

N. 00076/2016REG.PROV.COLL.

N. 07194/2015 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 7194 del 2015, proposto da:
Cooperativa Muratori Cementisti CmcSocieta' Cooperativa in proprio e quale Mandataria R.T.I., Rti-
ConscoopSoc.Cooperativa, Rti-Ubaldi Costruzioni Spa, Rti-Arco Lavori Sc, rappresentati e difesi dagli avv.ti Angelo
Clarizia, Giovanni Ranci, con domicilio eletto presso Angelo Clarizia in Roma, Via Principessa Clotilde, 2;

contro

Regione Marche, rappresentata e difesa dagli avv.ti Laura Simoncini, Vito Iorio, con domicilio eletto presso Vito Iorio in
Roma, Via Scirè 15; Agenzia Regionale Sanitaria, Dirigente dell'Agenzia Regionale Sanitaria;

nei confronti di

Ics Grandi Lavori Spa, Asur Marche, Inrca Istituto Nazionale di Riposo e Cura Per Anziani, Procedura di Concordato
Preventivo Salvatore Matarrese Spa - Tribunale Bari; Salc Spa, rappresentata e difesa dall'avv. Andrea Musenga, con
domicilio eletto presso Andrea Musenga in Roma, viale America, 11; Salvatore Matarrese Spa, rappresentata e difesa
dagli avv.ti Andrea Musenga, Davide Angelucci, con domicilio eletto presso Andrea Musenga in Roma, viale America,
11;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. MARCHE - ANCONA: SEZIONE I n. 00534/2015, resa tra le parti, concernente affidamento
lavori per la realizzazione di un nuovo complesso ospedaliero - ris.danni;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Regione Marche, di Salc Spa e di Salvatore Matarrese Spa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 3 dicembre 2015 il Cons. Carlo Deodato e uditi per le parti gli avvocati Angelo
Clarizia, Vito Iorio e Maria Stefania Masini su delega di Andrea Musenga;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con la sentenza impugnata il Tribunale Amministrativo Regionale per le Marche respingeva il ricorso della Cooperativa Muratori Cementisti società cooperativa (d'ora innanzi CMC) contro l'affidamento da parte della Regione Marche all'RTI costituito dalla mandataria SALC S.p.A. e dalla mandante Salvatore Matarrese s.r.l. (d'ora innanzi SALC) dell'appalto avente ad oggetto la realizzazione del nuovo complesso sede dell'IRCCS INRCA e dell'Ospedale di Rete nella zona sud di Ancona, in esito allo scorrimento della graduatoria, ai sensi dell'art.140 d.lgs. 12 aprile 2006, n.163, disposto in seguito all'assoggettamento dell'originaria aggiudicataria (Cooperativa Edil Strade Imolese) alla procedura di liquidazione coatta amministrativa.

Avverso la predetta decisione proponeva appello la CMC, contestando la correttezza della statuizione gravata e domandandone la riforma, con conseguente accoglimento del ricorso proposto in primo grado.

Resisteva la Regione Marche, che contestava la fondatezza dell'appello, chiedendone la reiezione, con conseguente conferma della sentenza impugnata.

Si costituiva anche la SALC, che riproponeva, mediante appello incidentale, le censure dedotte a sostegno del ricorso incidentale di primo grado, dichiarato improcedibile con la decisione impugnata, concludendo per la conferma di quest'ultima (in ipotesi con diversa motivazione).

Il ricorso veniva trattenuto in decisione alla pubblica udienza del 3 dicembre 2015.

DIRITTO

1- E' infondato quanto sostenuto dalla SALC nella prima eccezione preliminare. Infatti, la lesione dell'interesse azionato in giudizio dalla CMC si è consumata con l'affidamento dell'appalto, e non con la pubblicazione della graduatoria o con la lettera di interpello, da valersi, per quanto qui interessa, quali atti del tutto idonei a concretare quel pregiudizio della sfera di interessi della ricorrente, che, solo, autorizza (e, soprattutto, impone) l'impugnazione del provvedimento che lo provoca.

2.2- Si rivela, peraltro, infondata anche l'eccezione con cui la Regione Marche sostiene la carenza di interesse a ricorrere in capo alla cooperativa ricorrente in primo grado, sulla base del rilievo che il suo eventuale accoglimento non determinerebbe l'obbligo della stazione appaltante di affidare l'appalto alla concorrente che segue in graduatoria la SALC (e, cioè, la stessa CMC).

