

Pubblicato il 03/06/2020

N. 05892/2020 REG.PROV.COLL.

N. 01002/2020 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 Lazio

(Sezione Prima Quater)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1002 del 2020, integrato da motivi aggiunti, proposto da Società Italiana per Condotte D'Acqua S.p.A. in Amministrazione Straordinaria, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Domenico Ielo, Aldo Lopez, Benedetta Lubrano, Giovanni Mangialardi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio avv. Benedetta Lubrano in Roma, via Flaminia 79;

contro

Astral - Azienda Strade Lazio S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Angelo Annibali, Andrea Ruffini, Marco Orlando, Matteo Valente, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio avv. Andrea Ruffini in Roma, via Sistina n. 48;

nei confronti

Siteco S.r.l., S.M. Edilizia S.r.l., Fer Impianti S.r.l., Gp Ingegneria S.r.l., Sirem S.r.l., Saim S.r.l., in persona dei legali rappresentanti pro tempore, rappresentati e difesi dall'avvocato Salvatore Napolitano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;
Toce Domenico e C. Sas, C.M.B. Società Cooperativa, Donati S.p.A., Technital S.p.A., Coding S.r.l. non costituiti in giudizio;

e con l'intervento di

ad opponendum:
Italiana Costruzioni Infrastrutture S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Gianluigi Pellegrino, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento, previa sospensione,

per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

A) della nota prot. 0001362 del 20 gennaio 2020 con la quale ASTRAL ha comunicato a Condotte l'esclusione dalla gara per l'<Appalto di progettazione esecutiva ed esecuzione delle opere di ammodernamento e potenziamento della ferrovia ex concessa Roma-Viterbo, nella tratta extraurbana Riano-Morlupo, da progr. Km 0+000 a progr. Km 5+989,31 di progetto> – Lotto II CIG 721385664A - e la revoca dell'aggiudicazione disposta a favore di Condotte;

B) della determinazione di ASTRAL n. 7 del 17 gennaio 2020, recante "Esclusione del concorrente Società Italiana per Condotte D'Acqua S.p.A. e revoca della aggiudicazione definitiva disposta con Determinazione n. 17 del 30 gennaio 2019;

C) di tutti gli atti ed i provvedimenti presupposti, connessi e conseguenti, anche se allo stato non conosciuti;

per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati da parte ricorrente in data 11/03/2020:

A) della nota prot. 0004794 del 26 febbraio 2020 e della determinazione n. 59 del 25 febbraio 2020, con la quale ASTRAL ha disposto l'aggiudicazione definitiva dalla gara per l'«Appalto di progettazione esecutiva ed esecuzione delle opere di ammodernamento e potenziamento della ferrovia ex concessa Roma-Viterbo, nella tratta extraurbana Riano-Morlupo, da progr. Km 0+000 a progr. Km 5+989,31 di progetto» – Lotto II CIG 721385664A a favore del Raggruppamento Temporaneo costituito dalle imprese SITECO S.r.l., (Capogruppo) S.M. EDILIZIA S.r.l.; SIREM srl; FER IMPIANTI S.r.l.; G.P. INGEGNERIA S.r.l.; SAIM S.r.l.; TOCE DOMENICO & C. S.a.s.;

B) di tutti gli atti ed i provvedimenti presupposti, connessi e conseguenti, anche se allo stato non conosciuti.

per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati da SOCIETÀ ITALIANA PER CONDOTTE D'ACQUA S.P.A. IN AMMINISTRAZIONE STRAORDINARIA il 4\5\2020 :

A) della nota prot. 0004794 del 26 febbraio 2020 e della determinazione n. 59 del 25 febbraio 2020, con la quale ASTRAL ha disposto l'aggiudicazione definitiva dalla gara per l'«Appalto di progettazione esecutiva ed esecuzione delle opere di ammodernamento e potenziamento della ferrovia ex concessa Roma-Viterbo, nella tratta extraurbana Riano-Morlupo, da progr. Km 0+000 a progr. Km 5+989,31 di progetto» – Lotto II CIG 721385664A a favore del Raggruppamento Temporaneo costituito dalle imprese SITECO S.r.l., (Capogruppo) S.M. EDILIZIA S.r.l.; SIREM srl; FER IMPIANTI S.r.l.; G.P. INGEGNERIA S.r.l.; SAIM S.r.l.; TOCE DOMENICO & C. S.a.s, (doc. 16);

B) di tutti gli atti ed i provvedimenti presupposti, connessi e conseguenti, anche se allo stato non conosciuti.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Astral - Azienda Strade Lazio S.p.A. e di Siteco S.r.l. e di S.M. Edilizia S.r.l. e di Fer Impianti S.r.l. e di Gp Ingegneria S.r.l. e di Sirem S.r.l. e di Saim S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza del giorno 26 maggio 2020 la dott.ssa Lucia Gizzi;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con ricorso ritualmente notificato, Società italiana per Condotte d'acqua Spa in amministrazione straordinaria – in persona dei commissari straordinari pro-tempore – (d'ora in avanti, Condotte) ha impugnato, chiedendone l'annullamento, la nota n. 0001362 del 20.1.2020, con la quale Azienda stradale Lazio – Astral Spa (d'ora in avanti, Astral) le ha comunicato l'esclusione dalla gara per l'“Appalto di progettazione esecutiva ed esecuzione delle opere di ammodernamento e potenziamento della ferrovia ex concessa Roma-Viterbo, nella tratta extraurbana Riano-Morlupo, da progr. Km 0+000 a progr. Km 5+989,31 di progetto” – Lotto II CIG 721385664A – e la revoca dell'aggiudicazione disposta in suo favore; nonché la determinazione di Astral n. 7 del 17.1.2020, recante “Esclusione del concorrente Società Italiana per Condotte D'Acqua S.p.A. e revoca della aggiudicazione definitiva disposta con Determinazione n. 17 del 30 gennaio 2019”.

Con bando pubblicato sulla G.U.C.E. il 22.9.2017, Astral ha indetto una procedura di gara avente ad oggetto l'appalto integrato di progettazione esecutiva ed esecuzione di lavori sulla base del progetto definitivo dei lavori di realizzazione delle opere di ammodernamento e potenziamento della ferrovia ex concessa Roma-Viterbo, nella tratta extraurbana Riano-Morlupo da progr. Km 0+000 a progr. Km

5+989,31 di progetto. La gara era unica e divisa in due lotti: Lotto 1 dal Km 0+000 al Km 3+657 di progetto - CIG 7213850158 e Lotto 2 dal Km 3+657 al Km 5+989,31 di progetto - CIG 721385664A.

Il criterio di aggiudicazione di ciascun lotto era quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa di cui all'art. 95 del d.lgs. n. 50 del 2016, da valutarsi attraverso l'applicazione del metodo aggregativo-compensatore.

Alla procedura di gara per il Lotto 2 ha preso parte, tra le altre, Condotte, la quale, avendo presentato l'offerta migliore, ha conseguito l'aggiudicazione dell'appalto con la determinazione n. 17 del 30.1.2019.

In sede di controllo sull'effettivo possesso dei requisiti di partecipazione in capo all'aggiudicataria, Astral ha ricevuto, il 28.10.2019, un certificato dell'Agenzia delle Entrate da cui risultava un'irregolarità fiscale di Condotte. In risposta ai chiarimenti chiesti dalla Stazione appaltante, l'Agenzia delle Entrate, in data 29.11.2019, ha comunicato una serie di cartelle di pagamento a carico dell'aggiudicataria e ha precisato che la stessa si trovava in amministrazione straordinaria.

All'esito di un confronto procedimentale con Condotte e di un supplemento istruttorio, Astral ha adottato la determinazione n. 7 del 17.1.2020, con cui l'ha esclusa dalla procedura di gara e le ha revocato l'aggiudicazione definitiva disposta con la determinazione n. 17 del 2019, per le seguenti ragioni: violazione dell'art. 80, comma 4, del d.lgs. n. 50 del 2016, essendo state accertate a carico di Condotte due cartelle di pagamento, relative all'anno di imposta 2015, dell'importo di euro 47.227,76 (la n.09720180107624475, notificata il 23.5.2018) e dell'importo di euro 56.594,35 (la n. 09720180128800575, notificata il 23.5.2019); violazione dell'art. 80 comma 5, lett. b), del d.lgs. n. 50 del 2016, per essere stata Condotte, durante la procedura di gara, interessata da un procedimento di concordato preventivo; violazione dell'art. 80, comma 5, lett. c), del d.lgs. n. 50 del 2016, per aver omesso Condotte di rendere tempestivamente edotta la Stazione appaltante in merito alle

violazioni accertate, nonché in merito allo stato di crisi economica in cui versava già alla formulazione dell'offerta.

