

Publicato il 05/07/2023

N. 04011/2023 REG.PROV.COLL.
N. 02290/2022 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 della Campania

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2290 del 2022, integrato da motivi aggiunti, proposto da

-OMISSIS- in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentati e difesi dagli avvocati Gianluigi Pellegrino e Arturo Testa, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto in Napoli alla via Dei Mille, n. 47.

contro

Società Regionale per la Sanità Spa, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Fabio Aprea, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto in Napoli al Centro Direzionale – Isola F9;

Agenzia delle Entrate - Direzione Regionale Campania, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa ex lege dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Napoli, con domicilio fisico in Napoli, via Diaz, n. 11.

nei confronti

Team Security S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Giuseppe Ceceri e Nemo Dardano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto in Napoli via Riviera di Chiaia n. 207.

per l'annullamento

Per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

- della Determinazione del Direttore Generale di SORESA – Società Regionale per la Sanità S.p.A. n. -OMISSIS-, avente ad oggetto l'esclusione della società -OMISSIS- dai -OMISSIS- della “Procedura Aperta per l'affidamento quadriennale dei servizi di reception e portierato presso le sedi delle aziende sanitarie ed ospedaliere della Regione Campania”;
- di ogni altro atto presupposto, successivo e consequenziale, ancorché non conosciuto, tra cui in particolare tutti gli atti, verbali e determinazioni con cui è stata affermata la carenza dei requisiti in capo alla società -OMISSIS-;

la nota SORESA prot. -OMISSIS-di avvio del procedimento di esclusione; ogni eventuale atto e determinazione che possa intendersi anche quale diniego implicito al subentro in gara nella posizione di concorrente della società -OMISSIS-; per quanto occorra, del certificato di cui alla nota dell'Agenzia delle Entrate prot. n. -OMISSIS- (mai trasmessa alle deducenti); nonché eventuali ulteriori atti e determinazioni volti alla prosecuzione della procedura di gara a seguito della esclusione della ricorrente.

Per quanto riguarda i motivi aggiunti depositati il 26/7/2022:

- della Determinazione del Direttore Generale di SORESA – Società Regionale per la Sanità S.p.A. n. -OMISSIS-, avente ad oggetto l'esclusione della società -OMISSIS- dai -OMISSIS- della “Procedura Aperta per l'affidamento quadriennale dei servizi di reception e portierato presso le sedi delle aziende sanitarie ed ospedaliere della Regione Campania”;
- di ogni altro atto presupposto, successivo e consequenziale, ancorché non conosciuto, tra cui in particolare tutti gli atti, verbali e determinazioni con cui è stata affermata la carenza dei requisiti in capo alla società -OMISSIS-; la

nota SORESA prot. -OMISSIS- di avvio del procedimento di esclusione; ogni eventuale atto e determinazione che possa intendersi quale diniego implicito di SORESA al subentro in gara nella posizione di concorrente della società -OMISSIS-; nonché eventuali ulteriori atti e determinazioni volti alla prosecuzione della procedura di gara a seguito della gravata esclusione.

quanto ai presenti motivi aggiunti

- della Determinazione del Direttore Generale di SORESA – Società Regionale per la Sanità S.p.A. n. -OMISSIS-, comunicata il successivo -OMISSIS-, con la quale si è aggiudicata in via definitiva alla Team Security S.r.l. la “procedura aperta per l'affidamento dei Servizi di Reception e Portierato presso le sedi delle Aziende Sanitarie ed Ospedaliere della Regione Campania (ID GARA -OMISSIS-”;

- dei verbali di gara n. -OMISSIS-;

- del processo di verifica anomalia, costo della manodopera e idoneità, di cui ai verbali RUP n. -OMISSIS-, al cui esito è stata ritenuta congrua l'offerta della controinteressata, pur in presenza di plurimi profili di illegittimità e incongruità dell'offerta;

- di ogni altro atto presupposto, conseguente e/o comunque connesso, ancorché non conosciuto;

nonché per la declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente stipulato e del diritto della ricorrente a subentrare nell'aggiudicazione e nel contratto;

- in subordine, per il risarcimento del danno subito e subendo dalla ricorrente a causa del colposo operato della P.A. resistente;

nonché, altresì, per la condanna di SORESA all'esibizione ex art. 116 c.p.a. della documentazione chiesta con nota pec -OMISSIS-, ma ad oggi non ancora resa disponibile, vale a dire la documentazione amministrativa, offerta tecnica, offerta economica e giustificazioni della società aggiudicataria, nonché copia di tutti i verbali di gara compresi quelli delle sedute riservate e di verifica della congruità dell'offerta;

- con istanza istruttoria, ai sensi dell'art. 65 c.p.a., affinché alla stazione appaltante sia ordinata la produzione in giudizio della documentazione indicata al punto che precede essendo indispensabile ai fini della presente tutela giudiziaria.

