

# La decadenza e il ridimensionamento dell'attestazione SOA tra risoluzione del contratto e legittimo scorrimento della graduatoria

di Rocco Felato

Data di pubblicazione: 21-5-2025

Il Consiglio di Stato si è pronunciato in tema di legittimità dello scorrimento della graduatoria a valle dell'avvenuta risoluzione del contratto.

L'art. 140 del codice dei contratti pubblici, vigente *ratione temporis*, consentiva, infatti, alla stazione appaltante – in presenza degli eventi tassativamente previsti (che impedivano all'impresa inizialmente aggiudicataria la realizzazione delle opere oggetto dell'appalto), di interpellare progressivamente le imprese che, nella graduatoria, seguivano quella appaltatrice; tanto al fine di affidare a quella disponibile il completamento dei lavori alle medesime condizioni già proposte dall'originario aggiudicatario in sede di offerta.

Nella fattispecie dedotta, il Collegio ha avuto modo di ribadire che il mero ridimensionamento delle attestazioni SOA dell'aggiudicataria determina, comunque, al pari della decadenza della medesima attestazione, la perdita dei requisiti per l'esecuzione delle prestazioni oggetto del contratto ovvero, quale logico corollario, la legittima attivazione della procedura di interpello degli originari partecipanti alla gara.

## Guida alla lettura

Con sentenza n. 2290/2025, la V Sezione del Consiglio di Stato si è pronunciata, in conformità a precedente omologa statuizione (n. 3572/2016), sul tema del legittimo **scorrimento della graduatoria** in seguito alla **risoluzione contrattuale** per sopravvenuta **decadenza dell'attestazione di qualificazione** dell'aggiudicatario (art. 135, co. 1-*bis* d.lgs. n. 163/2006).

La statuizione del Giudice *a quo* aveva originariamente accolto, per tal profilo, il ricorso della primigenia aggiudicataria all'uopo censurando il non ricorrere, nel caso di specie, di alcuna delle **ipotesi tassative** previste dal citato art. 140 in tema di risoluzione contrattuale e successivo scorrimento della graduatoria.

In estrema essenzialità, l'*iter* argomentativo del Giudice di *prime cure* si incentrava sul ritenere che, nella fattispecie dedotta, l'atto di risoluzione si motivava con il mero **ridimensionamento dell'attestazione SOA** dell'aggiudicataria e non con la **decadenza** della stessa, sicché, in dichiarata interpretazione dell'art. 135, comma 1-*bis*, del d.lgs. n. 163/2006, l'Amministrazione avrebbe risolto il contratto per un motivo diverso (ridimensionamento) da quello normativamente previsto (decadenza), onde conseguirne l'illegittimo scorrimento della graduatoria in luogo della dovuta ripetizione della gara.

Ritiene, di contro, il Consiglio di Stato che l'**art. 140** del codice dei contratti pubblici, vigente *ratione temporis*, consentiva alla stazione appaltante l'**impulso alla cd. procedura di interpello** in presenza degli eventi ivi tassativamente previsti; tanto al fine di affidare all'offerente disponibile il completamento dei lavori alle medesime condizioni già proposte dall'originario aggiudicatario.

Nel caso specifico, ritiene il Collegio, che le due fattispecie (ridimensionamento e decadenza dell'attestazione) condividono gli effetti giuridici, tanto in sede di partecipazione alla gara quanto nella successiva fase esecutiva del contratto; in entrambi i casi, difatti, si **perdono i requisiti speciali necessari per eseguire le prestazioni lavorative**; la riduzione dell'attestato SOA, sia in classifica che in categoria, determina una **perdita della "portata abilitante"** dello stesso, e ove tale fenomeno avvenga nel corso dell'esecuzione dell'appalto l'amministrazione deve risolvere il contratto per **perdita dell'affidabilità tecnica** richiesta all'impresa esecutrice.

Nella fattispecie dedotta, inoltre, non si tratterebbe, come riportato dalla sentenza impugnata, solo del mero "ridimensionamento" della classifica da parte della mandante (che pure consentirebbe, nei sensi anzidetti, la risoluzione contrattuale), ma della circostanza che tale parziale perdita dei requisiti **era stata taciuta** dal raggruppamento al momento della stipulazione del contratto, pur essendosi verificata in epoca antecedente.

La Sezione, per l'effetto, ha concluso per l'**accoglimento dell'appello**.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 5202 del 2019, proposto da Consorzio Stabile SEI S.C.A.R.L., in persona del legale rappresentante pro tempore, in relazione alla procedura CIG 436959932A, rappresentato e difeso dagli avvocati Corinna Fedeli, Stefano Vinti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Rti Elegancelite S.r.l., Rti Mentucci Aldo S.r.l., non costituiti in giudizio;

Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria ex lege in Roma, via dei Portoghesi, 12;

Mgm Construction And Engineering S.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Patrizio Leozappa, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Giovanni Antonelli 15;

sul ricorso numero di registro generale 5204 del 2019, proposto da Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, Provveditorato Interregionale Opere Pubbliche Lazio, Abruzzo, Sardegna, in persona del legale rappresentante pro tempore, in relazione alla procedura CIG 436959932A, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria ex lege in Roma, via dei Portoghesi, 12;

contro

Consorzio Stabile Sei Scarl, non costituito in giudizio;

Mgm Construction And Engineering S.p.a., rappresentata e difesa dall'avvocato Patrizio Leozappa, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Patrizio Leozappa in Roma, via Giovanni Antonelli 15;

nei confronti

Rti Elegancelite S.r.l., Rti Mentucci Aldo S.r.l., non costituiti in giudizio;

per la riforma

quanto al ricorso n. 5202 del 2019:

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per l'Abruzzo n. 274/2019, resa tra le parti;

quanto al ricorso n. 5204 del 2019:

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per l'Abruzzo n. 274/2019, resa tra le parti.

