

## **TAR Campania, Sezione Prima, Sentenza n. 3668 del 8 maggio 2025**

Appalti pubblici – Perdita dei requisiti dopo aggiudicazione – No avvalimento tardivo – Omessa comunicazione – Illegittimità

Publicato il 08/05/2025

**N. 03668/2025 REG.PROV.COLL.**

**N. 00154/2025 REG.RIC.**



**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania**

**(Sezione Prima)**

ha pronunciato la presente

### **SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 154 del 2025, integrato da motivi aggiunti, proposto da (...) S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG (...), rappresentata e difesa dall'avvocato (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

### **contro**

Comune (...), Cuc (...), Cuc (...), non costituiti in giudizio;

(...), con il patrocinio dell'Avvocatura Distrettuale (...), domiciliataria *ex lege* in (...);

Comune di (...), in persona del Sindaco in carica, rappresentato e difeso dall'avvocato (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

### **nei confronti**

Ministero (...), Ministero (...), (...), con il patrocinio dall'Avvocatura Distrettuale

(...), domiciliataria *ex lege* in (...);

Ministero (...), (...), (...), non costituiti in giudizio;

(...) S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

**Per quanto riguarda il ricorso introduttivo, per l'annullamento, previa sospensiva:**

a) della Determinazione del Responsabile dell'Area Tecnica del Comune di (...) del 23.11.24 Reg. gen. n. 746, Reg. Int n. 263, notificata il 3.12.24, recante annullamento d'ufficio in via di autotutela della Determinazione n. 206/59 del 28.3.24, revoca del contratto di appalto Rep. n. 15/24, avvio del procedimento per l'aggiudicazione al secondo in graduatoria e incameramento della garanzia definitiva, trasmissione degli atti all'ANAC per gli adempimenti consequenziali;

B) della nota prot. 21245 dell'11.11.24, recante comunicazione di avvio del procedimento preordinato all'annullamento d'ufficio, in via di autotutela, della D.D. n. 206/59 del 28.3.24 e risoluzione del contratto di appalto Rep. n. 15/24;

c) di ogni altro atto preordinato, collegato, connesso e conseguente, ivi compresi il disciplinare di gara, il CSA e la nota prot. 22443 del 3.12.24, di avvio del procedimento di escussione della polizza costituente la garanzia definitiva.

Per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati da (...) SrL il 17\1\2025, per l'annullamento della Disposizione n. 587 del 30.12.24 della CUC (...).

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero (...), del Ministero (...), della (...), della (...), di (...) S.r.l. e del Comune di (...);

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120 cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 7 maggio 2025 il dott. Fabio Di Lorenzo e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

1. Con ricorso introduttivo regolarmente notificato e depositato (...) S.r.L. ha impugnato, unitamente agli atti connessi e presupposti, la Determinazione del Responsabile dell'Area Tecnica del Comune di (...) del 23.11.2024 Reg. gen. n. 746, Reg. Int n. 263, notificata il 3.12.2024, recante annullamento d'ufficio in via di autotutela della Determinazione n. 206/59 del 28.3.24, revoca del contratto di appalto Rep. n. 15/24, avvio del procedimento per l'aggiudicazione al secondo in graduatoria e incameramento della garanzia definitiva, trasmissione degli atti all'ANAC per gli adempimenti consequenziali.

Si è costituito il Comune di (...), deducendo l'indondatezza dei motivi di doglianza.

Con i motivi aggiunti (...) S.r.L. ha impugnato la Disposizione n. 587 del 30.12.2024, successivamente notificata, con la quale ha aggiudicato i lavori alla (...) srl, per il prezzo di Euro 1.575.231,04, in forza del ribasso del 10% offerto da quest'ultima in sede di gara.

Si è costituita la controinteressata (...) S.r.L., deducendo l'infondatezza dei rilievi della (...) S.r.L.

Si sono costituiti il Ministero (...), il Ministero (...), la (...), resistendo alle censure della ricorrente.

Non si sono costituiti il Comune di (...), la C.U.C. (...), la C.U.C. (...), (...), e (...).

