

Articolo 38 Codice degli Appalti: è ancora contrasto giurisprudenziale!

Scritto da Alberto Ingraio

Venerdì 01 Aprile 2011 18:53 - Ultimo aggiornamento Mercoledì 08 Giugno 2011 18:45

N. 456/2011 Reg. Prov. Coll. N. 1446 Reg. Ric. ANNO 2010 REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto (Sezione Prima) ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1446 del 2010, proposto da:

M. Srl, V. Srl, rappresentati e difesi dagli avv. Francesco Campanile, Nicola Creuso, Stefania Lago, con domicilio eletto presso la segreteria del Tar;

contro

Università degli Studi di Padova, rappresentato e difeso dall'avv. Chiara Cacciavillani, con domicilio eletto presso la segreteria del Tar;

nei confronti di

L. Srl, E. Srl, R. Srl, rappresentato e difeso dall'avvocato Pier Vettor Grimani, ed elettivamente domiciliato presso lo stesso, in Venezia, Santa Croce 466/G.

per l'annullamento

nel decreto numero 1659 del 22 giugno 2010 a firma del direttore amministrativo dell'Università degli studi di Padova con cui è stata definitivamente giudicata la gara a procedura aperta per l'affidamento dei lavori di restauro conservativo del

...omissis...

;

della comunicazione in data 23 giugno 2010 protocollo numero 37403;

della verifica effettuata dal responsabile del procedimento in data 23 giugno 2010 sul possesso dei requisiti di ordine generale;

di tutti verbali di gara;

e per quanto occorrer possa del bando, del disciplinare di gara, e comunque degli atti costituenti la *lex specialis* di gara, nelle parti oggetto dei motivi di ricorso dedotti;

di ogni altro atto presupposto, connesso e conseguente.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Università degli Studi di Padova;

Articolo 38 Codice degli Appalti: è ancora contrasto giurisprudenziale!

Scritto da Alberto Ingraio

Venerdì 01 Aprile 2011 18:53 - Ultimo aggiornamento Mercoledì 08 Giugno 2011 18:45

Visto l'atto di costituzione in giudizio ed il ricorso incidentale proposto dal raggruppamento controinteressato;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 11 novembre 2010 il dott. Riccardo Savoia e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO E DIRITTO

Esponde il raggruppamento ricorrente che con decreto 2528 del 21 ottobre 2009 è stata avviata dall'Università degli Studi di Padova una procedura aperta per l'affidamento dei lavori di restauro conservativo del

...omissis...

, secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Nominata la commissione giudicatrice, i lavori si sono conclusi nel mese di giugno, con l'aggiudicazione provvisoria dell'appalto al raggruppamento controinteressato.

In data 22 giugno il direttore amministrativo ha approvato i lavori della commissione aggiudicando definitivamente la commessa al citato raggruppamento.

Il ricorso, legittimamente proposto in quanto le imprese componenti del raggruppamento si sono classificate al secondo posto della graduatoria deduce, col primo motivo, l'inottemperanza del raggruppamento aggiudicatario all'obbligo di presentare in sede di offerta, a pena di esclusione, la dichiarazione di cui all'articolo 38, comma 1, lettera b) e c), del decreto legislativo numero 163 del 2006, sottoscritta rispettivamente da tutti i titolari o amministratori delle imprese raggruppate e dai relativi direttori tecnici, quand'anche cessati dalla carica nel triennio antecedente la data di pubblicazione del bando di gara.

Detto obbligo, assumono le ricorrenti, risulterebbe violato per il fatto che la mandante E. non ha dichiarato l'insussistenza di precedenti penali o di carichi pendenti in relazione a tale signor Nicola Gagliardi, amministratore della società S. S.r.l., in essa incorporata tra la fine del 2008 e l'inizio del 2009.

Affermano le ricorrenti che la clausola del disciplinare impone tale dichiarazione anche da parte di soggetti cessati dalla carica a seguito di trasformazione della società nell'ambito dell'ultimo triennio, e, sempre ad avviso delle ricorrenti, tale previsione andrebbe estesa in via interpretativa anche a tutti gli amministratori o soci amministratori muniti di rappresentanza di società fuse, incorporate, o scisse in quella che partecipa alla selezione, ovvero che le abbiano ceduto tutta o parte dell'azienda.