Visti i ricorsi in appello e i relativi allegati;

visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti e di Mgm Construction And Engineering S.p.a.;

visti tutti gli atti della causa;

relatore nell'udienza pubblica del giorno 14 novembre 2024 il Cons. Gianluca Rovelli e uditi per le parti gli avvocati Rosamaria Lo Grasso in delega dell'avv. Stefano Vinti e Riccardo Gai in delega dell'avv. Patrizio Leozappa;

ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO

1. Con bando del 27 giugno 2012 è stata indetta una procedura aperta da parte del Provveditorato Interregionale per le Opere Pubbliche per il Lazio, l'Abruzzo e la Sardegna, finalizzata al consolidamento e recupero della Scuola elementare "E. De Amicis" sita in piazza San Bernardino a L'Aquila, danneggiata dal sisma dell'aprile 2009. Il criterio di aggiudicazione prescelto era quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa e i concorrenti avrebbero dovuto elaborare proposte migliorative del progetto preliminare a base di gara; l'aggiudicatario avrebbe dovuto procedere alla stesura del progetto definitivo prima, ed esecutivo poi, e quindi alla esecuzione dei lavori. L'importo complessivo a base d'asta era di € 13.137.310,57.

2. Ai partecipanti veniva richiesto il possesso di attestazione di qualificazione SOA per la categoria OG2 in classifica VI (fino a € 10.329.000,00) e per la categoria OG11 (scorporabile) in classifica IV BIS (fino a € 3.500.000,00). Il bando prevedeva inoltre che le imprese partecipanti avrebbero dovuto essere in possesso di attestazione di qualificazione rilasciata da una SOA anche per la categoria scorporata (OG11), salvo quanto previsto dall'art. 37 del d.lgs. 163/2006.

3. La gara - in data 30 ottobre 2013 - è stata aggiudicata al raggruppamento temporaneo di tipo misto composto da M.G.M. S.p.a. (mandataria), Elegancelite s.r.l. e Mentucci Aldo (mandanti). Il contratto d'appalto è stato sottoscritto dall'Amministrazione in data 2 dicembre 2015 rep. n 340, per un importo contrattuale complessivo di € 9.660.346,85.

4. Successivamente alla stipula del contratto, ma prima dell'inizio dei lavori, il Provveditorato, nel corso di una verifica effettuata d'ufficio al fine di stipulare un atto aggiuntivo conseguente all'approvazione del progetto esecutivo, apprendeva che la mandataria e la mandante Elegancelite S.r.l. avevano subito un ridimensionamento delle attestazioni SOA.

5. Il Provveditorato, dopo aver acquisito parere dell'ANAC n. 61 del 6 marzo 2017, con decreto n. 3935 del 30 marzo 2017 procedeva a risolvere il contratto di appalto stipulato.

6. Il R.T.I. MGM impugnava dinanzi al TAR Abruzzo il provvedimento di risoluzione e gli atti successivi posti in essere dall'amministrazione.

7. Il TAR Abruzzo, con ordinanza n. 102/2017, accoglieva la domanda cautelare, con la seguente motivazione: "Considerato, in disparte la questione di giurisdizione che sarà approfondita nella più adeguata sede di merito, che, ad una sommaria delibazione, propria della fase cautelare, il provvedimento caducatorio appare sproporzionato, anche in relazione alla mancata valutazione dell'interesse all'adempimento parziale delle prestazioni".

8. Il Ministero proponeva appello e il Consiglio di Stato, con ordinanza n. 3621/2017, respingeva l'appello cautelare con la seguente motivazione "ritenuta la prevalenza dell'interesse pubblico all'ultimazione dell'opera, di carattere urgente ed indifferibile, visto anche il lungo tempo trascorso dall'inizio delle procedure di affidamento".

9. L'Amministrazione, con provvedimento di riesame del 21 settembre 2017 n. 33111, sul presupposto che il raggruppamento aggiudicatario non potesse più eseguire le opere, ha dichiarato contrario all'interesse pubblico l'adempimento parziale dell'opera da parte del R.T.I. MGM e ha quindi riconfermato la risoluzione del contratto ai sensi dell'art. 135 del d.lgs.163/2006 (vigente all'epoca dei fatti).

10. Il provvedimento veniva impugnato con ricorso per motivi aggiunti. Il TAR Abruzzo, con sentenza n. 583/2017 accoglieva il ricorso e i successivi motivi aggiunti.

11. Il Provveditorato per le opere pubbliche per il Lazio, l'Abruzzo e la Sardegna proponeva appello avverso la suddetta decisione.

12. Il Consiglio di Stato, sez. V, con sentenza n. 4394/2018, in accoglimento del primo motivo di appello proposto dal Provveditorato interregionale in ordine al difetto di giurisdizione del giudice amministrativo, riformando la sentenza di primo grado, ha dichiarato inammissibili il ricorso e i motivi aggiunti proposti dalla M.G.M. Construction and Engineering e ha individuato il giudice ordinario quale giudice munito della giurisdizione.

13. Con nota del 30 agosto 2018 il Provveditorato Interregionale, facendo riferimento alla corrispondenza intercorsa a seguito della risoluzione del contratto d'appalto e dovendo procedere alla stipula del contratto con la SEI, richiedeva alla stessa:

- garanzia fideiussoria autenticata da Notaio;
- estremi del conto corrente dedicato con l'indicazione dei soggetti autorizzati ad operarvi;
- la comunicazione della composizione societaria;
- l'esistenza di diritti reali di godimento o di garanzia sulle azioni con diritto di voto sulla base delle risultanze del libro soci;
- le comunicazioni ricevute e l'indicazione dei soggetti muniti di procura irrevocabile che abbiano esercitato il voto nelle assemblee societarie nell'ultimo anno o che ne abbiano comunque diritto.

Inoltre, il Provveditorato richiedeva al responsabile del procedimento di voler rimettere il verbale nel quale, ai fini della stipulazione del contratto, si dava atto del permanere delle condizioni che consentivano l'immediata esecuzione dei lavori.