Per quanto riguarda i motivi aggiunti depositati il 22/9/2022:

- del provvedimento Soresa -OMISSIS- con il quale è stata respinta l'istanza di accesso agli atti del -OMISSIS- in relazione all'offerta presentata da Team Security s.r.l. quale aggiudicataria del Lotto 1 Portierato per ottenere “la visione e l'accesso e la conseguente estrazione di copie, previo pagamento dei diritti dei seguenti documenti:

- a) copia dei verbali della Commissione di gara sia di verifica Amministrativa che di valutazione tecnica;
- b) Tutta documentazione amministrativa di partecipazione alla gara come previsto dalla procedura di gara in oggetto richiamata;
- c) Progetto offerta tecnica e allegati; d) Atti del sub procedimento di anomalia, ivi comprese le giustificazioni chieste e rese;
- e) Ogni altro documento se presentato e valutato”;

Per quanto riguarda i motivi aggiunti depositati il 17/2/2023:

- dei verbali di gara -OMISSIS-; - del processo di verifica anomalia, costo della manodopera e idoneità, di cui ai

verbali RUP n. -OMISSIS- al cui esito è stata ritenuta

congrua l'offerta della controinteressata pur in presenza di plurimi profili di illegittimità e incongruità dell'offerta;

- delle giustificiche presentate da TEAM Security in data -OMISSIS-; - di ogni altro atto presupposto, conseguente e/o comunque connesso, ancorché non conosciuto.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Società Regionale per la Sanità Spa (Soresa), dell'Agenzia delle Entrate - Direzione Regionale Campania e

della Team Security S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 29 marzo 2023 il dott. Domenico De Falco e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con Determinazione dirigenziale n.-OMISSIS- Soresa spa indiceva la *“Procedura Aperta per l’affidamento quadriennale dei servizi di reception e portierato presso le sedi delle aziende sanitarie ed ospedaliere della Regione Campania”*, per un importo quadriennale complessivo presunto pari ad € 91.939.475,52 (IVA Esclusa), distinta in 16 Lotti territoriali, con aggiudicazione secondo il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa ai sensi dell’art.95 commi 2 e 3 lett. a) del D.Lgs. n.50/2016.

Ai fini che in questa sede rilevano, alla citata procedura prendeva parte, per i -OMISSIS-, l’operatore economico -OMISSIS-.

Nel compilare il proprio DGUE il concorrente ha dichiarava *“di -OMISSIS-”* ma di non essere incorso nel motivo di esclusione di cui all’art. 80, comma 4, del D.lgs. n. 50/2016 rinviando, per i dettagli, ad un allegato esplicativo.

In estrema sintesi, l’operatore economico dichiarava di aver presentato, prima della scadenza del termine di presentazione delle offerte, una domanda di definizione agevolata (cd. Rottamazione ter) -OMISSIS- e che l’Agenzia delle Entrate aveva adottato il provvedimento di liquidazione (con scadenza per il pagamento della prima rata al 31/07/2019) ritenuto tuttavia dal concorrente illegittimo per quanto concerne la quantificazione dell’importo e per questo impugnato innanzi al giudice tributario con contenzioso ancora pendente.

Per tale ragione, con nota (Registro di Sistema SIAPS n.-OMISSIS-, venivano richiesti al concorrente gli atti relativi alla procedura di definizione agevolata svolta nei confronti dell’Agenzia delle Entrate Riscossione (AdER) nonché la

documentazione relativa al giudizio promosso innanzi alla Commissione Tributaria Provinciale di Napoli R.G. n.-OMISSIS-; la richiesta veniva riscontrata in data -OMISSIS-, con nota Registro di Sistema SIAPS n.-OMISSIS-. Quindi, all'esito della verifica della documentazione amministrativa, con Determinazione dell'Amministratore Delegato n.-OMISSIS- veniva ammessa al prosieguo della gara.

In data 12/03/2021, il concorrente comunicava a mezzo PEC (prot. So.Re.Sa. n.-OMISSIS- in pari data) di avere concesso in affitto, in data 29/01/2021 con rogito notarile, l'intero compendio aziendale a un nuovo soggetto denominato -OMISSIS-), dichiarando al contempo che quest'ultima "subentra nella procedura di gara in oggetto".

Pertanto, in data 25/03/2021, con nota Registro di sistema SIAPS n.-OMISSIS-, al fine di verificare il possesso requisiti generali e speciali in capo all'affittuaria e alla cedente, Soresa richiedeva all'operatore -OMISSIS- di produrre documentazione integrativa.

In data 30/04/2021, Soresa richiedeva aggiornamenti sull'impugnato provvedimento di liquidazione dell'Agente della Riscossione innanzi alla Commissione Tributaria Provinciale di Napoli (R.G. n.-OMISSIS-). In data -OMISSIS- inoltrava la copia della sentenza di condanna in I° grado della Commissione Tributaria Provinciale, ricorso in appello alla Commissione Tributaria Regionale (di seguito per brevità CTR), fissazione dell'udienza innanzi alla CTR con contestuale ordinanza recante la sospensiva degli effetti della sentenza di I grado.

