

N. 00412/2016REG.PROV.COLL.

N. 04241/2015 REG.RIC.



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 4241 del 2015, proposto dalla Regione Puglia, in persona del Presidente *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Raffaele Irmici, con domicilio eletto presso l'avvocato Matteo Barrea in Roma, via Centuripe, n. 33;

contro

La s.p.a. CCC - Cantieri Costruzioni Cemento, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in proprio e quale capogruppo mandataria costituenda ATI, ATI - Gianni Rotice s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, anche in proprio, rappresentati e difesi dagli avvocati Ignazio Lagrotta e Marco Galli, con domicilio eletto presso l'avvocato Ignazio Lagrotta in Roma, via Lovanio, n. 16, Scala B;

la s.r.l. Ottoerre Group, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in proprio e quale mandataria costituenda ATI, ATI F.lli di Carlo s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, anche in proprio, e ATI Rotice Antonio s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentati e difesi dall'avvocato Angelo Piazza, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Luigi Robecchi Bricchetti, n. 10;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. Puglia - Bari: Sezione I, n. 489/2015, resa tra le parti, concernente l'affidamento della progettazione e della esecuzione dei lavori di messa in sicurezza della località Marina di Lesina.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della s.p.a. CCC - Cantieri Costruzioni Cemento, in proprio e quale capogruppo mandataria costituenda ATI, di ATI Gianni Rotice s.r.l. anche in proprio, della s.r.l. Ottoerre Group, in proprio e quale mandataria costituenda ATI, di ATI F.lli di Carlo s.r.l. anche in proprio e di ATI Rotice Antonio s.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 10 dicembre 2015 il Cons. Paolo Giovanni Nicolò Lotti e uditi per le parti gli avvocati Raffaele Irmici, Ignazio Lagrotta e Massimo Colarizi, su delega dell'avvocato Angelo Piazza;

FATTO

1. Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, Bari, Sez. I, con la sentenza 25 marzo 2015, n. 489, ha accolto il ricorso n. 593 del 2014, proposto dall'attuale appellata s.p.a. C.C.C. Cantieri Costruzioni Cemento, annullando gli atti impugnati: la determinazione dirigenziale 1° aprile 2014, n. 152, con cui è stato aggiudicato in via definitiva l'appalto di progettazione esecutiva dei lavori per la «Mitigazione della pericolosità geomorfologica a Lesina marina (Foggia): provvedimenti generali in prossimità del canale Acquarotta» e la decisione della Regione Puglia di aggiudicare definitivamente l'appalto in questione all'A.T.I. Ottoerre Group S.r.l. – F.lli Di Carlo S.r.l. – Rotice Antonio S.r.l.

Il TAR ha rilevato che:

- La stazione appaltante avrebbe potuto disporre l'esclusione dell'aggiudicataria solo in caso di assenza dei requisiti di cui all'art. 38, comma 2, lett. c), d.lgs. n. 163-2006 con riferimento agli amministratori ed ai direttori tecnici che hanno operato presso la cedente nell'ultimo triennio, ovvero in caso di sussistenza di precedenti penali gravi ed incidenti sulla moralità professionale in capo al legale rappresentante della Tramoter, e non per l'assenza della semplice dichiarazione, sicché la stessa era tenuta ad esercitare un «potere di soccorso» nei confronti del concorrente, ammettendolo a fornire la dichiarazione mancante;

- Tuttavia, l'Amministrazione non ha verificato in maniera compiuta la sussistenza dei requisiti morali in capo all'A.T.I. Ottoerre, anche tenuto conto dei precedenti penali risultanti a carico del legale rappresentante della Tramoter, in carica nell'anno precedente all'indizione di gara *de qua*;

- Il TAR ha ritenuto sussistere comunque l'interesse della parte ricorrente all'esame degli ulteriori motivi di ricorso;

- Nel caso in esame l'aggiudicataria ha dato luogo ad un raggruppamento di tipo misto, non rilevando il fatto che, nei confronti della stazione appaltante, ciascuna sub-associazione, ove costituita per l'esecuzione delle lavorazioni scorporabili, continua a rivestire la posizione di mandante verso la stazione appaltante;

- Infatti, il riconoscimento normativo di tale possibilità organizzativa non consente di ritenere che vi sia un'automatica estensione della disposizione di cui all'art. 92, comma 2, u.p., del regolamento alla mandataria della sub-associazione orizzontale, atteso che tale norma risulta dettata al fine

dell'individuazione dell'impresa mandataria dell'intero raggruppamento orizzontale partecipante alla gara, in relazione al ruolo e alle garanzie che quest'ultima è tenuta ad offrire alla stazione appaltante, sicché non si rinviene per quale ragione essa debba essere applicata a pena di esclusione anche con riferimento alla mandataria della sub-associazione orizzontale costituita per le categorie scorporabili;