Avverso questo atto, e la relativa nota di comunicazione, è insorta Condotte, deducendo a fondamento del gravame, con un primo gruppo di censure, violazione degli artt. 3, 41 e 97 Cost., degli artt. 3 e 6 della legge n. 241 del 1990, degli artt. 161, commi 1 e 6, e 186-bis del r.d. n. 267 del 1942 (l. fall.), degli artt. 80 e 110 del d.lgs. n. 50 del 2016, dell'art. 48 del d.lgs. n. 270 del 1999, dell'art. 93 del r.d. n. 267 del 1942 (l. fall.); nonché eccesso di potere per illogicità, irragionevolezza e contraddittorietà. Ad avviso della società ricorrente, ella sarebbe stata sempre in possesso dei requisiti di partecipazione: al tempo dell'offerta (2.1.2018), quando ancora doveva emergere il debito fiscale e non era sottoposta a procedure concorsuali; al tempo dell'aggiudicazione (30.1.2019), quando la società era stata ammessa alla amministrazione straordinaria (e quindi era "in continuità") e il debito fiscale era insinuato nella procedura; al tempo dell'esame dei requisiti (dicembre 2019) e dell'emissione del provvedimento di esclusione della società dalla gara e di revoca della aggiudicazione (20.1.2020), quando la società aveva già avviato l'amministrazione straordinaria e i debiti tributari erano insinuati (in privilegio) nella massa passiva per essere soddisfatti nel rispetto dei tempi e dei modi della procedura. Da qui, una prima ragione di illegittimità degli atti gravati.

In secondo luogo, gli atti gravati sarebbero affetti da illegittimità per violazione dell'art. 80, comma 4, del d.lgs. n. 50 del 2016 poiché quando la cartella di pagamento è stata notificata (il 23.5.2018), era ancora in essere la procedura di concordato ai sensi dell'art. 161, commi 1 e 6, e dell'art. 186-bis del r.d. n. 267 del 1942, con il divieto di pagamento di crediti anteriori disposto dal decreto del Tribunale di Roma del 15.1.2018. A tale divieto si sarebbe sovrapposta, per effetto della domanda di ammissione di Condotte all'amministrazione straordinaria del 17.7.2018, accolta con decreto ministeriale del 6.8.2018, la disciplina dei debiti pregressi prevista per le

società in amministrazione straordinaria (artt. 18 e 48 del d.lgs. n. 270 del 1999 e art. 93 del r.d. n. 267 del 1942), che trovano soddisfazione secondo le regole, i tempi e le modalità della procedura. Di conseguenza, sarebbe configurata, nel caso in esame, la fattispecie di cui all'art. 80, comma 4, del d.lgs. n. 50 del 2016, secondo cui la prevista causa di esclusione “non si applica quando l'operatore economico ha ottemperato (...) impegnandosi in modo vincolante a pagare le imposte dovute (...)”. Peraltro, il termine di pagamento della cartella (22.7.2018) sarebbe scaduto dopo la presentazione della domanda di ammissione all'amministrazione straordinaria (17.7.2018), al momento della verifica degli effetti dell'art. 18 del d.lgs. n. 270 del 1999 e dell'art. 168 del r.d. n. 267 del 1942, che paralizzano ogni richiesta dei creditori successiva alla presentazione della predetta domanda, nonché dell'art. 93 del r.d. n. 267 del 1942, che subordina il pagamento dei crediti pregressi al rispetto delle regole della procedura concorsuale.

In terzo luogo, gli atti gravati sarebbero affetti da illegittimità per violazione dell'art. 80, comma 5, lett. b), del d.lgs. n. 50 del 2016, in quanto, contrariamente a quanto dedotto dalla Stazione appaltante, il concordato preventivo c.d. in bianco, presentato da Condotte l'8.1.2018 e approvato dal Tribunale di Roma il 15.1.2018, rientrerebbe nella fattispecie del concordato con continuità aziendale e, quindi, non costituirebbe causa di esclusione dalla procedura di gara.

Inoltre, Astral sarebbe incorsa nella violazione dell'art. 80, comma 5, lett. c), del d.lgs. n. 50 del 2016, atteso che, contrariamente a quanto rilevato dai provvedimenti gravati, da un lato, Condotte le avrebbe comunicato quanto era a sua conoscenza non appena le è stato chiesto, comunque la sua situazione era nota ad Astral ed infine, non avendo mai perso i requisiti di partecipazione, non aveva alcun onere informativo; dall'altro, la situazione di crisi aziendale non costituirebbe illecito professionale e non sarebbe causa di esclusione dalla procedura di gara, soprattutto

perché Condotte sarebbe stata ammessa a una procedura che consente la continuità aziendale.

Infine, gli atti gravati sarebbero affetti da illegittimità per violazione dell'art. 48 del d.lgs. n. 270 del 1999 e del r.d. n. 267 del 1942, in quanto non vi sarebbe stata alcuna interruzione della continuità aziendale: l'ammissione di Condotte alla amministrazione straordinaria, effettuata con decreto ministeriale del 6.8.2018, infatti, si sovrapporrebbe alla procedura di concordato ammessa con decreto del Tribunale di Roma del 15.1.2018. A partire da questo momento, non sarebbe stato possibile per Condotte pagare il debito tributario. Astral sarebbe incorsa anche in travisamento dei fatti ed errore nei presupposti di fatto e di diritto, in quanto le imprese in amministrazione straordinaria conservano i requisiti di partecipazione alle gare di appalti pubblici. Infatti, il debito fiscale di Condotte, maturato anteriormente alla ammissione all'amministrazione straordinaria, sarebbe soddisfatto dall'inserimento nello stato passivo e dal pagamento in prededuzione.

Con un secondo gruppo di censure, Condotte ha lamentato violazione degli artt. 3, 41 e 97 Cost., degli artt. 3 e 6 della legge n. 241 del 1990, dell'art. 80 del d.lgs. n. 50 del 2016, dell'art. 93 del r.d. n. 267 del 1942, dell'art. 48 del d.lgs. n. 290 del 1999; nonché eccesso di potere per illogicità, irragionevolezza, contraddittorietà. Ad avviso della società ricorrente, infatti, sia al momento dell'aggiudicazione della gara, sia al momento della revoca della stessa, ella sarebbe nel pieno possesso di tutti i requisiti di partecipazione, in quanto i debiti tributari erano insinuati nella procedura concorsuale e dunque estinguibili nel rispetto delle regole della procedura, con la continuità aziendale garantita dalla ammissione all'amministrazione straordinaria, come confermato dal mantenimento dell'attestazione SOA.

Si costituivano in giudizio Astral e le controinteressate Siteco Srl, in proprio e quale mandataria del raggruppamento temporaneo di imprese con Sirem Srl – SM Edilizia Srl – Fer Impianti Srl – GP Ingegneria Srl – SAIM Srl, e con atto di intervento ad

opponendum ICI – Italiana Costruzioni Infrastrutture Spa, insistendo per l'infondatezza del ricorso.

2. Con ricorso per motivi aggiunti ritualmente notificato, Condotte ha impugnato, chiedendone l'annullamento, la nota n. 0004794 del 26.2.2020 e la determinazione n. 59 del 25.2.2020, con la quale Astral ha disposto l'aggiudicazione definitiva dalla gara per l'“Appalto di progettazione esecutiva ed esecuzione delle opere di ammodernamento e potenziamento della ferrovia ex concessa Roma-Viterbo, nella tratta extraurbana Riano-Morlupo, da progr. Km 0+000 a progr. Km 5+989,31 di progetto” – Lotto II CIG 721385664A a favore del raggruppamento temporaneo di imprese con Siteco Srl – Sirem Srl – SM Edilizia Srl – Fer Impianti Srl – GP Ingegneria Srl – SAIM Srl.

A fondamento del gravame, la società ricorrente ha dedotto, in primo luogo, l'illegittimità derivata degli atti gravati per gli stessi vizi denunziati con il ricorso introduttivo. In secondo luogo, ha lamentato l'illegittimità autonoma degli stessi per violazione dell'art. 3 della legge n. 241 del 1990 e degli artt. 80 e 48 del d.lgs. n. 50 del 2016, in quanto Astral ha aggiudicato l'appalto ad un raggruppamento diverso da quello che aveva partecipato alla gara, perché era stata estromessa SIREM Srl che era risultata decaduta dall'attestazione SOA in data 19.2.2019, in seguito ad affitto di ramo d'azienda. Tuttavia, il provvedimento di aggiudicazione non indicava se, a seguito della nuova composizione del raggruppamento, fosse mantenuto il possesso dei requisiti di qualificazione necessari per realizzare l'appalto. Inoltre, sarebbe stato violato l'obbligo di mantenere inalterata la composizione del raggruppamento al di fuori dei casi consentiti e del divieto di modificarla per supplire alla carenza dei requisiti di gara.