14. SEI rispondeva con nota del 4 settembre 2018 prot. n. 37/2018/PP con la quale, nel precisare di essere in procinto di consegnare tutta la documentazione richiesta, confermava il

possesto dei requisiti richiesti dal bando di gara e la disponibilità ad effettuare un sopralluogo presso la scuola De Amicis ai fini della sottoscrizione del verbale per l'immediato avvio dei lavori. Con successiva nota del 18 settembre il Consorzio SEI trasmetteva la documentazione richiesta e in data 27 settembre 2018 inviava le cauzioni. Le parti sottoscrivevano il contratto d'appalto in data 2 ottobre 2018.

15. Con ricorso notificato in data 30 novembre 2018 la società MGM ha impugnato dinanzi al TAR L'Aquila gli atti attraverso i quali si è giunti alla stipulazione del contratto d'appalto con il Consorzio SEI.

16. Alla camera di consiglio del 19 dicembre 2018 il TAR, con ordinanza n. 265 del 21 dicembre 2018, respingeva l'istanza cautelare.

17. Con sentenza n. 274/2019 il TAR accoglieva il ricorso.

18. Di tale sentenza, il Consorzio Stabile SEI S.c.a.r.l. ha chiesto la riforma con rituale e tempestivo atto di appello affidato ai seguenti motivi così rubricati: "IN VIA PRELIMINARE: 1° MOTIVO DI APPELLO. ERRONEITÀ ED ILLEGITTIMITÀ DELLA PRONUNCIA DEL GIUDICE DI PRIME CURE NELLA PARTE IN CUI HA RITENUTO SUSSISTENTE L'INTERESSE STRUMENTALE DEL RICORRENTE QUALE OPERATORE DEL SETTORE DI RIFERIMENTO, LEGITTIMATO A PARTECIPARE AD UNA NUOVA PROCEDURA DI AFFIDAMENTO. ERRONEITÀ DELLA PRONUNCIA NELLA PARTE IN CUI HA RITENUTO CHE LA RISOLUZIONE DEL CONTRATTO SUBITA DALLA RICORRENTE NON SAREBBE RILEVANTE AL FINE DI DEDURRE IL DIFETTO DI INTERESSE PERCHÉ SI TRATTEREBBE DI UN POTERE DISCREZIONALE DELLA STAZIONE APPALTANTE QUELLO DI RILEVARE L'EVENTUALE CAUSA DI ESCLUSIONE DI CUI ALL'ART. 80 COMMA 5 TER DEL D.LGS. N. 50/2016. ERRONEITÀ ED ILLEGITTIMITÀ DEL CAPO 2.2. DELLA SENTENZA. ERROR IN PROCEDENDO; 2° MOTIVO DI APPELLO. OMESSA PRONUNCIA SU UNA SPECIFICA ECCEZIONE FORMULATA DINANZI AL GIUDICE DI PRIME CURE DI DIFETTO DI INTERESSE E TARDIVITÀ. ERROR IN PROCEDENDO; 3° MOTIVO DI APPELLO. ERRONEITÀ ED ILLEGITTIMITÀ DELLA SENTENZA DEL GIUDICE DI PRIME CURE NELLA PARTE IN CUI HA RITENUTO LA VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 135 DEL D.LGS. N. 163/06 ED HA CONSEGUENTEMENTE RITENUTO FONDATA IL PRIMO MOTIVO DEL RICORSO MGM. ERRONEITÀ DEL CAPO 3 DELLA SENTENZA. OMESSA PRONUNCIA, TRAVISAMENTO DEI FATTI, VIOLAZIONE DEGLI ARTT. 3, 103, 113 E 24 DELLA COSTITUZIONE. CARENZA, PERPLESSITÀ, CONTRADDITTORIETÀ DELLA MOTIVAZIONE SULLE RAGIONI DELLA RISOLUZIONE CONTRATTUALE. ERRONEITÀ PER TRAVISAMENTO DEI PRESUPPOSTI DI DIRITTO SOTTESI AL PRIMO MOTIVO DEL RICORSO INTRODUTTIVO. ERROR IN PROCEDENDO ED ERROR IN IUDICANDO; 4° MOTIVO DI APPELLO. ERRONEITÀ DELLA SENTENZA NELLA PARTE IN CUI HA COMPLETAMENTE OMESSO DI VALUTARE LA CIRCOSTANZA DELLA PERDITA DEI REQUISITI DI QUALIFICAZIONE IN CAPO ALLA MANDANTE EGANCELITE PRIMA DELLA STIPULAZIONE DEL CONTRATTO D'APPALTO, CIRCOSTANZA INVERO EVIDENZIATA NEI PROVVEDIMENTI DI RISOLUZIONE CONTRATTUALE. MOTIVAZIONE SUPERFICIALE ED OMESSA PRONUNCIA SU SPECIFICHE ECCEZIONI DI INFONDATEZZA DEL RICORSO. ERROR IN PROCEDENDO".

19. Anche il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti - Provveditorato Interregionale per le Opere Pubbliche per il Lazio, l'Abruzzo e la Sardegna ha impugnato la sentenza n. 274/2019 con ricorso affidato ai seguenti motivi: "1) Violazione e falsa applicazione dell'art. 8 CPA – violazione e falsa applicazione di principi di giudicato formale e sostanziale; 2) Inammissibilità del ricorso di 1° grado per carenza di interesse – violazione del giudicato; 3) Inammissibilità del ricorso di 1° grado per carenza di interesse alla ripetizione della procedura di gara; 4) Violazione e falsa applicazione dell'art. 140 con riferimento agli artt. 135 e 136 del d.lgs 163/2006".