- Inoltre, nessuna disposizione, neanche del bando, richiede, in caso di associazioni miste, la necessità di individuare la sub-mandataria per ciascun sub-raggruppamento orizzontale costituito in relazione alle categorie scorporabili;

- Invece, è fondato il quarto motivo di ricorso, così come integrato da motivi aggiunti del 14 novembre 2014, in quanto il progetto dell'aggiudicataria avrebbe dovuto essere escluso o quantomeno valutato in termini negativi, in ragione della previsione di inammissibili varianti al progetto preliminare;

- Le successive valutazioni dell'offerta tecnica svolte in termini pienamente positivi dalla commissione di gara risultano manifestamente arbitrarie e contraddittorie, come emerge alla luce sia della consulenza di parte, che, soprattutto, dei qualificati pareri resi dall'U.T. del Comune di Lesina e dall'Autorità di Bacino;

- Contrariamente alle richieste del bando di gara, l'aggiudicataria, pur proponendo consistenti varianti, non risulta aver dato adeguata prova dell'idoneità della soluzione originale proposta a conseguire l'obiettivo tecnico perseguito, di mitigazione della pericolosità geomorfologica a Lesina Marina, con riduzione (o addirittura eliminazione) dei fenomeni di instabilità e di genesi di sinkhole;

- Ne consegue che l'offerta economicamente più vantaggiosa avrebbe dovuto essere individuata dalla commissione di gara in quella della ricorrente, avendo quest'ultima conseguito un punteggio superiore a tutte le altre concorrenti, una volta rideterminato il punteggio dell'A.T.I. Ottoerre in 65,01, ottenuto sottraendo al totale realizzato di 90,01 il punteggio di 25, illegittimamente attribuito in relazioni alle varianti al progetto.

2. La Regione appellante contestava la sentenza del TAR, deducendone l'erroneità.

Si costituiva la controinteressata Ottoerre, proponendo a sua volta appello incidentale avverso la sentenza del TAR.

Si costituiva anche la società CCC, ricorrente in primo grado, che proponeva appello incidentale contro le statuizioni della sentenza del TAR con cui erano state respinte le ulteriori censure avverso i provvedimenti impugnati in primo grado e riproponeva ex art. 101, comma 2, c.p.a., i motivi dichiarati assorbiti dal TAR, proponendo altresì motivi aggiunti ex art. 104 c.p.a.

All'udienza pubblica del 10 dicembre 2015 la causa veniva trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Rileva il Collegio in punto di fatto che la fattispecie in esame riguarda una procedura aperta, indetta con bando di gara spedito alla GUCE il 7 ottobre 2013 dalla Regione Puglia, per l'affidamento della progettazione esecutiva ed esecuzione dei lavori, sulla base del progetto preliminare e previa acquisizione in sede di offerta del progetto definitivo, per la «mitigazione della

pericolosità geomorfologica a Lesina Marina (FG), provvedimenti generali in prossimità del Canale Acquarotta».

Con deliberazione di G.R. n. 1524 del 2013, la Regione Puglia subentrava all'Autorità di Bacino nelle attività finalizzate al superamento della situazione di criticità determinatasi a seguito dei gravi dissesti idrogeologici in territorio di Marina di Lesina.

All'esito della valutazione delle offerte, veniva disposta l'aggiudicazione definitiva in favore del costituendo RTI tra le imprese Ottoerre Group S.r.l., Fratelli Di Carlo S.r.l. e Rotice Antonio S.r.l., classificatosi al primo posto della graduatoria finale con un punteggio complessivo di 90,01.

Al secondo posto si classificava il costituendo RTI tra C.C.C. Cantieri Costruzioni Cemento S.p.A. e Gianni Rotice S.r.l., con un punteggio complessivo di 82,03.

2. Passando all'esame del motivo di ricorso accolto parzialmente dal TAR, e prescindendosi, per ragioni di economia processuale, dalle preliminari eccezioni circa l'ammissibilità dell'appello della Regione Puglia, formulate dall'appellata CCC, rileva il Collegio che – se è pur vero che nel codice degli appalti manca una norma, con effetto preclusivo, che preveda in caso di cessione o affitto d'azienda un obbligo specifico di dichiarazioni in ordine ai requisiti soggettivi degli amministratori e direttori tecnici della cedente (atteso che l'art. 51 del codice si occupa della sola ipotesi di cessione del ramo d'azienda successiva all'aggiudicazione della gara) – tuttavia non è neppure dubitabile che il citato art. 38, comma 1, lett. c), si applica anche ad ipotesi non testuali, ma pur sempre ad essa riconducibili sotto il profilo della sostanziale continuità del soggetto imprenditoriale a cui si riferiscono.