All'esito delle operazioni di valutazione delle offerte da parte della Commissione Giudicatrice e dello sblocco delle offerte economiche, in data -OMISSIS- risultava prima graduata per i Lotti: 2, 8, 10 e 16. In data 19/10/2021 -OMISSIS- trasmetteva la proposta di concordato preventivo di -OMISSIS- depositata in Tribunale in data -OMISSIS-. In data 12/11/2021, Soresa richiedeva ulteriori aggiornamenti sull'impugnazione del provvedimento di liquidazione dell'AdER dinanzi alla CTR e, a seguito della

richiesta di concordato preventivo, copia dell'eventuale autorizzazione concessa dal Tribunale di Napoli alla partecipazione alla procedura di gara.

In data 11/01/2022 (con nota agli atti al prot. n.-OMISSIS- in pari data), non avendo ricevuto ulteriori riscontri dall'operatore economico, Soresa chiedeva all'Agenzia delle Entrate e alla Commissione Tributaria Regionale di conoscere l'esito dell'impugnazione innanzi alla CTR, l'eventuale presenza di debiti definitivamente accertati ed ogni altra informazione ritenuta utile.

Con nota -OMISSIS-, l'Agenzia delle Entrate, trasmetteva il certificato attestante che, alla data del -OMISSIS- risultavano carichi definitivamente accertati nei confronti di -OMISSIS-, precisando nella nota di accompagnamento che *“l'Autorità Giudiziaria in data -OMISSIS-aveva disposto la revoca -OMISSIS-”*.

Inoltre, in data -OMISSIS- perveniva il DURC non regolare di -OMISSIS-.

Alla luce delle suddette risultanze documentali, con nota PEC (prot. -OMISSIS-, veniva comunicato a -OMISSIS- e per conoscenza a -OMISSIS-srl l'avvio del procedimento di esclusione ai sensi dell'art.7 della L. n.241/1990.

In data 11/03/2022 pervenivano le controdeduzioni di -OMISSIS- che tuttavia venivano ritenute inidonee a superare le risultanze del certificato trasmesso dall'Agenzia delle Entrate (prot. SRA-OMISSIS-) attestante che alla data del -OMISSIS-, pendente la procedura di gara, risultavano carichi definitivamente accertati nei confronti di della medesima società e che l'Autorità Giudiziaria in data -OMISSIS-aveva disposto la revoca -OMISSIS-. Pertanto Soresa escludeva l'operatore economico dalla procedura di gara *“per non aver mantenuto i requisiti di cui all'art. 80, comma 4, del D.lgs. n. 50/2016, per l'intera durata della procedura”*.

Avverso tale esclusione insorge parte ricorrente proponendo le seguenti censure.

I. Violazione e falsa applicazione di legge. Violazione dell'art. 106 D.Lgs. n. 50/16. Violazione e falsa applicazione dei principi di libertà economica e di

libertà di impresa. Violazione degli artt. 41 Cost. e 16 Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, in combinato disposto con gli artt. 49 e 56 del TFUE. Eccesso di potere.

Secondo parte ricorrente il provvedimento di esclusione sarebbe illegittimo in quanto al momento in cui esso è stato adottato l'Amministrazione aggiudicatrice aveva già concluso con esito positivo le verifiche sulla cedente del ramo di azienda, sicchè da quel momento rileva solo la situazione della cessionaria, dovendosi avere riguardo al solo momento in cui il subentro si è perfezionato senza che vi fossero irregolarità.

II. Violazione e falsa applicazione di legge. Violazione e falsa applicazione dell'art. 80, co. 4, D.Lgs. n. 50/16. Eccesso di potere. Travisamento dei presupposti di fatto e di diritto. Manifesto difetto di istruttoria.

In ogni caso l'esclusione sarebbe illegittima, tenuto conto che è ancora pendente il contenzioso dinanzi alla Commissione tributaria che aveva fondato la verifica positiva di regolarità condotta da Soresa.

Né in senso contrario potrebbe valere a fondare la gravata esclusione il riferimento al certificato dell'Agenzia delle Entrate -OMISSIS- da cui risultano irregolarità definitivamente accertate.

Peraltro, fermo quanto precede, a rendere altresì erronee le risultanze di cui al certificato dell'Agenzia delle Entrate vi sarebbe la circostanza che già in data -OMISSIS- la cedente aveva presentato ricorso per concordato preventivo, il che non avrebbe in alcun modo consentito all'Amministrazione tributaria di affermare la sussistenza di asseriti carichi definitivamente accertati.

Si sono costituite in resistenza la Soresa, l'Agenzia delle Entrate – direzione Regionale Campania, depositando memorie e documenti del procedimento.

Con ordinanza 13 giugno 2022, n. 1147, confermata con ordinanza 29 agosto 2022 n. 4105 del Consiglio di Stato, questa Sezione ha respinto l'istanza di sospensione cautelare degli effetti dell'esclusione, non risultando la prova che i debiti tributari posti a fondamento della gravata esclusione non siano definitivamente accertati

Con ricorso per motivi aggiunti depositato in data 26 luglio 2022 la -OMISSIS- ha impugnato anche la Determinazione del Direttore Generale di Soresa n. -OMISSIS-, comunicata il successivo -OMISSIS-, con la quale l'appalto relativo al lotto 1 è stato aggiudicato alla Team Security S.r.l.