Al contrario di quanto dedotto dalla Regione, infatti, una volta che la stazione appaltante ha deciso di procedere all'interpello previsto dal primo comma dell'art.140 d.lgs. cit., esercitando la facoltà assegnatale da tale disposizione, è tenuta a proseguire lo scorrimento della graduatoria a partire dalla concorrente che ha formulato la prima offerta migliore e fino al quinto miglior offerente, senza che residuino, al riguardo, margini di discrezionalità, come si ricava dalla lettera dell'univoca formulazione testuale dell'ultimo periodo del comma in esame (che configura come vincolato lo scorrimento della graduatoria, una volta formalizzato il primo interpello).

Ne consegue che l'annullamento dell'aggiudicazione alla prima interpellata comporta, come effetto automatico, la spettanza dell'appalto alla concorrente che la segue in graduatoria. Sicchè deve riconoscersi la sussistenza in capo alla CMC dell'interesse ad impugnare l'affidamento alla SALC.

3.- Così verificata l'ammissibilità del ricorso di primo grado, occorre procedere, nel merito, in ossequio ai principi affermati dalla decisione dell'Adunanza Plenaria n.9 del 2014, alla preliminare disamina delle censure dedotte a sostegno del ricorso incidentale "escludente" proposto in primo grado (e riproposte mediante l'appello incidentale avverso la declaratoria della sua improcedibilità) contro l'ammissione alla gara della CMC, da intendersi logicamente antecedenti, rispetto all'esame dell'appello principale, in quanto finalizzate ad ottenere l'accertamento della doverosità dell'estromissione dalla gara della ricorrente principale.

3.1- Dalla confusa prospettazione articolata nell'appello incidentale sembra di capire che la SALC contesti, per un verso, che il RTI CMC abbia ommesso di indicare i soggetti del raggruppamento incaricati di eseguire le lavorazioni delle categorie scorporabili e, per un altro verso, che, in ogni caso, non sia stato indicato il nome del subappaltatore al quale sarebbero state affidate le stesse.

3.2- Le censure sono infondate e vanno disattese.

3.3- Premesso, infatti, che, ai fini della partecipazione alla gara, è sufficiente il possesso della qualificazione nella categoria prevalente (quando il concorrente, singolo o associato, non la possieda anche per le categorie scorporabili), purchè per l'importo totale dei lavori, e che non è, quindi, necessaria, in tale situazione, la qualificazione anche per le categorie scorporabili (Ad. Plen. 2 novembre 2015, n.9), rileva il Collegio che, da un lato, non era necessaria l'indicazione del nominativo del subappaltatore al quale sarebbero state affidate le lavorazioni nelle categorie scorporabili (come da ultimo chiarito con la citata decisione dell'Adunanza Plenaria n.9/2015) e che, dall'altro, non era necessaria l'indicazione delle imprese associate che avrebbero eseguito le predette opere (siccome affidate in subappalto).

3.4- Alle considerazioni che precedono consegue la reiezione dell'appello incidentale.

4.- Così disattese le censure dedotte a sostegno dell'appello incidentale, occorre procedere alla disamina di quello principale e, in particolare, del motivo con cui si insiste nel sostenere l'illegittimità dell'ammissione alla gara della SALC per il difetto, in capo alle società che compongono il relativo RTI, dei requisiti relativi alla regolarità contributiva e alla qualificazione nella categoria OG11, Class. VIII.

4.1- Il motivo è fondato.

4.2- Occorre premettere, in fatto, che alla procedura aveva partecipato un RTI composto dalla ICS Grandi Lavori S.p.A. (quale mandataria) e dalla Salvatore Matarrese S.p.A. (quale mandante) e che, tuttavia, in corso di gara la prima cedeva il ramo d'azienda alla SALC S.p.A. con contratto del 13 maggio 2013 e la seconda cedeva il ramo d'azienda alla Salvatore Matarrese s.r.l. con contratto dell'8 febbraio 2014, sicchè l'affidamento controverso risulta disposto al RTI costituito dalle due società cessionarie.

Risulta, inoltre, che la Salvatore Matarrese S.p.A. avesse perso i requisiti relativi alla regolarità contributiva (si veda il DURC in data 28 luglio 2014 prodotto sub 9 in primo grado dalla CMC) in un periodo antecedente la cessione del ramo d'azienda alla Salvatore Matarrese s.r.l., che quest'ultima avesse ottenuto l'attestazione SOA per la categoria prevalente solo a far data dal 21 marzo 2014 (si veda l'attestazione della Soatech S.p.A. prodotta sub 10 in primo grado dalla CMC), mentre il contratto d'affitto d'azienda risale all'8 febbraio 2014 (con la conseguenza che nel periodo corrente tra le predette due date vi era stata soluzione di continuità del possesso della qualificazione considerata) e che, tuttavia, alle date dell'interpello e dell'affidamento dell'appalto, la società cessionaria risultava regolarmente titolare di entrambi i predetti requisiti.

