



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 2587 del 2009, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Ati Mar.Cal. Srl - Co.Cann. Srl, rappresentato e difeso dall'avv. Michele Aliotta, con domicilio eletto presso avv. Alessandro Carrubba, in Catania, via Umberto, 303;

contro

Comune di Ragusa, rappresentato e difeso dall'avv. Angelo Frediani, con domicilio eletto presso la Segreteria del Tar;

nei confronti di

Athena Restauri Srl, rappresentato e difeso dagli avv. Riccardo Rotigliano, Salvatore Iacuzzo, Marco Mazzamuto, con domicilio eletto presso avv. Dino Caudullo in Catania, corso delle Province 12;

per l'annullamento

Ricorso introduttivo:

della determinazione del 30.07.2009 del Settore V del 7.10.2009;
della comunicazione di avvio del procedimento del 3.09.2009 prot. 68623 e nota prot. 67953;
della determinazione dirigenziale n. 183 del Settore V del 7.10.2009 con la quale è stata disposta la revoca dell'aggiudicazione in favore dell'ATI Mar.Cal. srl, nonché l'escussione della cauzione e la comunicazione all'autorità di vigilanza;
della determinazione dirigenziale n. 184 del Settore V dell' 8.10.2009 di aggiudicazione definitiva all'Athena Restauri srl;
del verbale di gara del 27.05.2009, 14.07.2009, 24.07.2009 relativo all'affidamento dei lavori di “...completamento edificio per uffici nell'ex consorzio agrario a Ragusa”;
e per il risarcimento
in forma specifica, o in subordine, per equivalente monetario, dei danni ingiusti subiti e subendi;

Motivi aggiunti

dell'eventuale atto (ove esistente) di verifica positiva dei requisiti soggettivi effettuata dopo l'aggiudicazione definitiva in capo alla Athena Restauri srl;
del provvedimento col quale la stazione appaltante si è determinata a stipulare il contratto d'appalto con la nuova aggiudicataria Athena Restauri srl;
del contratto d'appalto stipulato in data 26.02.2010;

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Ragusa e di Athena Restauri Srl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visto l'art. 120 cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 2 dicembre 2010 il dott. Francesco Bruno e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

L'A.T.I. capeggiata dall'impresa Mar.Cal. s.r.l. ha partecipato alla gara d'appalto indetta dal Comune di Ragusa per l'affidamento dei lavori di “...completamento edificio per uffici nell'ex consorzio agrario a Ragusa” ed è risultata aggiudicataria per sorteggio tra le imprese che avevano offerto il medesimo ribasso.

Successivamente, a seguito dei controlli eseguiti dalla stazione appaltante, è emersa una presunta irregolarità fiscale in cui sarebbe incorsa la mandataria Mar.Cal. S.r.l., e conseguentemente il Comune - con determinazione dirigenziale n. 183 del 7.10.2009 - ha revocato l'aggiudicazione, disponendola a favore della seconda sorteggiata Athena Restauri s.r.l.

Avverso tali atti è insorta l'A.T.I. Mar.Cal. s.r.l. con ricorso ritualmente notificato e depositato, con il quale viene denunciata la *violazione e falsa applicazione della lett. g), co. 1, dell'art. 38 del D. Lgs.*

163/2006 e del punto 9.2, lett. a), del bando di gara.

In sintesi, si sostiene che la revoca dell'aggiudicazione sia illegittima in quanto la irregolarità tributaria segnalata dalla Agenzia delle Entrate non avrebbe potuto assumere carattere inibitorio verso la partecipazione alla gara, trattandosi di violazione ancora non definitivamente accertata, essendo alla data di presentazione della domanda ancora aperti i termini per l'impugnazione giurisdizionale della cartella esattoriale.

Si sono costituiti in giudizio per resistere sia il Comune di Ragusa, sia la controinteressata Athena Restauri s.r.l.

