



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 il Piemonte

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1131 del 2014, proposto da:
Elettrica Gover S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv. Roberto Paviotti e Fabrizio Paviotti, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Nicoletta Parigi in Torino, corso Re Umberto I, 44;

contro

Ministero della Difesa - 1° Reparto Infrastrutture Torino, in persona del Ministro pro tempore, rappresentato e difeso per legge dall'Avvocatura distrettuale dello Stato di Torino, domiciliata in Torino, corso Stati Uniti, 45;

nei confronti di

Saitec Company S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv. Paola Romanucci, Alessandra Angelini e Donatella Finiguerra, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultima in Torino, piazza Adriano, 6;

per l'annullamento

- della Determina n. 13/2014 di data 11 agosto 2014 del Responsabile del Procedimento dott. Caforio con la quale la gara d'appalto bandita dal 1° Reparto Infrastrutture Torino per l'affidamento dei lavori di adeguamento e rinnovamento dell'impianto elettrico di distribuzione secondaria presso la Scuola di Applicazione sita nell'immobile denominato Palazzo ex Arsenale Esercito è stata aggiudicata definitivamente a Saitec Company;
 - del verbale di aggiudicazione provvisoria della gara alla Saitec di data 29 luglio 2014;
 - di ogni altro atto presupposto e conseguente;
- nonchè per la dichiarazione di inefficacia del contratto d'appalto eventualmente nelle more stipulato dalla Stazione appaltante con la Saitec Company S.r.l.;
- in via di subordine, per il risarcimento del danno per equivalente.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Saitec Company S.r.l. e del Ministero della Difesa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 14 gennaio 2015 il dott. Vincenzo Salamone 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 pubblicato il 9 giugno 2014 il 1° Reparto Infrastrutture di Torino ha indetto una pubblica gara d'appalto (n. 6/2014), da aggiudicarsi con il criterio del prezzo più basso, per l'affidamento dei lavori di adeguamento e rinnovamento dell'impianto elettrico di distribuzione secondaria presso l'immobile denominato Palazzo Ex Arsenale Esercito sito in Torino (CIG 5780782437).

Il Disciplinare di gara, al punto 2, in relazione ai requisiti che i concorrenti dovevano dimostrare di possedere per la partecipazione alla gara, ha prescritto la presentazione delle dichiarazioni sostitutive dell'assenza delle cause di esclusione di cui all'art. 38 Codice Contratti.

Nel Bando di gara al punto III.2 ("Condizioni di partecipazione e cause di esclusione"), nonché in termini identici al punto 14 del Disciplinare di gara ("Cause di esclusione dalla gara") tra le cause di esclusione sono state previste "quelle indicate dal D.Lgs. 163/2006... " e, quindi, "il mancato possesso dei requisiti ovvero l'omessa o incompleta dichiarazione del possesso dei requisiti previsti ... ai punti 2 e 3 del disciplinare".

Essendo pervenute alla Stazione appaltante 180 offerte di partecipazione a detta gara, la Commissione, nella seduta del 29 luglio 2014, ne ha ammesse 162, ha aperto le offerte, ha effettuato il cd. "taglio delle ali", ha determinato la soglia di anomalia nella

percentuale del 28,9967%, ha dichiarato aggiudicataria provvisoria la Saitec Company S.r.l. (che aveva presentato un ribasso del 28,992% sull'importo a base d'asta di € 2.164.235,42), in conseguenza della quale il Responsabile del Procedimento con la Determina n 13/2014 dell'11 agosto 2014 ha disposto l'aggiudicazione definitiva dell'appalto.

La Elettrica Gover, visionati gli atti, ha potuto constatare che la Saitec, pur avendo nell'anno antecedente la pubblicazione del bando di gara preso in affitto un ramo d'azienda della Newtec System S.r.l., aveva omesso di allegare alla propria offerta le dichiarazioni ex art. 38 relative ai soggetti tenuti a farlo di tale società, per cui avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara.

La stessa Elettrica Gover, avendo verificato di averne interesse, atteso che per effetto della esclusione dalla gara della Saitec, rideterminato il cd. "taglio delle ali" - tenuto conto che la gara è stata indetta prima dell'entrata in vigore dell'ultima novella all'art. 38 ("ogni variazione che intervenga, anche in conseguenza di una pronuncia giurisdizionale successivamente alla fase di ammissione ... delle offerte non rileva ai fini del calcolo di medie nella procedura né per l'individuazione della soglia di anomalia delle offerte") - per calcolo matematico ne risulterebbe aggiudicataria, in data 7 ottobre 2014 ha inviato alla Stazione appaltante l'informativa ex art. 243 bis in ordine all'intento di proporre ricorso giurisdizionale.

