

Tar Sicilia, sezione terza, sentenza n. 2881 del 13 dicembre 2019

Aggiudicazione – Cessione d'azienda – Ammissibilità – Applicazione dell'art. 51 del D.lgs. 50/2016 – Salvaguardia della libertà contrattuale delle imprese

R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2234 del 2019, proposto da S.r.l. e S.r.l., in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentati e difesi dagli avvocati, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

.....S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

- della determinazione Dirigenziale dell'Area Tecnica della Rigenerazione urbana e delle OO.PP. – Settore OO.PP. – Servizio Infrastrutture e Servizi a rete del Comune recante prot. n. 11255 del 3 ottobre 2019, comunicata a 2G a mezzo PEC con nota prot. n. 1426944 dell'11 ottobre 2019, avente ad oggetto: - l'annullamento in autotutela della Determinazione Dirigenziale dell'Area Tecnica della Rigenerazione

urbana e delle OO.PP. e dell'Attuazione delle Politiche della Coesione - Ufficio Infrastrutture e Servizi a rete - del 20 novembre 2018, n. 98, con cui l'Amministrazione, aggiudicando l'Appalto in favore di, ha approvato il verbale n. 22 del 4 settembre 2018, relativo alla gara a procedura aperta per la conclusione di un "Accordo Quadro per i "Lavori di manutenzione straordinaria del canale di Maltempo Boccadifalco" – CIG: 69175227BC – CUP: D79H1100066000" e - la contestuale aggiudicazione della Gara in favore di, seconda classificata in graduatoria; nonché di ogni altro atto presupposto, connesso e/o consequenziale allo stato anche non conosciuto, ivi incluso – ove occorra – l'eventuale parere rilasciato dall'Avvocatura Comunale di, come indicato dal Comune con nota prot. n. 536482 del 28/03/2019;

e per l'annullamento e/o la declaratoria di inefficacia

- dell'accordo quadro eventualmente stipulato tra il Comune e, nella cui esecuzione i ricorrenti manifestano sin d'ora la volontà di subentrare;

e per la condanna

al risarcimento dei danni subiti e subendi da e a causa dell'illegittimità del provvedimento impugnato.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di e dellaS.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 19 novembre 2019 il dott. Calogero Commandatore e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

A. – Con ricorso regolarmente notificato e depositato, le odierne ricorrenti hanno esposto:

- che la Costruzioni S.r.l. era risultata aggiudicataria dell'appalto di lavori indetto dal Comune intimato manutenzione straordinaria del canale di Maltempo Boccadifalco soddisfacendo, tramite la previa stipulazione di un apposito contratto di avvalimento dell'11 giugno 2018 con il Consorzio Stabile La Marca, l'unico requisito di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa stabilito all'articolo 13.1.1 del Disciplinare di Gara, ovvero il possesso di apposita "attestazione, rilasciata da società organismo di attestazione (SOA) regolarmente autorizzata, in corso di validità, che documenti, ai sensi degli artt. 83 e 84 del Codice e 61 del Regolamento, la qualificazione in categoria e classifica adeguata ai lavori da assumere" – relativa alla categoria "OG8 CL.II" ("Opere fluviali, di difesa, di sistemazione idraulica e di bonifica), come richiesto dall'articolo 17, Capitolato Speciale d'Appalto;

- che la Costruzioni S.r.l., in data 16 gennaio 2019, ossia successivamente all'aggiudicazione, aveva stipulato con S.r.l. apposito atto di cessione del complesso aziendale *"sito in Messina via Nicola Scotto n. 13, avente ad oggetto il ramo di attività edili su edifici civili ed industriali, opere riguardanti strade, autostrade, ponti, viadotti, ferrovie, metropolitane, acquedotti, gasdotti, oleodotti, opere di irrigazione e di evacuazione, opere riguardanti verde ed arredo urbano, opere fluviali di sistemazione idraulica, impianti tecnologici e impianti elettrici, riconducibile alle categorie di lavoro già possedute ed identificate con OG1, OG3, OG6, OS24 come si evince dall'attestazione SOA (...) nonché tutti gli altri requisiti maturati ed idonei all'acquisizione di nuove categorie di lavoro non rientranti nell'attestato SOA vigente, con l'esclusione del ramo di azienda inerente i lavori di restauro sottoposti a tutela ed identificati con la categoria OG2"*;