Con ordinanza n. 244 del 31.1.2025 il Collegio ha respinto la domanda cautelare della ricorrente in base alla seguente motivazione: *«Premesso che la domanda cautelare, così come precisato dalla parte ricorrente nel corso della camera di consiglio del giorno 29 gennaio 2025, è circoscritta alla richiesta di sospensione dell'atto di escussione della polizza assicurativa posta a garanzia definitiva presupponente l'inadempimento contrattuale imputato alla ricorrente per la perdita del requisito del possesso della SOA OG1 III bis;*

*Ritenuta sussistente la giurisdizione del Giudice Amministrativo, in quanto la perdita del requisito di partecipazione relativo al possesso della SOA OG1 III bis è avvenuto prima della*

*stipula del contratto;*

*Ritenuto allo stato degli atti sulla base della cognizione sommaria, e impregiudicata ogni diversa valutazione nella decisione sul merito del ricorso all'esito dell'udienza pubblica, che non sussista il fumus boni juris in quanto risulta dagli atti l'interruzione del possesso della SOA OG1 III BIS dal 3 maggio 2024, cioè dopo l'aggiudicazione del 28.3.2024 ma prima della stipula del contratto avvenuta il 23.7.2024, mentre il possesso di tale SOA è stato recuperato solo il 22.1.2025;*

*Ritenuto che il Disciplinare di gara prevede il necessario possesso di tale SOA, la quale deve essere posseduta per tutto il periodo di gara e di esecuzione del contratto, senza soluzione di continuità».*

Dopo lo scambio di memorie, all'esito dell'udienza pubblica del giorno 7 maggio 2025, il Collegio ha deliberato la decisione.

2. In via preliminare, va disattesa l'eccezione di difetto di giurisdizione formulata dalla controinteressata, sia perché la perdita del requisito di partecipazione relativo al possesso della SOA OG1 III bis, posto a fondamento della motivazione dell'annullamento d'ufficio in via di autotutela della Determinazione n. 206/59 del 28.3.24 e della conseguente revoca del contratto di appalto, è avvenuto prima della stipula del contratto e quindi non nella fase di esecuzione contrattuale, sia perché sono impugnati provvedimenti amministrativi, quali l'aggiudicazione in favore della controinteressata.

3. La controinteressata ha eccepito l'inammissibilità del ricorso per difetto di interesse, sia perché anche ove accolta, essendo stata disposta la risoluzione del contratto per colpa, il ricorrente non avrebbe alcun vantaggio, sia perché, sebbene l'atto di autotutela sia plurimotivato in quanto fondato non solo sulla perdita della SOA in capo alla ricorrente ma anche sulla mancata comunicazione di tale perdita alla stazione appaltante, tale ultima motivazione non sarebbe stata impugnata.

Il Collegio ritiene di prescindere da tali eccezione di inammissibilità, in quanto nel merito il ricorso introduttivo e i motivi aggiunti sono infondati.

4. Con il ricorso introduttivo la ricorrente ha impugnato, unitamente agli atti connessi e presupposti, la Determinazione del Responsabile dell'Area Tecnica del Comune di (...) del 23.11.24 Reg. gen. n. 746, Reg. Int n. 263, notificata il 3.12.24, recante annullamento d'ufficio in via di autotutela della Determinazione n. 206/59 del 28.3.24, revoca del contratto di appalto Rep. n. 15/24, avvio del procedimento per l'aggiudicazione al secondo in graduatoria e incameramento della garanzia definitiva, trasmissione degli atti all'ANAC per gli adempimenti consequenziali.

4.1. Con il primo motivo la ricorrente ha lamentato l'illegittimità del provvedimento impugnato nel punto in cui ha ritenuto dirimente la perdita, in capo alla ricorrente, dell'attestazione SOA cat. OG1 classifica III bis, cioè di un requisito richiesto dalla *lex specialis*.

Il Collegio ritiene che la censura sia infondata.