Peraltro, l'esigenza di riferire le dichiarazioni anche agli amministratori dell'impresa dalla quale la concorrente ha ottenuto la disponibilità dell'azienda è ancora più evidente nel caso in cui si tratti di affitto 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 altrimenti un agevole mezzo per aggirare gli obblighi sanciti dal codice degli appalti.

3. Come di recente ha rilevato la Sezione (Consiglio di Stato, sez. V, 5 novembre 2014, n. 5470), l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, con le sentenze n. 10 e n. 21 del 2012, ha sancito il principio di diritto secondo cui nei casi di cessione di azienda, fusione e incorporazione societaria, i legali rappresentanti delle società cedenti, incorporate o fuse con altra società, devono essere considerati come rientranti fra i soggetti «cessati dalla carica» e quindi per essi debba essere resa la dichiarazione ex art. 38, comma 1, lett. c), qualora la vicenda societaria sia avvenuta nell'anno antecedente la pubblicazione del bando di gara.

La fattispecie di «cessione di azienda», cui si riferiscono le citate pronunce (in particolare, la sentenza del Consiglio di Stato, Ad. Plen. 4 maggio 2012, n. 10), è sicuramente rappresentata dal trasferimento dell'azienda, riferibile ad una vicenda traslativa, ma è estensibile, per identità di *ratio*, anche all'affitto d'azienda.

Infatti, pur se nel Codice degli appalti manca una norma, con effetto preclusivo, che preveda in caso di cessione o affitto d'azienda un obbligo specifico di dichiarazioni in ordine ai requisiti soggettivi degli amministratori e direttori tecnici della cedente (atteso che l'art. 51 del codice si occupa della sola ipotesi di cessione del ramo d'azienda successiva all'aggiudicazione della gara), tuttavia si deve ritenere che il citato art. 38, comma 1, lett. c), comprende anche ipotesi non testuali, ma pur sempre ad essa riconducibili sotto il profilo della sostanziale continuità del soggetto imprenditoriale a cui si riferiscono (così A.P. n. 10 del 2012 per la fattispecie specifica della cessione d'azienda).

Pertanto, come sopra si è già rilevato, l'esigenza sopra indicata - di riferire le dichiarazioni anche agli amministratori dell'impresa dalla quale la concorrente ha ottenuto la disponibilità dell'azienda - è ancora più evidente nel caso in cui si tratti di affitto 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 (cfr., in termini, Consiglio di Stato, Sezione III, 18 luglio 2011, n. 4354; C.G.A., 5 gennaio 2011, n. 8, e 26 ottobre 2010, n. 1314).

Sotto il profilo della necessità che anche l'affittuario debba rendere la dichiarazione di cui all'art. 38 del d.lgs. n. 163-06, il Collegio, quindi, condivide la statuizione del TAR, poiché si realizza, in sostanza, una situazione assolutamente analoga a quella della cessione di azienda, salvo per il fatto che, nel primo caso, gli effetti del contratto hanno natura temporanea e vi è un obbligo di restituzione del complesso aziendale, mentre nel secondo, invece, gli effetti hanno natura permanente.

Infatti, anche nel contratto di affitto di azienda 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.

Anche tale fattispecie, quindi, ad avviso del Collegio rientra per analogia tra quelle che, per giurisprudenza oramai pacifica del Consiglio di Stato, soggiacciono all'obbligo di rendere le dichiarazioni di cui all'art. 38, comma 1, lett. c), del Codice, riguardante anche gli amministratori e i direttori tecnici dell'impresa cedente nel caso in cui sia intervenuta un'operazione di cessione d'azienda in favore del concorrente nell'anno anteriore alla pubblicazione del bando (cfr., la citata sentenza Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 4 maggio 2012, n. 10).

Inoltre, si deve rilevare che la continuità imprenditoriale tra l'affittuario e l'affittante risulta insita *in re ipsa* nello stesso trasferimento della disponibilità economica di una parte dell'azienda ad altra impresa, giuridicamente qualificabile come affitto, ad eccezione della sola ipotesi in cui il soggetto interessato (cessionario) abbia fornito la prova di una completa cesura tra le gestioni, prova che nella specie non è stata data.

4. Nella fattispecie, la capogruppo dell'ATI aggiudicataria della gara, la s.r.l. Ottoerre Group s.r.l., ha affittato in data 28 giugno 2013, il complesso aziendale della s.r.l. Tramoter Appalti e tale acquisizione è avvenuta nell'anno antecedente al bando di gara pubblicato in data 8 ottobre 2013.