Parte ricorrente ha ribadito i motivi proposti avverso l'esclusione ed ha censurato, altresì, il provvedimento di aggiudicazione per i seguenti vizi propri.

I. Sulla mancata ostensione degli atti oggetto di richiesta di accesso. Violazione e falsa applicazione dell'art. 53 del D.lgs. n. 50/2016 in connessione con l'art. 22 della L. 241/90. Eccesso di potere per motivazione erronea e perplessa, assenza del presupposto. Sviamento.

Parte ricorrente ha lamentato la mancata ostensione di tutti gli atti di gara, segnatamente della documentazione relativa all'offerta dell'aggiudicataria e dei verbali di gara.

II. Violazione e falsa applicazione dell'art. 97 d.lgs. n. 50/2016. Incongruità. Illogicità, irragionevolezza e difetto di istruttoria del giudizio di congruità dell'offerta.

Parte ricorrente lamenta l'insostenibilità dell'offerta dell'aggiudicataria per essersi discostata, quanto al costo della manodopera, dalle tabelle ministeriali

Con ordinanza collegiale 9 settembre 2022, n. 5667 questa sezione ha respinto l'istanza istruttoria proposta dalla ricorrente, rilevando l'omessa impugnazione del diniego di ostensione adottato in data 27 luglio 2022.

Con un secondo ricorso per motivi aggiunti depositato in data 22 settembre 2022 parte ricorrente ha impugnato e contestato il provvedimento di diniego di ostensione dell'offerta dell'aggiudicataria del lotto 1.

Con ordinanza collegiale 9 gennaio 2023, n. 151 questa Sezione ha accolto le censure di parte attrice e ordinato all'Amministrazione l'ostensione della documentazione richiesta dalla ricorrente.

A seguito del deposito della documentazione di gara, parte ricorrente ha proposto un terzo ricorso per motivi aggiunti, contestando il procedimento di

valutazione dell'anomalia dell'offerta svolto dalla Soresa e chiesto l'annullamento dell'aggiudicazione e di tutti gli atti di gara.

Le parti hanno depositato ulteriore documentazione e prodotto memorie ex art. 73 c.p.a. e all'udienza pubblica del 29 marzo 2023 la causa è stata introitata in decisione.

Devono preliminarmente scrutinarsi le censure proposte con il ricorso introduttivo e ribadite con i motivi aggiunti avverso l'esclusione della ricorrente, atteso che l'eventuale infondatezza delle stesse renderebbe la ricorrente priva della legittimazione ad impugnare l'aggiudicazione, ponendosi quale soggetto estraneo alla gara.

Parte ricorrente, sostiene che gli atti impugnati sarebbero illegittimi poiché pretenderebbero di disporre l'esclusione dalla gara di un'impresa (-OMISSIS-) che non risulta più rivestire il ruolo di concorrente alla selezione, avendo ceduto la propria partecipazione, nell'ambito dell'operazione di cessione del complesso aziendale, ad altro soggetto giuridico (-OMISSIS- srl) che, per l'effetto, è subentrato assumendo la veste di concorrente ed una volta che la S.A., in pendenza di gara, aveva riscontrato positivamente il possesso dei requisiti di cui all'art. 80 del Codice in capo ad entrambi. In buona sostanza, l'operazione di affitto d'azienda (messa in atto nell'ambito di una complessiva operazione di risanamento sfociata nella richiesta di concordato preventivo in continuità aziendale cd. indiretta, come si evince dal relativo decreto di omologa a pag. 8, vale a dire tramite la costituzione di una società ad hoc cui conferire l'intero compendio aziendale) avrebbe dovuto determinare una cesura netta tra la posizione dell'originario concorrente e quella dell'operatore economico subentrante, dovendo la stazione appaltante, una volta accertata in costanza di gara il possesso dei requisiti di cui all'art. 80 cit., restare indifferente e non mostrare più attenzione alle vicende che, specie con riguardo alla permanenza dei requisiti di cui all'art. 80 del Codice appalti, avrebbero potuto nel frattempo attingere la pozione del "dante causa".

Il rilievo non può essere condiviso.