3. Con memoria notificata il 4.5.2020, Condotte ha proposto motivi aggiunti avverso gli atti impugnati con il ricorso principale, deducendo eccesso di potere per errore nei presupposti di fatto, determinati da un evidente difetto di istruttoria.

Ed invero, il presupposto di fatto a fondamento dei provvedimenti gravati sarebbe la cartella di pagamento contestata a Condotte notificata il 23.5.2018, come risultante dal certificato rilasciato, nel novembre 2019, dall'Agenzia delle Entrate. Tuttavia, la suddetta cartella sarebbe stata in realtà notificata a Condotte il successivo 20.5.2019, come risultante dalla certificazione della stessa Agenzia delle Entrate, quando la società era già stata ammessa all'amministrazione straordinaria e, quindi, ai sensi dell'art. 48 del d.lgs. n. 270 del 1999 e dell'art. 93 del r.d. n. 267 del 1942, i debiti pregressi non potevano più essere fatti valere se non tramite l'insinuazione allo stato passivo. Peraltro, il debito fiscale in oggetto sarebbe stato pagato, tranne un residuo di euro 420,35.

Astral e le controinteressate Siteco e ICI hanno eccepito l'irricevibilità dei motivi aggiunti, per tardività degli stessi, in quanto la data in cui la cartella di pagamento, assunta da Astral tra i motivi di revoca dell'aggiudicazione e di esclusione, doveva essere nota a Condotte dal giorno della sua notificazione appunto, ossia il 20.5.2019. La stessa, quindi, avrebbe dovuto far valere il motivo di censura in esame con il ricorso principale.

4.All'udienza del 26.5.2020, previo deposito di memorie da parte delle società costituite e richiesta di Condotte di autorizzazione al deposito tardivo di documenti, la causa veniva trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Il ricorso principale è infondato e, pertanto, va rigettato, per le seguenti ragioni. Con bando pubblicato sulla G.U.C.E. il 22.9.2017, Astral ha indetto una procedura di gara avente ad oggetto l'appalto integrato di progettazione esecutiva ed esecuzione di lavori sulla base del progetto definitivo dei lavori di realizzazione delle opere di ammodernamento e potenziamento della ferrovia ex concessa Roma-Viterbo, nella tratta extraurbana Riano-Morlupo da progr. Km 0+000 a progr. Km

5+989,31 di progetto. La gara era unica e divisa in due lotti: Lotto 1 dal Km 0+000 al Km 3+657 di progetto - CIG 7213850158 e Lotto 2 dal Km 3+657 al Km 5+989,31 di progetto - CIG 721385664A.

Il criterio di aggiudicazione di ciascun lotto era quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa di cui all'art. 95 del d.lgs. n. 50 del 2016, da valutarsi attraverso l'applicazione del metodo aggregativo-compensatore.

Alla procedura di gara per il Lotto 2 ha preso parte, tra le altre, Condotte, la quale, avendo presentato l'offerta migliore, ha conseguito l'aggiudicazione dell'appalto con la determinazione n. 17 del 30.1.2019.

In sede di controllo sull'effettivo possesso dei requisiti di partecipazione in capo all'aggiudicataria, Astral ha ricevuto, il 28.10.2019, un certificato dell'Agenzia delle Entrate da cui risultava un'irregolarità fiscale di Condotte. In risposta ai chiarimenti richiesti dalla Stazione appaltante, l'Agenzia delle Entrate, in data 29.11.2019, ha comunicato una serie di cartelle di pagamento a carico dell'aggiudicataria e ha precisato che la stessa si trova in amministrazione straordinaria.

All'esito di un confronto procedimentale con Condotte e di un supplemento istruttorio, Astral ha adottato la determinazione n. 7 del 17.1.2020, con cui l'ha esclusa dalla procedura di gara e le ha revocato l'aggiudicazione definitiva disposta con la determinazione n. 17 del 2019, per le seguenti ragioni: violazione dell'art. 80, comma 4, del d.lgs. n. 50 del 2016, essendo state accertate a carico di Condotte due cartelle di pagamento, relative all'anno di imposta 2015, dell'importo di euro 47.227,76 (la n. 09720180107624475, notificata il 23.5.2018) e dell'importo di euro 56.594,35 (la n. 09720180128800575, notificata il 23.5.2019); violazione dell'art. 80 comma 5, lett. b), del d.lgs. n. 50 del 2016, per essere stata Condotte, durante la procedura di gara, interessata da un procedimento di concordato preventivo; violazione dell'art. 80, comma 5, lett. c), del d.lgs. n. 50 del 2016, per aver omesso Condotte di rendere tempestivamente edotta la Stazione appaltante in merito alle

violazioni accertate, nonché in merito allo stato di crisi economica in cui versava già alla formulazione dell'offerta.

1.1. Avverso la determinazione n. 7 del 2020, e la relativa comunicazione, è insorta la società ricorrente.

Il presupposto interpretativo da cui ella muove, nel sollevare le censure, è che è stata sempre in possesso dei requisiti di partecipazione: al tempo dell'offerta (2.1.2018), quando ancora doveva emergere il debito fiscale e non era sottoposta a procedure concorsuali; al tempo dell'aggiudicazione (30.1.2019), quando la società era stata ammessa alla amministrazione straordinaria (e quindi era "in continuità") e il debito fiscale era insinuato nella procedura; al tempo dell'esame dei requisiti (dicembre 2019) e dell'emissione del provvedimento di esclusione della società dalla gara e di revoca della aggiudicazione (20.1.2020), quando la società aveva già avviato l'amministrazione straordinaria e i debiti tributari erano insinuati (in privilegio) nella massa passiva per essere soddisfatti nel rispetto dei tempi e dei modi della procedura. Da ciò deriverebbe una prima ragione di illegittimità degli atti gravati, per violazione degli artt. 3, 41 e 97 Cost., degli artt. 3 e 6 della legge n. 241 del 1990, degli artt. 161, commi 1 e 6, e 186-bis del r.d. n. 267 del 1942, degli artt. 80 e 110 del d.lgs. n. 50 del 2016, dell'art. 48 del d.lgs. n. 270 del 1999, dell'art. 93 del r.d. n. 267 del 1942; nonché eccesso di potere per illogicità, irragionevolezza e contraddittorietà.

Il presupposto interpretativo da cui muove la società ricorrente è erroneo, con conseguente infondatezza del motivo di gravame.

Come è noto, "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” (Ad. plen., n. 8 del 2015; Cons. Stato, n. 1141 del 2019; n. 6135 del 2017; Tar Lazio, Roma, n. 4597 del 2019). Il principio di continuità del possesso dei requisiti di partecipazione alla gara, insomma, postula che i requisiti, nel caso di specie rilevano quelli di ordine generale, siano posseduti non solo nel momento della presentazione della domanda, nel momento dell'aggiudicazione e in quello, eventuale, della sua revoca, ma richiede che siano posseduti, senza soluzione di continuità, per tutta la durata della procedura di gara.

Ciò che, contrariamente a quanto dedotto dalla società ricorrente, non si è verificato nel caso di specie per due ragioni.

In primo luogo, il Tribunale di Roma, con decreto del 15.1.2018, ha accolto la domanda, presentata da Condotte l'8.1.2018, di concordato preventivo c.d. in bianco ex art. 161, comma 6, del r.d. n. 267 del 1942, concedendole il termine di 120 giorni, poi prorogati di altri 60, “per la presentazione di una proposta definitiva di concordato preventivo (con il piano e la documentazione completa di cui ai commi secondo e terzo di tale norma) o di una domanda di omologa di accordi di ristrutturazione di debiti” e nominando tre commissari giudiziari.