Articolo 38 Codice degli Appalti: è ancora contrasto giurisprudenziale!

Scritto da Alberto Ingrao

Venerdì 01 Aprile 2011 18:53 - Ultimo aggiornamento Mercoledì 08 Giugno 2011 18:45

Peraltro, il raggruppamento controinteressato, nel contestare la fondatezza dell'assunto, spiega preliminarmente ricorso incidentale, assumendo l'illegittimità dell'ammissione dell'offerta delle ricorrenti.

Sostiene infatti che il bando di gara prevede tra i requisiti di partecipazione, oltre a quelli di ordine generale, anche quelli tecnico organizzativi ed economico finanziari, concernenti sia l'attestazione SOA in categoria OS2, classifica terza, e in categoria OG2, classifica seconda, sia la dimostrazione di particolare esperienza in interventi simili a quelli oggetto dell'appalto.

Il possesso dei predetti requisiti doveva essere dichiarato dai concorrenti mediante la compilazione di apposito modello concernente la domanda di ammissione, nel quale doveva essere indicato l'importo dei lavori e il numero degli stessi. Il disciplinare di gara prevedeva poi che per l'attribuzione del punteggio relativo al criterio "struttura organizzativa con riferimento all'esperienza e capacità tecnica dell'impresa" l'offerente dovesse presentare 10 schede secondo il modello 6, relative alla esecuzione dei lavori di restauro conservativo su manufatti in pietra tenera di Vicenza e/o in pietra tenera di Vicenza policroma e/o in pietra di caratteristiche chimico fisiche e meccaniche paragonabili alla pietra tenera di Vicenza. Gli importi dei lavori dovevano essere riferiti alle sole lavorazioni, esclusi i ponteggi, sui predetti materiali, e per la verifica dei dati dovevano essere allegati lo stato finale dei lavori, e la documentazione fotografica e, come specificamente richiesto, mappature per l'individuazione delle aree di intervento su pietra tenera di Vicenza o similari.

Tuttavia il raggruppamento ricorrente ha bensì dichiarato l'esecuzione di lavori nel decennio per importi corrispondenti a quanto richiesto dal disciplinare, importi che poi si riscontrano nella documentazione concernente l'offerta tecnica, ma, appunto, gli importi indicati ai fini della qualificazione corrispondevano a quelli indicati ai fini dell'attribuzione del punteggio, con la conseguenza che la insufficienza della documentazione prodotta ai fini della valutazione tecnica dell'offerta avrebbe dovuto condurre a considerare la insussistenza dei requisiti di accesso alla procedura.

Il rilievo non risulta fondato.

Dispone difatti il disciplinare che la commissione in sede di apertura della busta contenente l'offerta tecnica sceglie, ai sensi dell'articolo 48, comma 1 del decreto legislativo numero 163 del 2006, con sorteggio pubblico, un numero di offerenti... al fine di chiedere agli stessi sorteggiati di comprovare il possesso dei requisiti di particolare esperienza maturata in interventi similari e indicati nel bando di gara, presentando la seguente documentazione: elenco dei lavori che concorrono al raggiungimento degli importi richiesti e relative dichiarazioni di regolare esecuzione... La commissione procederà all'esclusione dalla gara dei concorrenti che non abbiano fornito la prova sul possesso dei suddetti requisiti.

Dunque, come esattamente rileva la difesa del raggruppamento ricorrente, non esisteva alcun obbligo di comprovare il possesso dei requisiti se non in capo ai soggetti sorteggiati, tra i quali non risulta il raggruppamento secondo classificato, né, in ogni caso, risulterebbe prevista una clausola di esclusione espressa.

Articolo 38 Codice degli Appalti: è ancora contrasto giurisprudenziale!

Scritto da Alberto Ingraio

Venerdì 01 Aprile 2011 18:53 - Ultimo aggiornamento Mercoledì 08 Giugno 2011 18:45

Respinto il ricorso incidentale, è ritenuto conseguentemente ammissibile il ricorso principale, rileva il collegio che il primo motivo involge la problematica relativa all'obbligo di dichiarazione ai sensi dell'articolo 38 lettera b) e c) del decreto legislativo numero 163 del 2006 relativo alla sussistenza dei cosiddetti requisiti di ordine generale, che devono essere dichiarati anche nei confronti dei soggetti cessati dalla carica nel triennio antecedente alla data di pubblicazione del bando di gara.

