

**N. 04747/2010 REG.SEN.**  
**N. 01990/2010 REG.RIC.**



**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 staccata di Catania (Sezione Prima)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 1990 del 2010, proposto da:  
Damiga Srl, Donato Srl, rappresentate e difese dagli avv. Carlo Comandè', Patrizia Saiya, Serena Caradonna, con domicilio eletto presso avv. Liliana D'Amico in Catania, via V. Giuffrida, 37;

***contro***

Istituto Autonomo Case Popolari (I.A.C.P.) della Provincia di Enna, rappresentato e difeso dall'avv. Michelangelo Patanè', con domicilio eletto presso avv. Sara Rape' in Catania, viale XX Settembre, 50;

I.A.C.P. della Provincia di Enna - Settore Progettazione e Direzione Lavori;

U.R.E.G.A. - Sezione Provinciale di Enna, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Distr.le dello Stato di Catania, domiciliata per legge in Catania, via Vecchia Ognina, 149;

***nei confronti di***

Airtecnica Srl, rappresentata e difesa dagli avv. Antonio Bivona, Marianna Capizzi, con domicilio eletto presso avv. Marianna Capizzi in Catania, via Martino Cilestri, 41;

***per l'annullamento***

- della Determina n. 180 del R.U.P. Ing. Giovanni Gallone, datata 9 luglio 2010 e successivamente comunicata, avente ad oggetto l'annullamento della aggiudicazione definitiva già disposta in favore delle odierne ricorrenti e l'aggiudicazione definitiva a favore della ditta Airtecnica S.r.l. originariamente classificatasi in seconda posizione;

- delle note prot. n. 3510 e n. 3509 del 12 luglio 2010, successivamente ricevute dalle odierne ricorrenti, con le quali è stato comunicato il provvedimento n. 180 del R.U.P. del 9 luglio 2010;

- ove occorra della nota di richiesta dei documenti per comprovare le dichiarazioni rese in sede di gara, prot. n. 2798, ricevuta dalla Donato in data 5 giugno 2010;

- ogni altro atto connesso, presupposto o consequenziale ad oggi non conosciuto dalle odierne ricorrenti.

nonché

per l'accoglimento della domanda di conseguire l'aggiudicazione dell'appalto e la stipula del conseguente contratto (tutela in forma specifica),

e nell'ipotesi in cui nelle more del giudizio venisse stipulato il

contratto:

- per la declaratoria di inefficacia del contratto stesso, ai sensi e per gli effetti degli artt. 245 – bis e 245 – ter del D.lgs. 163/2006 come introdotti dal D.Lgs. 53/2010;
- per l'accoglimento della conseguente domanda di subentro, che fin d'ora pure, in quanto occorra, formalmente si esplicita;
- per l'eventuale applicazione di sanzioni alternative ex art. 245 – quater D.Lgs. 163/2006.

nonché, ancora,

per le subordinate ipotesi in cui non venissero conseguiti l'aggiudicazione ed il contratto, ovvero in cui (in caso di parziale esecuzione dell'opera da parte della controinteressata o per qualunque altra causa) venisse affidata solo una parte dei lavori oggetto di gara, per l'accoglimento della domanda di condanna della stazione appaltante al risarcimento per equivalente monetario per la refusione dei danni subiti e subendi a causa dei provvedimenti impugnati, nella misura che, s.e.o., si indica già nel 13 % dell'importo a base d'asta del contratto (10% per lucro cessante e 3% per perdita di qualificazione e di chances), ovvero nella maggiore o minore somma che risulterà in corso di giudizio, con espressa riserva di ulteriormente dedurre, precisare e comprovare, in ogni caso oltre interessi legali e rivalutazione monetaria trattandosi di debito di valore.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Istituto Autonomo Case Popolari (I.A.C.P.) della Provincia di Enna, dell'U.R.E.G.A. - Sezione Provinciale di Enna e di Airtecnica Srl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 2 dicembre 2010 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

Con bando di gara ritualmente pubblicato, l'I.A.C.P. di Enna indiceva pubblico incanto per l'affidamento dei "lavori di costruzione di n. 12 alloggi popolari e relative opere di urbanizzazione nel comune di Villarosa, contrada Zotta Caldaia".

Nelle more dello svolgimento delle operazioni di gara, dopo aver presentato rituale domanda di partecipazione, la ditta Donato S.r.l., in data 19 aprile 2010, cedeva il ramo di azienda inerente i lavori pubblici alla DAMIGA s.r.l..

In particolare, il citato contratto stabiliva che la Damiga S.r.l. acquistava il ramo di azienda "nella sua organica unit " e che la cessionaria sarebbe subentrata "nelle offerte fino ad oggi presentate dall'impresa cedente relativamente a gare per il conseguimento di appalti pubblici e privati" e "negli eventuali lavori che dovessero essere aggiudicati anche successivamente alla presente cessione a

seguito di presentazione di offerte”.

In data 19 maggio 2010, l'U.R.E.G.A. di Enna concludeva le operazioni di gara formulando proposta di aggiudicazione in favore della Donato s.r.l. e trasmetteva il verbale alla stazione appaltante per gli adempimenti di cui all'art. 7 – ter della L. n. 109/1994.

In data 24 maggio 2010, con nota prot. n. 2654, l'Amministrazione resistente comunicava alla ditta ricorrente l'avvenuta aggiudicazione provvisoria con ciò recependo con proprio provvedimento espresso la proposta di aggiudicazione formulata dal competente U.R.E.G.A.. Asserisce parte ricorrente che l'aggiudicazione sarebbe divenuta definitiva in data 31 maggio 2010, successivamente al decorso del termine di sette giorni di cui all'art. 21 – bis, comma 2, della L. n. 109/1994 nel testo vigente in Sicilia.

Con successiva Determinazione Dirigenziale n. 154 datata 3 giugno 2010 veniva confermata la già disposta aggiudicazione definitiva della gara in favore di “Donato S.r.l.” e, in pari data, con nota prot. n. 2798, ricevuta dalla ricorrente in data 5 giugno 2010, il RUP richiedeva alla Donato S.r.l. i documenti comprovanti le dichiarazioni rese in sede di gara.

La superiore istanza veniva riscontrata dalla ditta Damiga S.r.l., che, nelle more della procedura di gara, aveva acquistato il ramo di azienda della Donato S.r.l., la quale, più precisamente, oltre a riscontrare la richiesta di produzione documentale finalizzata alla verifica del possesso dei requisiti necessari per la stipula,

provvedeva ad ottemperare agli adempimenti richiesti dall'art. 35 della L. 109/1994 e dall'art. 51 del D.lgs n. 163/2006.

Al fine di consentire la verifica del possesso dei requisiti sia in capo alla cedente che alla cessionaria, anche la Donato S.r.l. provvedeva a presentare tutti i documenti richiesti dalla stazione appaltante per la verifica delle dichiarazioni rese in sede di partecipazione alla gara.

In data 5 luglio 2010, la ditta Airtecnica passava per la notifica il ricorso giurisdizionale avverso l'aggiudicazione provvisoria dell'appalto per cui è causa, sostenendo, come unico motivo, che la Stazione appaltante avrebbe dovuto escludere la Donato srl per effetto della avvenuta cessione del ramo di azienda.

Successivamente, in data 14 luglio 2010, la stazione appaltante comunicava con la nota prot. n. 3510 che il R.U.P., con provvedimento n. 180 del 9 luglio, aveva ritenuto di non aggiudicare l'appalto di che trattasi alla Donato S.r.l. di Alcamo, di rigettare la richiesta di subentro della Damiga S.r.l. quale cessionaria del ramo di azienda della Donato S.r.l., di aggiudicare definitivamente la gara all'impresa AIRTECNICA S.r.l., seconda classificata con il ribasso del 7,3152%.