Con successivo decreto del 19.7.2018, il Tribunale di Roma ha dato atto che Condotte ha rinunciato alla domanda di concordato, non sussistendo “le condizioni necessarie per la predisposizione di un piano” – peraltro non depositato, insieme alla documentazione a corredo, alla scadenza del termine previsto – e avendo presentato domanda di ammissione all'amministrazione straordinaria. Da qui, la conseguente pronuncia di improcedibilità della domanda di concordato preventivo. Successivamente, con decreto del 6.8.2018, il Ministero dello sviluppo economico ha ammesso Condotte all'amministrazione straordinaria, accogliendo la sua domanda del 19.7.2018. Infine, con sentenza del 14.8.2018, il Tribunale di Roma ha dichiarato lo stato di insolvenza della società ricorrente.

Dalla suddetta ricostruzione, risulta evidente che, nella fattispecie all'esame del Collegio, vi sono state due diverse e autonome procedure: la prima di concordato preventivo, c.d. in bianco, avviata dalla società ricorrente con domanda dell'8.1.2019 e non conclusasi per rinuncia della società stessa, sul presupposto della mancanza dei requisiti di legge e comunque per mancata presentazione del piano e della documentazione di cui ai commi 2 e 3 dell'art. 161 del r.d. n. 267 del 1942; la seconda di amministrazione straordinaria ai sensi del d.lgs. n. 270 del 1999, avviata sempre dalla società ricorrente con domanda del 19.7.2018 e conclusasi positivamente con decreto ministeriale del 6.8.2018.

Contrariamente a quanto dedotto da Condotte, non si tratta di un'unica procedura, in cui al termine del periodo assegnato dal Tribunale con il decreto del 15.1.2018, al posto della conclusione della procedura concordataria mediante presentazione di un apposito piano e della relativa documentazione, vi sarebbe stata l'ammissione di Condotte all'amministrazione straordinaria, la quale avrebbe appunto superato la procedura di concordato con continuità aziendale, saldandosi con essa e garantendo la continuità aziendale della società.

Per contro, conclusasi negativamente la procedura di concordato, per mancanza dei presupposti e, in particolare, senza che venisse presentato un piano contenente la descrizione analitica delle modalità e dei tempi di adempimento della proposta, è stata avviata una diversa procedura, che, come chiarito dallo stesso Tribunale di Roma nel decreto del 19.7.2018, è alternativa alla prima, presupponendo peraltro lo stato di insolvenza dell'impresa che deve essere giudizialmente dichiarato.

In disparte ogni considerazione sui diversi presupposti e sulla diversa natura dei due istituti, nel caso di specie risulta evidente, dai provvedimenti suindicati, che la società ricorrente ha prima avviato la procedura di concordato preventivo in bianco; successivamente, nell'impossibilità di presentare un piano di adempimento della proposta concordataria, vi ha rinunciato. Con diversa e autonoma domanda, ha

quindi chiesto l'ammissione a una diversa procedura concorsuale, avente sì la finalità di conservare il patrimonio produttivo dell'impresa (cfr. art. 1 del d.lgs. n. 270 del 1999), ma presupponente lo stato di insolvenza della stessa, dichiarato infatti dal Tribunale di Roma con sentenza del 14.8.2018.

In definitiva, non vi è dubbio che l'amministrazione straordinaria a cui è stata ammessa Condotte non sia la conclusione della procedura concordataria, ancorché finalizzata, nelle intenzioni della stessa, alla continuità aziendale, bensì l'esito di un'autonoma procedura concorsuale instaurata proprio a causa e in conseguenza della rinuncia alla prima.

In secondo luogo, come risulta dagli atti di causa, Condotte ha presentato, in data 8.1.2018, una domanda di concordato preventivo in bianco, riservandosi la presentazione del piano e della relativa documentazione di cui ai commi 2 e 3 dell'art. 161 del r.d. n. 267 del 1942, ovvero la domanda di cui all'art. 182-bis del medesimo testo normativo.

Il “pre-concordato” (o “concordato con riserva” o “concordato in bianco”) e il “concordato con continuità aziendale” sono le due figure particolari di concordato preventivo disciplinate ex novo dal cd. decreto Sviluppo (d.l. n. 83 del 2012, convertito nella legge n. 134 del 2012). La prima figura si traduce – come si evince dall'art. 161, comma 6, del r.d. n. 267 del 1942 – nella possibilità di depositare una domanda di concordato preventivo priva, di fatto, di contenuto, essendo finalizzata solo a chiedere al Tribunale la concessione di un termine, proprio al fine di poter predisporre e poi presentare la vera e propria proposta di concordato, da corredare con il piano e la documentazione (compresa la relazione attestativa dell'esperto) indicati dall'art. 161, commi 1 e 2, della l. fall. Se nel termine fissato dal Tribunale il debitore-ricorrente non deposita né una proposta definitiva di concordato (con il relativo corredo documentale), né, alternativamente, un accordo di ristrutturazione dei debiti ex art. 182-bis l. fall., “si applica l'articolo 162, commi secondo e terzo”,

ossia il Tribunale procede a convocare il debitore per contestargli l'inammissibilità della domanda e procedere poi a dichiararla, dichiarando eventualmente anche il fallimento se sia stata presentata un'istanza o richiesta in tal senso e, ovviamente, se ne sussistano i relativi presupposti.

Fino alla scadenza del termine concesso dal Tribunale, si producono gli effetti di cui all'art. 168 della l. fall., con conseguente improcedibilità delle azioni esecutive e cautelari dei creditori.

Ritiene, in proposito, il Collegio di dover aderire a quella giurisprudenza amministrativa secondo cui si impone una lettura restrittiva dell'istituto, “per il fatto che alla concessione di un così grande beneficio, come la prolungata ed anticipata protezione offerta al debitore contro le azioni esecutive e cautelari dei suoi creditori insoddisfatti (di norma del tutto legittime), deve necessariamente corrispondere un contrappeso riequilibratore, il quale va ravvisato quanto meno in un'inevitabile limitazione dei poteri gestori del debitore a partire dal deposito della domanda e nel correlato potere di controllo del Tribunale sul loro esercizio, per evitare se non altro le condotte più abusive e pregiudizievoli per i creditori” (Cons. Stato, n. 3984 del 2019). Proprio l'art. 161, comma 7, della l. fall., peraltro, pur lasciando al debitore ricorrente il potere di compiere atti di ordinaria amministrazione, ha invece limitato l'attività straordinaria a quella urgente e l'ha assoggettata ad autorizzazione del Tribunale. Il debitore ricorrente in pre-concordato, quindi, può porre in essere solo gli atti di straordinaria amministrazione “urgenti”, alla condizione che il Tribunale li autorizzi. Di conseguenza non possono mai essere compiuti gli atti di straordinaria amministrazione non urgenti.

La giurisprudenza amministrativa ha, di recente, ritenuto che “la partecipazione ad una procedura selettiva per l'affidamento di un contratto di appalto pubblico – così come la permanenza all'interno della procedura stessa, laddove al momento dell'avvio non era ancora stata presentata, da parte dell'operatore economico, alcuna

domanda di “concordato in bianco” – non possono inserirsi nell’ambito degli eventi occasionati dallo svolgimento di un’attività ordinaria, ma rientrano nella categoria degli atti di straordinaria amministrazione, anche solo per la circostanza che già solo la partecipazione alla procedura potrebbe ridurre ancor di più le opportunità di salvaguardia dei creditori. È dunque evidente che l’istanza del debitore di ammissione al concordato preventivo costituisce una condizione impeditiva alla partecipazione alle procedure per l’aggiudicazione delle commesse pubbliche e che tale situazione ostativa può essere superata solo mediante l’adempimento degli obblighi documentali contemplati da tale disposizione” (Cons. Stato, n. 3984 del 2019. In senso analogo, Cons. Stato, n. 3225 del 2018; Tar Lazio, Roma, n. 9782 del 2019).

Nel caso di specie, Condotte non ha presentato una domanda di concordato con continuità aziendale, ma la (diversa) istanza di concordato c.d. in bianco, con riserva di presentazione del piano e della restante documentazione nel termine concesso dal Tribunale. Questa domanda, presentata in un momento successivo alla presentazione dell’offerta, ha comunque impedito il mantenimento della sua partecipazione alla gara, senza il previo controllo costituito dalla specifica autorizzazione del Tribunale e il previo assolvimento degli obblighi documentali a ciò finalizzati, che appunto non vi sono stati.

In proposito, si osservi, a ulteriore conferma di quanto detto, che l’art. 80, comma 5, lett. b), del d.lgs. n. 50 del 2016 prevede, quale autonoma causa di esclusione, la situazione in cui l’operatore economico è “stato sottoposto a fallimento o si trovi in stato di liquidazione coatta o di concordato preventivo o sia in corso nei suoi confronti un procedimento per la dichiarazione di una di tali situazioni, fermo restando quanto previsto dall’articolo 110 del presente codice e dall’articolo 186-bis del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267”.