20. MGM Construction and Engineering S.p.A. ha proposto ricorso incidentale affidato ai motivi così rubricati: "I. ERROR IN PROCEDENDO IN ORDINE AL CAPO 2.§.1. DELLA SENTENZA, LIMITATAMENTE ALLA PARTE IN CUI HA RITENUTO FONDATE LE ECCEZIONI DI DIFETTO DI INTERESSE E LEGITTIMAZIONE CON RIFERIMENTO AL III MOTIVO DI RICORSO. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 100 C.P.C. ECCESSO DI POTERE PER CONTRADDITTORIETÀ MANIFESTA CON IL CAPO 2.§.2 DELLA MEDESIMA PRONUNCIA; II. ERROR IN IUDICANDO IN ORDINE AL CAPO 4 DELLA SENTENZA, LIMITATAMENTE ALLA PARTE IN CUI HA RIGETTATO IL II MOTIVO DI RICORSO. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 140 DEL D.LGS. 163/06 E S.M.I. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 57, C. 5, LETT. B) DEL D.LGS. 163/2006, COME OGGI SOSTITUITO DALL'ART. 63, COMMA 2, LETT. C) DEL D.LGS. 50/2016. VIOLAZIONE DEI PRINCIPI DI PROPORZIONALITÀ, BUON ANDAMENTO ED IMPARZIALITÀ DI CUI ALL'ART. 97 COST. VIOLAZIONE DEI PRINCIPI DI LIBERA ED EFFETTIVA CONCORRENZA, DI PAR CONDICIO E DI TRASPARENZA DELL'AZIONE AMMINISTRATIVA. VIOLAZIONE DELL'ART. 3 DELLA L. N. 241/90; III. RIPROPOSIZIONE DEL IV MOTIVO DI RICORSO DI PRIMO GRADO DICHIARATO ASSORBITO DALL'ACCOGLIMENTO DEL I MOTIVO DI RICORSO. SULL'ASSENZA DI DEFINITIVITÀ DELLA CONTROVERSIA AVENTE AD OGGETTO LA RISOLUZIONE DEL CONTRATTO DI APPALTO CON LA MGM: VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 140 DEL D.LGS. 163/2006, NONCHÉ DELL'ART. 11, COMMA 2, C.P.A. VIOLAZIONE DEI PRINCIPI DI PROPORZIONALITÀ, BUON ANDAMENTO ED IMPARZIALITÀ DI CUI ALL'ART. 97 COSTITUZIONE. ECCESSO DI POTERE IN TUTTE LE SUE FIGURE SINTOMATICHE DI TRAVISAMENTO DEI FATTI, FALSI PRESUPPOSTI, ILLOGICITÀ ED IRRAGIONEVOLEZZA, CONTRADDITTORIETÀ, INGIUSTIZIA MANIFESTA. SVIAMENTO. DIFETTO DI ISTRUTTORIA".

21. Alla camera di consiglio del 25 luglio 2019 la domanda cautelare è stata accolta con ordinanza n. 3872/2019 recante la seguente motivazione: "Rilevato preliminarmente che gli appelli sono proposti nei confronti della stessa sentenza, per cui ne va disposta ai sensi dell'art. 96 cod. proc. amm. la riunione;

considerato che:

- si tratta di lavori resisi necessari a causa del terremoto del 2009 e che sono stati banditi nel 2012 e ad oggi non sono ancora iniziati;

- il ricorso di primo grado, accolto con la sentenza appellata, è stato proposto dall'originaria

prima classificata, nei cui confronti l'amministrazione ha disposto la risoluzione del contratto;

- il contenzioso contro quest'ultimo provvedimento è stato definito da questa Sezione con sentenza con cui è stata declinata la giurisdizione amministrativa a favore di quella ordinaria, davanti alla quale la domanda è stata riproposta;

ritenuto che per tutte le convergenti circostanze ora esposte – ed a prescindere allo stato dalla questione concernente il possibile mutamento di destinazione d'uso dell'immobile un tempo adibito a scuola - sia prevalente l'interesse all'avvio dei lavori con il Consorzio Sei, con cui all'esito dell'interpello ex art. 140 dell'allora vigente codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. n. 163 del 2006 è stato stipulato il nuovo contratto di appalto, rispetto al contrapposto interesse meramente strumentale azionato nel presente giudizio dalla ricorrente M.G.M. Construction and Engineering;

ritenuto infine che in ragione delle caratteristiche del rito debba sin d'ora essere fissato il merito, mentre le spese della presente fase cautelare possano essere compensate”.

22. Alla udienza pubblica del 13 febbraio 2020, è stata disposta la sospensione del giudizio con ordinanza n. 2190/2020 recante la seguente motivazione: “CONSIDERATO che, con bando del 27.06.2012, il Provveditorato interregionale per le opere pubbliche per il Lazio, l'Abruzzo e la Sardegna indiceva procedura aperta per l'affidamento dei lavori di consolidamento e recupero della Scuola elementare “E. De Amicis”, sita in piazza San Bernardino all'Aquila, danneggiata dal sisma dell'aprile 2009, aggiudicato al raggruppamento temporaneo di tipo misto capeggiato da M.G.M. S.p.a., con il quale veniva stipulato il relativo contratto;

CONSIDERATO che con decreto n. 3935 del 30 marzo 2017 la stazione appaltante disponeva – a ragione dell'acclarato venir meno dei requisiti per l'esecuzione – la risoluzione, in via di autotutela, del contratto, procedendo, nel ritenuto difetto dei presupposti per dar corso allo scorrimento della graduatoria, alla indizione di procedimento di interpello, cui seguiva nuova aggiudicazione a favore del Consorzio Stabile Sei s.c. a r.l.;

RITENUTO che, con distinti gravami proposti dinanzi al TAR per l'Abruzzo, M.G.M. S.p.a. impugnava sia la risoluzione del contratto in proprio danno, sia l'esito della consequenziale procedura di interpello;

CONSIDERATO che, con distinte sentenze n. 583/2017 e 274/2019, il primo giudice accoglieva entrambi i ricorsi, annullando, per un verso, la risoluzione contrattuale e dichiarando, per altro verso, l'illegittimità del pedissequo interpello;

RITENUTO che la prima decisione veniva riformata da Consiglio di Stato, con sentenza n. 4394/2018, dichiarativa del difetto di giurisdizione in ordine alla vicenda risolutiva, in quanto attinente alla fase esecutiva del contratto, rimessa alla cognizione del giudice ordinario;