- che nel menzionato atto di cessione del ramo di azienda le parti avevano convenuto il subentro della S.r.l. nei *"lavori già contrattualizzati o aggiudicati e appresso indicati*

(...) quali: (...) e) appalto Comune di per lavori di manutenzione straordinaria del canale di maltempo Boccadifalco CIG: 69175227BC”;

- che tale atto di cessione, ufficialmente registrato al n. di rep. 16041, racc. n. 4718, era stato trasmesso in data 25 gennaio 2019 alla Stazione Appaltante la quale, ritenendo vietata tale cessione, con il provvedimento impugnato, ha annullato in autotutela la Determinazione Dirigenziale del 20 novembre 2018, n. 98 di aggiudicazione della Gara in favore di, procedendo contestualmente ad aggiudicare l'appalto alla seconda classificata in graduatoria;

Tanto premesso, la parte ricorrente ha gravato il provvedimento in oggetto prospettandone l'illegittimità per i seguenti motivi:

1. “VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ARTICOLO 3 LEGGE 7 AGOSTO 1990, N. 241. ERRATA APPLICAZIONE DELL'ARTICOLO 48, D.LGS. N. 50/2016 E DEL CORRELATO PRINCIPIO DI IMMODIFICABILITÀ SOGGETTIVA DEI RAGGRUPPAMENTI TEMPORANEI DI IMPRESE – VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEI PRINCIPI DI IMPARZIALITÀ, TRASPARENZA E BUON ANDAMENTO DELL'AZIONE AMMINISTRATIVA – ECCESSO DI POTERE PER ERRONEITÀ DEI PRESUPPOSTI, TRAVISAMENTO DI ATTI E FATTI, ERRONEITÀ DELLA MOTIVAZIONE, ILLOGICITÀ E CONTRADDITTORIETÀ, SVIAMENTO, SPROPORZIONALITÀ, MANIFESTA INGIUSTIZIA.

2. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEGLI ARTICOLI 3 E 41 DELLA COSTITUZIONE – VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEL D.LGS. 18 APRILE 2016, N. 50 E, IN PARTICOLARE, DELL'ARTICOLO 106, COMMA 1, LETTERA D) – VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEI PRINCIPI DI IMPARZIALITÀ, TRASPARENZA E BUON ANDAMENTO DELL'AZIONE AMMINISTRATIVA – ECCESSO DI POTERE PER

TRAVISAMENTO DEI FATTI – DIFETTO DI MOTIVAZIONE E DI ISTRUTTORIA – ILLOGICITÀ MANIFESTA.

3. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEGLI ARTICOLO 7 E 10, LEGGE 7 AGOSTO 1990, N. 241 – VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEI PRINCIPI DI IMPARZIALITÀ, TRASPARENZA E BUON ANDAMENTO DELL’AZIONE AMMINISTRATIVA – ECCESSO DI POTERE PER TRAVISAMENTO DEI FATTI – DIFETTO DI MOTIVAZIONE E DI ISTRUTTORIA – ILLOGICITÀ MANIFESTA”.

B. – Si sono costituiti in giudizio il Comune di e l’impresa contro-interessata che hanno replicato alle argomentazioni spese dalla parte ricorrente.

C. – All’udienza camerale del 19 novembre 2019, presenti i difensori delle parti, previo avviso di eventuale definizione del giudizio ai sensi dell’art. 60 c.p.a., la causa è stata posta in decisione.

DIRITTO

D. – Il ricorso è fondato e deve essere accolto.

D.1 – Il Collegio condivide, infatti, l’orientamento giurisprudenziale secondo cui *«Sul piano normativo, la possibilità di subentro risultava disciplinata dall’art. 51 del d.lgs. 163/2006, che, - pur in presenza di un divieto di modificazione della composizione dei raggruppamenti temporanei rispetto a quello risultante dall’offerta, affermato dall’art. 37, comma 9, ed oggi riproposto dall’art. 48, comma 9, del d.lgs. 50/2016 - con riferimento alle “vicende soggettive dell’offerente e dell’aggiudicatario” prevedeva che l’affittuario di un’azienda o di un ramo d’azienda subentrato ad un concorrente potesse essere ammesso alla gara, all’aggiudicazione ed alla stipulazione del contratto, previo accertamento dei requisiti previsti dalla normativa e dalla legge di gara.*

La disposizione non è stata riprodotta nel nuovo codice dei contratti, che, all’art. 106, contempla espressamente soltanto la modifica del contraente.

