



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 5642 del 2011, proposto da:
A.D. Nuova Pallacanestro Battipaglia, rappresentato e difeso dagli
avv. Paolo De Caterini e Giuseppe Maria Riccio, con domicilio eletto
presso l'avv. Paolo De Caterini in Roma, viale Liegi, 35 /B;

contro

Comune di Battipaglia, rappresentato e difeso dall'avv. Giuseppe
Lullo, con domicilio eletto presso l'avv. Sara Di Cunzolo in Roma,
via del Gesu', 62;

nei confronti di

ASD Ciclolonga Eventi e Intrattenimento, rappresentato e difeso
dall'avv. Marcello Fortunato, con domicilio eletto presso l'avv.
Guido Lenza in Roma, via XX Settembre, 98/E;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. CAMPANIA - SEZ. STACCATA DI SALERNO: SEZIONE I n. 00646/2011, resa tra le parti, concernente AGGIUDICAZIONE PROVVISORIA DELL'AFFIDAMENTO IN CONCESSIONE PALESTRA COMUNALE

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Battipaglia e di Asd Ciclolonga Eventi e Intrattenimento;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 10 gennaio 2012 il Cons. Paolo Giovanni Nicolo' Lotti e uditi per le parti gli avvocati Di Paolo, per delega dell'Avvocato De Caterini, e Lullo;

FATTO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania, Salerno, sez. I, con la sentenza n. 646 dell'8 aprile 2011, ha respinto il ricorso proposto dall'odierno appellante per l'annullamento del provvedimento n. 65450 dell'8 settembre 2010, comunicato in pari data, di annullamento dell'aggiudicazione provvisoria in favore della ricorrente A.D. Pallacanestro dell'affidamento in concessione della gestione della palestra comunale Schiavo e della determinazione dirigenziale n 263 del 23/9/2010, di aggiudicazione definitiva del menzionato affidamento all'A.S.D. Ciclolonga Eventi e

Intrattenimento, e per la declaratoria d'inefficacia del conseguente contratto, se stipulato.

Il TAR fondava la sua decisione rilevando, sinteticamente, che, nell'ipotesi di mutamento della composizione soggettiva del raggruppamento per ragioni diverse da esigenze coerenti con la normativa disciplinante la materia, la posizione soggettiva dell'impresa recedente rileva in capo all'A.T.I. perché riemerge il principio di non violazione della par condicio dei concorrenti: è quanto è avvenuto nel caso in esame nel quale il rappresentante legale dell'A.S.D. Volley Club Battipaglia (componente dell'A.T.I. con mandataria A.D. Nuova Pallacanestro Battipaglia) ha introdotto nel procedimento di gara la dichiarazione di non aver riportato condanna penale irrevocabile che, come risulta dalla documentazione depositata in giudizio (certificato del casellario giudiziario), non è veritiera, ed ha manifestato il recesso dalla costituzione dell'A.T.I. appena successivamente al provvedimento di aggiudicazione provvisoria col quale è stato disposto l'accertamento dei requisiti generali di accesso alla procedura e prima della verifica degli stessi.

Inoltre, ha osservato il TAR, nella peculiare fattispecie in esame, la posizione dell'A.T.I., di cui la qui ricorrente principale è mandataria, viene in rilievo nell'integralità della sua composizione originaria quanto alla parte dell'offerta riguardante la valutazione percentuale annuale sugli introiti pubblicitari da corrispondere al Comune che prevede un punteggio sino ad un massimo di 20, percentuale che,

dipendendo dalla spinta di operatività impressa dal soggetto aggiudicatario, può essere diversa a secondo se trattasi di più operatori della medesima dell'A.T.I. ovvero di uno solo di essi.

E, dunque, anche per quest'ultimo profilo, ha concluso il TAR, il recesso della partecipante dall'A.T.I. non può reputarsi indifferente per la Stazione appaltante.

Secondo l'appellante, nell'ipotesi di mutamento della composizione soggettiva del raggruppamento per ragioni diverse da esigenze coerenti con la normativa disciplinante la materia, come le ragioni organizzative, non si verifica alcuna violazione del principio di immodificabilità dell'A.T.I. così come sancito dall'art. 37 Codice Appalti, norma inapplicabile, per di più, nel caso di recesso; pertanto, la sentenza merita completa riforma.

Si costituivano l'Amministrazione appellata e il controinteressato chiedendo il rigetto dell'appello.

All'udienza pubblica del 10 gennaio 2012 la causa veniva trattenuta in decisione.

DIRITTO

Ritiene il Collegio che l'appello sia infondato.

In punto di fatto occorre chiarire che, nel caso in esame, il rappresentante legale dell'A.S.D. Volley Club Battipaglia (componente dell'A.T.I. con mandataria A.D. Nuova Pallacanestro Battipaglia) ha prodotto nel procedimento di gara la dichiarazione di non aver riportato condanna penale irrevocabile che, come invece è

risultato dalla documentazione depositata in giudizio (certificato del casellario giudiziario), non è veritiera; la società componente dell'A.T.I. partecipante alla gara ha, quindi, manifestato il recesso dalla costituzione dell'A.T.I. appena successivamente al provvedimento di aggiudicazione provvisoria col quale è stato disposto l'accertamento dei requisiti generali di accesso alla procedura e prima della verifica degli stessi.

Pertanto, in conformità al principio secondo il quale il divieto di modifica soggettiva opera sicuramente allorquando interviene, come nella specie, per eludere la legge di gara e, in particolare, per evitare una sanzione in capo al componente dell'A.T.I. che viene meno per effetto dell'operazione riduttiva, la revoca dell'aggiudicazione provvisoria è da ritenersi del tutto legittima (cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 16 febbraio 2010, n. 842).

