



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia

sezione staccata di Catania (Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2831 del 2011, proposto da:

Aemme Srl, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti Leonardo Cucchiara e Girolamo Rubino, con domicilio eletto presso l'avv. Salvatore Cittadino in Catania, via O. Scammacca, 23/C

contro

Comune di Sortino, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Nicola Seminara, presso il cui studio è elettivamente domiciliato in Catania, Corso delle Province, 203;

nei confronti di

Elea Srl, in persona del legale rappresentate pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti Gianluca Rossitto e Pietro Coppa, con domicilio eletto presso lo studio del primo in Catania, via V.Giuffrida, 37;

per l'annullamento

- della determinazione del Segretario comunale n.78 del 14.6.2011, recante l'aggiudicazione definitiva del pubblico incanto relativo ai lavori di messa in sicurezza d'emergenza della discarica di RSU sita in contrada Pantano Secco, nel Comune di Sortino;

- del provvedimento 8.9.2011, prot. n. 15764;

- dei verbali di gara datati 30.6.2010, 5.7.2010, 6.7.2010, 11.10.2010, 27.10.2010 e 26.1.2011, nella parte in cui è stata ammessa la ditta controinteressata;

- del non conosciuto provvedimento di aggiudicazione provvisoria;

nonché per

la declaratoria di inefficacia del contratto, di subentro della ricorrente,

e per il risarcimento

dei danni per equivalente;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Sortino e della Elea Srl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 27 giugno 2013 il dott. Pancrazio Maria Savasta e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

La ricostruzione della questione in punto di fatto è stata già operata da questa stessa Sezione con la sentenza parziale n. 1958/12, che, per comodità espositiva, si riporta.

“1. – La società ricorrente impugna l’aggiudicazione in favore della controinteressata del pubblico incanto relativo ai lavori di messa in sicurezza d’emergenza della discarica di RSU sita in contrada Pantano Secco nel Comune di Sortino. Impugna altresì la determinazione negativa, assunta dal Segretario del Comune predetto, in qualità di responsabile del procedimento di contrattazione, sul reclamo presentato dalla medesima odierna ricorrente, la quale aveva chiesto l’attivazione di un procedimento di autotutela tendente all’annullamento del contratto stipulato fra l’ente e l’odierna controinteressata ELEA s.r.l.

“I lavori sono stati consegnati.

“Secondo la ricorrente, l’aggiudicazione sarebbe illegittima per le ragioni di seguito sintetizzate.

“1) Violazione dell’art. 38 d. lgs. n. 163/2006 in relazione ai punti 4.11, 4.2 e 4.3 del disciplinare di gara; eccesso di potere per difetto di istruttoria.

“Si lamenta la mancata indicazione di uno dei soggetti cessati dalla carica di amministratore unico con poteri di rappresentanza nel triennio antecedente la pubblicazione del bando di gara, Rocco Sciara, e la mancanza della dichiarazione, da parte del medesimo, ai sensi delle disposizioni di legge e di *lex specialis* invocate.

“2) Violazione dell’art. 75 DPR n. 445/2000 e dell’art. 48 d. lgs. n. 163/2006.

“La dichiarazione di inesistenza di soggetti cessati dalla carica resa dal legale rappresentante della controinteressata costituirebbe *ex se* ragione di esclusione, in quanto non veritiera.

“3) Violazione dell’art. 87 d.lgs. n. 163/2006.

“Lamenta parte ricorrente che, a fronte di un anomalo ribasso del 38,5%, la controinteressata ELEA s.r.l. si è limitata a fornire una relazione giustificativa asseritamente insufficiente per genericità, non essendovi contenute argomentazioni specificamente riferite a voci di prezzo.

“Oltre a far valere i su esposti vizi di legittimità degli atti impugnati, la ricorrente sottolinea che il contratto è stato stipulato senza comunicarle alcunché, in violazione del principio di *stand still* di cui all’art. 11/10 d. lgs. n. 163/2006.

“Chiede quindi l’annullamento degli atti impugnati, la dichiarazione di inefficacia del contratto e il subentro nel medesimo con risarcimento dei danni ove ciò non fosse possibile e comunque per la parte di lavori già eseguita.