Con il ricorso in esame, la ricorrente ha impugnato detto provvedimento, affidandosi alle seguenti censure:

I. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEGLI ARTT. 7 ED 8 DELLA L. N. 241/1990 E S.M.I., COME RECEPITA IN SICILIA - VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE

DELL'ART. 21 BIS DELLA L.N. 109/1994, COME RECEPITA IN SICILIA CON L.R. N. 7/2002 E S.M.I. - ILLEGITTIMITÀ MANIFESTA.

L'impugnata determina del R.U.P. n. 180/2010 e la relativa nota di comunicazione sarebbero illegittime in quanto adottate senza effettuare la comunicazione di avvio del procedimento alla Donato S.r.l. che risultava essere aggiudicataria definitiva dell'appalto di lavori per cui è causa.

II. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 75 DEL D.P.R. 554/1999 – ECCESSO DI POTERE.

Con il primo motivo posto a fondamento dell'annullamento della aggiudicazione, la Stazione appaltante asserisce che la Donato S.r.l. non avrebbe superato la verifica dei requisiti generali previsti dall'art. 75 del D.P.R. n. 554/1999, in quanto "l'amministratore della società al 12/01/2010, data di spedizione dell'offerta, era il Sig. Donato Vincenzo, mentre tutta la documentazione di cui ai punti 1-2-3-4 del disciplinare di gara (era) stata sottoscritta in data 21/12/2009 e 23/12/2009 e la dichiarazione del protocollo di legalità prevista dal punto 9 senza data dal Sig. Donato Vito amministratore cessato in data 23/12/2009 e quindi non titolato a presentare l'offerta per la gara del 20/01/2010".

L'affermazione sarebbe incomprensibile, posto che sarebbe stato lo stesso R.U.P. a chiarire nella determina che il Sig. Donato Vito era cessato dalla carica in data 23 dicembre 2009 e dunque

successivamente alla sottoscrizione delle dichiarazioni rese per partecipare al pubblico incanto per cui è causa.

Secondo il R.U.P., inoltre, tali dichiarazioni non avrebbero potuto consentire la partecipazione alla gara di appalto della Donato S.r.l., in quanto alla data di spedizione dell'offerta risultava in carica come amministratore un soggetto diverso, il sig. Donato Vincenzo.

Asserisce parte ricorrente che, secondo quanto stabilito dalla lex specialis di gara, la documentazione di gara avrebbe dovuto essere sottoscritta dal legale rappresentante della impresa concorrente, sicché non sussisterebbe la rappresentata illegittimità in ordine alla documentazione della ricorrente, essendo stata la stessa regolarmente sottoscritta da un soggetto, il signor Donato Vito, che, alla data della sottoscrizione stessa (21 e 23 dicembre 2009), era nel pieno dei suoi poteri.

Sarebbe, dunque, erronea la tesi della stazione appaltante, secondo la quale il momento rilevante per la verifica delle dichiarazioni sarebbe quello della materiale spedizione della domanda, e che, essendo avvenuta tale spedizione in data successiva a quella della sottoscrizione, ciò avrebbe reso la documentazione inidonea ai fini della partecipazione alla gara.

Tale tesi sarebbe, altresì, in contrasto con i principi anche di derivazione comunitaria volti a garantire la massima partecipazione alle gare di appalti ed ad evitare gli inutili aggravii procedurali.

III. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 41



DEL D.P.R. 445/2000 – ECCESSO DI POTERE – ILLOGICITÀ  
MANIFESTA.

Con ulteriore motivo, la stazione appaltante ha ritenuto di annullare in autotutela la aggiudicazione disposta a favore della Donato S.r.l., in quanto la stessa non avrebbe consegnato il certificato carichi pendenti relativo al Sig. Di Giovanni Gaspare Domenico, procuratore della società, con data non anteriore al 20 gennaio 2010, come espressamente richiesto.

La circostanza che il certificato prodotto fosse di data anteriore al 20 gennaio 2010 non avrebbe in alcun modo inficiato la verifica delle dichiarazioni rese in sede di gara, posto che alla data del 15 giugno 2010 (quando è stata prodotta la documentazione) il certificato del 23 dicembre 2009 sarebbe stato ancora pienamente valido.

IV. VIOLAZIONE DEL PRINCIPIO DI IMMUDIFICABILITÀ  
SOGGETTIVA DEL CONCORRENTE IN CORSO DI GARA –  
VIOLAZIONE ART. 35 DEL “TESTO COORDINATO”  
DELLA L. 109/1994 PER COME RECEPITA IN SICILIA CON  
LA L.R. 7/2002 E S.M.I..

Nel provvedimento impugnato, il R.U.P. ha inoltre erroneamente osservato che non sarebbe accoglibile la richiesta della Damiga S.r.l. di subentro alla Donato S.r.l. per averne acquisito in data 19 aprile 2010 il ramo d’azienda “non essendo ammissibile la modifica del soggetto partecipante durante la partecipazione alla gara”.

A sostegno della determina, la stazione appaltante richiama

quell'indirizzo della giurisprudenza siciliana che afferma il divieto di sostituzione in corso di procedura di gara di un'impresa con un'altra, ritenendo limitata l'applicazione dell'art. 35 della L.n. 109/1994 alle sole ipotesi di cessione, fusione, trasformazione e scissione avvenute in corso di esecuzione del contratto di appalto e dunque dopo la stipula del relativo contratto.

Con l'introduzione del Codice degli Appalti, segnatamente con l'art. 51, il Legislatore, aderendo alla costante giurisprudenza formatasi sull'art. 35 e conformandosi ai principi comunitari volti a superare il principio della personalità del contratto di appalto, avrebbe stabilito la ammissibilità del subentro dell'impresa cessionaria nella posizione di partecipante, aggiudicataria o esecutrice che aveva l'impresa cedente.

La predetta normativa troverebbe pacifica applicazione anche in Sicilia e, dunque, ove anche si volesse continuare a ritenere applicabile in Sicilia l'art. 35 della L.n. 109/1994, l'orientamento giurisprudenziale, citato dalla stazione appaltante a sostegno della determina di annullamento in autotutela, sarebbe ampiamente superato, in quanto in contrasto con l'ordinamento comunitario e con la costante giurisprudenza in materia.

Anche dalla normativa pregressa, secondo parte ricorrente, seppur riferibile al subentro in un contratto già stipulato, potrebbe comunque ricavarsi un principio, applicabile anche alla fase anteriore della procedura di gara, in base al quale i processi di ristrutturazione

societaria non devono essere penalizzati da misure idonee ad escludere dalle gare le imprese cessionarie.

Costituitasi, l'Amministrazione ha concluso per l'infondatezza del gravame.

Costituitasi, la controinteressata ha, altresì, introdotto ricorso incidentale.

Con Ordinanza n. 5/cart. del 20.9.2010, questa stessa Sezione ha rigettato, ritenendola infondata, la domanda di sospensione del provvedimento impugnato.

Alla Udienza pubblica del 2.12.2010, parte ricorrente, su richiesta del Collegio, ha dichiarato, senza opposizione delle altre parti, che il contratto non è stato stipulato, che, quindi, i lavori non sono stati consegnati e che non è stato proposto appello cautelare alla decisione sopra indicata resa dalla Sezione.

Indi, la causa è stata trattenuta per la decisione.

#### DIRITTO

Con Ordinanza n. 5/cart del 20.9.2010, questa stessa Sezione ha rigettato la domanda cautelare ritenendola infondata anche alla luce di argomenti espressi nel ricorso incidentale.

La provvisoria decisione va sostanzialmente confermata.

I. Il Collegio ritiene che sia fondato il primo motivo di ricorso, secondo il quale l'Amministrazione non avrebbe potuto adottare il provvedimento di annullamento dell'aggiudicazione in suo favore, senza la previa adozione della procedura di secondo grado in

autotutela.

Dalla teorica fondatezza, come meglio sarà precisato, non deriva, però, l'accoglimento del ricorso.