La norma in esame prevede, come unica deroga rispetto alla causa di esclusione dalla stessa introdotta, l'ipotesi del concordato preventivo con continuità aziendale di cui all'art. 186-bis della l. fall., che, come si è visto, è istituito diverso dal c.d. concordato in bianco presentato dalla società ricorrente nel corso della procedura di gara.

Poiché, in virtù del principio di continuità nel possesso dei requisiti di partecipazione, 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 e alla stipula del contratto, la sopravvenuta domanda di concordato preventivo in bianco ha integrato, in corso di gara, una causa di esclusione della società ricorrente.

In proposito, anche la Corte di Giustizia dell'Unione europea ha ritenuto che “la presentazione di un ricorso al fine di essere ammesso al concordato preventivo ha segnatamente come conseguenza quella d'impedire ai creditori, durante un periodo determinato dalla legge fallimentare, di agire nei confronti del patrimonio del debitore e di limitare i diritti di cui dispone il ricorrente sul suo patrimonio, nei limiti in cui, a partire dalla presentazione del ricorso, esso non può da solo, ossia senza l'autorizzazione di un tribunale, compiere atti di straordinaria amministrazione su tale patrimonio. Pertanto, la presentazione di un siffatto ricorso produce effetti giuridici sui diritti e sugli obblighi sia del ricorrente sia dei creditori. Ciò implica che il deposito di tale ricorso deve essere considerato, ancor prima di qualsiasi decisione del giudice competente, come il punto di partenza del procedimento di concordato preventivo di cui all'articolo 45, paragrafo 2, primo comma, lettera b), della direttiva 2004/18 e, di conseguenza, come l'atto di avvio di tale procedimento. Tale conclusione è altresì giustificata dalla situazione economica e finanziaria del richiedente. Infatti, presentando un siffatto ricorso, l'operatore economico

riconosce di trovarsi in uno stato di difficoltà finanziaria che può mettere in discussione la sua affidabilità economica”.

Di conseguenza, “a partire dalla presentazione del ricorso, si deve ritenere che sia in corso un procedimento di concordato preventivo a carico dell'operatore economico”. La circostanza che, nel suo ricorso di concordato preventivo, l'operatore economico si riservi di presentare un piano che prevede la prosecuzione della sua attività, osserva la Corte, non è idonea a modificare tale constatazione. È stato ritenuto, infatti, “conforme al diritto dell'Unione e soprattutto al principio di uguaglianza nella procedura di aggiudicazione di appalti pubblici per la legislazione nazionale escludere dalla partecipazione a un appalto pubblico un operatore economico che ha presentato una domanda di «concordato in bianco» piuttosto che non escluderlo”. La situazione in cui detto operatore non s'impegna, fin dal momento della domanda, a procedere al concordato preventivo al fine di proseguire la sua attività non è paragonabile, con riguardo alla sua affidabilità economica, alla situazione di un operatore economico che s'impegna a tale data a proseguire la propria attività economica (C.G.U.E. 28.3.2019, n. 101, in causa C-101/18).

La stessa Corte costituzionale, nella recente sentenza n. 85 del 2020, seppur con riferimento al diverso problema del concordato preventivo con continuità aziendale della mandataria di un RTI e senza prendere posizione sullo specifico aspetto oggi in esame, quello del c.d. concordato in bianco, ha rilevato come l'art.80, comma 5, lettera b), del d.lgs. n. 50 del 2016, laddove deroga al generale divieto di partecipazione alle procedure di gara delle imprese sottoposte a procedure concorsuali, è “il frutto del complesso bilanciamento operato dal legislatore tra l'interesse della stazione appaltante al corretto e puntuale adempimento della prestazione affidata nella particolare ipotesi del contratto concluso con un'impresa, e l'interesse al superamento della crisi dell'impresa in concordato preventivo con continuità aziendale, da perseguire anche attraverso la partecipazione dell'impresa

stessa alle procedure di affidamento dei contratti pubblici al fine della migliore soddisfazione dei creditori”. Bilanciamento rimesso all’esercizio della discrezionalità del legislatore, il quale lo ha, non irragionevolmente, limitato alla fattispecie del concordato con continuità aziendale, senza estensione a quelle c.d. in bianco.

Peraltro, anche la recente pronuncia n. 1328 del 2020 del Consiglio di Stato che ha invece ritenuto consentita la partecipazione alle procedure di gara anche dell’impresa in concordato con riserva di presentazione della proposta e del piano, l’ha comunque subordinata alla circostanza che l’impresa stessa ottenga, in corso di gara, l’autorizzazione del Tribunale fallimentare ex art. 186-bis, comma 4, l.fall. Questa infatti, secondo la pronuncia in esame, stante il carattere unitario della procedura concordataria, consentirebbe di fare risalire al momento della presentazione della domanda ex art. 161, comma 6, l.fall., secondo lo schema dell’atto prenotativo, la deroga al divieto di partecipazione a procedure di affidamento per imprese sottoposte a procedure concorsuali ex art. 80, comma 5, lett. b), del d.lgs. n. 50 del 2016, prevista per il caso di concordato con continuità aziendale.

Nel caso di specie, invece, Condotte, da un lato, non ha conseguito l’autorizzazione del Tribunale di Roma che, con decreto del 15.1.2018, l’ha ammessa al concordato preventivo c.d. in bianco ex art. 161, comma 6, del r.d. n. 267 del 1942, per partecipare, o meglio restare, nella procedura di gara per cui è causa; dall’altro, nell’impossibilità di presentare un piano di adempimento della proposta concordataria, vi ha rinunciato, tanto che la relativa domanda è stata dichiarata improcedibile con decreto del medesimo Tribunale del 19.7.2018.

Si osservi, infine, che, nel 2019, l’art. 186-bis della l. fall. è stato modificato, nella parte di interesse, prevedendo ora che “l’ammissione al concordato preventivo non impedisce la partecipazione a procedure di assegnazione di contratti pubblici, quando l’impresa presenta in gara: a) una relazione di un professionista in possesso

dei requisiti di cui all'articolo 67, terzo comma, lettera d), che attesta la conformità al piano e la ragionevole capacità di adempimento del contratto”.

Nonostante la novella normativa non si applichi *ratione temporis*, essa mostra come, nel caso di specie, in disparte la natura di concordato in bianco della domanda presentata da Condotte, l'operato della Stazione appaltante sia stato corretto, in quanto la produzione documentale richiesta ai fini dell'ammissione al concordato con continuità aziendale non è mai stata presentata dalla società ricorrente, come chiaramente risulta dal decreto di improcedibilità del Tribunale di Roma del 19.7.2018.

Alla luce delle suesposte considerazioni, il presupposto interpretativo da cui muove Condotte, nel proprio ricorso, ossia che è sempre stata in possesso dei requisiti di partecipazione alla procedura di gara, è erroneo. La società ricorrente ha, in corso di gara, avviato una procedura di concordato preventivo, con presentazione di domanda in bianco, negativamente conclusasi, a causa del mancato deposito del piano concordatario e della relativa documentazione. Ne consegue l'integrazione della causa di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. b) del d.lgs. n. 50 del 2016, con palese infondatezza anche della terza censura formulata da Condotte, nell'ambito del primo motivo di ricorso.

Tanto premesso, essendo il provvedimento di esclusione e revoca dell'aggiudicazione gravato motivato sulla base di diverse e autonome ragioni giustificative, il rigetto delle suesposte censure, renderebbe superfluo l'esame degli ulteriori motivi di ricorso. Anche nel caso di loro accoglimento, infatti, il provvedimento in esame sarebbe sorretto da un'adeguata e sufficiente motivazione. Ritiene tuttavia il Collegio opportuno esaminare, seppur succintamente, gli altri motivi di ricorso, essendo anch'essi privi di fondamento.

1.2. Con la ulteriore censura formulata nell'ambito del primo motivo di ricorso, Condotte ha dedotto la violazione dell'art. 80, comma 4, del d.lgs. n. 50 del 2016.

