza della verifica del possesso dei requisiti svolta dall'amministrazione nei confronti dell'aggiudicatario in questa "terza fase", ed è pertanto legittimata a contestarne l'operato, impugnando l'atto di conferma dell'aggiudicazione.

Infatti MBS, essendosi classificata in graduatoria subito dopo Athena, è portatrice di una posizione giuridica qualificata di interesse legittimo alla correttezza dei provvedimenti assunti dall'amministrazione nella fase di verifica precedente e propedeutica alla stipulazione del contratto con l'aggiudicataria, ed ha un interesse concreto e attuale al loro annullamento (non un interesse di mero fatto come afferma Athena), dato che deduce l'illegittimità dell'atto di conferma dell'aggiudicazione che, ove tale censura fosse ritenuta fondata, consentirebbe alla ricorrente di subentrare nell'affidamento.

L'eccezione di carenza di interesse è pertanto infondata.

3. Nella memoria depositata ai sensi dell'art. 73, cod. proc. amm., MBS sostiene che, per effetto della sentenza di appello del Consiglio di Stato, Sez. V, 3 novembre 2021, n. 7341, dovrebbe ritenersi cessata la materia del contendere del giudizio in esame, in quanto ha preso reviviscenza, con piena riespansione dei suoi effetti, l'originaria determina di Viveracqua n. 33 del 2 ottobre 2020, con la quale la stazione appaltante aveva annullato in autotutela, con un unico atto comune a tutti i lotti, l'originaria aggiudicazione in favore di Athena, con conseguente caducazione automatica dell'atto impugnato in questa sede.

Il Collegio, tenuto conto che pende il ricorso per revocazione avverso la sentenza di appello, e che il giudizio in esame può essere definito anche prescindendo dall'esito definitivo della pronuncia di appello, in ossequio dei principi di economicità, celerità ed effettività dei mezzi processuali, ritiene di non esaminare la fondatezza dell'eccezione con cui MBS deduce la cessata la

materia del contendere, in quanto, come sopra visto, il ricorso è comunque ammissibile e può essere definito nel merito.

4. Il ricorso deve essere accolto in ragione della fondatezza del primo motivo. Come risulta dalla lettura del decreto di rigetto (cfr. doc. 19 depositato in giudizio da MBS il 4 gennaio 2022), l'omologazione del concordato è stata negata per il mancato raggiungimento delle maggioranze di legge in relazione ai creditori di seconda classe, perché, in violazione del divieto previsto dall'art. 177, comma 4, del R.D. n. 267 del 1942, hanno espresso il proprio voto favorevole anche Hibripost s.c. a r.l. e Evo Recapiti, società sottoposte al comune controllo, insieme alla stessa Athena, da parte di Alma s.p.a.. Dichiarati invalidi i relativi voti si sono registrati nella seconda classe voti adesivi per soli € 5.263,00.

A seguito del diniego di omologazione, non essendo stata presentata da alcuno dei creditori domanda di fallimento, Athena ha presentato un nuovo piano concordatario contenente una proposta differente da quella precedente che non ha trovato il consenso dei creditori, in base alla quale il Tribunale di Napoli, con decreto reso nel nuovo procedimento per concordato preventivo n. 13 del 2021, ha dichiarato aperta un'ulteriore procedura di concordato.

In questa sede è necessario valutare, nella sovrapposizione tra la disciplina delle procedure concorsuali e quella delle procedure ad evidenza pubblica, quali siano gli effetti di queste vicende in ordine alla gara oggetto della controversia.

Athena, impresa ammessa al concordato preventivo, originariamente ha potuto partecipare alla gara in forza dell'effetto anticipatorio e prenotativo dell'autorizzazione del Tribunale che è venuto meno nel momento in cui sono intervenuti il diniego di omologazione del concordato e la revoca dello stesso. La possibilità di partecipare alla gara in questi casi deve infatti ritenersi sottoposta alla condizione dell'effettivo conseguimento dell'omologazione da parte del Tribunale, che se non interviene, priva l'operatore dei requisiti di ammissione.

E' vero che nel caso in esame successivamente è stata rilasciata una nuova autorizzazione dal Tribunale di Napoli. Tuttavia questa, benché dal momento in cui è intervenuta possa produrre alcuni effetti favorevoli che retroagiscono (ad esempio per quanto riguarda il requisito della regolarità fiscale perché i debiti pregressi da quel momento non possono essere adempiuti), in generale produce conseguenze solamente *ex nunc*, dato che si fonda su un nuovo piano concordatario per il pagamento dei creditori.

Pertanto, come dedotto dalla parte ricorrente, nel caso in esame si è determinato un intervallo temporale, che intercorre tra il provvedimento di diniego di omologazione del piano concordatario e di revoca del medesimo, e il momento di presentazione della nuova domanda di concordato. In questo intervallo Athena è rimasta effettivamente priva dei requisiti necessari per la partecipazione alla procedura di gara e del requisito della regolarità fiscale.

Tale circostanza determina l'illegittimità del provvedimento impugnato, perché la stazione appaltante alla luce di tali sopravvenienze, non avrebbe potuto confermare l'aggiudicazione in favore di Athena, in applicazione del principio della necessaria continuità dei requisiti di ammissione.

Infatti, come costantemente osservato in giurisprudenza, *“i requisiti di partecipazione 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 e fino all'aggiudicazione definitiva e alla stipula del contratto, nonché per tutto il periodo dell'esecuzione dello stesso, senza soluzione di continuità: il principio della continuità del possesso dei requisiti esige dunque che gli stessi siano posseduti ininterrottamente in tutte le fasi della procedura e che la loro perdita, ancorché temporanea, impone l'esclusione della concorrente dalla gara (Cons. Stato, V, 17 aprile 2020, n. 2443; 21 gennaio 2019, n. 498; V, 28 dicembre 2017, n. 6135; V, 31 ottobre 2016, n. 4558; III, 13 gennaio 2016, n. 76; Ad. plen., 20 luglio 2015, n. 8)”* (in questi termini Consiglio di Stato, Sez. V, 15 dicembre 2020, n. 8021).

La fondatezza del primo motivo comporta l'assorbimento delle censure proposte con il secondo motivo, e il ricorso deve essere accolto con

conseguente annullamento del provvedimento impugnato.

Deve altresì essere accolta la domanda di risarcimento del danno in forma specifica disponendo, previa verifica del possesso dei requisiti di partecipazione e di esecuzione, il subentro della ricorrente nello svolgimento del servizio per un periodo corrispondente a quello oggetto dell'affidamento, con dichiarazione di inefficacia del contratto eventualmente concluso (art. 122 cod. proc. amm.).

Le peculiarità e novità delle questioni oggetto della controversia giustificano l'integrale compensazione delle spese di giudizio tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla il provvedimento impugnato e dispone il subentro di MBS nel servizio, nei sensi e nei termini di cui in motivazione.

Spese compensate.

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

Così deciso in Venezia nella camera di consiglio del giorno 26 gennaio 2022 con l'intervento dei magistrati:

Maddalena Filippi, Presidente

Stefano Mielli, Consigliere, Estensore

Filippo Dallari, Referendario

L'ESTENSORE
Stefano Mielli

IL PRESIDENTE
Maddalena Filippi

IL SEGRETARIO