Ed invero, la questione centrale che il Collegio è chiamato a dirimere è se il provvedimento in questione sia da qualificare, come sostiene parte ricorrente, di annullamento di un'aggiudicazione divenuta ex lege già definitiva per decorso del termine di pronunciamento da parte del seggio di gara, ovvero, secondo la tesi dell'Amministrazione, conclusivo del procedimento e, quindi, definitivo rispetto all'aggiudicazione ancora meramente provvisoria attribuita in precedenza alla ricorrente.

La differente impostazione è rilevante al fine di stabilire, così come premesso, se vi fosse in capo all'Amministrazione l'obbligo di avviso di avvio del procedimento di annullamento, la cui carenza, appunto, comporta l'illegittimità della procedura.

Ed invero, diversa nelle due ipotesi è la posizione vantata dal privato, il quale, mentre in caso di aggiudicazione provvisoria vanta una mera aspettativa alla conclusione del procedimento, in presenza di un provvedimento di aggiudicazione definitiva è titolare di una posizione giuridica qualificata e differenziata, con la conseguenza, in ordine alla legittimità del concreto esercizio del pubblico potere, che la cd. "autotutela" deve essere necessariamente preceduta, pena l'illegittimità, dalla comunicazione di avvio del procedimento, in modo da consentire all'interessato di interloquire con

l'amministrazione, rappresentando fatti e prospettando osservazioni e valutazioni finalizzate alla migliore individuazione dell'interesse pubblico, concreto ed attuale, alla cui unica cura deve essere indirizzata la potestà pubblica" (Consiglio di Stato, Sez. IV, 31 ottobre 2006, n. 6456).

Ciò posto, è necessario ripercorrere l'attività provvedimentale che ha preceduto l'emanazione dell'atto impugnato.

Le operazioni di gara sono state concluse il 19.5.2010, con l'aggiudicazione provvisoria, da parte dell'U.R.E.G.A., alla dante causa della ricorrente, Donato s.r.l..

L'esito favorevole è stato a quest'ultima comunicato dall'I.A.C.P. con nota del 24.5.2010.

Con determinazione dirigenziale del 3.6.2010, l'I.A.C.P. resistente ha reiterato, secondo quanto sostenuto in ricorso, l'aggiudicazione provvisoria, posto che ha condizionato quella definitiva alla previa positiva verifica dei requisiti generali previsti dall'art. 75 del d.p.r. n. 554/99.

Con nota resa in pari data è stata richiesta la necessaria documentazione alle attuali parti del giudizio, in quanto prima e seconda classificate.

Con nota del 9.6.2010, l'attuale ricorrente ha reso edotta l'Amministrazione di aver acquistato dalla Donato s.r.l. il ramo d'azienda e, quindi, ha richiesto di essere autorizzata al subingresso nell'aggiudicazione.

Con la determinazione dirigenziale n. 180 del 9.7.2010, oggetto principale del ricorso in esame, è stata disposta la revoca dell'aggiudicazione alla ricorrente ed il subingresso, per scorrimento, della seconda graduata, attuale controinteressata e ricorrente incidentale.

Ai fini della individuazione della ricostruzione della normativa applicabile al caso in esame, è da precisare che il bando di gara si riferisce reiteratamente al testo integrato di cui all'art. 21 bis della l.n. 109/94 così come recepito in Sicilia con l.r. 7/2002.

Il Collegio ricostruisce così la disciplina da applicare.

a) art. 7 ter del predetto Testo integrato, che istituisce, al primo comma, l'Ufficio regionale per l'espletamento di gare per l'appalto di lavori pubblici, affidando allo stesso, sede centrale, ai sensi del 4° comma, "l'attività di espletamento delle gare d'appalto per le opere di interesse sovra-provinciale con importo a base d'asta superiore a 1.250 migliaia di euro nonché attività di coordinamento delle sezioni provinciali", mentre, a queste ultime, secondo la previsione del 5° comma, "l'espletamento delle gare d'appalto per le opere di interesse provinciale, intercomunale e comunale per i lavori con importo a base d'asta superiore a 1.250 migliaia di euro".

b) art. 21 bis del Testo integrato (prima della modifica per effetto della l.r. 16/2010, entrata in vigore il 7.8.2010, successivamente, quindi alle operazioni di gara in esame): "1. Il verbale di gara di appalto dei lavori deve essere redatto immediatamente, sottoscritto

dall'impresa aggiudicataria, se presente, e pubblicato, per almeno tre giorni consecutivi non festivi nella sede degli enti dove è svolta la gara. Ove l'aggiudicatario non sia presente, deve essergli data comunicazione immediata da parte del responsabile del procedimento.

2. In assenza di rilievi o di contestazioni, che devono essere effettuati nei sette giorni successivi a quello di espletamento della gara, il verbale di gara diviene definitivo.

3. In caso di rilievi e contestazioni l'ente appaltante, e per esso il responsabile del procedimento, è tenuto a decidere entro il termine perentorio di dieci giorni dalla loro trasmissione.

4. Decorso inutilmente il termine di cui al comma 3, in mancanza di decisione, i rilievi e le contestazioni si intendono respinti ed il verbale di gara diviene definitivo.

5. Fatto salvo l'esercizio del potere di autotutela, in caso di ricorso in sede amministrativa e/o giurisdizionale l'ente appaltante, in assenza di provvedimento cautelare sospensivo definitivo, è tenuto a consegnare i lavori all'aggiudicatario risultante dal verbale divenuto definitivo ai sensi dei commi 2, 3 e 4 senza attendere la definizione nel merito del giudizio.

6. La disposizione di cui al comma precedente si applica anche per le procedure relative agli appalti di fornitura di beni e servizi”.

c) artt. 1 e 10 del D. P. Reg. Sicilia 14/01/2005 n. 1, regolamento per il funzionamento dell'Ufficio regionale per l'espletamento di gare per

l'appalto di lavori pubblici, cui, come sopra precisato, compete la procedura, trattandosi di appalto al di sopra di € 1.250.000:

art. 1 “1. Il presente regolamento disciplina l'espletamento delle gare relative a lavori pubblici da realizzarsi mediante contratti di appalto aventi per oggetto la sola esecuzione dei lavori o l'appalto integrato, da affidarsi mediante pubblico incanto, e da aggiudicarsi con il criterio del prezzo più basso.

2. Ai fini del presente regolamento si intende:

a) per "Legge" la legge 11 febbraio 1994, n. 109 con le sostituzioni, modifiche ed integrazioni di cui alla legge regionale 2 agosto 2002, n. 7”

omissis

art. 10 “1. La commissione redige un verbale delle operazioni di gara che viene trasmesso entro dieci giorni all'amministrazione appaltante nonché ai concorrenti collocatisi al primo ed al secondo posto in graduatoria.

2. Nel termine di quindici giorni dalla data di ricezione del verbale, l'organo competente dell'amministrazione appaltante deve adottare il provvedimento finale. In difetto il provvedimento di aggiudicazione si intende a tutti gli effetti adottato conformemente alla proposta. È comunque fatto obbligo all'organo competente dell'amministrazione appaltante di adottare un provvedimento espresso - da pubblicarsi secondo quanto disposto al successivo comma 5 - con il quale regolarizzare l'aggiudicazione sotto il profilo contabile e finanziario.



3. Ove si individuino vizi nella proposta di provvedimento per il cui rimedio non è necessaria la rinnovazione di atti della procedura, l'organo competente dell'amministrazione appaltante, con provvedimento congruamente motivato, procede direttamente alla correzione, previo avviso ai concorrenti collocatisi al primo ed al secondo posto in graduatoria. In ogni altro caso, rimette gli atti all'Ufficio.

4. L'organo competente dell'amministrazione appaltante, inoltre, potrà revocare gli atti di gara con provvedimento congruamente motivato e solo in caso di sopravvenienza di interessi pubblici prevalenti.

5. Al provvedimento di aggiudicazione adottato dall'organo competente dell'amministrazione appaltante sulla base del verbale della commissione si applica il disposto dell'art. 21 bis della Legge”.