Ad avviso della società ricorrente, quando la cartella di pagamento è stata notificata (il 23.5.2018), era ancora in essere la procedura di concordato ai sensi dell'art. 161, commi 1 e 6, e dell'art. 186-bis del r.d. n. 267 del 1942, con il divieto di pagamento di crediti anteriori disposto dal decreto del Tribunale di Roma del 15.1.2018. A tale divieto si è sovrapposta, per effetto della domanda di ammissione di Condotte all'amministrazione straordinaria del 17.7.2018, accolta con decreto ministeriale del 6.8.2018, la disciplina dei debiti pregressi prevista per le società in amministrazione straordinaria (artt. 18 e 48 del d.lgs. n. 270 del 1999 e art. 93 del r.d. n. 267 del 1942), i quali trovano soddisfazione secondo le regole, i tempi e le modalità della procedura. Di conseguenza, sarebbe configurata, nel caso in esame, la fattispecie di cui all'art. 80, comma 4, del d.lgs. n. 50 del 2016, secondo cui la prevista causa di esclusione "non si applica quando l'operatore economico ha ottemperato (...) impegnandosi in modo vincolante a pagare le imposte dovute (...)". Peraltro, il termine di pagamento della cartella (22.7.2018) è scaduto dopo la presentazione della domanda di ammissione all'amministrazione straordinaria (17.7.2018), quando si sono verificati gli effetti dell'art. 18 del d.lgs. n. 270 del 1999 e dell'art. 168 r.d. n. 267 del 1942, che paralizzano ogni richiesta dei creditori successiva alla presentazione della predetta domanda, nonché dell'art. 93 del r.d. n. 267 del 1942, che subordina il pagamento dei crediti pregressi al rispetto delle regole della procedura concorsuale. La censura in oggetto è infondata, per le seguenti ragioni.

In primo luogo, rileva il Collegio che l'art. 80, comma 4, del d.lgs. n. 50 del 2016 dispone l'esclusione dalla procedura di gara in caso di "violazioni gravi, definitivamente accertate, rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse o dei contributi previdenziali, secondo la legislazione italiana o quella dello stato in cui sono stabiliti", stabilendo poi che "costituiscono gravi violazioni quelle che comportano un omesso pagamento di imposte e tasse superiore all'importo di cui all'art. 48-bis, commi 1 e 2- bis del decreto del Presidente della Repubblica 29

settembre 1973, n. 602” e che “costituiscono violazioni definitivamente accertate quelle contenute in sentenze o atti amministrativi non più soggetti ad impugnazione”.

Come rilevato dalla giurisprudenza amministrativa, la violazione rilevante ai fini escludenti è quella accertata in atti amministrativi per i quali il contribuente non abbia provveduto al pagamento ovvero alla proposizione di un ricorso giurisdizionale, ovvero in sentenze passate in giudicato, laddove vi sia stata la tempestiva impugnazione dell'atto. È invece del tutto irrilevante la notifica di una cartella di pagamento, posto che trattasi di evenienza dalla quale non è dato inferire in alcun modo il carattere della definitività della violazione tributaria (Tar Lazio, Roma, n. 4597 del 2019).

Insomma, la definitività dell'accertamento tributario decorre non dalla notifica della cartella esattoriale – che è l'atto con cui l'agente della riscossione chiede il pagamento di una somma di denaro per conto di un ente creditore, dopo aver informato il debitore che il detto ente ha provveduto all'iscrizione a ruolo di quanto indicato in un precedente avviso di accertamento – bensì dalla comunicazione di quest'ultimo. La cartella di pagamento (che infatti non è un atto del titolare della pretesa tributaria, ma del soggetto incaricato della riscossione) “costituisce solo uno strumento con cui viene enunciata una pregressa richiesta di natura sostanziale, cioè non possiede [...] alcuna autonomia che consenta di impugnarla prescindendo dagli atti in cui l'obbligazione è stata enunciata” (ex multis, Cass., SS.UU., n. 3001 del 2008), laddove è l'avviso di accertamento l'atto mediante il quale l'ente impositore notifica formalmente la pretesa tributaria al contribuente, a seguito di un'attività di controllo sostanziale” (Cons. St., n. 856 e n. 7058 del 2018; Tar Lazio, Roma, n. 5602 e n. 7222 del 2018). Peraltro, anche qualora la cartella di pagamento avesse costituito il primo atto con il quale si è manifestata la pretesa impositiva, circostanza peraltro non dedotta (se non nel secondo ricorso per motivi aggiunti) né dimostrata dalla società

ricorrente, essa non è stata tempestivamente impugnata e quindi si è comunque tradotta in un accertamento definito, con la conseguenza che – in corso di gara – Condotte ha perso un requisito di partecipazione: la regolarità fiscale (cfr. Cons. Stato, n. 2049 del 2018; n. 3985 del 2017; Tar Lombardia, Milano, n. 448 del 2019). In secondo luogo, il presupposto da cui muove la società ricorrente – secondo cui, quando la cartella di pagamento è stata notificata (il 23.5.2018), era in itinere la procedura di concordato preventivo, con conseguente divieto di pagamento di crediti anteriori, a cui si è sovrapposta, per effetto della domanda di ammissione di Condotte all'amministrazione straordinaria del 17.7.2018, accolta con decreto ministeriale del 6.8.2018, la disciplina dei debiti pregressi prevista per le società in amministrazione straordinaria (artt. 18 e 48 del d.lgs. n. 270 del 1999 e art. 93 del r.d. n. 267 del 1942) – è erronea.

Come si è visto, infatti, nella fattispecie in esame, l'amministrazione straordinaria a cui è stata ammessa Condotte non è la conclusione della procedura concordataria, bensì l'esito di un'autonoma procedura instaurata proprio a causa e in conseguenza della rinuncia alla prima.

Di conseguenza, non può ritenersi integrato l'ultimo periodo del comma 4 dell'art. 80 del d.lgs. n. 50 del 2016, secondo cui la causa di esclusione per irregolarità fiscali e previdenziali “non si applica quando l'operatore economico ha ottemperato ai suoi obblighi pagando o impegnandosi in modo vincolante a pagare le imposte o i contributi previdenziali dovuti, compresi eventuali interessi o multe, purché il pagamento o l'impegno siano stati formalizzati prima della scadenza del termine per la presentazione delle domande”.

La disposizione in esame attribuisce valore sanante al pagamento di debiti tributari o contributivi, a condizione che esso sia intervenuto prima della scadenza del termine per la partecipazione alla gara. Ciò anche nel caso in cui, come nella

fattispecie all'esame del Collegio, l'irregolarità fiscale sia emersa durante la procedura concorsuale.

Solo ai fini della presentazione della domanda di partecipazione, in una logica concorrenziale e collaborativa, è consentito estinguere la propria posizione debitoria. Il corretto adempimento agli obblighi tributari e contributivi è, infatti, obbligo primario posto a carico degli operatori economici, i quali ben conoscono le conseguenze del suo mancato assolvimento, che concretizza appunto l'inadempimento di una obbligazione di legge, i cui pregiudizi non possono che ricadere su di loro. È, pertanto, ragionevole ammettere alle procedure selettive i soli soggetti che abbiano sanato il precedente stato di inottemperanza, solo prima dello scadere del termine per la presentazione delle domande. In tal modo, si realizza un giusto punto di equilibrio tra il principio del favor participationis con quello della par condicio, nonché con l'interesse pubblico al corretto e funzionale svolgimento delle gare pubbliche (Tar Lazio, Roma, n. 11173 del 2017).

Nel caso di specie, peraltro, ancorché la cartella di pagamento sia stata notificata in corso di gara, essa si riferisce ad una pretesa tributaria preesistente e non estinta anteriormente alla scadenza del termine di presentazione della domanda di partecipazione alla procedura di gara. Di conseguenza nessun valore sanante può essere attribuito alla circostanza che, al momento della notifica della cartella esattoriale, fosse pendente la procedura concordataria, ovvero che, al momento della scadenza del termine di pagamento in essa indicato, fosse stata presentata domanda di ammissione all'amministrazione straordinaria, ovvero ancora, come si vedrà esaminando il secondo ricorso per motivi aggiunti, che, al momento della notifica della cartella di pagamento, la società fosse già ammessa all'amministrazione straordinaria, in quanto il suo eventuale pagamento durante la procedura di gara, ossia successivamente al termine di scadenza delle offerte, non avrebbe potuto

comunque integrare la fattispecie di cui all'ultimo periodo del quarto comma dell'art. 80 del d.lgs. n. 50 del 2016.

E ciò a prescindere dalla circostanza che, in corso di gara, Condotte sia stata ammessa – con decreto ministeriale del 6.8.2018 – all'amministrazione straordinaria e che, di conseguenza – come attestato dall'Agenzia delle entrate nella nota del 5.12.2019 – il debito tributario verrà pagato secondo le regole, i tempi e le modalità della procedura concorsuale, in quanto non rilevano adempimenti tardivi e, di conseguenza, è impedita la sanatoria di cui all'ultimo periodo del comma 4 dell'art. 80 del d.lgs. n. 50 del 2016.