Quest'ultima ha anche proposto ricorso incidentale affermando che, a prescindere dal valore ostativo attribuibile alla violazione fiscale addebitata all'A.T.I. Mar.Cal., quest'ultima avrebbe dovuto comunque essere esclusa dalla procedura per violazione del bando di gara (punto 11, lett. b) e dell'art. 13, co. 5 bis, della L. 109/94 nel testo vigente in Sicilia. Infatti, mentre l'offerta di gara è stata presentata dall'A.T.I. costituita fra le imprese Mar.Cal. s.r.l. e C.M. Cannilla, quest'ultima avrebbe poi conferito l'intera azienda alla Co.Cann. s.r.l., in violazione delle norme che impediscono la modifica soggettiva dei partecipanti ad una gara per pubblici appalti.

La ricorrente principale ha, poi, proposto motivi aggiunti per impugnare l'eventuale verifica positiva (ove esistente) dei requisiti soggettivi, effettuata dopo l'aggiudicazione definitiva in capo alla Athena Restauri s.r.l.; il non conosciuto provvedimento col quale sarebbe stata determinata la stipulazione del contratto; ed il contratto

stesso.

Anche la ricorrente incidentale ha proposto motivi aggiunti, impugnando la determinazione con la quale il Comune aveva preso atto del subentro della Co.Cann. s.r.l. alla C.M. Cannilla nel corpo dell'A.T.I. originariamente dichiarata aggiudicataria.

Con ordinanza n. 451/2010 è stata fissata ai sensi dell'art. 23 bis, co. 3, L. 1034/1971 l'udienza pubblica di trattazione del merito.

E' seguita la produzione di memorie difensive ad opera delle parti costituite.

Alla pubblica udienza del 2 dicembre 2010 la causa è stata trattenuta per la decisione.

DIRITTO

Si impone in via preliminare l'esame del ricorso incidentale, a causa dell'effetto "paralizzante" che potrebbe riverberare, in caso di accoglimento, sull'interesse a ricorrere che sorregge la ricorrente in via principale: è chiaro che quest'ultima perderebbe l'interesse ad impugnare la revoca della propria aggiudicazione nell'ipotesi in cui l'accoglimento del ricorso incidentale appurasse l'esistenza di una ulteriore causa di esclusione dalla procedura di gara.

Come già illustrato nella descrizione del fatto, la domanda di partecipazione alla gara e la connessa offerta sono state presentate da un'A.T.I. la cui composizione soggettiva si è modificata (e la questione è incontestata) nel corso dello svolgimento della procedura. Tale evento sarebbe – secondo quanto denuncia la controinteressata che ricorre in via incidentale – contrario al punto 11, lett. b, del bando

di gara, nella parte in cui richiede l'esatta individuazione delle imprese associate e dei lavori eseguiti da ciascuna di esse, al fine di garantire l'immodificabilità soggettiva ai sensi dell'art. 13, co. 5 bis, della L. 109/1994. Quest'ultima disposizione, la cui violazione viene anch'essa dedotta in via incidentale, più esplicitamente stabilisce che *“È vietata l'associazione in partecipazione. È vietata qualsiasi modificazione alla composizione delle associazioni temporanee e dei consorzi di cui all'articolo 10, comma 1, lettere d) ed e), rispetto a quella risultante dall'impegno presentato in sede di offerta.”*, e la violazione è puntualmente sanzionata con la norma del successivo comma 6 in base alla quale *“L'inosservanza dei divieti di cui al comma 5 comporta l'annullamento dell'aggiudicazione o la nullità del contratto, nonché l'esclusione dei concorrenti riuniti in associazione o consorzio di cui al comma 1 concomitanti o successivi alle procedure di affidamento relative ai medesimi lavori.”*.

In sintesi, la ricorrente incidentale qualifica la vicenda sopra descritta come causa di esclusione dalla gara dell'A.T.I. Mar.Cal. S.r.l.; in più, individua negli altri motivi di ricorso incidentale ulteriori cause di esclusione.