Come giustamente evidenziato dalla Soresa e dalle altre parti resistenti, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (decisione n.8 del 20.7.2015, che richiama le decisioni n.10 del 2014, nn.15 e 20 del 2013; nn.8 e 27 del 2012; n.1 del 2010), ha evidenziato che il possesso dei requisiti di ammissione si impone a partire dall'atto di presentazione della domanda di partecipazione e per tutta la durata della procedura di evidenza pubblica, in quanto, per esigenze di trasparenza e di certezza del diritto, che non collidono col principio del *favor participationis*, la verifica del possesso, da parte del soggetto concorrente, dei requisiti di partecipazione alla gara deve ritenersi immanente all'intero procedimento di evidenza pubblica (si tratta del cd. principio di continuità del possesso dei requisiti); sulla scorta delle riferite coordinate ermeneutiche la giurisprudenza amministrativa ha ritenuto necessaria la verifica del possesso dei requisiti di cui all'art. 80 del D.lgs. n. 50/2016 anche in capo all'affittante l'azienda, oltre che naturalmente all'affittuario, onde evitare che il ricorso a tale strumento negoziale, così come ad altri pure ammissibili, possa costituire strumento per eludere il principio del possesso necessariamente continuativo dei requisiti di partecipazione (cfr. TAR Lazio-Roma, n. 4276/2019; Cons. Stato, n. 6706/2021; TAR Lazio-Roma, n. 6144/2018).

Del resto *“deve ritenersi che l'affitto dell'azienda, pur comportando una modifica dell'identità giuridica del titolare dell'azienda, assicuri comunque una continuità sostanziale dell'impresa, consentendo all'affittuario di proseguire ininterrottamente l'attività economica avvalendosi dell'insieme coordinato di mezzi già organizzato a tali fini dalla parte affittante. Per tali ragioni si giustifica, al ricorrere dei presupposti supra delineati e in applicazione del principio ubi commoda, ibi incommoda, l'imputazione in capo all'affittuario tanto dei benefici (in termini di possesso dei requisiti correlati alla disponibilità dell'azienda) quanto degli svantaggi (riferiti ad eventuali cause di esclusione ascrivibili al precedente titolare dell'azienda) discendenti dall'acquisita disponibilità dell'azienda La continuità sostanziale dell'impresa, dunque, costituisce un effetto naturale del contratto di affitto di azienda, che, in ragione della sua portata generale, deve poter*

essere apprezzato non soltanto nelle ipotesi in cui la fattispecie negoziale si realizzi prima dell'indizione della gara, ma anche qualora il contratto sia concluso in sua pendenza da un operatore economico che abbia già assunto la posizione di candidato, offerente o aggiudicatario della procedura di affidamento, consentendosi in siffatte ipotesi il subentro dell'affittuario nella posizione dell'affittante ai fini della partecipazione alla pubblica gara' (cfr. Cons. Stato, Sez. VI, n. 8081/2021).

Peraltro, "l'affitto d'azienda, alla stessa stregua della cessione, mette l'affittuario/cessionario in condizione di potersi giovare dei requisiti e delle referenze in relazione al compendio aziendale; l'atto di cessione di azienda abilita la società subentrante, previa verifica dei 5 contenuti effettivamente traslativi del contratto di cessione, ad utilizzare i requisiti maturati dalla cedente, atteso che sono certamente riconducibili al patrimonio della società o dell'imprenditore cessionari. I requisiti posseduti dal soggetto cedente devono considerarsi compresi nella cessione in quanto strettamente connessi all'attività propria del ramo o dell'azienda ceduta (Consiglio di Stato sez. III, 17/03/2017, n.1212). In caso di subentro di una società ad altra a seguito di affitto di azienda opera la presunzione di continuità in quanto sia pure mediante percezione del canone per la durata dell'affitto, il locatore si giova dei risultati economici dell'azienda conseguiti dalla successiva gestione e l'affittuario a sua volta si giova delle referenze del complesso aziendale acquisito (Consiglio di Stato sez. V, 21.8.2017 n. 4045). Come afferma Adunanza Plenaria n. 10 del 4.5.2012, la continuità dell'attività imprenditoriale ben può verificarsi in ipotesi di cessione di azienda o di ramo di azienda a titolo particolare, consistente nel passaggio all'avente causa dell'intero complesso dei rapporti attivi e passivi nei quali l'azienda stessa o il suo ramo si sostanzia. Il cessionario, così come si avvale dei requisiti del cedente sul piano della partecipazione a gare pubbliche, così risente delle conseguenze sullo stesso piano delle eventuali responsabilità del cedente. Pertanto, senza alcun dubbio, la regola del possesso ininterrotto dei requisiti di partecipazione per tutta la durata della procedura di gara trova applicazione anche nell'ipotesi in cui, successivamente alla presentazione dell'offerta, sia intervenuto il contratto di affitto" (cfr. Cons. Stato, Sez. III, n. 5517/2021).

Non è affatto in discussione la possibilità per gli operatori economici di dare vita ad operazioni societarie espressione dell'autonomia imprenditoriale né

potrebbe fondatamente prospettarsi che la determinazione della S.A. sia limitativa di tale libertà, venendo piuttosto in rilievo la necessaria salvaguardia di ulteriori principi che presidiano le procedure ad evidenza pubblica, quali *par condicio*, concorrenza e trasparenza e gli effetti che in tale specifico ambito non possono non assumere le suddette scelte imprenditoriali che per di più nel caso di specie sono state poste in essere in un'ottica di chiara continuità operativa tra i due soggetti coinvolti come documentalmente comprovato dallo stesso decreto di omologa del concordato preventivo.