Elettrica Gover chiede l'annullamento, previa sospensiva, dei provvedimenti di mantenimento in gara della Saitec e di aggiudicazione in pro di essa dell'appalto per il seguente motivo di censura:

violazione della prescrizione di cui all'art. 38 lett. e) del Codice; violazione del punto 2 del Disciplinare di gara; violazione del punto III.2 del Bando e del punto 14 del disciplinare per illegittimità del provvedimento della Stazione appaltante di mantenere in gara la concorrente Saitec nonostante che - avendo essa, nell'anno antecedente la data di pubblicazione del bando di gara, preso in affitto il ramo dell'azienda della Newtec System S.r.l. - abbia mancato di presentare le dichiarazioni relative all'amministratore unico ed al responsabile tecnico di quest'ultima, nonché, trattandosi di società con meno di quattro soci, del suo socio di maggioranza.

Si sono costituiti in giudizio il Ministero Difesa e la controinteressata Saitec Company S.r.l., che hanno chiesto il rigetto del ricorso.

La controinteressata Saitec ha dedotto in particolare di essere in proprio in possesso diretto di tutti i requisiti ex art. 38 prescritti dalla lex specialis, di talché non aveva bisogno di utilizzare i requisiti della locatrice Newtec System; che l'affitto del ramo d'azienda dalla Newtec System, in relazione al quale essa ha mancato di allegare le dichiarazioni ex art. 38 degli amministratori, del Direttore tecnico e del socio, sarebbe stato stipulato "in occasione e con esclusivo riferimento ad un diverso appalto"; che l'efficacia di detto contratto

d'affitto sarebbe decorsa dal 1° settembre 2014, ossia successivamente all'aggiudicazione dell'appalto, che è intervenuta l'11 agosto 2014; che la lex specialis non prescriveva la presentazione delle dichiarazioni da parte dei soggetti responsabili dell'azienda affittata, né prevedeva la sanzione dell'esclusione per la mancata presentazione di esse.

Con ordinanza cautelare n. 439 del 2014 è stata accolta la domanda cautelare e sospesa l'efficacia degli atti impugnati, facendo salva, ricorrendo i presupposti, l'esercizio del soccorso istruttorio (che l'Amministrazione resistente non risulta avere esercitato).

L'appello avverso la predetta ordinanza proposta dalla ricorrente Elettrica Gover è stato dichiarato inammissibile con ordinanza del Consiglio di Stato n. 5740 del 2014.

Alla pubblica udienza del 14 gennaio 2015 la causa è passata in decisione.

DIRITTO

Il ricorso è fondato.

Merita, infatti, accoglimento l'unica articolata censura con la quale si lamenta la violazione della prescrizione di cui all'art. 38 lett. e) del Codice; violazione del punto 2 del Disciplinare di gara; violazione del punto III.2 del Bando e del punto 14 del disciplinare per illegittimità del provvedimento della Stazione appaltante di mantenere in gara la concorrente Saitec nonostante che - avendo essa, nell'anno antecedente la data di pubblicazione del bando di gara, preso in

affitto il ramo dell'azienda della Newtec System S.r.l. - abbia mancato di presentare le dichiarazioni relative all'amministratore unico ed al responsabile tecnico di quest'ultima, nonché, trattandosi di società con meno di quattro soci, del suo socio di maggioranza.

Costituisce principio ormai pacifico in giurisprudenza quello che, anche se nel Codice degli appalti manca una esplicita previsione, in caso che una concorrente, nell'anno antecedente la pubblicazione del bando, abbia preso in affitto una azienda ovvero un ramo di essa - visto il rapporto di continuità che si crea tra la locataria e l'affittuaria - è tenuta ad allegare alla sua offerta anche le dichiarazioni dell'art. 38 relative ai soggetti della società locataria (amministratori, direttori tecnici e socio di maggioranza in caso di società con meno di 4 soci). Sotto il profilo della necessità che anche l'affittuario (oltre al cessionario d'azienda) sia soggetto agli obblighi di dichiarazione di cui all'art. 38 del d.lgs. n. 163 del 2006 (sempre in applicazione dei principi affermati da Ad. plen. del Consiglio di Stato 10/2012), il Collegio condivide l'assunto secondo cui con l'affitto di azienda si realizza, in sostanza, una situazione assolutamente analoga a quella della cessione di azienda, salvo per il fatto che, nel primo caso, gli effetti del contratto hanno natura transitoria e vi è un obbligo di restituzione del complesso aziendale mentre nel secondo, invece, gli effetti hanno natura permanente.

Ed infatti, anche nel contratto di affitto di azienda non soltanto l'affittuario è in condizione di utilizzare mezzi d'opera e personale

facenti capo all'azienda affittata ma, soprattutto, si mette in condizione di avvantaggiarsi anche dei requisiti di ordine tecnico organizzativo ed economico finanziario facenti capo a tale azienda, per quanto ciò avvenga per un periodo di tempo determinato e malgrado la "reversibilità" degli effetti una volta giunto a scadenza il contratto di affitto d'azienda, con l'obbligo di restituzione del complesso aziendale.