La ricorrente principale si difende sul punto asserendo che il principio dell'immodificabilità soggettiva dei partecipanti alle gare pubbliche sarebbe stato eliminato dall'ordinamento giuridico, in ossequio ad un orientamento giurisprudenziale, con l'introduzione del *Codice dei contratti pubblici* (D. Lgs. 163/2006) che, all'art. 51, disciplina le *“vicende soggettive del candidato, dell'offerente e dell'aggiudicatario”* introducendo il principio (opposto, rispetto al passato) dell'ammissibilità delle

modifiche soggettive (previo accertamento del possesso dei requisiti in capo al soggetto subentrato), allo scopo di garantire la libertà di organizzazione aziendale dell'impresa che si estrinseca anche attraverso le variazioni di natura soggettiva. In punto di fatto, poi, la ricorrente principale precisa che la modifica della composizione dell'A.T.I. sarebbe stata comunicata alla stazione appaltante, che ne avrebbe preso atto con determinazione dirigenziale n. 154 del 9.09.2009 e n. 2137 del 22.09.2009.

La ricorrente incidentale ha, quindi, impugnato, con motivi aggiunti, anche l'assenso del Comune alla modifica soggettiva dell'ATI aggiudicataria.

Il ricorso incidentale risulta fondato e va quindi accolto, con conseguente inammissibilità del ricorso principale e dei successivi motivi aggiunti.

In primo luogo, va premesso che lo *Statuto* della Regione Siciliana (approvato con R.D.L. n. 455 del 15.05.1946), all'art. 14, lett. g, annovera i “*lavori pubblici*” tra le materie oggetto di legislazione regionale esclusiva. In virtù di tale prerogativa il legislatore regionale gode di ampia libertà nel disciplinare le procedure di affidamento degli appalti pubblici di lavori; discrezionalità che si estrinseca – allo stato della legislazione – nel dichiarato recepimento, con apposite modifiche, della normativa statale contenuta nella L. 109/1994 (che rappresenta, a seguito delle modifiche introdotte dalla Regione, il c.d. *testo coordinato* vigente nella Regione Sicilia).

Quanto detto basta per ritenere praticabile e costituzionalmente

legittima la scelta operata dal legislatore siciliano di introdurre la regola dell'immodificabilità soggettiva in capo ai concorrenti alle pubbliche gare contenuta nell'art. 13 della L. *Merloni*; anche ove tale principio si dovesse porre in antitesi con la soluzione adottata dal legislatore nazionale e condensata nell'art. 51 del Codice dei contratti pubblici.

Si tratta di una scelta legislativa non irrazionale, che risponde ad una precisa *ratio*: in giurisprudenza (Tar Reggio Calabria, 56/2009; Tar Palermo, 13/2008) è stato, infatti, specificato che *“Il principio di immodificabilità soggettiva dei partecipanti alle procedure di affidamento degli appalti pubblici, consacrato dall'art. 13, comma 5-bis, l. n. 109/1994, ed ora ribadito dall'art. 37 Codice appalti deve intendersi giustificato dall'esigenza di assicurare alle amministrazioni aggiudicatrici una conoscenza piena dei soggetti che intendono contrarre con esse, al precipuo fine di consentire un controllo preliminare e compiuto dei requisiti di idoneità morale, tecnico-organizzativa ed economico-finanziaria dei concorrenti ed all'ulteriore scopo di impedire che tale verifica venga vanificata od elusa con modificazioni soggettive, in corso di gara, delle imprese candidate”*. Con la conseguenza che, sul piano temporale/procedimentale *“(...) va individuato nella presentazione dell'offerta e non già della domanda di partecipazione il momento della procedura dal quale scatta il divieto di modificabilità soggettiva della composizione dei partecipanti”* (Tar Genova, 39/2009), e con l'ulteriore conseguenza che, in caso di violazione del suddetto principio, *“È legittima l'esclusione dalla gara di una impresa per aver modificato in corso di gara la propria compagine societaria, in quanto nel nostro ordinamento vige il principio di*

immodificabilità soggettiva dei partecipanti alle procedure di affidamento degli appalti pubblici espresso dall'art. 37 comma 9, d. lgs. n. 163 del 2006 (Tar Bari, 2257/2008).

Fatta questa lunga premessa, deve essere precisato che la normativa in tema di appalti di lavori oggi vigente in Sicilia non contempla una regola analoga a quella rinvenibile nell'art. 51 del D. Lgs. 163/2006; sicchè deve considerarsi pienamente operante nel territorio dell'isola il divieto di modificabilità soggettiva dei raggruppamenti di imprese.