Dal senso reso palese dalle parole utilizzate, emerge che per le procedure per le quali non è previsto l'espletamento della gara da parte dell'U.R.E.G.A. (art. 21 bis Testo coordinato), il provvedimento di aggiudicazione provvisoria diviene ex lege definitivo per il decorso del termine di sette giorni dalla pubblicazione del verbale di aggiudicazione provvisoria e di dieci giorni dalla presentazione di rilievi o osservazioni, mentre per quelle in cui, come nel caso in esame, sia necessario l'intervento del detto Ufficio (art. 10 D.P.Reg. Sic. 1/2005), è previsto un termine più lungo di quindici giorni dalla ricezione del verbale da parte

dell'Amministrazione interessata, entro il quale deve essere adottato il provvedimento "finale", da ritenersi equivalente alla dizione "definitivo" utilizzato dall'art. 21 bis, tant'è che, successivamente, è possibile solo revocare gli atti di gara con provvedimento congruamente motivato e solo in caso di sopravvenienza di interessi pubblici prevalenti.

Asserisce l'Amministrazione resistente che il detto ultimo termine sarebbe stato rispettato, posto che, di seguito alla trasmissione del verbale da parte dell'U.R.E.G.A. del 19.5.2010, sarebbe intervenuto il provvedimento dovuto (ma asseritamente provvisorio) del 3.6.2010, entro il termine sopra indicato di quindici giorni.

La provvisorietà sarebbe stata determinata dalla riserva di esame della documentazione da produrre ai sensi dell'art. 75 del d.p.r. 554/99.

Ad avviso del Collegio, la riserva non serve, ad un attento esame, a far venire meno la scansione temporale (e i conseguenti effetti) previsti dalla disciplina così come sopra ricostruita, posto che si tratta di un controllo ordinario rispetto a dei requisiti previsti ex lege e comunque oggetto di autodichiarazione in sede di presentazione di offerta.

Inoltre, il predetto controllo è stato previsto dal disciplinare di gara (cfr. art. 2 – pag. 4 ed espresso rinvio al punto 7.4 del bando di gara) come attribuito all'U.R.E.G.A., e quindi, ad una fase antecedente alla valutazione da parte della stazione appaltante.

Con questo non vuol dirsi che a quest'ultima è inibito il potere di ulteriore controllo, ma che dallo stesso non può derivare la sospensione o l'interruzione dei termini previsti ex lege per la formazione del provvedimento definitivo, al di fuori dalle ipotesi delle osservazioni espressamente contemplate dalla normativa in rassegna.

Consegue, quindi, l'accoglimento della censura nella misura in cui è stata dedotta e, quindi, l'intervenuta formazione del provvedimento definitivo già alla data del 5 giugno (quindici giorni decorrenti dal 19 maggio).

II. E' pacifico che la formazione del provvedimento definitivo, come premesso, richiede, prima dell'adozione di un atto in autotutela, la comunicazione dell'avvio del procedimento, invero mancante.

E' da chiedersi, però, se sia comunque inibito lo scrutinio delle ragioni poste dall'Amministrazione a fondamento del provvedimento impugnato, anche in presenza del detto assorbente difetto di procedura.

Il Collegio ritiene che ciò sia senz'altro possibile.

Come è noto, l'art. 21 octies della l. n. 241/90 prevede la non annullabilità di un provvedimento "adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato" e che "non è comunque annullabile per mancata

comunicazione dell'avvio del procedimento qualora l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato”.

Ritiene il Collegio che la norma in esame non sia costruita secondo il sistema dell'eccezione processuale, sicché la mancata espressa invocazione da parte dell'Amministrazione non ne determina la inapplicabilità.

Ed invero, essendo una disposizione volta alla sostanzializzazione della procedura amministrativa tramite il processo (derivante dalla necessità - avvertita già dalla giurisprudenza anteriore alla novella della l. 15/2005 con la quale è stata introdotta detta norma – di non duplicare processi amministrativi per effetto dell'originaria caducazione per motivi meramente formali di provvedimenti sostanzialmente legittimi e, quindi, destinati, una volta riadottati, ad essere confermati), ciò che conta è, nel primo caso, che sia palese (anche al giudice) che l'atto sia vincolato e, nel secondo caso, che l'Amministrazione, a prescindere dalla formalizzazione del rinvio all'art. 21 octies, fornisca la dimostrazione, in seno al processo, dell'inutilità della comunicazione dell'avvio del procedimento, stante l'impossibilità, pena la violazione di legge, di adottare un provvedimento di segno diverso.

In altri termini, ciò che conta non è la formulazione di una specifica eccezione, quanto la dimostrazione della ineluttabilità (e, quindi, della

correttezza) dell'attività svolta.

Sicché, conclude il Collegio, ciò che rileva è che la difesa dell'Amministrazione sia finalizzata alla dimostrazione della legittimità del proprio operato, non alla stessa in quanto presupposto per l'applicazione del comma secondo, ultimo inciso, dell'art. 21 octies, che, quindi, può anche non essere di per sé, oggetto di automa deduzione difensiva.

La norma, infatti, sembra rivolta al Giudice ed al suo apprezzamento, tant'è che, nel primo dei due casi in essa contemplati, di difetto di procedura, basta che sia palese che il segno del dispositivo derivi da un ineluttabile atto vincolato, mentre, nel secondo caso, che è quello che occupa il Collegio, di mero mancato avviso di avvio del procedimento, ciò che rileva è l'intervenuta dimostrazione (che, si badi bene, in presenza di un atto particolarmente motivato, può dallo stesso di per sé discendere) della medesima mancanza di alternativa, pena l'adozione di un provvedimento illegittimo.

Il che spinge il Giudice a dover indagare sulle ragioni sostanziali espresse nel processo, pur in presenza di una illegittimità meramente formale, che, nei limiti sopra descritti, quindi, non può più, come sovente avveniva nel passato, "chiudere" il giudizio, con pregiudizio dell'evidente intento sostanzialista e deflattivo della norma in esame, volta, si ribadisce, ad evitare, in caso di riedizione del provvedimento emendato dalla mera irregolarità formale, la duplicazione di un processo dal destino preannunciato.

Né appare possibile sostenere l'ineluttabilità dell'obbligo dell'avvio del procedimento, posto che, dopo la novella del 2005, lo stesso sussiste a sempre a presidio della formazione "partecipata" del provvedimento finale, con la mitigazione, sostanzialistica, secondo la quale la garanzia del contraddittorio nel processo (dove viene fornita la possibilità di dispiegare, per altro con l'assistenza legale necessitata, tutte le ragioni della eventuale illegittimità sostanziale dell'atto) consente la "riparazione" di un atto illegittimo soltanto sotto il profilo della correttezza dell'intera procedura utilizzata e prevista per la sua emanazione.

La conclusione cui perviene il Collegio non vuole depotenziare l'importante fase collaborativa stabilita dalla l. 241/90 già nella fase procedimentale, avente anch'essa intento chiaramente deflattivo grazie alla possibilità della prospettazione di possibili errori prima dell'adozione del provvedimento definitivo, ma chiarire che, a fronte di un atto certamente legittimo e adeguatamente motivato, l'apporto collaborativo nella fase avanzata della procedura non avrebbe potuto (né potrà in seguito) mutare il contenuto decisorio e, quindi, diversamente soddisfare l'interesse privato sotteso.

Il che pone, semmai, il delicato problema della possibilità della eterointegrazione della motivazione del provvedimento nella fase processuale, che, per un verso, in considerazione della integrità del contraddittorio e della necessità di salvaguardare il principio dell'economia del giudizio, potrebbe, de iure condendo, trovare una

sua ragion d'essere.