Ciononostante, il principio da essa affermato, dell'ammissibilità di modifiche soggettive dei concorrenti anche nella fase di aggiudicazione dell'appalto, può ritenersi tuttora applicabile.

In tal senso, la delibera dell'ANAC n. 244 del 8 marzo 2017, che sottolinea la perdurante esigenza di salvaguardare la libertà contrattuale delle imprese, le quali devono poter procedere alle riorganizzazioni aziendali repute opportune senza che possa essere loro di pregiudizio lo svolgimento delle gare alle quali hanno partecipato (cfr., al riguardo, Cons. Stato, V, n. 1370/2013, n. 3819/2015).

Più di recente, nello stesso senso, è stato sottolineato che la tesi opposta finisce con "l'ingiustamente "ingessare", senza alcuna valida ragione giustificativa la naturale vocazione imprenditoriale dei soggetti partecipanti alle gare pubbliche, per tal guisa ponendosi in contrasto con il principio di tassatività delle cause di esclusione che sono soltanto quelle espressamente previste dall'art. 80 del nuovo Codice dei Contratti. Appare altresì evidente che la partecipazione di un soggetto ad una procedura di evidenza pubblica non può costituire, a pena di violazione della libertà di iniziativa economica privata (art. 41 Cost.), o del principio di eguaglianza (art. 3 Cost.), motivo per condizionare, ostacolare o, addirittura, sopprimere l'essenza dell'attività imprenditoriale, quando ciò non trovi giustificazione nella necessità di tutelare interessi superiori" (così, TAR Napoli, III, n. 7206/2018)» (Cons. Stato, Sez. III, 18 settembre 2019, n. 6216).

Giova altresì aggiungere che, diversamente opinando, si perverrebbe a soluzioni palesemente contrarie ai principi di concorrenza e massima partecipazione alle procedura di evidenza pubblica affermati nell'ambito del diritto comunitario.

Deve altresì rilevarsi come i precedenti giurisprudenziali citati in seno al provvedimento impugnato non siano totalmente pertinenti al caso che ci occupa.

E invero, sia la sentenza T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. IV, 9 marzo 2019, n. 663, sia la sentenza del T.A.R. Campania, Napoli, Sez. IV, 7 giugno 2018, n. 3809 – a differenza della sentenza del Consiglio di Stato *ut supra* richiamata – vertevano su controversie coinvolgenti raggruppamenti temporanei d'impresa in ordine ai quali si

è rinvenuto, nell'attuale quadro normativo, un maggior rigore nell'applicazione del principio di immutabilità soggettiva.

Da quanto fin qui esposto consegue l'accoglimento del primo motivo di ricorso con dichiarazione di assorbimento degli ulteriori motivi proposti che, afferendo ad aspetti formali e procedurali, non sono in grado di assicurare al ricorrente, anche ove venissero accolti, nessun ulteriore utilità, neppure sotto il profilo di un possibile effetto conformativo (cfr. § 9.3.4. Cons. Stato, Ad. Plen., 27 aprile 2015, n. 5).

D.2 – L'accoglimento del ricorso, nei sensi fin qui esposti, costituisce reintegrazione in forma specifica del pregiudizio sofferto dalla parte ricorrente per l'attività illegittima dell'amministrazione resistente e, in mancanza di puntuali e ulteriori allegazioni, deve considerarsi pienamente satisfattivo di qualsiasi pretesa risarcitoria.

E. – In conclusione, il ricorso deve essere accolto con conseguente annullamento dei provvedimenti impugnati.

F. – La novità della questione giuridica affrontata legittima la compensazione delle spese del giudizio tra tutte le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie, e, per l'effetto, annulla i provvedimenti impugnati.

Spese compensate.

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

Così deciso in nella camera di consiglio del giorno 19 novembre 2019 con l'intervento dei magistrati

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

IL SEGRETARIO