Infatti, il principio di immutabilità soggettiva dei partecipanti alle gare pubbliche mira a garantire una conoscenza piena da parte delle Amministrazioni aggiudicatrici dei soggetti che intendono contrarre con le Amministrazioni stesse, consentendo una verifica preliminare e compiuta dei requisiti di idoneità morale, tecnico-organizzativa ed economico-finanziaria dei concorrenti, verifica che non deve essere resa vana in corso di gara con modificazioni di alcun genere (Consiglio di Stato, sez. V, 7 aprile 2006, n. 1903; Consiglio di Stato, sez. V, 30 agosto 2006, n. 5081).

La tesi tradizionalmente rigorista è stata effettivamente rimessa in

discussione da altro filone giurisprudenziale secondo cui sarebbe possibile, dopo l'aggiudicazione, il recesso di una o più imprese dell'A.T.I., se quelle rimanenti siano in possesso dei requisiti di qualificazione per le prestazioni oggetto dell'appalto: infatti, il divieto legislativo riguarderebbe solo l'aggiunta o la sostituzione di componenti, non anche il venir meno, senza sostituzione, di taluno (Consiglio di Stato, sez. IV, 23 luglio 2007, n. 4101).

Ciò in quanto il divieto di modificazione soggettiva non ha l'obiettivo di precludere sempre e comunque il recesso dal raggruppamento in costanza di procedura di gara, poiché il rigore di detta disposizione va temperato in ragione dello scopo che persegue, che è quello di consentire alla stazione appaltante, in primo luogo, di verificare il possesso dei requisiti da parte dei soggetti che partecipano alla gara e, correlativamente, di precludere modificazioni soggettive, sopraggiunte ai controlli, e dunque, in grado di impedire le suddette verifiche preliminari.

Tale essendo, dunque, la funzione di detta disposizione è evidente come le uniche modifiche soggettive elusive del dettato legislativo siano quelle che portano all'aggiunta o alla sostituzione delle imprese partecipanti e non anche quelle che conducono al recesso di una delle imprese del raggruppamento; in tal caso, infatti, le esigenze succitate non risultano affatto frustrate poiché l'Amministrazione, al momento del mutamento soggettivo, ha già provveduto a verificare i requisiti di capacità e di moralità dell'impresa o delle imprese che

restano, sicché i rischi che il divieto mira ad impedire non possono verificarsi (Consiglio di Stato, sez. VI, 13 maggio 2009, n. 2964).

Tuttavia, come è evidente dal tenore letterale delle decisioni appartenenti a tale filone, il rigore dell'orientamento tradizionale è attenuato soltanto se l'Amministrazione, al momento del mutamento soggettivo, ha già provveduto a verificare i requisiti di capacità e di moralità dell'impresa o delle imprese, il che non si verifica nel caso di specie, in cui il recesso è avvenuto prima dell'espletamento dei controlli; dunque, impedendo di fatto che si potesse applicare una sanzione all'operatore economico partecipante.

In tal modo è evidente che si verifica una violazione della par condicio dei concorrenti, atteso che, nel caso di specie, il recesso è avvenuto per eludere la legge di gara e, in particolare, per evitare una sanzione di esclusione dalla gara per difetto dei requisiti in capo al componente dell'A.T.I., che viene meno per effetto dell'operazione riduttiva.

Ancora di recente, peraltro, questa Sezione ha ribadito che il recesso di una impresa componente di un raggruppamento nel corso della procedura di gara non vale a sanare ex post una situazione di preclusione all'ammissione alla procedura sussistente al momento dell'offerta in ragione della sussistenza di cause di esclusione riguardanti il soggetto recedente (Consiglio di Stato, sez. V, 28 settembre 2011, n. 5406).

Relativamente al capo della sentenza del TAR relativo alla falsa

dichiarazione, si deve rilevare l'indiscutibile sussistenza di una falsa dichiarazione resa dal legale rappresentante del soggetto receduto dall'associazione, atteso che lo stesso risulta condannato, con sentenza irrevocabile della Corte di Appello di Salerno, alla pena della reclusione di anni 1 e mesi 5 ed alla multa di lire 500.000 per reati riconducibili all'affidabilità morale (agevolazione all'esercizio della prostituzione); tale precedente non è stato dichiarato in sede di partecipazione a gara, nella quale dunque è stata resa una falsa dichiarazione in ordine all'incensuratezza, rilevante per la partecipazione.

Infine, deve ritenersi inammissibile il motivo aggiunto articolato in appello, relativamente alla circostanza che i locali oggetto di gara sarebbero stati usati da diversa società della concessionaria per finalità comunque diverse da quelle pattuite dal bando.

Infatti, vengono prospettate circostanze che attengono non all'espletamento della gara ovvero agli atti impugnati, ma al successivo utilizzo dell'immobile, rendendo evidente, pertanto, l'insussistenza dei presupposti di cui all'art. 104, comma 3, c.p.a.

Pertanto, alla luce delle predette argomentazioni, l'appello deve essere respinto in quanto infondato

Le spese di lite, liquidate come in dispositivo, seguono la soccombenza.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta),

definitivamente pronunciando sull'appello come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna parte appellante alla rifusione delle spese di lite del presente grado di giudizio, spese che liquida in euro 3.000,00, oltre accessori di legge, in favore di ciascuna parte costituita in appello.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 10 gennaio 2012 con l'intervento dei magistrati:

Pier Giorgio Trovato, Presidente

Francesco Caringella, Consigliere

Carlo Saltelli, Consigliere

Manfredo Atzeni, Consigliere

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 20/02/2012

IL SEGRETARIO

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