1.3. Rispetto al motivo di gravame sopra esaminato, Condotte, con memoria notificata il 4.5.2020, ha dedotto un nuovo elemento di giudizio. La società ricorrente ha, da un lato, sviluppato l'originario motivo del ricorso introduttivo di cui si è detto, deducendo un nuovo elemento di fatto a suo fondamento; dall'altro, qualora esso fosse ritenuto un nuovo motivo di ricorso, qualificando la memoria come ricorso per motivi aggiunti avverso gli atti impugnati con il ricorso principale e, in quanto tale, l'ha notificata.

Ritiene il Collegio, in primo luogo, di poter prescindere dall'eccezione di irricevibilità del ricorso per motivi aggiunti sollevata da Astral e dalle controinteressate Siteco e ICI, in quanto il motivo nuovo è anch'esso infondato.

Con esso, Condotte ha dedotto che il presupposto di fatto su cui si fondano i provvedimenti gravati in via principale è che la cartella di pagamento n. 09720180107624475 le sarebbe stata notificata il 23.5.2018, come risulta dal certificato rilasciato, nel novembre 2019, dall'Agenzia delle Entrate. Tuttavia, la suddetta cartella è stata in realtà notificata a Condotte il successivo 20.5.2019, come risulta dalla certificazione della stessa Agenzia delle Entrate (cfr. documento n. 17 e documento n. 21, di cui il Collegio, stante la sua sopravvenienza, ritiene di poter autorizzare il deposito tardivo), quando la società era già stata ammessa

all'amministrazione straordinaria e, quindi, ai sensi dell'art. 48 del d.lgs. n. 270 del 1999 e dell'art. 93 del r.d. n. 267 del 1942, i debiti pregressi non potevano più essere fatti valere se non tramite l'insinuazione allo stato passivo. Peraltro, il debito fiscale in oggetto è stato pagato, tranne un residuo di euro 420,35.

Ad avviso della società ricorrente, quindi, sarebbe errato il presupposto di fatto su cui si fondano i gravati provvedimenti: la circostanza che la cartella di pagamento n. 09720180107624475 è stata notificata indica un'irregolarità fiscale quando la procedura di gara era già in corso e quando l'Amministrazione straordinaria non era ancora intervenuta. Invece: la cartella di pagamento è il primo atto comunicato a Condotte, in relazione al debito fiscale in essa indicato; è stata notificata il 20.5.2019; all'epoca della notificazione, era intervenuta l'amministrazione straordinaria; il debito fiscale era stato regolarmente insinuato nel passivo e pagato.

Ribadisce in proposito il Collegio che, come già previsto al punto precedente, la cartella di pagamento in questione si riferisce ad un debito fiscale relativo all'anno di imposta 2015, ossia preesistente sia rispetto al momento di partecipazione alla procedura di gara (2.1.2018), sia al momento di ammissione all'amministrazione straordinaria (6.8.2018). Rispetto ad esso, l'insinuazione allo stato passivo della procedura concorsuale, avvenuta in corso di gara, non è idonea ad integrare la sanatoria di cui all'ultimo periodo del comma 4 dell'art. 80 del d.lgs. n. 50 del 2016, che attribuisce valore sanante al pagamento di debiti tributari o contributivi, a condizione che esso sia intervenuto prima della scadenza del termine per la partecipazione alla gara.

Peraltro, anche qualora la cartella di pagamento avesse costituito il primo atto con il quale si è manifestata la pretesa impositiva, circostanza dedotta solamente nella memoria del 4.5.2020, essa comporta il venir meno – in corso di gara – del requisito di regolarità fiscale in capo a Condotte. La circostanza che la sua notificazione sia avvenuta quando Condotte era stata ammessa all'amministrazione straordinaria e,

quindi, si erano prodotti gli effetti dell'art. 18 del d.lgs. n. 270 del 1999 e dell'art. 168 del r.d. n. 267 del 1942, che paralizzano ogni richiesta dei creditori successiva alla presentazione della predetta domanda, nonché dell'art. 93 del r.d. n. 267 del 1942, che subordina il pagamento dei crediti pregressi al rispetto delle regole della procedura concorsuale, è priva di rilievo. Ciò in quanto non esclude che sia stata definitivamente accertata, in capo alla società ricorrente, una situazione di irregolarità fiscale, la cui sanatoria, tramite il pagamento mediante l'insinuazione nello stato passivo della procedura di amministrazione straordinaria, essendo intervenuto in corso di gara, non integra, per le ragioni già indicate nel punto precedente, la sanatoria

di cui all'ultimo periodo del comma 4 dell'art. 80 del d.lgs. n. 50 del 2016.

Il motivo di ricorso in esame è, pertanto, infondato.

1.4. Con altra censura formulata nel primo motivo del ricorso principale, Condotte ha denunciato la violazione dell'art. 80, comma 5, lett. c), del d.lgs. n. 50 del 2016, in quanto, da un lato, ella avrebbe comunicato ad Astral quanto era a sua conoscenza non appena le è stato chiesto. Inoltre, la sua situazione era nota alla Stazione appaltante e, comunque, non avendo mai perso i requisiti di partecipazione, non aveva alcun onere informativo. Dall'altro lato, non costituirebbe illecito professionale e non sarebbe causa di esclusione dalla procedura di gara, l'essere ammessa a una procedura che consente la continuità aziendale, come l'amministrazione straordinaria. Infine, la sanzione espulsiva non sarebbe comunque proporzionata all'eventuale omissione in cui Condotte sarebbe incorsa.

La censura è priva di fondamento.

Risulta dagli atti di causa che, solamente dopo che, con la lettera del 5.12.2019, la Stazione appaltante ha chiesto chiarimenti alla società aggiudicataria in ordine a irregolarità emerse a seguito della verifica dei requisiti da essa avviati, Condotte, con lettere di dicembre 2019 e gennaio 2020, le ha comunicato la propria situazione

relativamente alla procedura di concordato – la cui pendenza, come visto, integra la causa di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. b), del d.lgs. n. 50 del 2016 – e alla successiva procedura di amministrazione straordinaria.

Condotte ha pertanto omesso informazioni, relative sia alla sua irregolarità fiscale, sia alla procedura in corso di concordato preventivo, indubbiamente dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di gara, in quanto incidenti su requisiti generali di partecipazione.

Non solo le informazioni in esame possono ritenersi sicuramente dovute alla Stazione appaltante, la quale infatti le ha apprese nella fase di verifica dei requisiti attivata dopo l'aggiudicazione, con conseguente revoca di essa e, quindi, aggravamento della procedura concorsuale, ma Condotte stessa le ha comunicato dopo aver ricevuto specifica contestazione e richiesta di chiarimenti da parte di Astral.

Il tentativo di condizionare indebitamente il processo decisionale della Stazione appaltante ben può essere azionato attraverso la fornitura di informazioni false e fuorvianti, ovvero con l'omissione delle necessarie dovute informazioni ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione. Ne consegue che anche questa censura è priva di fondamento.

1.5. Con un'ultima censura formulata nel primo motivo del ricorso introduttivo, Condotte ha infine dedotto che gli atti gravati sarebbero affetti da illegittimità per violazione dell'art. 48 del d.lgs. n. 270 del 1999 e del r.d. n. 267 del 1942, in quanto non vi sarebbe stata alcuna interruzione della continuità aziendale: l'ammissione di Condotte alla amministrazione straordinaria, effettuata con decreto ministeriale del 6.8.2018, infatti, si sovrappone alla procedura di concordato ammessa con decreto del Tribunale di Roma del 15.1.2018.

La censura è infondata, alla luce di quanto sopra detto in ordine alla distinzione tra la procedura di concordato preventivo e quella di amministrazione straordinaria che hanno interessato la società ricorrente.

Ad avviso di Condotte, Astral sarebbe incorsa anche in travisamento dei fatti ed errore nei presupposti di fatto e di diritto, in quanto le imprese in amministrazione straordinaria conservano i requisiti di partecipazione alle gare di appalti pubblici.

Anche questa censura è infondata: è evidente, infatti, che la ragione di esclusione e di revoca dell'aggiudicazione non si rinviene, nel provvedimento gravato, nell'essere stata Condotte ammessa all'amministrazione straordinaria, che pacificamente non rientra, ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. b), del d.lgs. n. 50 del 2016, tra le procedure concorsuali che costituiscono causa di esclusione dalla procedura di gara.