In gara, però, non sono state rese le dichiarazioni ex art. 38 del d.lgs. n. 163-2006 da parte degli amministratori e dei direttori tecnici della società che ha dato in affitto il ramo d'azienda: tale omissione determina l'esclusione dalla gara, non potendo operare il c.d. soccorso istruttorio.

Inoltre, il Collegio rileva che la gara in oggetto è stata bandita nell'ottobre del 2013, a distanza di oltre un anno dalle citate pronunce dell'Adunanza Plenaria richiamate, n. 10 e n. 21 del 2012, ove è stato chiarito che l'obbligo dichiarativo in questione scaturisce direttamente dalla legge.

In presenza di un obbligo dichiarativo *ex lege*, non può trovare spazio l'ipotizzata regolarizzazione documentale, altrimenti violandosi la *par condicio* dei concorrenti, come peraltro chiarito di recente dal Consiglio di Stato, Ad. Plen., 25 febbraio 2014, n. 9, non essendo consentita la produzione tardiva della dichiarazione mancante o la sanatoria della forma omessa.

Né può trovare applicazione nella specie la cd. sanatoria sostanziale in base alle disposizioni dell'art. 38, comma 2-bis e dell'art. 46, comma 1-ter d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, *ratione temporis*.

Peraltro, nella specie l'amministratore della cedente è stato oggettivamente ed incontestabilmente colpito da condanne ex art. 444 e 445 c.p.p. per reati in materia ambientale, con continuazione: infatti, il sig. Ri. Ni. era tenuto a rendere la dichiarazione in questione, poiché a carico di quest'ultimo risulta sussistere una sentenza di applicazione della pena su richiesta delle parti della Pretura di Isernia, divenuta irrevocabile il 25 settembre 1991, per i reati di deturpamento di bellezze naturali (artt. 81 e 734 c.p.) e violazione delle disposizioni per la tutela di zone di particolare interesse ambientale (art. 1 L. 431-85 e art. 1 D.L. 312-85), così come emerge dal certificato del casellario giudiziale, non oggetto di formale provvedimento di estinzione e, pertanto, potenzialmente rilevante.

La stazione appaltante, cui spetta in via esclusiva il dovere di valutare le condanne, non avendo acquisito le necessarie dichiarazioni da parte della Tramoter Appalti s.r.l., non ha potuto verificare la sussistenza dei requisiti di moralità alla luce della summenzionata condanna, non potendo certo valutarla *ex post*, con evidente incidenza in ordine alla parità di trattamento e alla *par condicio* dei concorrenti.

5. Tale rilievo comporta che l'ATI aggiudicataria avrebbe dovuto essere esclusa per il motivo suindicato, con la conseguenza che non è sufficiente, come invece ha ritenuto il TAR, la mera rivalutazione 'ora per allora' della gravità del reato di cui è mancata la dichiarazione.

Pertanto, l'accoglimento di tale censura, avente valore assorbente rispetto agli altri motivi di appello incidentale dell'appellata CCC, comportando l'esclusione dell'ATI Ottoerre, rende infondato il primo motivo d'appello della Regione e rende altresì improcedibili gli ulteriori motivi d'appello formulati dalla stessa Regione, nonché dall'appellante incidentale Ottoerre (così come rende improcedibile l'istanza ex art. 101 c.p.a. dell'appellata CCC e l'istanza di produzione in giudizio degli ulteriori elaborati integrativi della Regione del 10 ottobre 2014 e del 29 gennaio 2014, cui si riferisce la memoria per la Camera di Consiglio del 25 giugno 2015 della medesima appellata CCC: pag. 17).

6. Conclusivamente, l'appello incidentale della CCC deve essere accolto ai sensi di cui in motivazione, con conseguente reiezione *in parte qua* e improcedibilità dell'appello principale della Regione *in parte qua* e dell'appello incidentale della Ottoerre.

Il ricorso di primo grado va dunque dichiarato inammissibile.

Le spese di lite del doppio grado di giudizio possono essere compensate, sussistendo giusti motivi.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sugli appelli come in epigrafe proposti, in parte respinge ed in parte dichiara improcedibile l'appello principale n. 4241 del 2015; accoglie l'appello incidentale di CCC ai sensi di cui in motivazione; dichiara improcedibile l'appello incidentale di Ottoerre, con conseguente declaratoria di inammissibilità del ricorso di primo grado n. 593 del 2014.

Compensa le spese del doppio grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 10 dicembre 2015 con l'intervento dei magistrati:

Luigi Maruotti, Presidente

Vito Poli, Consigliere

Carlo Saltelli, Consigliere

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere, Estensore

Nicola Gaviano, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 03/02/2016

IL SEGRETARIO

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