Il Disciplinare di gara prevede che «*il concorrente deve possedere Attestazione SOA nelle categorie OG1 – classifica III bis. La qualificazione nella categoria prevalente è obbligatoria ai fini della partecipazione alla gara*». Fermo il carattere obbligatorio di tale requisito, va evidenziato che la ricorrente, all'atto di presentazione della domanda di partecipazione alla gara possedeva la richiesta SOA OG III bis, e la possedeva anche al momento dell'aggiudicazione in favore della ricorrente avvenuta in data 28.3.2024; il possesso della SOA tuttavia è stato perso in data 3 maggio 2024, cioè dopo l'aggiudicazione, e prima della stipula del contratto tra il Comune di (...) e la ricorrente avvenuta il 23.7.2024, allorquando l'amministrazione comunale non era ancora al corrente della citata perdita della SOA, in quanto tale circostanza è stata appresa dalla stazione appaltante solo successivamente, a seguito di una verifica effettuata al sistema informativo dell'ANAC (come precisato nel provvedimento di autotutela impugnato). Per questi motivi con l'impugnato provvedimento del 23.11.2024 è stata annullata d'ufficio l'aggiudicazione disposta in favore della ricorrente ed è stato risolto il contratto. Solo in data 22.1.2025, e quindi successivamente all'annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione, la ricorrente ha

nuovamente ottenuto il possesso della richiesta SOA.

Orbene, è evidente che la ricorrente non ha posseduto la richiesta SOA dal 3.5.2024 al 22.1.2025, derivandone l'interruzione del possesso di tale requisito, il quale invece, in base ai consolidati principi, avrebbe dovuto sussistere ininterrottamente dalla data di presentazione della domanda di partecipazione fino alla integrale esecuzione del contratto. L'impugnato provvedimento del 23.11.2024 si pone nel solco di tali principi, per cui risulta pienamente legittimo.

Per le stesse ragioni non può essere accolta la doglianza proposta in via subordinata dalla ricorrente, la quale ha impugnato anche il Disciplinare di Gara ed il CSA, ove interpretati come comunque ostativi ad una applicazione secondo criteri di ragionevolezza e proporzionalità del principio di continuità nel possesso dei requisiti di partecipazione: il Collegio osserva che il provvedimento impugnato ha applicato il Disciplinare di Gara ed il CSA conformemente al citato principio consolidato nella necessaria continuità del possesso della richiesta SOA.

Non merita accoglimento neppure la censura della ricorrente secondo cui la stazione appaltante avrebbe omesso di pronunciarsi sulla sua disponibilità, manifestata con le osservazioni del 20.11.2024, a produrre contratto di avvalimento con altra impresa in possesso della cat. OG1 III bis. Il Collegio osserva che alla data del 20.11.2024 si era ormai prodotta una insanabile interruzione del possesso della richiesta SOA, perso addirittura più di sei mesi prima, cioè in data 3.5.2024; peraltro, altro profilo di infondatezza della censura deriva dal fatto che la ricorrente invoca l'applicazione dell'istituto dell'avvalimento, con funzione precipuamente proconcorrenziale e di agevolazione della massima partecipazione alla gara (infatti l'art. 104 d.lgs. n. 36 del 2023 prevede che «L'operatore economico allega alla domanda di partecipazione il contratto di avvalimento in originale o copia autentica»), sebbene alla data della richiesta di stipulare il contratto di avvalimento, cioè alla data del 20.11.2024, non solo era stata già disposta l'aggiudicazione, ma era anche intervenuta la stipula del contratto, e in data

11.11.2024 era stato anche avviato il procedimento per l'annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione.

Il primo motivo del ricorso introduttivo è pertanto infondato.

4.2. Con il secondo motivo del ricorso introduttivo la ricorrente ha prospettato l'illegittimità dell'escussione della garanzia, sostenendone il difetto dei presupposti, in quanto la ricorrente non sarebbe incorsa in alcun inadempimento.

Il Collegio ritiene che la censura sia infondata.