RITENUTO che la seconda decisione veniva impugnata, con distinti atti di appello, dal Consorzio Sei e del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, mentre M.G.M. s.p.a., oltre ad

articolare appello incidentale, procedeva alla riassunzione della lite relativa alla vicenda risolutiva dinanzi al giudice ordinario, dove risulta allo stato pendente;

CONSIDERATO che i due appelli odierni – di cui occorre sin d'ora disporre la riunione, in quanto indirizzati avverso la medesima sentenza – hanno ad oggetto la sorte della procedura di interpello indetta a valle della risoluzione del contratto oggetto di originaria aggiudicazione, che ne costituisce il presupposto fattuale e giuridico e ne condiziona, in via derivata, la legittimità;

RITENUTO, per tal via, che sussiste un nesso di pregiudizialità-dipendenza tra la controversia avente ad oggetto la risoluzione del contratto aggiudicato e quella relativa alla consequenziale indizione della procedura di interpello ed alla pedissequa riaggiudicazione;

CONSIDERATO che, per l'effetto, occorra disporre la sospensione, ai sensi degli artt. 79, comma 1 cod. proc. amm. e 295 cod. proc. civ., del presente giudizio, in attesa della definizione della pregiudiziale controversia civile”.

23. Il Tribunale Ordinario di L'Aquila con sentenza n. 350 pubblicata in data 29 maggio 2024 ha definito la questione pregiudiziale.

24. Alla udienza pubblica del 14 novembre 2024, i ricorsi riuniti sono stati trattenuti per la decisione.

## DIRITTO

25. Va premesso che con la sentenza appellata il TAR ha così deciso:

a) ha ritenuto fondate le eccezioni sollevate dalla resistente e dal controinteressato con riferimento al terzo motivo con il quale la ricorrente deduceva la mancanza dei requisiti di qualificazione in capo al Consorzio; il TAR ha ritenuto che nello scorrimento della graduatoria deciso dalla stazione appaltante, l'accoglimento della censura avrebbe favorito l'impresa terza graduata, ma non avrebbe recato alcuna utilità alla ricorrente;

b) ha ritenuto non fondate le stesse eccezioni con riferimento al primo motivo di ricorso che censura la decisione dell'Amministrazione affidante di disporre lo scorrimento della graduatoria sul presupposto della risoluzione del contratto stipulato con la ricorrente in quanto mancherebbero le condizioni stabilite dall'art. 140 del d.lgs. n. 163/2006;

b.1.) ha affermato che sussiste l'interesse della ricorrente alla decisione in quanto, se, come sostenuto in ricorso, non ricorre alcuna delle ipotesi tassative previste dal citato art. 140, l'appalto può essere affidato solamente all'esito di una nuova procedura di gara alla quale la ricorrente è certamente legittimata a partecipare quale operatore del settore di riferimento;

b.2.) ha precisato inoltre, in punto di giurisdizione, che la fase procedimentale disciplinata dall'art. 140 citato si configura come un segmento di un'unica procedura di affidamento, avviata con la pubblicazione del bando, del quale la risoluzione del contratto costituisce un

presupposto;

b.3.) ha affermato che oggetto del giudizio è la verifica della legittimità dell'esercizio del potere di procedere all'interpello riservata alla giurisdizione del giudice amministrativo, rispetto alla quale la risoluzione integra una questione pregiudiziale di merito conoscibile, seppure solo in via incidentale ex art. 8 del codice del processo amministrativo, senza che ne derivi un giudicato materiale;

c) ha affermato che la risoluzione del contratto stipulato con MGM, che la stazione appaltante ha ricondotto, in dichiarata interpretazione analogica, all'art. 135, comma 1 bis, del d.lgs. n. 163/2006 presuppone il ridimensionamento della classificazione della MGM, non già la perdita dell'attestazione SOA;

d) l'atto di risoluzione riferisce che, dopo la sottoscrizione del contratto, la MGM è passata dalla classifica V alla III bis per la categoria OG2 e dalla classifica VIII alla III per la categoria OG 11 e la Elegancelite S.r.l. è passata dalla classifica IV alla I per la categoria OG2 delle attestazioni SOA;

e) ne consegue che l'Amministrazione, avendo risolto il contratto stipulato con la ricorrente per un motivo diverso da quello previsto dal citato art. 135, comma 1 bis, richiamato nell'art. 140 del d.lgs. n. 163/2006 fra le ipotesi che giustificano eccezionalmente lo scorrimento della graduatoria e il subentro nel contratto, avrebbe dovuto ripetere la gara;

f) inoltre, la risoluzione del contratto subita dalla ricorrente, che il Consorzio controinteressato indica a sostegno dell'eccezione di difetto di legittimazione in quanto causa di esclusione dalle gare indette dalla stessa stazione appaltante, non ha alcuna rilevanza perché, ai sensi dell'art. 80 comma 5 c ter del decreto legislativo n. 50/2016, applicabile ratione temporis all'eventuale riedizione della gara, l'esclusione non è una conseguenza automatica della precedente risoluzione, ma costituisce una scelta discrezionale della stazione appaltante;

g) l'accoglimento del primo motivo determina l'assorbimento del quarto;

h) non può essere accolto invece il secondo motivo; non ha infatti trovato riscontro negli atti e informazioni acquisiti in esecuzione dell'ordinanza collegiale n. 105/2019, il fatto che il contratto sottoscritto dal Consorzio SEI abbia natura, prezzo, caratteristiche, lavori e destinazione diversi rispetto a quello sottoscritto dalla ricorrente.