Alcun rilievo possono assumere nella vicenda per cui è causa gli approdi giurisprudenziali pure citati da parte ricorrente che a ben vendere si riferiscono ad ipotesi in cui le operazioni di gara erano state ultimate con l'adozione del provvedimento di aggiudicazione definitiva, registrandosi in un momento successivo all'ultimazione delle operazioni di gara fenomeni di subentro quali quello per cui è causa.

Ciò che non può essere ammesso è la scomparsa dal fuoco del controllo dei requisiti del soggetto cedente o locatore dell'azienda, altrimenti mediante la trasmissione dell'azienda si porrebbe a disposizione degli operatori economici un comodo strumento per eludere il principio di continuità del possesso dei requisiti di partecipazione alle selezioni pubbliche.

In altre parole, la irregolarità fiscale riscontrata nei confronti della -OMISSIS- (quale cedente del ramo di azienda) refluisce inevitabilmente sulla posizione della cessionaria (-OMISSIS-) – subentrata in corso di procedura giovandosi dei requisiti della cedente - determinandone così l'esclusione dalla medesima procedura ex art. 80, co. 4, del d.lgs. n. 50/2016, poiché la regola del possesso ininterrotto dei requisiti di partecipazione per tutta la durata della procedura di gara trova applicazione anche nell'ipotesi in cui, successivamente alla presentazione dell'offerta, sia intervenuto il contratto di affitto (cfr. Cons. Stato, sent. n. 5517/2021).

L'esigenza sottesa ad una simile interpretazione, secondo la condivisibile giurisprudenza, è ancora più evidente nel caso in cui si tratti di affitto (come

nella fattispecie) e non di cessione dell'azienda, *“dal momento che l'influenza dell'impresa locatrice è destinata a restare intatta per tutto lo svolgimento del rapporto e ben potrebbe costituire un agevole mezzo per aggirare gli obblighi sanciti dal codice degli appalti...”*. A tale specifico riguardo (contratto di affitto di azienda) è stato affermato proprio che: *“non soltanto l'affittuario è in condizione di utilizzare mezzi d'opera e personale facenti capo all'azienda affittata ma, soprattutto, si mette in condizione di avvantaggiarsi anche dei requisiti di ordine tecnico organizzativo ed economico finanziario facenti capo a tale azienda, per quanto ciò avvenga per un periodo di tempo determinato e malgrado la reversibilità degli effetti una volta giunto a scadenza il contratto di affitto d'azienda, con l'obbligo di restituzione del complesso aziendale”* (cfr. Cons. Stato, Sez. III, 12 dicembre 2018, n. 7022, cit.; Cons. Stato, sez. V, 5 novembre 2014, n. 5470, cit.).

II) Con il secondo motivo di doglianza parte ricorrente sostiene che l'originario concorrente non verserebbe in una condizione di grave irregolarità fiscale definitivamente accertata, tenuto conto che -OMISSIS- (chiaramente elencate dalla S.A. nella comunicazione di avvio del procedimento, ad onta del deficit comunicativo prospettato da controparte) sarebbero oggetto di perdurante contestazione in sede giurisdizionale.

Il rilievo non merita positiva considerazione.

Al riguardo deve evidenziarsi che il provvedimento di esclusione trae origine dalle inequivoche risultanze della certificazione dell'Agenzia delle Entrate che ha attestato la sussistenza -OMISSIS- che, per l'effetto, in pendenza della selezione ha irrimediabilmente perso un requisito di partecipazione; con l'ulteriore rilievo che, contrariamente a quanto prospettato da controparte, con la comunicazione acquisita al prot. SRA--OMISSIS-, nel trasmettere la certificazione attestante -OMISSIS- della ricorrente, l'Agenzia dell'Entrate ha altresì evidenziato che *“A seguito della richiesta di informazioni questo Ufficio si è prontamente attivato richiedendo all'Agente della Riscossione per la provincia di Napoli notizie in merito alla vigenza di alcune sospensioni disposte dall'Autorità Giudiziaria riferite a -OMISSIS-. Il predetto Agente con nota -OMISSIS-, ha comunicato l'assenza*

di sospensioni, definizioni agevolata e rateizzazioni. Conseguentemente, si è appurato che l'Autorità giudiziaria in data -OMISSIS- ha disposto la revoca -OMISSIS-, il cui dato risulta, all'attualità, aggiornato in procedura. Conseguentemente, si trasmette il certificato rilasciato in data odierna (allegato) che annulla e sostituisce quello inviato in data -OMISSIS-. In merito alle ulteriori richieste di informazioni circa le posizioni debitorie definitivamente accertate 7 presso l'erario alle date del -OMISSIS- si comunica che non risultano carichi pendenti definitivamente accertati, stante la presenza di sospensioni non revocate alle predette date".