“Si sono costituiti in resistenza il Comune di Sortino e la controinteressata ELEA s.r.l.

“L’amministrazione ha innanzitutto eccepito l’inammissibilità del ricorso, rilevando che esso è stato proposto da un soggetto – la AEMME s.r.l. – che non ha partecipato alla gara, alla quale ha partecipato la MAC RESTAURI s.r.l., poi acquistata dalla odierna ricorrente (che ne dava comunicazione dopo l’approvazione della graduatoria delle offerte da parte del Segretario comunale, avvenuta in data 14.6.2011). Ciò ha impedito che si verificasse l’idoneità soggettiva della predetta AEMME s.r.l.

“Nel merito, l’amministrazione ha difeso la legittimità degli atti impugnati.

“Parte controinteressata ha sollevato la medesima eccezione di inammissibilità del ricorso proposta dal Comune di Sortino, aggiungendo che nella fattispecie in esame si sarebbe verificata una illegittima modifica soggettiva in violazione del divieto posto dall’art. 13, comma 5 bis, e dall’art. 35 della legge n. 109/1994, nel testo coordinato

con le norme della legge regionale n. 7/2002 e s.m.i., nonché con le norme della legge regionale n. 20/2007 e precisando che l'art. 51 del Codice dei contratti – il quale consente la cessione dell'azienda da parte dell'offerente - non si applicherebbe in Sicilia.

“Nel merito, parte controinteressata ha contestato le deduzioni avversarie.

“Parte controinteressata ha altresì spiegato ricorso incidentale, impugnando la determinazione di aggiudicazione definitiva 14 giugno 2011 nella parte in cui in essa si colloca al secondo posto della graduatoria l'impresa MAC RESTAURI s.r.l., nonché la determinazione 8.9.2011, a firma del Segretario comunale nella qualità di responsabile del procedimento, che ha respinto il reclamo proposto dalla AEMME s.r.l. ai sensi dell'articolo 243 bis del decreto legislativo n. 163/2006, nella parte in cui non lo ha rigettato anche per ulteriori motivi che vengono fatti valere dalla controinteressata in via incidentale.

“In particolare, la controinteressata deduce violazione dell'art. 35 l. n. 109/994 nel testo coordinato con le norme della legge regionale n. 7/2002 e s.m.i., nonché con le norme della legge regionale n. 20/2007, erronea applicazione dell'articolo 51 del Codice dei contratti che non sarebbe applicabile in Sicilia; in subordine, violazione degli articoli 38, 51 e 116 del medesimo Codice; violazione del bando di gara”.

“Con ordinanza n. 1404/2011 l'istanza cautelare avanzata dalla AEMME s.r.l. è stata respinta sia per ritenuta dubbia del fumus di fondatezza, sia per la prevalenza dell'interesse pubblico alla rapida esecuzione dei lavori oggetto di gara, attesa la natura intrinsecamente urgente di essi”.

La medesima decisione ha concluso disponendo incumbenti istruttori volti a stabilire l'ammissibilità del ricorso.

Il deposito istruttorio non ha fornito i necessari chiarimenti, sicché, questa stessa Sezione, con Ordinanza n. 164/2013, ha così disposto:

“Ritenuto che con sentenza parziale n. 1958/12, questa stessa Sezione ha stabilito quanto segue:

“<<Facendo applicazione di tali principi alla presente controversia, merita adesione la tesi difensiva di parte ricorrente secondo la quale le questioni in esame vanno risolte con riguardo al riparto di competenze fra Stato e Regione Sicilia in materia ambientale, riconoscendosi pertanto la potestà legislativa esclusiva dello Stato.

“Resta tuttavia da stabilire se, come sostenuto da parte controinteressata, sia stato rispettato l'art. 116 del d. lgs. n. 163/2006, essendo ovvio che, riconosciuta l'applicabilità nel caso di specie dell'art. 51 del medesimo d. lgs., va poi coerentemente applicato anche l'art. 116, a mente del quale la cessione dell'azienda non è efficace nei confronti della stazione appaltante “...fino a che il cessionario, ovvero il soggetto risultante dall'avvenuta trasformazione, fusione o scissione, non abbia proceduto nei confronti di essa alle comunicazioni previste dall'articolo 1 del decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 11 maggio 1991, n. 187, e non abbia documentato il possesso dei requisiti di qualificazione previsti dal presente codice...”.