Del resto, a ben vedere, è ciò che già accade ove il Giudice sia chiamato allo scrutinio di un ricorso incidentale, ove, appunto, vengono in rilievo aspetti che, ad avviso della parte controinteressata, avrebbero dovuto essere introdotti nel provvedimento impugnato a sostegno ulteriore della legittimità del medesimo.

La questione, però, non è rilevante nel caso di specie, sicché quanto sinora affermato è sufficiente per ritenere possibile l'esame delle ragioni addotte già dalla stessa Amministrazione a sostegno della ineluttabilità del provvedimento adottato e di apprezzarle positivamente, in guisa da superare l'evidente difetto procedurale determinato dal mancato avvio del procedimento.

Il Collegio precisa, però, che, oltre a quanto ricostruito, vi è un aspetto, il cui esame si ritiene debba essere preliminarmente valorizzato e che esula dalla detta questione, consentendo, comunque, la delibazione di legittimità dell'atto in resistenza dell'Amministrazione.

Ci si riferisce alla questione della cessione del ramo d'azienda.

Ed invero, seguendo la ricostruzione sopra prospettata (e sostanzialmente adesiva rispetto a quanto sostenuto in ricorso), il provvedimento di aggiudicazione definitivo risale al 5 giugno 2010.

Ebbene, l'istanza della ricorrente di subingresso (ritenuto non possibile dal provvedimento impugnato del 9.7.2010) risale al 9 giugno, dopo, quindi, l'intervenuta (asserita e riconosciuta)

definitività dell'aggiudicazione per il decorso del termine necessario per esprimere un diverso avviso da parte dell'Amministrazione.

Se così è, se, cioè, il provvedimento impugnato nella parte in cui ritiene non possibile la cessione d'azienda in corso di procedura deriva da una domanda della ricorrente successiva alla formazione del provvedimento definitivo implicito di aggiudicazione in suo favore, la detta istanza esce fuori dal modulo procedimentale dell'aggiudicazione definitiva e del conseguente atto posto in autotutela, per collocarsi in una normale procedura volta all'esame di una domanda (la possibilità di subingresso in un appalto aggiudicato ma non formalizzato da un contratto e, quindi, non consegnato) i cui termini sono scanditi in maniera ordinaria e non dalla normativa di riferimento sopra individuata.

Sicché, si deve concludere, trattandosi di atto a impulso della parte privata, non può dirsi che fosse dovuta, si ribadisce, limitatamente a detto aspetto, alcuna comunicazione dell'avvio del procedimento.

III. E' possibile, quindi, a questo punto passare all'esame delle deduzioni della Amministrazione, iniziando proprio dall'ultima prospettata circa l'impossibilità, in Sicilia, di consentire nella fase antecedente all'esecuzione dell'opera, la cessione del ramo d'azienda, per altro intervenuta, secondo quanto ammesso da parte ricorrente (cfr. pag. 4 del ricorso), il 19.4.2010, nelle more cioè della procedura di gara e, precisamente dopo la domanda di partecipazione, ma ben prima dell'aggiudicazione sia provvisoria che definitiva.



Sulla questione, la Sezione (cfr. TAR Catania, I, 13.8.2008, n. 1509) ha già avuto modo di pronunciarsi con decisione dalla quale, come meglio si preciserà, non si ravvisano motivi per discostarsi. In quel caso, la questione posta all'esame del Collegio era quella analoga se "un'impresa, per effetto del principio della immodificabilità soggettiva sancito dall'art. 35 della l. 109/94, non possa essere sostituita, così come avvenuto, dopo l'aggiudicazione, ma prima della stipula del contratto".

La detta decisione si è così espressa.

<<Ai fini del decidere, il Tribunale ritiene necessario riportare il testo dell'art. 35 della L. n. 109/1994 (nel testo vigente in Sicilia), che così dispone:

“1. Le cessioni di azienda e gli atti di trasformazione, fusione e scissione relativi ad imprese che eseguono opere pubbliche non hanno singolarmente effetto nei confronti di ciascuna amministrazione aggiudicatrice 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 previsti dagli articoli 8 e 9 della presente legge.

2. Nei sessanta giorni successivi l'amministrazione può opporsi al subentro del nuovo soggetto nella titolarità del contratto, con effetti risolutivi sulla situazione in essere, laddove, in relazione alle

comunicazioni di cui al comma 1, non risultino sussistere i requisiti di cui all'articolo 10 sexies della legge 31 maggio 1965, n. 575, e successive modificazioni.

3. Ferme restando le ulteriori previsioni legislative vigenti in tema di prevenzione della delinquenza di tipo mafioso e di altre gravi forme di manifestazione di pericolosità sociale, decorsi i sessanta giorni di cui al comma 2 senza che sia intervenuta opposizione, gli atti di cui al comma 1 producono, nei confronti delle amministrazioni aggiudicatrici, tutti gli effetti loro attribuiti dalla legge.

4. Ai fini dell'ammissione dei concorrenti alle gare si applicano le disposizioni di cui alla circolare del Ministero dei lavori pubblici 2 agosto 1985, n. 382, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 190 del 13 agosto 1985.

... omissis ...”.

Così come rammentato da questo Tribunale (cfr. T.A.R. Catania, IV, 14.2.2007, n. 221), sulla base della norma richiamata, parte della giurisprudenza (Cfr., da ultimo, Cons. Stato, VI, 6 aprile 2006 n. 1873 in materia di appalti di forniture) ha ritenuto che il principio della immodificabilità soggettiva dell'offerente durante le operazioni di gara debba ritenersi derogabile, dovendo ammettersi la possibilità del subentro allo stesso di altro soggetto nella posizione di contraente o di partecipante ad una gara per l'aggiudicazione di un appalto pubblico in caso di cessione di azienda e di trasformazione di società; sempre che la cessione dell'azienda o gli atti di

trasformazione, fusione o scissione della società, sulla cui base avviene il detto subentro, siano comunicati alla stazione appaltante e questa abbia verificato l'idoneità soggettiva del subentrante.

A tale orientamento aveva aderito inizialmente anche questo Tribunale (cfr. Tar Catania, Sezione III, 23 luglio 2004 n. 1944).

Senonché il C.G.A. con sentenze 29 settembre 2005 n. 636 e 22 marzo 2006 n. 100 è andato di contrario avviso, affermando che il principio della personalità ed immutabilità del soggetto durante la partecipazione alla gara di appalto vieta la sostituzione (in corso di procedura) di una impresa con un'altra, non essendo applicabile, in via analogica, l'art. 35, l. n. 109 del 1994, in quanto la lettera della stessa norma ipotizza il subentro "nella titolarità del contratto", e la "ratio" della stessa va intesa nel senso di evitare che il subentro possa consentire al cedente di sottrarsi ad una puntuale verifica di tutti i suoi requisiti soggettivi ed oggettivi e al controllo delle sue dichiarazioni.

Secondo tale diversa impostazione, che il Collegio condivide, l'art. 35 della L. n. 109/1994 consente le modifiche soggettive dopo la stipula del contratto, ma non nella fase antecedente della partecipazione alla gara e dell'aggiudicazione, dal momento che, secondo la vigente normativa, per poter partecipare alle gare per l'affidamento di appalti o di concessioni di lavori pubblici e stipulare i relativi contratti, le imprese devono essere adeguatamente qualificate e moralmente affidabili; vi è, cioè, la necessità che i requisiti (oggettivi) di tipo

economico – finanziario e tecnico – organizzativo ed i requisiti (soggettivi o generali) di affidabilità morale e professionale, oltre a dover esistere al momento del conseguimento dell'attestazione di qualificazione (Cfr. art. 17 del D.P.R. n. 34/2000 e successive modificazioni), siano sussistenti all'atto della partecipazione alla gara e permangano fino alla data della stipulazione dei relativi contratti.

Il Collegio, ciò posto, deve verificare se la condivisibile ricostruzione della norma sia, ora, non più attuale alla luce dell'art. 51 del Codice dei contratti, introdotto con D.Lgs.vo. 12.4.2006, n. 163, che, al comma 1, così recita:

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.