Considerato il chiaro contenuto negativo della certificazione rilasciata dall'Agenzia delle Entrate, alla Stazione appaltante non restava che procedere all'esclusione, come evidenziato dalla consolidata giurisprudenza, anche di questa Sezione, secondo cui: *"a fronte di una certificazione rilasciata dall'Agenzia delle Entrate che attesti l'irregolarità del concorrente ai sensi dell'art. 80, co. 4, del codice, l'esclusione costituisce un atto dovuto. Le certificazioni relative alla regolarità contributiva e tributaria delle imprese partecipanti, emanate dagli organi preposti si impongono alle stazioni appaltanti che non possono in alcun modo sindacarne il contenuto, non residuando alle stesse alcun potere valutativo sul contenuto o sui presupposti di tali certificazioni; spetta, infatti, in via esclusiva all'Agenzia delle Entrate il compito di dare un giudizio sulla regolarità fiscale dei partecipanti a gara pubblica, non disponendo la stazione appaltante di alcun potere di autonomo apprezzamento del contenuto delle certificazioni di regolarità tributaria, ciò al pari della valutazione circa la gravità o meno della infrazione previdenziale, riservata agli enti previdenziali"* (cfr. TAR Campania-Napoli, Sez. I, n. 775/2022 e n. 114/2020; Cons. Stato, Sez. III, n. 8148/2020; Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria n. 8/2012; Consiglio di Stato, Sez. V, n. 2682/2013).

È evidente che il vincolo posto alle stazioni appaltanti di attenersi alle risultanze delle certificazioni rilasciate dagli enti preposti risponda allo scopo di ridurre i possibili arbitrii nelle verifiche delle Amministrazioni aggiudicatrici oltre che di garantire una maggior certezza e speditezza delle procedure di affidamento.

Peraltro secondo quanto chiarito dall’Agenzia delle Entrate, l’impugnazione proposta innanzi alla Commissione tributaria, connotata interinalmente da un provvedimento di sospensione cautelare poi revocato, riguardava l’atto di liquidazione emesso dall’Agente della Riscossione in riscontro alla domanda di definizione agevolata, non già le -OMISSIS-, rimaste dunque incontestate (al pari, secondo quanto evidenziato dall’Agenzia delle Entrate, dei presupposti avvisi di accertamento); come chiarito dalla giurisprudenza *“la definitività dell'accertamento tributario decorre non dalla notifica della cartella esattoriale - in sé, semplice 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 atto del titolare della pretesa tributaria, ma del soggetto incaricato della riscossione) "costituisce solo uno strumento in 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., 8 febbraio 2008, n. 3001), 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. E’ invece l’avviso di accertamento il titolo esecutivo della pretesa tributaria, ossia l’atto formale con cui l’Amministrazione finanziaria muove una precisa contestazione al contribuente in merito all’adempimento di una specifica obbligazione fiscale: con esso vengono indicati al contribuente i dati di fatto e di diritto per i quali è richiesto un versamento, nonché la misura dello stesso (art. 42 del D.P.R. 29 settembre 1973, n. 600) e l’imponibile (cfr. Cons. Stato, Sez. III, n. 8148/2020).

In ordine, poi, all’ulteriore argomento (peraltro esposto dalla ricorrente in via del tutto residuale sia nel ricorso introduttivo che nei motivi aggiunti), relativo all’esistenza di un concordato preventivo presentato in data -OMISSIS- è pacifico che la legge 134/2012 ha sottratto l’istituto del concordato

preventivo con continuità aziendale, di cui all'art.186-bis L.F, dal novero delle cause che determinano l'esclusione dell'impresa dalla partecipazione alle procedure di affidamento dei contratti pubblici. Nondimeno, il legislatore con il citato art.186 bis, comma 4, ha considerato la partecipazione alla gara come un atto da sottoporre comunque e sempre al controllo giudiziale del Tribunale fallimentare. In proposito, giova richiamare la sentenza del Consiglio di Stato – Adunanza Plenaria 27/05/2021 n.11, laddove è precisato che *“la centralità e l'importanza che riveste l'autorizzazione del giudice fallimentare, ai fini della partecipazione alla gara, conduce a ritenere che il rilascio e il deposito di tale autorizzazione debba intervenire prima che il procedimento dell'evidenza pubblica abbia termine e, dunque, prima che sia formalizzata da parte della stazione appaltante la scelta del miglior offerente attraverso l'atto di aggiudicazione. Si tratta di una posizione che già è stata fatta propria dalla giurisprudenza più recente di questo Consiglio (Cons. St, sez. V, n. 1328 del 2020), alla quale si è richiamata anche l'ANAC (delibera n. 362 del 2020), e che ha il pregio di individuare un limite temporale definito, (più) idoneo ad assicurare l'ordinato svolgimento della procedura di gara, senza far carico l'amministrazione aggiudicatrice e gli altri concorrenti dei possibili ritardi legati ai tempi di rilascio (o di richiesta) dell'autorizzazione... così è comunque rimesso alle stazioni appaltanti nel singolo caso concreto valutare se un'autorizzazione tardiva ma pur sempre sopraggiunta in tempo utile per la stipula del contratto di appalto o di concessione possa avere efficacia integrativa o sanante”*.