26. L'appello r.g. 5202 del 2019 contiene le seguenti censure:

a) la ricorrente appariva priva di interesse e legittimazione alla proposizione del ricorso; la verifica della legittimità della risoluzione del contratto d'appalto con la società MGM – presupposto indefettibile per poter procedere poi al successivo interpello - era ed è attualmente sottoposta al vaglio del giudice civile dopo che il Consiglio di Stato aveva dichiarato il difetto di giurisdizione relativamente al precedente contenzioso instaurato da MGM;

a.1.) le eccezioni svolte dinanzi al giudice di prime cure erano riferite sia all'interesse della MGM ad ottenere la stipulazione del contratto d'appalto in proprio favore (interesse fatto valere originariamente nel ricorso principale), sia all'interesse strumentale (precisato solo con l'istanza ex art. 116 c.p.a.);

a.2.) la sentenza del Consiglio di Stato n. 4394/18 ha dichiarato il difetto di giurisdizione sulla fattispecie in esame, devolvendo la questione alla giurisdizione del giudice civile; conseguentemente, i provvedimenti di risoluzione adottati dal Provveditorato sono pienamente efficaci e privano il ricorrente di qualunque legittimazione a dolersi dell'eventuale illegittimità di essi, nonché degli eventuali provvedimenti conseguenti

a.3.) il giudice civile potrebbe unicamente disporre, nell'ipotesi di dichiarazione di illegittimità del provvedimento di risoluzione contrattuale, una indennità e/o risarcimento in favore di MGM; non potrebbe far rivivere un contratto ormai dichiarato risolto dall'amministrazione visto che questa ha comportato irreversibilmente la caducazione del contratto;

a.4.) quanto all'interesse meramente strumentale alla partecipazione ad una nuova e futura gara a cura della medesima stazione appaltante, esso difetterebbe in radice per due ordini di ragioni; in primo luogo la partecipazione ad una nuova procedura di gara sarebbe impedita alla MGM dalla disposizione di cui all'art. 80 comma 5 del d.lgs. n. 50/2016, comma 5 lettera c) ter nel testo risultante a seguito delle modifiche di cui al d.l. n. 135/2018 secondo cui le stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione alle gare gli operatori economici che si trovino nella seguente situazione: "l'operatore economico abbia dimostrato significative o persistenti carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione per inadempimento ovvero la condanna al risarcimento del danno o altre sanzioni comparabili"; la causa escludente opera anche qualora la risoluzione sia contestata in giudizio;

b) la sentenza sarebbe poi viziata nella parte in cui avrebbe omesso di dare conto di una ulteriore eccezione che era stata formulata dinanzi al Giudice di prime cure;

b.1.) quanto all'asserito interesse strumentale, si era eccepito che esso era stato genericamente dichiarato e poi precisato esclusivamente nel corso della camera di consiglio tenutasi il 19 dicembre 2018 e nel ricorso ex art. 116 c.p.a. successivamente notificato; tale interesse strumentale non sarebbe stato mai fatto valere nel ricorso di primo grado, ove la ricorrente si sarebbe limitata a richiedere genericamente l'annullamento degli atti relativi al procedimento di interpello e scorrimento della graduatoria, avviato dal Provveditorato con nota pec del 3 aprile 2017, all'evidente fine di ottenere l'utilità principale, ovvero la rimozione del provvedimento lesivo e la stipulazione del contratto d'appalto in suo favore;

c) la soluzione adottata dal TAR avrebbe l'effetto di aggirare l'ostacolo rappresentato dal difetto di giurisdizione pronunciato con la sentenza n. 4394/2018, che avrebbe conseguentemente dovuto impedire al giudice amministrativo di poter tornare sulla questione;

c.1.) il Collegio dovrebbe valutare l'incostituzionalità dell'art. 8 del c.p.c., per violazione dei principi di cui agli artt. 3, 113 e 24 della Costituzione;

c.2.) il TAR avrebbe travisato i presupposti di fatto e di diritto alla base dei provvedimenti di risoluzione del contratto d'appalto stipulato con la MGM, affermando che la risoluzione del contratto medesimo sia stata erroneamente ricondotta alla tassativa disposizione di cui all'art. 135 del d.lgs. n. 163/06;

c.3.) la sentenza del TAR ha considerato il mero ridimensionamento delle attestazioni SOA (e non tutte le altre circostanze rilevate negli stessi provvedimenti di risoluzione) e sulla base di ciò ha ritenuto illegittimo il provvedimento di risoluzione del contratto;

c.4.) l'art. 40 del d.lgs. n. 163/06 stabilisce un principio generale immanente al nostro ordinamento, in base al quale possono eseguire i lavori pubblici gli operatori economici qualificati muniti di requisiti di capacità tecnica ed economica attestati da un organismo di attestazione, secondo le categorie e gli importi previsti dal d.P.R. n. 207/2010 (vigente all'epoca della gara);

c.5.) tali principi possono essere applicati sia all'ipotesi della decadenza sia a quella della riduzione dell'attestato SOA, fenomeni che si sono entrambi verificati nel caso di specie, vista:

- la decadenza dell'attestato di qualificazione della MGM per il periodo che va dal 31 gennaio 2016 (data di scadenza quinquennale dell'attestazione utilizzata in gara) al 15 luglio 2016 (data di rinnovo della nuova attestazione);

- la riduzione della portata abilitante dell'attestato SOA in possesso della mandataria MGM, passato in OG2 dalla classifica V alla III bis ed in OG11 dalla classifica VIII alla III;

- la riduzione della portata abilitante dell'attestato SOA in possesso della mandante Elegancelite, passato in OG2 dalla classifica IV alla I, sin dal 4 luglio 2014, ossia prima della sottoscrizione del contratto, avvenuta il 2 dicembre 2015;

c.6.) le due fattispecie condividono gli effetti giuridici, tanto in sede di partecipazione alla gara quanto nella successiva fase esecutiva del contratto; in entrambi i casi, difatti, si perdono i requisiti speciali necessari per eseguire le prestazioni lavorative; la riduzione dell'attestato SOA, sia in classifica che in categoria, determina una perdita della "portata abilitante" dello stesso, e ove tale fenomeno avvenga nel corso dell'esecuzione dell'appalto l'amministrazione deve risolvere il contratto per perdita dell'affidabilità tecnica richiesta all'impresa esecutrice;

d) la mandante Elegancelite (che avrebbe dovuto eseguire lavori per il 25% nella categoria OG 2), già prima della sottoscrizione del contratto di appalto, nella categoria OG 2 era scesa dalla classifica IV (che abilita fino a € 2.582.000) alla classifica I (che abilita fino a € 258.000), come si evince dalla nuova attestazione SOA del 14 luglio 2014 n. 10465/23/00; tale circostanza era stata evidenziata nel provvedimento di risoluzione adottato dal Provveditorato in data 21 settembre 2017 prot. n. 33111;

d.1.) non si tratta, come riportato dalla sentenza impugnata, solo del mero "ridimensionamento" della classifica da parte della mandante (che pure consentirebbe, per le

ragioni spiegate sopra, la risoluzione contrattuale, trattandosi pur sempre di decadenza parziale di una attestazione), ma della circostanza che tale parziale perdita dei requisiti era stata taciuta dal raggruppamento al momento della stipulazione del contratto, pur essendosi verificata in epoca antecedente.