La norma, senza possibilità di dubbio alcuno, significativamente intitolata “Vicende soggettive del candidato dell'offerente e dell'aggiudicatario”, consente la cessione anche nella fase

dell'evidenza pubblica e prima della stipula del contratto.

Il problema, a questo punto, si sposta sull'applicabilità della disposizione in Sicilia.

E' bene rammentare che il codice dei contratti è stato introdotto in attuazione delle direttive comunitarie nn. 2004/17/CE e 2004/18/CE.

Ritiene il Collegio di riportare le condivisibili conclusioni cui è giunto l'Assessorato dei Lavori Pubblici, con circolare 18.9.2006, richiamata dalla successiva 30.3.2007.

“L'entrata in vigore del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 - Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, in attuazione delle direttive comunitarie nn. 2004/17/CE e 2004/18/CE, ha posto la questione dell'immediata efficacia del predetto decreto legislativo nell'ordinamento della Regione Siciliana, dotata di competenza legislativa esclusiva in materia di lavori pubblici.

Il decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 ha ridisciplinato la materia degli appalti pubblici coordinando le disposizioni relative ai settori ordinari (disciplinati dalla direttiva n. 2004/18), quelli relativi ai settori cosiddetti speciali (disciplinati dalla direttiva n. 2004/17), fino ad oggi distinte nel nostro ordinamento, riunendo in maniera organica le regolamentazioni degli appalti sopra e sotto soglia comunitaria, e abrogando, ad un tempo, tutta la precedente legislazione interna.

Occorre effettuare una distinzione tra la disciplina concernente le forniture di beni, gli appalti di servizi e gli appalti inerenti ai settori esclusi e la disciplina relativa agli appalti di lavori.

1) Per le prime tre tipologie di appalti il legislatore regionale ha operato un rinvio dinamico alla disciplina statale, richiamando, agli artt. 31, 32, e 33 della legge regionale n. 7/2002, rispettivamente i decreti legislativi nn. 358/92, 157/95 e 158/95, e successive modifiche ed integrazioni; poiché tali normative sono state abrogate dal decreto legislativo n. 163/2006, quest'ultima disciplina risulta immediatamente applicabile in virtù del predetto rinvio "dinamico" alle norme statali che consente l'adeguamento della legge regionale alle modifiche eventualmente intervenute nell'ordinamento statale.

Tale affermazione trova un correttivo nell'ipotesi in cui vi sia una diversa regolamentazione della stessa materia ad opera di una disposizione regionale. Per esempio, nell'ipotesi di norme che regolano la pubblicità dei bandi di gara per gli appalti di forniture di beni e per gli appalti di servizi, sussistendo una specifica disciplina regionale, l'art. 35 della legge regionale n. 7/2002 e successive modifiche ed integrazioni, non potrà farsi luogo all'applicazione dell'art. 66 del decreto legislativo n. 163/06.

2) Diversa è la fattispecie riguardante la materia dei lavori pubblici.

Il comma 3 dell'art. 4 del decreto legislativo n. 163/2006, rubricato "Competenze legislative di Stato, regioni e province autonome", enumera una serie di materie, che, in ossequio all'art. 117, comma 2,

della Costituzione, come novellato a seguito della legge costituzionale n. 3/2001, di riforma del titolo V della Costituzione, (che, a sua volta, ha individuato le materie in cui sussiste la legislazione esclusiva statale) sono rimesse alla potestà legislativa esclusiva dello Stato e per le quali non è ammessa alcuna disciplina regionale difforme. Tale disposizione del codice, tuttavia, non può riguardare le regioni a statuto speciale, atteso che la specifica esclusività della competenza legislativa della Regione Siciliana in materia di lavori pubblici deriva non tanto dal novellato art. 117 Cost., quanto dall'art. 14, lett. g), dello Statuto della Regione Siciliana, approvato con R.D.L. 15 maggio 1946, n. 455.

Così come è pacifico considerare che la modifica del titolo V non ha inciso sull'assetto della precedente distribuzione di competenze tra Stato e Regioni speciali, se non nel senso di ampliare anche per queste le materie di competenza esclusiva, così, allo stesso modo, l'art. 4, comma 3, del decreto legislativo n. 163/06, che enuclea le materie di competenza esclusiva dello Stato, non ha refluenze sulla previsione statutaria dell'esercizio esclusivo della funzione legislativa della Regione in tale materia.

Quanto predetto non significa naturalmente che la competenza esclusiva della Regione in materia di lavori pubblici non trovi dei limiti; questi sono costituiti in primo luogo dal rispetto della Costituzione, dello Statuto e delle relative norme di attuazione, nonché dai vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e degli

obblighi internazionali ed infine dei principi delle grandi riforme economico-sociali.

Il comma 4 dell'art. 4 del codice dei contratti prevede "Nelle materie di competenza normativa regionale, concorrente o esclusiva, le disposizioni del presente codice si applicano alle regioni nelle quali non sia ancora in vigore la normativa di attuazione e perdono comunque efficacia a decorrere dall'entrata in vigore della normativa di attuazione adottata da ciascuna regione".

Tale disposizione non sembra riguardare le regioni a statuto speciale e ciò è confermato dal successivo comma 5 che statuisce "Le regioni a statuto speciale e le province autonome di Trento e Bolzano adeguano la propria legislazione secondo le disposizioni contenute negli statuti e nelle relative norme di attuazione".

Per verificare se vi siano disposizioni contenute nel codice dei contratti che possono avere immediata efficacia nella Regione, sembra necessario esaminare, sinteticamente, la legislazione ad oggi vigente in materia di lavori pubblici.

L'art. 1 della legge regionale 2 agosto 2002, n. 7, ha statuito che la legge 11 febbraio 1994, n. 109, (recante "Legge quadro in materia di lavori pubblici"), "si applica nel territorio della Regione Siciliana nel testo vigente alla data di approvazione della presente legge".

Alla stregua di un'interpretazione strettamente letterale, poiché il rinvio alla norma statale contenuto nella legge regionale n. 7/2002, è un rinvio "statico" o ricettizio, la legge statale richiamata è stata



applicata nell'ordinamento regionale secondo la formulazione vigente al momento dell'entrata in vigore di quella regionale di recepimento. Quindi, le modifiche o le abrogazioni apportate dal legislatore statale alla normativa nazionale recepita, non hanno avuto effetto sull'ordinamento della Regione se non a seguito di un'ulteriore intervento del legislatore regionale, ad eccezione di quelle norme concernenti materie che sono riservate all'esclusiva competenza dello Stato. Tali norme, infatti, sono state formalmente recepite dal legislatore regionale con le leggi regionali nn. 7/2002 e 7/2003, e pertanto le loro successive modificazioni, ivi comprese quelle del codice dei contratti, hanno diretta applicazione nell'ordinamento regionale senza trovare preclusioni nel menzionato rinvio statico. Ci si riferisce ad esempio alla materia dell'arbitrato o della giurisdizione su cui la Regione Siciliana non ha potestà legislativa.

Il codice dei contratti, inoltre, va applicato ove recepisca norme comunitarie immediatamente precettive (direttive "self executing"). Si pensi, a titolo esemplificativo all'istituto del dialogo competitivo (art. 58) o dell'avvalimento (art. 49), la cui entrata in vigore, tuttavia, con decreto legge n. 173/2006, convertito in legge 12 luglio 2006, n. 228 (cosiddetta "legge milleproroghe"), è stata differita (per l'avvalimento solo relativamente al comma 10 che riguarda il divieto di subappalto), differimenti che, ovviamente, trovano pure applicazione pure essi in Sicilia.

Pertanto, al di fuori delle surriferite ipotesi, si ritiene che, anche dopo

l'entrata in vigore del decreto legislativo n. 163/2006, e sino all'emanazione della normativa regionale di adeguamento, trovi applicazione in Sicilia la legislazione regionale in materia di lavori pubblici, fermo restando l'obbligo della Regione di adeguarsi ai principi fondamentali del codice dei contratti che costituiscono norme di grande riforma economico-sociale”.