In definitiva le censure avverso il provvedimento di esclusione si appalesano infondate e ciò determina la carenza di legittimazione a ricorrere avverso l'aggiudicazione e la conseguente improcedibilità dei motivi aggiunti.

Ed infatti, occorre rilevare al riguardo che:

- per consolidata giurisprudenza, seguita anche da questa Sezione, nel processo amministrativo la mera partecipazione (di fatto) alla gara non è sufficiente ad attribuire la legittimazione ad agire (cfr. TAR Campania, sez. I, n. 3805/2017);

- la situazione legittimante costituita dall'intervento nel procedimento selettivo deriva, infatti, da una posizione qualificata che postula il positivo esito del sindacato sulla ritualità dell'ammissione del soggetto ricorrente alla gara;

- pertanto, la definitiva e inoppugnabile esclusione dalla gara o l'accertamento giurisdizionale retroattivo della sua legittimità impedisce di assegnare al concorrente la titolarità di una situazione soggettiva sostanziale che lo abiliti ad impugnare gli esiti della procedura selettiva (cfr. Cons. Stato, sez. III, n. 924/2015);

- essendosi, dunque, nella specie, accertata – nei sensi dianzi illustrati – la legittimità dell'esclusione -OMISSIS- dalla procedura di affidamento oggetto di causa, lotto 1, la medesima è carente di legittimazione ad agire avverso l'aggiudicazione in favore dell'odierna controinteressata: l'accoglimento dei motivi aggiunti rivolti a tale provvedimento non comporterebbe, infatti, l'affidamento dell'appalto in suo favore, ma la ripetizione della gara, laddove, però, l'interesse strumentale alla rinnovazione della gara può essere perseguito soltanto da una impresa che non sia stata esclusa, in quanto il provvedimento estromissivo risultato legittimo priva il concorrente della disponibilità di qualsivoglia interesse qualificato, anche di mera natura strumentale, preordinato ad ottenere la riedizione integrale della procedura; diversamente opinando anche un *quisque de populo* sarebbe legittimato ad impugnare bandi o fasi valutative di gare in relazione alle quali egli sia rimasto estraneo, dovendosi equiparare a tale posizione il concorrente escluso per carenza di offerta ammissibile (cfr., ex multis, Cons. Stato, sez. IV, n. 3688/2016; TAR Campania, sez. I, 3805/2017; TAR Campania, Napoli, sez. III, n. 2567/2015; TAR Sicilia, Palermo, sez. I, n. 119/2015; sez. II, n. 294/2016; TAR Umbria Perugia, n. 205/2016; TAR Lazio, Roma, sez. III, n. 7540/2016).

Peraltro un tale approdo non contrasta gli orientamenti della giurisprudenza della Corte di Giustizia per la quale il concorrente che sia escluso dalla procedura di gara con provvedimento definitivo (come tale si deve ritenere anche il provvedimento espulsivo impugnato in questa sede) è privo di

legittimazione a ricorrere avverso gli ulteriori atti della procedura, ivi compresa l'aggiudicazione definitiva ad altro concorrente (cfr. Cons. Stato n. 374/2020 che richiama Corte di Giustizia dell'Unione europea, sentenza 21 dicembre 2016 C-355/15 Bietregemeinschaft Technische Gebaudedetreuung Gesmbh un Caverion Osterreich; Cons Stato, sez. V, 12 settembre 2019, n. 6159; V, 25 giugno 2018 n. 3923; V, 23 marzo 2018, n. 1849; V, 8 novembre 2017, n. 5161).

Può quindi concludersi che stante la ravvisata infondatezza delle censure rassegnate con il ricorso introduttivo esso deve essere respinto, mentre, considerato il difetto di legittimazione a proporli, i relativi motivi aggiunti vanno dichiarati inammissibili.

Le spese seguono la soccombenza e vanno liquidate nella misura di cui in dispositivo.

P.Q.M.

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

- respinge il ricorso introduttivo perché infondato;
- dichiara inammissibili i motivi aggiunti, in quanto proposti in assenza della legittimazione a ricorrere.

Condanna parte ricorrente alla rifusione delle spese processuali in favore delle parti costituite nella misura complessiva di euro 4.500,00 (quattromilacinquecento/00) oltre accessori di legge per un importo di euro 1.500,00 ciascuna.

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

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'articolo 52, commi 1 e 2, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196 (e degli articoli 5 e 6 del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016), a tutela dei diritti o della dignità della parte interessata, manda alla Segreteria di procedere all'oscuramento delle generalità.

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 29 marzo 2023 con
l'intervento dei magistrati:

Gianmario Palliggiano, Presidente FF

Giuseppe Esposito, Consigliere

Domenico De Falco, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Domenico De Falco

IL PRESIDENTE
Gianmario Palliggiano

IL SEGRETARIO

In caso di diffusione omettere le generalità e gli altri dati identificativi dei soggetti interessati nei termini indicati.