Per la sottoscrizione del contratto l'O.E. ha prestato cauzione definitiva a mezzo polizza fideiussoria n. VH044103/DE in data 22.05.2024 stipulata con la (...), per una somma assicurata pari a € 114.789,00 ovvero il 8,32% del costo dell'importo contrattuale (a garanzia degli oneri per il mancato od inesatto adempimento)

Con l'impugnato provvedimento del 23.11.2024, legittimamente è stato disposto l'avvio della procedura di escussione della cauzione prestata a garanzia degli adempimenti contrattuali, in quanto sussiste il grave e colpevole inadempimento della ricorrente, la quale non ha comunicato alla Stazione Appaltante la perdita del requisito avvenuta dopo l'aggiudicazione e prima della stipula del contratto, violando così uno dei principi fondamentali che regolano il ciclo di vita dei contratti pubblici enunciati dal Nuovo Codice dei Contratti pubblici, ossia il principio della fiducia, avendo peraltro stipulato il contratto tacendo la perdita del requisito e quindi con la consapevolezza di non poter eseguire il contratto. La condotta negligente della ricorrente è quindi fonte di inadempimento e di pregiudizio per l'amministrazione anche in termini del conseguente ritardo derivante dalla necessità di annullare l'aggiudicazione della ricorrente, risolvere il suo contratto e procedere ad una nuova aggiudicazione e alla stipula di un nuovo contratto con la ditta seconda graduata.

4.3. *Il ricorso introduttivo è pertanto respinto.*

5. Con i motivi aggiunti la ricorrente ha impugnato la Disposizione n. 587 del 30.12.24 con la quale la stazione appaltante ha aggiudicato i lavori alla (...) S.r.L.,

per il prezzo di Euro 1.575.231,04, in forza del ribasso del 10% offerto da quest'ultima in sede di gara.

5.1. Non sussiste la lamentata illegittimità derivata per i vizi lamentati con riguardo agli atti impugnati con il ricorso introduttivo, per le ragioni sopra esposte nella presente motivazione, a cui si rinvia.

5.2. La ricorrente ha prospettato anche vizi propri del provvedimento impugnato con i motivi aggiunti, lamentando la violazione dell'art. 124 del D.Lgs. 36/23, e deducendo che:

- stante l'annullamento dell'aggiudicazione in favore della ricorrente, l'Amministrazione aveva astrattamente a disposizione due sole opzioni, cioè annullare la gara e rifarla "ex novo", stante l'inapplicabilità alla fattispecie del disposto di cui all'art. 124, oppure procedere allo scorrimento della graduatoria applicando per analogia il medesimo art. 124;

- per unanime interpretazione del G.A. e dell'ANAC l'interpello progressivo dei concorrenti successivamente graduati, previsto dal co. 1 dell'art. 124, è ammissibile nelle sole ipotesi tassativamente ivi elencate, cioè liquidazione giudiziale, liquidazione coatta, concordato preventivo, recesso dal contratto ai sensi dell'art. 88 co. 4 – ter del D.Lgs. 159/11, dichiarazione giudiziale di inefficacia del contratto, risoluzione del contratto ai sensi dell'art. 122 del D.Lgs. 36/23;

- non sussistono i presupposti per lo scorrimento della graduatoria previsti dall'art. 124 citato, per cui l'Amministrazione avrebbe dovuto procedere alla riedizione della gara;

- in alternativa, ove avesse deciso di procedere allo scorrimento della graduatoria applicando per analogia l'art. 124, l'Amministrazione avrebbe dovuto, a quel punto, attenersi rigorosamente al disposto di cui al co. 2 dell'articolo in esame, il quale prevede che *"L'affidamento avviene alle medesime condizioni già proposte dall'originario aggiudicatario in sede in offerta. Le stazioni appaltanti possono prevedere nei documenti di gara che il nuovo affidamento avvenga alle condizioni proposte dall'operatore economico interpellato"*;

- considerato che, nel caso in esame, la Stazione Appaltante non ha previsto nei documenti di gara che il nuovo affidamento per scorrimento possa avvenire alle condizioni proposte dall'operatore economico interpellato, l'affidamento avrebbe dovuto semmai avvenire alle medesime condizioni proposte dall'originario aggiudicatario in sede di offerta, e quindi per il prezzo di Euro 1.380.338,76 offerto alla ricorrente, e non per il prezzo di euro 1.575.231,04 offerto dall'operatore interpellato (...) S.r.L.