4.3- A fronte della situazione di fatto appena descritta, il T.A.R. ha disatteso la censura in esame sulla base del rilievo che il principio relativo alla continuità del possesso dei requisiti di partecipazione, per un verso, non si applica nelle ipotesi di cessione del ramo d'azienda in corso di gara (ovviamente quando la società cessionaria si riveli provvista del requisito) e, per un altro, tollera, nella sua declinazione, limitate interruzioni, purchè, tuttavia, i requisiti siano posseduti dalla concorrente nei momenti salienti della procedura e, cioè, nelle fasi della presentazione della domanda, della verifica dei requisiti e dell'aggiudicazione (citando, al riguardo, l'ordinanza del Cons. St., sez. III, 29 aprile 2015, n.2189, di rimessione all'Adunanza Plenaria proprio della questione dell'interpretazione e dell'applicazione del principio di continuità del possesso dei requisiti).

• 4.4- Senonchè, l'Adunanza Plenaria (con la decisione 20 luglio 2015, n.8, con cui è stata risolta proprio la questione rimessa con l'ordinanza sopra citata) ha recentemente ribadito il consolidato indirizzo (dal quale non si ravvisano ragioni per discostarsi) secondo cui 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.

4.5- In applicazione della predetta regola, quindi, deve rilevarsi l'illegittimità dell'ammissione alla gara del RTI SALC e, quindi, dell'affidamento ad esso dell'appalto, per il difetto in capo alla Salvatore Matarrese S.p.A., quale originaria partecipante alla procedura nella qualità di mandante del RTI con ICS Grandi Lavori S.p.A., sia del requisito della regolarità contributiva sia di quello dell'attestazione SOA nella categoria OG11, Class. VIII.

4.6- E non serve, di contro, rilevare che, al momento dell'affidamento dell'appalto, il RTI risultante dalle predette cessioni possedesse entrambi i requisiti in questione, atteso che l'applicazione del principio della continuità del possesso dei requisiti esige che gli stessi siano posseduti ininterrottamente in tutte le fasi della procedura e che la loro perdita, ancorchè temporanea, impone l'esclusione della concorrente dalla gara.

Resta, peraltro, del tutto, ininfluenza, ai fini che qui rilevano, la circostanza che la perdita dei requisiti risulti ascrivibile a una società medio tempore divenuta estranea alla procedura, posto che, in caso di successione di due imprese nel corso della procedura, la rigorosa applicazione del principio di continuità del possesso dei requisiti impone la verifica della persistenza della loro titolarità in capo a tutti i soggetti che si sono succeduti, nell'ambito della stessa procedura, nella medesima posizione di concorrente e, quindi, nella fattispecie in esame, in capo alla Salvatore Matarrese S.p.A., quale originaria partecipante e dante causa della Salvatore Matarrese s.r.l.

4.7- Né vale, ancora, obiettare che, nell'ipotesi di affidamento in esito allo scorrimento della graduatoria ai sensi dell'art.140 d.lgs. cit., il predetto principio dev'esser applicato avendo riguardo alla sola fase successiva all'interpello, e non anche a quella che precede (e in esito alla quale è stata compilata la graduatoria).

La fase procedimentale disciplinata dall'art.140 d.lgs. cit., infatti, si configura come un segmento di un'unica procedura di affidamento, avviata con la pubblicazione del bando, con la conseguenza, per quanto qui rileva, che i requisiti di partecipazione, attesa l'unicità e l'inscindibilità del procedimento selettivo, devono essere ininterrottamente posseduti dal suo avvio (e, cioè, dalla pubblicazione dell'avviso pubblico) fino alla sua conclusione (e, cioè, alla data dell'affidamento dell'appalto in esito all'interpello).

L'esegesi dell'art.140 d.lgs. cit. appena enunciata risulta, in particolare, avvalorata dai rilievi di seguito svolti.

La disposizione in esame consente alla stazione appaltante, in presenza degli eventi ivi tassativamente dettagliati (che impediscono all'impresa inizialmente aggiudicataria la realizzazione delle opere oggetto dell'appalto), di interpellare progressivamente le imprese che, nella graduatoria, seguono quella appaltatrice al fine di affidare a quella disponibile il completamento dei lavori "alle medesime condizioni già proposte dall'originario aggiudicatario in sede di offerta".