27. L'appello r.g. 5204 del 2019 contiene le seguenti censure:

- a) sarebbe censurabile il riferimento fatto dal TAR, nell'accogliere il primo motivo di ricorso, all'art. 8 c.p.a.;
- b) MGM non avrebbe alcun apprezzabile interesse al ricorso;
- c) l'interesse dell'A.T.I. MGM e dei suoi mandanti alla ripetizione della gara sarebbe anch'esso insussistente;
- d) l'art. 140 rinvia, come presupposto all'art. 136 d.lgs. 163/06, relativo all'inadempimento dell'operatore economico e all'art. 135 d.lgs. 163/06 dedicato alla risoluzione del contratto per reati accertati o per decadenza dell'attestazione SOA per produzione di atti falsi, risultante da annotazione sul casellario informatico.

28. L'appello incidentale proposto da MGM Construction and Engineering S.p.a. censura la sentenza per i seguenti motivi:

a) con il terzo motivo del ricorso di primo grado, l'ATI MGM ha eccepito il difetto, alla data dell'interpello, dei requisiti di qualificazione in capo al Consorzio SEI, risultando dimostrato e incontestato che il Consorzio SEI è rimasto privo dell'attestazione di qualificazione all'esecuzione dei lavori pubblici per cui è causa dal 29 marzo 2014 al 6 aprile 2017, dal momento che il 28 marzo 2014 è decaduta per mancata verifica triennale l'attestazione spesa da SEI all'atto della partecipazione alla gara, attestazione che poi è stata ex novo rilasciata da altra SOA solo in data 6 aprile 2017 e, cioè, in data successiva all'interpello del 3 aprile 2017.

a.1.) tale doglianza non è stata scrutinata dalla sentenza impugnata stante il ritenuto difetto di interesse alla sua delibazione, posto che, secondo il TAR, "l'accoglimento della censura favorirebbe l'impresa terza graduata, ma non recherebbe alcuna utilità alla ricorrente" (capo 2. §.1 della sentenza, p. 8);

a.2.) il TAR non avrebbe colto come, a supporto (anche) della presente doglianza, sussiste uno specifico e giuridicamente rilevante interesse, attuale e differenziato, dell'odierna appellante incidentale sempre alla riedizione della gara per l'affidamento dell'appalto; si tratta, quindi, di un interesse strumentale, della stessa consistenza di quello accertato e tutelato dal TAR in relazione al primo motivo del ricorso di primo grado;

b) l'interpello e la conseguente sottoscrizione del contratto di appalto sarebbero avvenuti in violazione dell'art. 140, commi 1 e 2, del d.lgs. n. 163/06, nonché dei principi di tutela della concorrenza e di par condicio, data l'impossibilità, come emerge dalla nota del Comune dell'Aquila del 12 aprile 2018 e dal riscontro del Provveditorato del 19 aprile 2018 di utilizzare

la progettazione definitiva ed esecutiva redatta dall'ATI MGM e di realizzare gli stessi lavori già affidati a quest'ultima;

b.1.) la sentenza impugnata avrebbe omesso di considerare come la manifestata volontà di variare la destinazione d'uso dell'immobile e la conseguente necessità di apportare le necessarie modifiche progettuali, in quanto emerse mesi prima della conclusione del procedimento e della sottoscrizione del contratto con il Consorzio SEI, avrebbero dovuto essere considerate come di per sé ostative ai fini della prosecuzione e conclusione del procedimento di interpello ex art. 140 del d.lgs. 163/06 e della stipula stessa del contratto, a nulla rilevando la formale identità delle lavorazioni oggetto del contratto di appalto sottoscritto con il Consorzio SEI;

b.2.) se lo scopo a cui è preordinato lo scorrimento della graduatoria è il completamento dei medesimi lavori alle stesse condizioni già proposte dall'aggiudicatario originario in sede di offerta, ciò deve allora necessariamente implicare l'affidamento di un contratto avente lo stesso contenuto di quello concluso con l'aggiudicatario originale e poi risolto;

c) in virtù dell'assorbimento del quarto motivo di ricorso operato dalla pronuncia del TAR L'Aquila in forza accoglimento del primo motivo di ricorso, viene riproposta la doglianza, con la quale si è inteso contestare il presupposto dell'efficacia della risoluzione sull'interpello e sul subentro; il procedimento di scorrimento della graduatoria sarebbe stato, infatti, definito con la sottoscrizione del contratto di appalto in questione sull'erroneo presupposto che il contenzioso attivato dall'ATI MGM "si è risolto con la sentenza del Consiglio di Stato n. 04394/2018 REGG. PROV. COLL. N. 00730/2018 REG. RIC.";

c.1.) in definitiva, secondo l'appellante incidentale non sussistevano i presupposti di cui all'art. 140 del d.lgs. 163/2006, attesa la salvezza degli effetti processuali e sostanziali della domanda ai sensi dell'art. 11, comma 2, del c.p.a. che deriva dalla riassunzione dell'azione proposta avverso la risoluzione del contratto stipulato con l'ATI MGM.