Il Collegio ritiene che la censura sia fondata nei limiti che seguono.

Non può essere condiviso il rilievo della ricorrente secondo cui la stazione appaltante, annullata l'aggiudicazione in favore della ricorrente, avrebbe dovuto procedere alla riedizione della gara e non allo scorrimento della graduatoria. Il Collegio ritiene che sussistano i presupposti per lo scorrimento previsti dall'art. 124 d.lgs. n. 36 del 2023, in ragione dell'intervenuta risoluzione del contratto per grave inadempimento della ricorrente, la quale non aveva comunicato la perdita del requisito del possesso della SOA addivenendo ugualmente alla stipula del contratto che quindi non avrebbe potuto adempiere. Correttamente quindi la stazione appaltante ha interpellato la seconda graduata (...) S.r.L. al fine di verificare la sua disponibilità.

La censura della ricorrente è invece fondata con riferimento alle modalità dello scorrimento, con particolare riferimento alle condizioni dell'affidamento in favore di (...) S.r.L. L'art. 124 del d.lgs. n. 36 del 2023 prevede che *“L'affidamento avviene alle medesime condizioni già proposte dall'originario aggiudicatario in sede in offerta. Le stazioni appaltanti possono prevedere nei documenti di gara che il nuovo affidamento avvenga alle condizioni proposte dall'operatore economico interpellato”*. Orbene, premesso che né la stazione appaltante né la controinteressata hanno allegato che nei documenti di gara sia previsto che il nuovo affidamento avvenga alle condizioni proposte dall'operatore economico interpellato, va evidenziato che la ricorrente, originario aggiudicataria, aveva ottenuto l'aggiudicazione (poi annullata) sulla base del prezzo

offerto di Euro 1.380.338,76, per cui risulta meno vantaggioso per la stazione appaltante il prezzo di euro 1.575.231,04 offerto dall'operatore interpellato (...) S.r.L. La stazione appaltante quindi, interpellando la seconda graduata (...) S.r.L., avrebbe dovuto richiedere le medesime condizioni offerte dalla precedente aggiudicataria odierna ricorrente.

L'aggiudicazione disposta in favore di (...) S.r.L. va quindi annullata in ragione delle condizioni del nuovo affidamento. L'amministrazione resistente dovrà quindi esercitare nuovamente il potere, attenendosi però all'effetto conformativo della presente pronuncia, per cui potrà interpellare nuovamente (...) S.r.L. sulla base del presupposto che l'affidamento avvenga alle medesime condizioni già proposte dall'originaria aggiudicataria odierna ricorrente in sede in offerta.

6. In ragione del parziale accoglimento delle censure della ricorrente, sussistono giusti motivi per l'integrale compensazione delle spese di lite tra tutte le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania, sede di Napoli (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso introduttivo e sui motivi aggiunti, come in epigrafe proposti, così dispone:

- 1) rigetta il ricorso introduttivo;
- 2) accoglie i motivi aggiunti e annulla la Disposizione n. 587 del 30.12.24 con la quale la stazione appaltante ha aggiudicato i lavori alla (...) S.r.L., per il prezzo di Euro 1.575.231,04, in forza del ribasso del 10% offerto da quest'ultima in sede di gara, nei limiti di cui in motivazione;
- 3) compensa le spese tra tutte le parti.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 7 maggio 2025 con l'intervento dei magistrati:

Vincenzo Salamone, Presidente

Pierangelo Sorrentino, Primo Referendario

Fabio Di Lorenzo, Primo Referendario, Estensore

**L'ESTENSORE**

**Fabio Di Lorenzo**

**IL PRESIDENTE**

**Vincenzo Salamone**

**IL SEGRETARIO**