Ciò stabilito, posto che la norma in esame certamente non concretizza un'ipotesi di disposizione di grande riforma economica-sociale, resta da verificare se sussista una disposizione comunitaria self-executing, e quindi di immediata applicazione nel sistema normativo nazionale, che avvalori la detta impostazione.

Dall'analisi delle Direttive Comunitarie, delle quali il D.Lgs.vo 163/2006 costituisce attuazione, non è rinvenibile una disposizione analoga a quella di cui all'art. 51 di quest'ultima fonte normativa.

Sicché, si deve concludere che la norma non può trovare immediata applicazione nel sistema normativo siciliano e, come tale, non può supportare l'eccezione formulata dall'Amministrazione resistente>>.

Più recentemente, in tema di applicazione del Codice dei Contratti in Sicilia (cfr. TAR Catania, I, 15.10.2010 n. 4211), la Sezione ha rammentato che <<la questione, quindi, va risolta avendo riguardo alla concreta disposizione da applicare in Sicilia.

Il codice degli appalti, al comma 4 dell'art. 5, stabilisce che “le regioni a statuto speciale e le province autonome di Trento e Bolzano adeguano la propria legislazione secondo le disposizioni contenute

negli statuti e nelle relative norme di attuazione”.

Lo Statuto regionale siciliano, all’art. 14, comma 1, lett. g), stabilisce la competenza esclusiva della Regione in tema di “lavori pubblici, eccettuate le grandi opere pubbliche di interesse prevalentemente nazionale”.

La medesima disposizione, nelle sue premesse, chiarisce che la competenza esclusiva è riferibile ai limiti delle leggi costituzionali dello Stato e senza pregiudizio delle riforme agrarie e industriali nazionali.

Accanto a questi limiti, è indubbio come tra gli obblighi internazionali dello Stato, e quindi delle Regioni, sia da annoverarsi il rispetto dei principi generali del diritto comunitario e delle disposizioni contenute nel Trattato del 25 marzo 1957 istitutivo della Comunità europea, ora ridenominato, dopo l’entrata in vigore del Trattato di Lisbona, Trattato sul funzionamento dell’Unione europea e, in particolare, per quanto interessa in questa sede, di quelle che tutelano la libera concorrenza.

In particolare, “nello specifico settore degli appalti vengono in rilievo tutte le disposizioni che perseguono fini riconducibili all’esigenza sia di evitare comportamenti delle imprese idonei ad alterare le regole concorrenziali sia di garantire la progressiva liberalizzazione dei mercati in cui sono ancora presenti barriere all’entrata o altri impedimenti all’ingresso di nuovi operatori economici” (cfr. Corte Cost., 12.2.2010, n. 45).

Continua il Giudice delle Leggi con la predetta decisione, “altro limite alla suddetta competenza legislativa provinciale è rinvenibile nei principi dell’ordinamento giuridico della Repubblica, tra i quali sono ricompresi anche quelli afferenti alla disciplina di istituti e rapporti privatistici, che non può che essere uniforme sull’intero territorio nazionale, in ragione della esigenza di assicurare il rispetto del principio di uguaglianza. . . . A ciò è da aggiungere che nella suindicata fase di conclusione ed esecuzione del rapporto contrattuale si collocano anche istituti che rispondono ad interessi unitari e che, implicando valutazioni e riflessi finanziari, che non tollerano discipline differenziate nel territorio dello Stato, possono ritenersi espressione del limite rappresentato dalle norme fondamentali delle riforme economico-sociali (sia pure con riferimento ad un singolo istituto afferente alla fase esecutiva, si vedano la sentenza n. 447 del 2006 e, prima della riforma del Titolo V, la sentenza n. 482 del 1995). In definitiva, la Provincia autonoma” ed in linea di principio, precisa il Collegio, le regioni a statuto speciale sono tenute “a rispettare, con riguardo, in particolare, alla disciplina della suddetta fase, anche quelle norme statali, contenute nel d.lgs. n. 163 del 2006, che sono espressione dei principi dell’ordinamento giuridico della Repubblica e delle norme di riforma economico-sociale.

Alla luce delle considerazioni, già allora svolte da questa Corte, ancora oggi valide, deve essere riconosciuto ai principi desumibili

dalle disposizioni del Codice degli appalti la natura di norme fondamentali di riforma economico-sociale della Repubblica, come tali costituenti legittimamente limite alla potestà legislativa primaria della resistente Provincia autonoma di Trento; e ciò segnatamente per quelle norme del predetto Codice che attengono, da un lato, alla scelta del contraente (alle procedure di affidamento) e, dall'altro, al perfezionamento del vincolo negoziale e alla correlata sua esecuzione.

Ad analoghe conclusioni deve pervenirsi per quanto attiene alla materia del contenzioso giurisdizionale, rispetto alla quale operano i medesimi limiti derivanti dai principi dell'ordinamento giuridico, che riconducono tale materia alla esclusiva competenza legislativa dello Stato per evidenti motivi di unitarietà e uniformità sull'intero territorio nazionale delle relative disposizioni>>.

In somma sintesi, quindi, accanto ai principi di derivazione europea e a quelli riferibili alle grandi riforme economiche e sociali, si applicano direttamente alla regione a statuto speciale anche quelli di uguaglianza giuridica nelle diverse parti del territorio, al fine di evitare ingiustificate discriminazioni.

Nel caso posto all'odierno scrutinio del Collegio, non appare sussistere neanche il detto pregiudizio, posto che non vi è, come nel caso cui si riferisce la rappresentata decisione n. 4211/10, un principio nell'ordinamento fuori dalla norma in esame cui quest'ultima deve accedere, uniformando la previsione, altrimenti

discriminatoria, a tutto il territorio italiano.

In ultimo, appare utile osservare come l'art. 35 del Testo coordinato è rimasto immutato anche di seguito all'intervento legislativo di cui alla l.r. 16/2010 volta a regolare "modifiche ed integrazioni alla normativa regionale in materia di appalti", con il che riaffermando la volontà del Legislatore siciliano, cui certamente non è sfuggito il dibattito sull'applicabilità della normativa nazionale, di mantenere la distinzione esaminata con il codice dei contratti

Conclusivamente, il motivo contenuto nel provvedimento impugnato appare già di per sé sufficiente a sostenerlo e conseguentemente a far ritenere infondato il ricorso, anche in presenza del difetto formale sopra diffusamente evidenziato, da ritenersi superabile, ai sensi dell'art. 21 octies della l.n.241/90, proprio in virtù della legittimità sostanziale dell'atto.

IV. Uno dei motivi controversi, e posti a fondamento del provvedimento impugnato, riguarda la sussistenza in capo alla società ricorrente dei requisiti generali di cui all'art. 75 del d.p.r. 554/99, ritenuti insussistenti dall'Amministrazione, posto che, alla data di spedizione dell'offerta, l'Amministratore era il Sig. Donato Vincenzo, subentrato all'amministratore dichiarante, Sig. Donato Vito.

La circostanza non è contestata in punto di fatto, sicché il problema si sposta sulla possibilità, in diritto, che l'offerta e le connesse dichiarazioni vengano presentate da un amministratore subentrato al

dichiarante.

La Sezione si è occupata più volte della modalità di applicazione della predetta norma (cfr., ex multis, T.A.R. Catania, I, 9.12.2008, n. 2327), anche in riferimento alla questione, in termini generali, della cessione d'azienda, il cui esame va ripercorso anche ai particolari fini evidenziati nel caso in esame.

Con la detta decisione si è così statuito.