Orbene, per ciò che attiene alla cessione di azienda l'orientamento che esclude l'obbligo è stato recentemente confermato dal Consiglio di Stato (V sezione, decisione 21 maggio 2010 n. 3213), rilevandosi che "manca nel Codice appalti una norma, con effetto preclusivo, che preveda in caso di cessione d'azienda antecedente alla partecipazione alla gara un obbligo specifico di dichiarazioni in ordine ai requisiti soggettivi della cedente riferita sia agli amministratori e direttori tecnici in quanto l'art. 51 del Codice si occupa della sola ipotesi di cessione del ramo di azienda successiva alla aggiudicazione della gara" sicchè "ne discende che in assenza di tale norma e siccome la cessione di azienda comporta non una successione a titolo universale del cessionario al cedente bensì invece una successione nelle posizioni attive e passive relative all'azienda tra soggetti che conservano distinta personalità giuridica, non può essere esclusa l'impresa cessionaria del ramo d'azienda che non abbia presentato le relative dichiarazioni in ordine alla posizione della cedente".

Anche di recente (cfr. Cons. St., V sez., 15 novembre 2010 numero 8044), nel ribadire come le clausole di esclusione siano di stretta interpretazione, restando conseguentemente preclusa ogni forma di estensione analogica diretta a evidenziare significati impliciti che rischierebbe di vulnerare l'affidamento dei partecipanti, il principio della *par condicio*

dei concorrenti e l'esigenza della più ampia partecipazione, il giudice d'appello afferma come la norma richieda il possesso e la dimostrazione dei requisiti generali solo in capo al soggetto concorrente, posto che la cessione di azienda non comporta una successione a titolo universale bensì solo una successione nelle posizioni attive e passive tra soggetti che conservano distinta personalità giuridica.

Al contrario, a seguito della riforma del diritto societario (DLgs 17.1.2003 n. 6), la fusione per incorporazione, ai sensi del nuovo art. 2505 bis c.c., non comporta l'estinzione della società incorporata, né crea un nuovo soggetto di diritto nell'ipotesi di fusione paritaria, ma attua l'unificazione mediante l'integrazione reciproca delle società partecipanti alla fusione, risolvendosi in una vicenda meramente evolutivo- modificativa dello stesso soggetto giuridico, che conserva la propria identità pur in un nuovo assetto organizzativo (confronta Cassazione SS.UU. 8.2.2006 n. 2637; Cass. Civ. III, 28.2.2007 n. 4661; I, 19.10.2006 n. 22489).

Consequentemente, la precisazione contenuta nel disciplinare che includeva fra i soggetti cessati dalla carica anche coloro che lo fossero a seguito di trasformazione della società avvenuta nel medesimo triennio ha semplicemente, nella specie, carattere esplicativo di quanto già evincibile dal contenuto dell'articolo 38, posto che la trasformazione, come esattamente del resto osserva la difesa dell'Università, non comporta soluzioni, neppure parziali, di continuità nei rapporti giuridici dell'ente trasformato, il soggetto giuridico si perpetua intatto nella sua identità e nella sua posizione giuridica, seppur muti per qualche aspetto della struttura o della

Articolo 38 Codice degli Appalti: è ancora contrasto giurisprudenziale!

Scritto da Alberto Ingraio

Venerdì 01 Aprile 2011 18:53 - Ultimo aggiornamento Mercoledì 08 Giugno 2011 18:45

governance.

La fondatezza della doglianza, il cui carattere assorbente deriva dalla accertata illegittima ammissione del raggruppamento aggiudicatario, comporta l'accoglimento del ricorso, con declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente concluso.

Le spese del giudizio possono essere compensate tra le parti costituite.

P. Q. M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie per l'effetto annulla il decreto di aggiudicazione della gara in epigrafe, con declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente concluso.

Spese compensate.

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

Così deciso in Venezia nella camera di consiglio del giorno 11 novembre 2010 con l'intervento dei magistrati:

IL PRESIDENTE F.F.

Claudio Rovis

L'ESTENSORE

Riccardo Savoia

IL CONSIGLIERE

Alessandra Farina

Depositata in Segreteria il 21 marzo 2011

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