“Tale indagine ovviamente viene svolta al solo fine di valutare l'ammissibilità del ricorso, anche sotto il profilo della eventuale fondatezza del ricorso incidentale proposto dalla controinteressata, che ha fatto valere le medesime argomentazioni espone con riferimento all'eccezione di difetto di legittimazione in capo alla ricorrente principale anche per sostenere l'illegittimità del rigetto del reclamo da essa proposto nella parte in cui tale rigetto non è riferito anche alla questione della inapplicabilità in Sicilia dell'art. 51 del Codice dei contratti e, per quel che qui rileva, dell'osservanza da parte della ricorrente medesima del disposto dell'art. 116 del medesimo Codice>>;

“Ritenuto, quindi, che appare imprescindibile, in ossequio a quanto statuito con la detta decisione, acquisire, ai fini della valutazione circa “l'ammissibilità del ricorso, anche sotto il profilo della eventuale fondatezza del ricorso incidentale proposto dalla controinteressata”, le comunicazioni previste dall'articolo 1 del decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 11 maggio 1991, n. 187, che la ricorrente asserisce di aver depositato nel procedimento in contestazione;

“Ritenuto che la contestazione sul deposito di dette comunicazioni non è stata risolta dall’ottemperanza istruttoria disposta sempre con la detta sentenza n. 1958/12;

“Ritenuto, pertanto, necessario che l’Amministrazione resistente, allegando eventualmente la documentazione di che trattasi, chiarisca, mediante una circostanziata relazione in quadruplica copia, se la stessa sia stata o meno depositata”.

L’Ufficio tecnico del Comune, con nota prot. n. 3602 dell’1.3.2003 ha comunicato che “dalla lettera del 13.7.2011, prot. n. 12557, risulta che la Ditta AEMME srl ha inviato al Comune una serie di documenti, tra i quali quello richiesto. Tuttavia, si riferisce che agli atti d’ufficio sono rinvenibili solamente quei documenti già prodotti con lettera n. 16610 del 26.9.2012, mentre non si rinviene la dichiarazione di che trattasi”.

Dalla mancata allegazione del detto documento, come premesso dalla sentenza 1958/12, deriverebbe l’inammissibilità del ricorso.

Il Collegio, tuttavia, permanendo il dubbio circa l’effettiva produzione del documento in fase procedimentale, ritiene di dover esaminare nel merito i ricorsi.

II. La ricorrente incidentale pone un’ulteriore questione subordinata, anch’essa avente valore “escludente”.

Asserisce, infatti, che la ricorrente avrebbe ommesso, altresì, di dimostrare i propri requisiti di partecipazione e, in particolare, quelli indicati dall’art. 38 del Codice dei contratti.

La circostanza non è contestata da parte ricorrente.

Occorre premettere che, secondo quanto stabilito dalla sentenza parziale n. 1958/12 (evidentemente non modificabile dal Collegio) nel caso in esame trova applicazione l’art. 51 del codice dei contratti e, inoltre, che la subentrante nel rapporto aziendale avrebbe dovuto dimostrare, per la coerente necessità di applicazione anche dell’art. 116, di aver offerto le comunicazioni previste dall’articolo 1 del decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 11 maggio 1991, n. 187, prova, quest’ultima, che, come sopra premesso, non è stato possibile ritenere assolta.

La detta decisione, quindi, ha comunque ritenuto, a monte, applicabile l’art. 51 del Codice dei contratti.

Questo assunto è da confermare in punto di fatto, posto che la comunicazione al seggio appaltante dell’acquisto della M.A.C. Restauri s.r.l. da parte della AEMME, attuale ricorrente, è intervenuta il 13.7.2011, mentre la stipula del contratto con la controinteressata è avvenuta il 18.7.2011, sicché il ricorso, seppur successivo, è volto a censurare un evento (il mancato riconoscimento dell’efficacia della comunicata cessione d’azienda) realizzatosi in una fase procedimentale antecedente alla detta formalizzazione dell’accordo contrattuale e, pertanto, regolata dalla richiamata disposizione di legge.