<<L'art. 75 del D.P.R. n. 554/1999 prevede espressamente che "1. Sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento degli appalti e delle concessioni e non possono stipulare i relativi contratti i soggetti: (...) c) nei cui confronti è stata pronunciata sentenza di condanna passata in giudicato, oppure di applicazione della pena su richiesta, ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale, per reati che incidono sull'affidabilità morale e professionale; il divieto opera se la sentenza è stata emessa nei confronti del titolare o del direttore tecnico se si tratta di impresa individuale; del socio o del direttore tecnico, se si tratta di società in nome collettivo o in accomandita semplice; degli amministratori muniti di potere di rappresentanza o del direttore tecnico se si tratta di altro tipo di società o consorzio. In ogni caso il divieto opera anche nei confronti dei soggetti cessati dalla carica nel triennio antecedente la data di pubblicazione del bando di gara, qualora l'impresa non dimostri di aver adottato atti o misure di completa dissociazione della condotta penalmente sanzionata. 2. I concorrenti dichiarano ai sensi delle

vigenti leggi l'inesistenza delle situazioni di cui al comma 1, lettere a), d), e), f), g) e h) e dimostrano mediante la produzione di certificato del casellario giudiziale o dei carichi pendenti che non ricorrono le condizioni prescritte al medesimo comma 1, lettere b) e c)".

Tale norma ha carattere di ordine pubblico, con la conseguenza che i requisiti di partecipazione alle procedure di affidamento degli appalti e le connesse cause di esclusione ivi indicati sono inderogabili.

La questione preliminare che il Collegio deve risolvere è se la dichiarazione debba essere resa anche nell'ipotesi in cui, come nel caso di specie, non vi sia una diretta "trasformazione" della società, che, invero, è frutto di una nuova costituzione, ma risulti evidente il collegamento con una precedente, in quanto quest'ultima è stata conferita nella nuova e dalla stessa ripete i requisiti tecnico-patrimoniali.

La disposizione in esame, invero, suggerisce un'interpretazione estensiva, non solo per il segnalato interesse sottostante (di ordine pubblico) di necessaria moralizzazione delle partecipanti ad una selezione ad evidenza pubblica, ma, soprattutto, perché è prevista la possibilità di dissociazione da parte dei nuovi amministratori rispetto ai precedenti.

Sicché, quello che il Legislatore a tutta evidenza vuole significare (cfr, T.A.R. Catania, I, 1150/08 cit.) è che occorre analizzare il "DNA" della stessa impresa, verificando che tutti i suoi amministratori, anche se non più tali, abbiano avuto un comportamento di specchiata



moralità entro il triennio dalla pubblicazione del bando.

Ne deriva che ove venga in evidenza un collegamento (e, a tal uopo, appare del tutto sufficiente la trasmissione dei requisiti tecnici, che costituiscono l'”in se” dell'impresa e, ancor più, il conferimento dell'intera azienda nella nuova società), al fine di evitare facili trasformismi elusivi della disposizione, occorre, per un verso, la dichiarazione circa l'attuale compagine amministrativa, ma anche di quella precedente e, poi, la relativa connessa dichiarazione dell'insussistenza di quegli impedimenti previsti dall'art. 75 del d.p.r. 544/99, in capo a tutti gli amministratori presenti e passati.

In altri termini (cfr. C.G.A., 6.5.2008, n. 389), la questione è se i requisiti soggettivi (negativi) propri della impresa cedente (o, come nel caso in esame, confluita in quella nuova partecipante alla gara) si trasmettano alla impresa cessionaria.

La risposta, anche secondo il Giudice di seconde cure, è positiva.

“ . . . Ciò si deduce agevolmente dall'ultimo inciso della norma, secondo cui l'impresa è ammessa nonostante la presenza di condanne qualora dimostri di aver adottato atti o misure di completa dissociazione della condotta penalmente sanzionata.

Ciò significa che l'impresa è stata piuttosto la vittima che il complice della condotta penalmente rilevante e che ha posto in essere gli opportuni accorgimenti per dissociare la propria gestione da quella che sarebbe stata indotta dalla condotta sanzionata. Per altro, la gestione di cui si tratta non deve necessariamente riguardare tutta

l'azienda, ma può anche essere relativa ad una parte di essa, ovvero il ramo, senza che venga meno quella connessione tra la gestione e la personalità penalmente colpevole.

Basti pensare che l'influenza negativa di un soggetto condannato ben può riverberarsi sul solo ramo e non sull'intera azienda, come nel caso dell'elemento dell'avviamento, nella specie, espressamente facente parte della cessione del ramo d'azienda . . . .

Deve quindi ritenersi che anche nella cessione di un ramo di azienda, oltre che ovviamente nella cessione della intera azienda, si realizzi una successione di alcuni elementi soggettivi pur presenti nel singolo ramo, tanto che l'eventuale inquinamento della gestione causato da un amministratore o direttore tecnico (il quale in ipotesi non sia stato trasferito alla cessionaria insieme al ramo di azienda) tuttavia riverberi la sua influenza negativa.

Una contraria tesi comporterebbe una facile elusione dei divieti di partecipazione, in violazione della disposizione contenuta nel citato art. 75 D.P.R. 554/1999, secondo cui <in ogni caso il divieto opera anche nei confronti dei soggetti cessati dalla carica nel triennio antecedente la data di pubblicazione del bando di gara ...>. Infatti, nell'ipotesi di cessione di ramo di azienda, sussiste il rischio del permanere dell'influenza di eventuali cedenti privi dei requisiti di affidabilità, con violazione del divieto nei confronti dei soggetti cessati dalla carica nel triennio antecedente la data di pubblicazione del bando di gara”.

Conclusivamente, per un verso, deve ritenersi sussistente a carico delle ditte stesse un onere di documentazione, ossia la ricostruzione "storica" delle cariche sociali, nell'arco dell'ultimo triennio (in tal senso da ultimo C.G.A., 17 ottobre 2005, 674, ma anche 21 gennaio 2005, n. 8; 8 marzo 2005, n. 94 e 29 agosto 2005, n. 575), dall'altro va resa la dichiarazione (quanto meno da parte dell'attuale responsabile della società) circa l'insussistenza delle cause impeditive stigmatizzate dalla norma in esame>>.

Se così è, se cioè lo spirito della norma consiste nella necessità che sussista l'esatta fotografia della compagine sociale odierna e precedente, al fine di evitare possibili strumentali trasformismi elusivi delle garanzie di assoluta moralità della società nella sua dimensione attuale e passata, non può non condividersi la circostanza espressa nel provvedimento impugnato, ove si stigmatizza l'insussistenza delle dichiarazioni rese dall'attuale rappresentante legale dell'Amministrazione.

Ciò che rileva, in altri termini, non è tanto la competenza nella spedizione dell'offerta, come in buona sostanza ritenuto con il motivo di ricorso in esame, quanto la mancanza delle dichiarazioni richieste dalla norma in esame attualizzate al mutamento della direzione societaria.

L'inattualità delle dichiarazioni comportano, quindi, la violazione della norma e, quindi, la legittimità del provvedimento anche in questo senso.

L'esame dei due motivi principali di doglianza sostanziale esime il Collegio dal valutare le ulteriori censure volte a stigmatizzare la rappresentata illegittimità di diverse motivazioni asseritamente contenute nel provvedimento impugnato, stante la sostenibilità dello stesso, ove supportato da quelle scrutinate e ritenute legittime.

Consegue il rigetto del ricorso e delle connesse domande risarcitorie.

Stimasi superfluo l'esame del ricorso incidentale.

Le spese del giudizio seguono la soccombenza e vanno liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Condanna la ricorrente al pagamento, in favore dei resistenti, in parti uguali, delle spese del giudizio, che liquida in complessivi € tremila, oltre spese generali, I.V.A., C.P.A..

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

Così deciso in Catania nella camera di consiglio del giorno 2 dicembre 2010 con l'intervento dei magistrati:

Salvatore Schillaci, Presidente FF

Pancrazio Maria Savasta, Consigliere, Estensore

Francesco Bruno, Primo Referendario

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 16/12/2010

IL SEGRETARIO

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