Come si vede, quindi, per un verso, l'interpello viene indirizzato alle imprese che seguono, nell'ordine, l'originaria aggiudicataria e, dunque, sulla base della graduatoria che si è cristallizzata in esito alla fase della gara intesa in senso stretto e, per un altro, il contratto dev'essere stipulato alle stesse condizioni contenute in quello inizialmente concluso (e poi risolto).

Si tratta, quindi, di un'attività amministrativa vincolata dalla legge in un duplice senso: soggettivo ed oggettivo (Cons. St., sez. VI, 14 novembre 2012, n.5747).

Sotto il primo profilo, la stazione appaltante, se decide di esercitare la facoltà riconosciuta dall'art.140 d.lgs. cit., resta tenuta ad indirizzare la proposta alle (sole) imprese che seguono quella appaltatrice nella graduatoria che si è consolidata in esito alla gara già svolta, mentre, sotto il secondo profilo, le condizioni del nuovo contratto devono coincidere con quelle "già proposte dall'originario aggiudicatario in sede di offerta".

Sia sul piano soggettivo che su quello oggettivo, dunque, l'azione amministrativa preordinata alla scelta dell'impresa alla quale affidare il completamento dei lavori in seguito alla risoluzione del contratto d'appalto per uno degli eventi tassativamente elencati nella disposizione in esame risulta vincolata dal rispetto delle risultanze della gara inizialmente bandita, restando preclusi sia l'interpello di imprese diverse da quelle utilmente classificate all'esito della selezione già svolta, sia la modificazione delle condizioni del contratto.

A fronte di tali vincoli, risulta davvero arduo configurare la fase procedurale in esame come autonoma ed indipendente da quella, logicamente e giuridicamente presupposta, che l'ha preceduta ed al rispetto dei cui esiti resta espressamente condizionata.

La corretta valorizzazione della portata precettiva dei vincoli normativi, soggettivi ed oggettivi, appena rammentati impone, al contrario, la diversa catalogazione dogmatica della fase in questione come un segmento procedimentale dell'unica ed inscindibile procedura avviata dalla stazione appaltante per mezzo della pubblicazione iniziale del bando di gara.

Se è vero, in altri termini, che l'affidamento disposto in esito all'esercizio della facoltà di cui all'art.140 d.lgs. cit. va configurato come una nuova e formale aggiudicazione, è anche vero che la stessa resta condizionata al rispetto dei risultati della procedura concorsuale già svolta con un vincolo di intensità tale da renderla riferibile ad essa come una sua fase, sì eventuale, ma, quando esistente, certamente non autonoma e, anzi, funzionalmente in essa integrata.

Diversamente opinando (riconoscendo, cioè, l'autonomia procedimentale dell'interpello e del successivo affidamento) si porrebbe, peraltro, all'inaccettabile conseguenza di ammettere la possibilità di affidare l'appalto a un'impresa che aveva perduto i requisiti nella fase della gara, in palese spregio del principio della continuità del possesso dei requisiti, che, come già osservato, esige che gli stessi siano conservati ininterrottamente per tutta la durata della procedura, fin dalla data di scadenza del termine, fissato nel bando, per la presentazione della domanda (Ad. Plen. n.8 del 2015 cit.).

4.8- Ne consegue che la SALC avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara, per il rilevato difetto dei suddetti requisiti, e che, quindi, l'aggiudicazione ad essa dell'appalto dev'essere giudicata illegittima e annullata.

5.- Alle considerazioni che precedono conseguono l'accoglimento dell'appello e, in riforma della sentenza appellata, l'annullamento dell'affidamento dell'appalto alla SALC, la declaratoria dell'inefficacia del relativo contratto e l'ordine del subentro della CMC nel relativo rapporto, in accoglimento della domanda proposta dall'appellante e tenuto conto che la misura dei lavori finora eseguiti (per come riferita dalla Regione Marche) consente la reintegrazione in forma specifica.

6.- Le spese seguono la soccombenza e si liquidano come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, , in riforma della sentenza appellata, annulla l'affidamento dell'appalto alla SALC, dichiara inefficace il relativo contratto e ordina il subentro della CMC nel relativo rapporto.

Condanna la Regione Marche e la SALC S.p.A., in solido tra loro, a rifondere alla CMC le spese di entrambi gradi di giudizio, che liquida in complessivi Euro 5.000,00.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 3 dicembre 2015 con l'intervento dei magistrati:

Gianpiero Paolo Cirillo, Presidente

Carlo Deodato, Consigliere, Estensore

Lydia Ada Orsola Spiezia, Consigliere

Paola Alba Aurora Puliatti, Consigliere

Sergio Fina, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 13/01/2016

IL SEGRETARIO