In secondo luogo, e per inciso, può anche revocarsi in dubbio l'affermazione – che invece viene prospettata come dato pacifico nella memoria difensiva della ricorrente principale – secondo la quale il principio di immodificabilità soggettiva dei raggruppamenti sia stato abbandonato nell'ambito della normativa nazionale sugli appalti pubblici e sostituito con l'opposta regola contenuta nell'art. 51 del *Codice dei contratti pubblici*. Infatti, per un verso è vero che l'art. 51 stabilisce che *“Qualora i candidati o i concorrenti, singoli, associati o consorziati, cedano, affittino l'azienda o un ramo d'azienda, ovvero procedano alla trasformazione, fusione o scissione della società, il cessionario, l'affittuario, ovvero il soggetto risultante dall'avvenuta trasformazione, fusione o scissione, sono ammessi alla gara, all'aggiudicazione, alla stipulazione, previo accertamento sia dei requisiti di ordine generale, sia di ordine speciale, nonché dei requisiti necessari in base agli eventuali criteri selettivi utilizzati dalla stazione appaltante ai sensi dell'articolo 62, anche in ragione della cessione, della locazione, della fusione, della scissione e della trasformazione previsti dal presente codice.”*; per altro verso, però, la regola dell'immodificabilità soggettiva già contenuta nell'art.

13 della L. *Merloni* risulta ancora oggi riprodotta in maniera uguale anche nell'art. 37, co. 9 e 10, del D. Lgs. 163/2006. Sicchè si potrebbe dubitare della coerenza interna delle scelte contenute nel *Codice dei contratti pubblici* dal momento che, ad esempio, la cessione totale o parziale d'azienda, o la trasformazione della forma societaria, da parte di un concorrente associato in ATI è consentita dall'art. 51, ma vietata contestualmente dall'art. 37, co. 9 e 10, costituendo essa comunque una forma di inammissibile “*modificazione alla composizione dei raggruppamenti temporanei*”. Ma non è questa la sede per discutere della eventuale incoerenza della legislazione sugli appalti, trattandosi di regole che – per quanto già chiarito – non trovano applicazione nella specifica fattispecie in esame.

In terzo luogo, non potrebbe predicarsi in ipotesi nemmeno una integrazione automatica della normativa regionale sugli appalti che veda l'automatica prevalenza ed applicazione del citato art. 51.

Al riguardo appare necessario precisare, da una parte, che l'art. 4, ult. co., del Codice appalti stabilisce che le Regioni a statuto speciale “*adeguano la propria legislazione secondo le disposizioni contenute negli statuti e nelle relative norme di attuazione*”. Quindi, a tutto concedere, la regola della modificabilità soggettiva dei raggruppamenti di imprese dovrebbe essere frutto di specifico adeguamento che passi attraverso l'iter legislativo regionale, e non può costituire effetto di applicazione automatica.

Per altro verso, non si giungerebbe ad un diverso risultato neanche laddove si volesse inquadrare la regola espressa nell'art. 51 tra i

principi di matrice comunitaria in tema di concorrenza che devono essere osservati anche in sede regionale.

A ben vedere, infatti, il divieto di mutamento dei concorrenti riuniti in ATI non rappresenta regola che incide sul regime della concorrenza, in quanto attiene - non alla regolamentazione della potenziale platea di partecipanti alla gara, ma più specificamente - alla disciplina della sicurezza e regolarità nella esecuzione dell'appalto, valori che possono essere tutelati solo previa esatta conoscenza del soggetto esecutore e dei suoi requisiti soggettivi morali, tecnico/organizzativi ed economico/finanziari.

In conclusione, per quanto si è fin qui esposto, il ricorso incidentale risulta fondato e determina l'inammissibilità per carenza di interesse processuale del ricorso principale e dei motivi aggiunti.

La peculiarità del caso, che vede una apparente sovrapposizione di norme regionali e nazionali, induce a compensare le spese processuali fra le parti costituite.

P.Q.M.

definitivamente pronunciando, accoglie il ricorso incidentale e, per l'effetto, dichiara inammissibile il ricorso principale ed i motivi a questo aggiunti.

Spese compensate.

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

Francesco Bruno, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 20/01/2011

IL SEGRETARIO

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