1.6. Con un secondo gruppo di censure, Condotte ha lamentato, infine, violazione degli artt. 3, 41 e 97 Cost., degli artt. 3 e 6 della legge n. 241 del 1990, dell'art. 80 del d.lgs. n. 50 del 2016, dell'art. 93 del r.d. n. 267 del 1942, dell'art. 48 del d.lgs. n. 290 del 1999; nonché eccesso di potere per illogicità, irragionevolezza, contraddittorietà. Ad avviso della società ricorrente, infatti, sia al momento dell'aggiudicazione della gara, sia al momento della revoca della stessa, ella era nel pieno possesso di tutti i requisiti di partecipazione, in quanto i debiti tributari erano insinuati nella procedura concorsuale e dunque estinguibili nel rispetto delle regole della procedura e la continuità aziendale era garantita dalla ammissione all'amministrazione straordinaria, come confermato dal mantenimento dell'attestazione SOA.

Anche questo motivo di gravame è infondato, alla luce delle considerazioni sopra svolte. Si ribadisce infatti che il principio di continuità del possesso dei requisiti di partecipazione alla gara postula che i requisiti, nel caso di specie rilevano quelli di ordine generale, siano posseduti non solo nel momento della presentazione della domanda, nel momento dell'aggiudicazione e in quello, eventuale, della sua revoca, ma richiede che siano posseduti, senza soluzione di continuità, per tutta la durata

della procedura di gara. Ciò che, contrariamente a quanto dedotto dalla società ricorrente, non si è verificato nel caso di specie per le ragioni sopra esposte.

1.7. Alla luce delle suesposte considerazioni, il ricorso principale e il ricorso per motivi aggiunti del 4.5.2020 vanno rigettati.

2. Con ricorso per motivi aggiunti ritualmente notificato il 10.3.2020, Condotte ha impugnato la nota n. 0004794 del 26.2.2020 e la determinazione n. 59 del 25.2.2020, con la quale Astral ha disposto l'aggiudicazione definitiva dalla gara per l'“Appalto di progettazione esecutiva ed esecuzione delle opere di ammodernamento e potenziamento della ferrovia ex concessa Roma-Viterbo, nella tratta extraurbana Riano-Morlupo, da progr. Km 0+000 a progr. Km 5+989,31 di progetto” – Lotto II CIG 721385664A a favore del raggruppamento temporaneo di imprese con Siteco Srl – Sirem Srl – SM Edilizia Srl – Fer Impianti Srl – GP Ingegneria Srl – SAIM Srl. Il ricorso per motivi aggiunti è inammissibile.

Come è noto, secondo la costante giurisprudenza amministrativa, l'operatore economico legittimamente escluso dalla procedura di gara non è legittimato a impugnare l'aggiudicazione in favore di altro concorrente, poiché egli, per effetto dell'esclusione, rimane privo non solo del titolo che lo legittima a partecipare alla gara, ma anche a contestarne gli esiti e la legittimità delle scansioni procedurali. È possibile, quindi, affermare che il consolidamento dell'esclusione dalla procedura di gara rende inammissibile, per difetto di legittimazione, l'impugnativa dell'aggiudicazione (ex multis, Tar Lazio, Roma, n. 9708 e n. 8370 del 2018).

Né questa soluzione interpretativa può essere revocata in dubbio all'esito della sentenza n. 333 del 2019 (C-333/19) della Corte di Giustizia dell'Unione europea, secondo cui “L'art. 1, paragrafo 1, terzo comma, e paragrafo 3, della direttiva 89/665/Cee del Consiglio, del 21 dicembre 1989, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori,

come modificata dalla direttiva 2007/66/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2007, deve essere interpretato nel senso che esso osta a che un ricorso principale, proposto da un offerente che abbia interesse ad ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e che sia stato o rischi di essere leso a causa di una presunta violazione del diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici o delle norme che traspongono quest'ultimo, ed inteso ad ottenere l'esclusione di un altro offerente, venga dichiarato irricevibile in applicazione delle norme o delle prassi giurisprudenziali procedurali nazionali disciplinanti il trattamento dei ricorsi intesi alla reciproca esclusione, quali che siano il numero di partecipanti alla procedura di aggiudicazione dell'appalto e il numero di quelli che hanno presentato ricorsi”.

La sentenza, infatti, si riferisce ai ricorsi reciprocamente escludenti – ossia all’ipotesi in cui “a seguito di una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico, due offerenti presentano ricorsi intesi alla reciproca esclusione” (punto 23 della sentenza) – e persegue un obiettivo di tutela sostanziale (espressione dei principi di parità delle armi, non discriminazione e di tutela della concorrenza), che intende superare la regola del prioritario esame del ricorso incidentale con carattere escludente rispetto al ricorso principale. Ciò perché, secondo la giurisprudenza della Corte di Giustizia, (sentenze del 4 luglio 2013, *Fastweb*, C-100/12, e del 5 aprile 2016, *PFE*, C-689/13), “gli interessi perseguiti nell'ambito di ricorsi intesi alla reciproca esclusione sono considerati in linea di principio equivalenti” (sentenza 5 settembre 2019, C-333/19).

Tale tutela si realizza rinvenendo una legittimazione al ricorso reciproca, che si basa sulla contestualità delle azioni impugnatorie.

Differente è l’ipotesi, ricorrente nella fattispecie all’esame del Collegio, in cui la società ricorrente è stata oggetto di un provvedimento di esclusione da parte della Stazione appaltante ed ha, in primo luogo, proposto un autonomo ricorso avverso quest’atto.

Come chiarito dalla sentenza n. 355 del 2016 (C-355/15), il caso in cui “ciascuno degli offerenti contestava la regolarità dell'offerta dell'altro nell'ambito di un solo ed unico procedimento di ricorso avverso la decisione di aggiudicazione dell'appalto” va distinto dal caso in cui l'offerente “ha depositato un ricorso, in primo luogo, avverso la decisione di esclusione adottata nei propri confronti e, in secondo luogo, avverso la decisione di aggiudicazione dell'appalto ed è nell'ambito del secondo ricorso che esso invoca l'irregolarità dell'offerta dell'aggiudicataria” (punto 32).

Pertanto, laddove la simultaneità dei ricorsi proposti dai concorrenti avverso la reciproca offerta non sussiste, come nel caso di specie, non può essere invocata la giurisprudenza eurounitaria sul c.d. ricorso incidentale escludente. Ne consegue che la valutazione in ordine alla legittimità dell'esclusione della società ricorrente, effettuata dal Collegio con il rigetto nel merito del ricorso principale e di quello per motivi aggiunti del 4.5.2020, esclude sia la legittimazione al ricorso, intesa quale titolarità di una situazione giuridica soggettiva, sia l'interesse al ricorso, inteso quale utilità pratica ritraibile dall'accoglimento del ricorso avverso l'aggiudicazione in favore del controinteressato, essendo la posizione del ricorrente già definitivamente pregiudicata.

Ne consegue che il ricorso avverso l'aggiudicazione deve ritenersi inammissibile.

In conclusione, nel caso di specie, avendo il Collegio rigettato il ricorso principale e quello per motivi aggiunti del 4.5.2020 proposti avverso l'atto di esclusione dalla procedura di gara, e di revoca dell'aggiudicazione, di Condotte, questa è priva di legittimazione e di interesse al ricorso avverso l'aggiudicazione successivamente disposta in favore di altro operatore economico. Il ricorso per motivi aggiunti avverso di essa proposto va pertanto dichiarato inammissibile.

3. In conclusione, vanno rigettati il ricorso principale e il ricorso per motivi aggiunti del 4.5.2020 e va dichiarato inammissibile il ricorso per motivi aggiunti del 10.3.2020.

Attesa la complessità delle questioni trattate, possono compensarsi le spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima Quater), definitivamente pronunciando sul ricorso principale e sul ricorso per motivi aggiunti del 4.5.2020, li rigetta; sul ricorso per motivi aggiunti del 10.3.2020, lo dichiara inammissibile.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 26 maggio 2020, tenutasi mediante collegamento da remoto in videoconferenza, secondo quanto disposto dall'art. 84, comma 6, d.l. 17 marzo 2020, n. 18, convertito dalla legge n. 27 del 2020, e dal decreto presidenziale n. 67 del 19 marzo 2020 con l'intervento dei magistrati:

Mariangela Caminiti, Presidente FF

Ines Simona Immacolata Pisano, Consigliere

Lucia Gizzi, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Lucia Gizzi

IL PRESIDENTE
Mariangela Caminiti

IL SEGRETARIO