Quest’ultima, è bene ribadirlo, stabilisce, infatti, che "qualora i candidati o i concorrenti, singoli, associati o consorziati, cedano, affittino l’azienda o un ramo d’azienda, ovvero procedano alla trasformazione, fusione o scissione della società, il cessionario, l’affittuario, ovvero il soggetto risultante dall’avvenuta trasformazione, fusione o scissione, sono ammessi alla gara, all’aggiudicazione, *alla stipulazione*, previo accertamento sia dei requisiti di ordine generale, sia di ordine speciale, nonché dei requisiti necessari in base agli eventuali criteri selettivi utilizzati dalla stazione appaltante ai sensi dell’articolo 62, anche in ragione della cessione, della locazione, della fusione, della scissione e della trasformazione previsti dal presente codice”.

Ciò posto, il Collegio concorda con la recente giurisprudenza (cfr. T.A.R. Reggio Calabria Calabria, 18 giugno 2013, n. 427) secondo la quale <<la ratio dell’art. 51 è quella di impedire che vicende modificative, che possano in qualche modo interessare soggetti partecipanti ad una gara e che si verifichino nel corso del procedimento, possano tradursi in automatiche cause di esclusione, a ciò ostando il principio - di derivazione comunitaria - di massima libertà di organizzazione delle imprese. L’ampiezza di tale facoltà trova un limite nella necessità, posta dal diritto

interno, di tutelare l'esigenza delle stazioni appaltanti di ammettere o mantenere all'interno dei procedimenti di selezione dei propri contraenti solo chi, a seguito delle richiamate vicende modificative, si trovi comunque in possesso delle necessarie condizioni soggettive generali e speciali di partecipazione>>.

La condivisa decisione, però, non manca di precisare che <<naturalmente, la rilevanza della vicenda modificativa nell'ambito del procedimento di gara impone al soggetto nuovo partecipante di rappresentarla alla stazione appaltante, in modo da attivare la necessaria verifica del complesso dei requisiti di partecipazione (Tar Napoli, Sez. I, 24 marzo 2010, n. 1609).

<<In caso di trasferimento di azienda, l'ammissione del subentrante è subordinata a due condizioni, ossia che gli atti di cessione siano comunicati alla stazione appaltante e che questa abbia verificato l'idoneità soggettiva ed oggettiva del subentrante (Tar Bologna, sez. I, 6 marzo 2009 n. 228)>>.

Aggiunge, però, il Collegio che la verifica dell'idoneità, proprio per non alterare oltremodo il sistema procedimentale che presiede alle gare per le selezioni ad evidenza pubblica (trattandosi, per altro, quella in esame, di norma che sostanzialmente "estende" la possibilità di partecipazione oltre il termine massimo consentito dagli atti di autoregolamentazione), presuppone che la subentrante, al momento della comunicazione del subingresso, fornisca, così come ogni partecipante alla gara, tutti gli elementi utili per la verifica della sussistenza del possesso dei requisiti soggettivi.

Non solo. Al fine di dimostrare la propria effettiva legittimazione al processo, inoltre, deve versare in giudizio la prova del possesso dei requisiti per il subingresso nel rapporto.

In altri termini, oltre alla prova documentale dell'intervenuta modifica soggettiva, occorre, contestualmente, documentare (cfr. T.A.R. Reggio Calabria Calabria, 18 giugno 2013, n. 427, cit.) <<il possesso dei requisiti di ordine generale e speciale in capo alle imprese subentranti, in ossequio al principio della necessaria continuità o permanenza dei requisiti necessari per l'ammissione ad una procedura di valutazione comparativa concorrenziale (T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III, 5 marzo 2009, n. 2279).

<< Se è vero infatti che l'art. 51 (diversamente dall'art. 116, che riguarda le modifiche soggettive dell'esecutore del contratto) non "proceduralizza" in modo puntuale la comunicazione e la verifica della sussistenza dei requisiti in capo al soggetto risultante dalle operazioni normativamente contemplate, è altrettanto vero che la disposizione mira, nella sostanza, ad "evitare che l'amministrazione aggiudicatrice concluda il contratto con operatori economici che non abbiano partecipato alla gara e nei confronti dei quali non sia stata effettuata la verifica del possesso dei requisiti di ordine generale e di ordine tecnico ed economico-finanziario" (Cons. Stato, Sez. V, 23 luglio 2010 n. 4849).