29. Le censure, così sintetizzate, possono a questo punto essere esaminate.

30. Va premesso che il Tribunale di L'Aquila con sentenza n. 350 del 29 maggio 2024, passata in giudicato, ha:

a) rigettato la domanda principale di accertamento della illegittimità della risoluzione del contratto di appalto del 02.12.2015, disposta dal Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti – Provveditorato Interregionale per le Opere Pubbliche per il Lazio, l'Abruzzo e la Sardegna con provvedimento n. 33111 del 21.09.2017, e le consequenziali domande di risarcimento del danno;

b) condannato il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti – Provveditorato Interregionale per le Opere Pubbliche per il Lazio, l'Abruzzo e la Sardegna al pagamento, in favore di MGM Construction and Engineering S.p.A., della somma complessiva di € 110.446,95, oltre interessi legali dalla data di pubblicazione della sentenza e fino all'effettivo soddisfo, a titolo di restituzione degli importi spesi dalla MGM per la realizzazione delle opere provvisoriale (€

92.165,77), per la redazione del Piano Sostitutivo di Sicurezza (€ 1.500,00), nonché per le opere di cantierizzazione (€ 16.781,18).

31. La complessa vicenda controversa, sintetizzata in tutti i suoi aspetti può essere risolta affrontando lo snodo centrale di tutta la questione: la legittimità dello scorrimento della graduatoria.

Smentita la premessa di fondo secondo cui lo scorrimento della graduatoria sarebbe illegittimo, e che la stazione appaltante avrebbe dovuto procedere a una riedizione della gara, perdono di consistenza tutte le altre questioni.

32. Va ricordato che l'art. 140 d.lgs. 163/2006 consentiva lo scorrimento della graduatoria anche nel caso di risoluzione del contratto per grave inadempimento, grave irregolarità e grave ritardo (Consiglio di Stato, Sez. V, 10 agosto 2016, n. 3573).

33. Non può essere condivisa la sentenza impugnata laddove ha considerato il mero ridimensionamento delle attestazioni SOA e non tutte le altre circostanze rilevate negli stessi provvedimenti di risoluzione. Il ragionamento esposto alle pagine da 13 a 19 della memoria depositata dal Consorzio Stabile SEI S.c.a.r.l. il 29 ottobre 2024 è del tutto condivisibile. Analoghe considerazioni vanno svolte relativamente agli argomenti spesi dal Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti alle pagine da 17 a 24 della memoria depositata il 25 ottobre 2024.

34. Decadenza e riduzione dell'attestazione SOA determinano la perdita dei requisiti per eseguire le prestazioni oggetto del contratto. La circostanza è talmente pacifica da non dover indugiare particolarmente sul punto. E, d'altronde, l'art. 140 del codice dei contratti pubblici, vigente *ratione temporis*, consentiva alla stazione appaltante, in presenza degli eventi tassativamente previsti (che impedivano all'impresa inizialmente aggiudicataria la realizzazione delle opere oggetto dell'appalto), di interpellare progressivamente le imprese che, nella graduatoria, seguivano quella appaltatrice al fine di affidare a quella disponibile il completamento dei lavori alle medesime condizioni già proposte dall'originario aggiudicatario in sede di offerta. Il particolare caso che qui occupa il Collegio non si colloca al di fuori del perimetro di applicazione del citato art. 140. Alcuni passaggi della sentenza del Tribunale di L'Aquila n. 350/2024 sono significativi. Vi si legge:

a) (...) “la sopravvenuta perdita della qualificazione necessaria per la realizzazione dell’opera deve essere valutata secondo i parametri civilistici dell’inadempimento del contratto ex art. 1453 e ss. c.c.”;

b) (...) “anche a seguito del parziale riacquisto di classificazione del 04.10.2017, il raggruppamento non deteneva i requisiti previsti dal Bando di gara per l’esecuzione dell’opera affidata, integrando in tal modo quell’inadempimento di non scarsa importanza ex art. 1455 c.c. che legittima la risoluzione da parte della stazione appaltante”.

35. In definitiva, il provvedimento di risoluzione ha accertato la perdita parziale dei requisiti da parte di M.G.M. e di Elegancelite, con conseguente impossibilità di eseguire la prestazione

dedotta in contratto, cui è seguita del tutto legittimamente la procedura di interpello prevista dall'art. 140 d.lgs. 163 del 2006.

36. L'appello principale è quindi fondato.

37. In ordine all'appello incidentale è sufficiente osservare che:

a) l'affermazione, contenuta nell'appello incidentale, secondo cui sarebbe stato affidato al Consorzio SEI un contratto d'appalto diverso da quello oggetto della gara, non può essere condivisa tenuto conto che, in disparte ogni altra considerazione, una cosa è l'oggetto del contratto di appalto, altra è la destinazione d'uso da dare all'immobile oggetto dell'intervento che ben può essere oggetto di successiva variazione;

b) il Consorzio possedeva i requisiti al momento della presentazione dell'offerta originaria e all'atto della conferma di quest'ultima nella fase di interpello e tanto bastava per considerare rispettato l'obbligo di possedere i requisiti; sia il Consorzio SEI sia il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti richiamano in modo pertinente, contrariamente a quanto affermato dall'appellante incidentale a pagina 7 della memoria depositata il 28 gennaio 2020 e a pagina 9 della memoria depositata il 28 ottobre 2024, il precedente di questo Consiglio di Stato, Sez. VI, 25 settembre 2017, n. 4470 (da ultimo, pagine 27 e 28 della memoria depositata dal Ministero il 25 ottobre 2024).

38. Per tutto quanto sopra esposto, gli appelli principali proposti da Consorzio Stabile SEI e dal Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, Provveditorato Interregionale Opere Pubbliche Lazio, Abruzzo, Sardegna devono essere accolti e va invece respinto l'appello incidentale proposto da MGM Construction and Engineering S.p.A.

Le spese, vista l'assoluta particolarità delle questioni trattate, possono essere compensate tra le parti in causa.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sugli appelli riuniti n. 5202 del 2019 e n. 5204 del 2019, accoglie gli appelli principali, respinge l'appello incidentale e, per l'effetto, in riforma della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per l'Abruzzo n. 274/2019, respinge il ricorso di primo grado.

Spese compensate.

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