<< Ritieni il Collegio che l'onere della tempestiva comunicazione alla stazione appaltante delle modificazioni soggettive dei concorrenti risponda altresì ad un principio di buona fede che deve permeare (anche) i rapporti tra Amministrazione e privati in un'ottica bilaterale dei rapporti.

<<L'applicazione di tale principio all'ambito delle commesse pubbliche impone che l'impresa partecipante, pur libera di scegliere le operazioni contrattuali e di riorganizzazione ritenute più idonee per la propria "sopravvivenza imprenditoriale", informi tempestivamente la stazione appaltante, in modo da non aggravare un procedimento che il legislatore europeo e nazionale vogliono improntato alla massima concentrazione e celerità (addirittura anche nella fase contenziosa), costituendo un settore strategico della concorrenza e del mercato.

<< In altri termini, le esigenze pubbliche sottese al procedimento ad evidenza pubblica, quali l'affidabilità, oggettiva e soggettiva - anche sotto il profilo della sussistenza dei necessari requisiti di moralità pubblica - dei soggetti che concorrono per l'affidamento di appalti pubblici possono conciliarsi con il carattere dinamico della vita delle imprese e con la loro intrinseca necessità di adeguare costantemente le loro stesse strutture organizzative

alle vicende del mercato soltanto imponendo a tali soggetti di comunicare le avvenute trasformazioni alla pubblica amministrazione, onde consentire proprio l'esercizio dei necessari poteri di controllo e verifica>>.

Ciò posto, dalla nota ricevuta dal Comune intimato il 13.7.2011 (del 7.7.2010), non si evince che, come dovuto, la ricorrente abbia reso edotta l'Amministrazione di essere in possesso di tutti i requisiti (o, quanto meno, abbia reso apposita dichiarazione) previsti dall'art. 38 del Codice dei contratti, essendosi limitata ad allegare i soli certificati dei carichi pendenti e i casellari giudiziari dei propri rappresentanti.

Risultano omesse tutte le numerose documentazioni (o dichiarazioni) che completano i requisiti di moralità dell'impresa, che non sono affatto limitati alle sole pendenze "penali", ma investono anche ulteriori rilevanti aspetti (si pensi all'assenza di stato di fallimento, di liquidazione coatta, di concordato preventivo; di procedimenti per l'applicazione di una delle misure di prevenzione di cui all'articolo 3 della legge 27 dicembre 1956, n. 1423 o di una delle cause ostative previste dall'articolo 10 della legge 31 maggio 1965, n. 575; della violazione del divieto di intestazione fiduciaria posto all'articolo 17 della legge 19 marzo 1990, n. 55; di gravi infrazioni debitamente accertate alle norme in materia di sicurezza e a ogni altro obbligo derivante dai rapporti di lavoro, risultanti dai dati in possesso dell'Osservatorio; di grave negligenza o malafede nell'esecuzione delle prestazioni affidate dalla stazione appaltante che bandisce la gara; della commissione di un errore grave nell'esercizio della attività professionale, e così via).

La mancata allegazione delle dette circostanze, come premesso, a ben vedere, non consentendo neanche la valutazione della mera possibilità di subingresso, non conferisce neanche la titolarità a promuovere il ricorso e, quindi, la legittimazione processuale alla ricorrente.

Sicché, coglie nel segno il ricorso incidentale con la premessa censura e, come tale, va accolto.

Consegue l'inammissibilità del ricorso principale e il rigetto della connessa domanda di risarcimento del danno.

La complessità della questione consente di compensare integralmente tra le parti le spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia - sezione staccata di Catania (Sezione Quarta) - definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo dichiara inammissibile.

Spese compensate.

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

Così deciso in Catania nella camera di consiglio del giorno 27 giugno 2013 con l'intervento dei magistrati:

Cosimo Di Paola, Presidente

Pancrazio Maria Savasta, Consigliere, Estensore

Francesco Bruno, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 26/08/2013

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)