Tale fattispecie, quindi, rientra per "analogia" tra quelle che, per giurisprudenza oramai pacifica del Consiglio di Stato, soggiacciono all'obbligo di rendere le dichiarazioni di cui all'art. 38, comma 1, lett. c) del Codice, riguardante anche gli amministratori e direttori tecnici dell'impresa cedente nel caso in cui sia intervenuta un'operazione di cessione d'azienda in favore del concorrente nell'anno anteriore alla pubblicazione del bando (Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 4 maggio 2012 n. 10).

In tal senso, si sono del resto di recente espressi anche il T.A.R. Veneto (sez. 1, n. 1090 dell'11 settembre 2013) e il Tar Campania, Napoli (sez. I, 3 giugno 2013 n. 2868), per cui l'esigenza di riferire le dichiarazioni anche agli amministratori dell'impresa dalla quale la concorrente ha ottenuto la disponibilità dell'azienda è ancora più evidente nel caso in cui si tratti di affitto e non di cessione dell'azienda, dal momento che l'influenza dell'impresa locatrice è destinata a restare intatta per tutto lo svolgimento del rapporto e ben potrebbe costituire un agevole mezzo per aggirare gli obblighi sanciti

dal codice degli appalti (cfr., in termini, Consiglio di Stato, Sezione III, 18 luglio 2011, n. 4354; C.G.A., 5 gennaio 2011, n. 8 e 26 ottobre 2010, n. 1314; T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. I, 16 marzo 2011, n. 488; T.A.R. Piemonte 22 maggio 2014 n. 921).

Nella fattispecie procedimentale all'esame del Collegio la Saitec, come risulta dalla visura camerale (all. 6 produzione documentale della ricorrente), con contratto del 13 marzo 2014 Rep. n. 49996 Racc. n. 23568 per rogito notaio Sabino Patruno, ha preso in affitto un ramo d'azienda dalla società Newtec System S.r.l..

Pertanto, considerato che detto contratto di affitto è stato stipulato in data 13 marzo 2014 (il giorno prima che l'organo amministrativo della stessa Newtec deliberasse di presentare la domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo) e, quindi, nell'anno antecedente la pubblicazione del bando di gara, essa avrebbe dovuto ottemperare alla prescrizione - sanzionata con l'esclusione - di allegare alla propria offerta anche le dichiarazioni ex art. 38 degli "amministratori muniti di potere di rappresentanza o del direttore tecnico o del socio unico persona fisica, ovvero del socio di maggioranza in caso di società con meno di quattro soci" della Newtec System S.r.l..

Peraltro, la dichiarazione ex art. 38 del signor Miccini Gianfranco avrebbe dovuto essere allegata anche nella di lui contestuale veste di amministratore unico della Mifin S.r.l., socia di maggioranza per il 63% della Newtec, le cui residue quote sono

detenute da un unico altro socio.

E' comprovato dal documento "Contratto di affitto di ramo d'azienda" sottoscritto il 13 marzo 2014 davanti al Notaio Sabino Patruno che Saitec in tale data ha preso in affitto il ramo d'azienda dalla società Newtec System S.r.l.. Questo, peraltro, risulta anche dalla annotazione "Affitto di ramo d'azienda data atto 13.03.2014" riportata alla pagina 7 della visura camerale della Saitec.

Laddove nella sua "Istanza di prelievo" Saitec ha avanzato la tesi che tale contratto d'affitto avrebbe avuto decorrenza solo dopo la consegna dei lavori da parte della committente ASUR e, quindi, in tesi, in epoca successiva rispetto al termine di presentazione delle offerte nella gara bandita dal Reparto Infrastrutture del Ministero della Difesa, tale assunto difensivo risulta smentito nel suo stesso fondamento fattuale atteso che:

- nelle premesse del contratto d'affitto è evidenziato a chiare lettere: "la società locatrice ha in corso il seguente contratto d'appalto sottoscritto con la ASUR";
- all'art. 2 "Oggetto" del contratto d'affitto è scritto: "La società locatrice ... concede in affitto con effetto dalla data odierna alla società affittuaria, che accetta, il ramo di azienda produttivo come descritto nelle premesse, comprensivo di beni strumentali, materiali ed immateriali ivi compresi il contratto di appalto indicato nelle premesse e negli allegati già iniziati dalla locatrice nei termini di cui infra";

- dalla visura camerale della Newtec System si ha riscontro che il giorno successivo a quello della stipula del contratto d'affitto in argomento, il 14 marzo 2014, l'organo amministrativo di Newtec ha deliberato di presentare proposta di ammissione alla procedura di concordato preventivo, che risulta depositata al Tribunale di Macerata ai sensi dell'art. 161 L.F. in data 17 marzo 2014.

La visura camerale di Newtec System aggiornata alla data di produzione del documento dà il seguente riscontro: "Concordato preventivo data iscrizione procedura 11/11/2014 Tribunale di Macerata" e riscontra che nella stessa data dell'11 novembre 2014 il Tribunale di Macerata ha nominato Commissario Giudiziale la dott.ssa Sonia Rossi.

Essendo principi ormai pacifici quelli che con l'affitto d'azienda si realizza una situazione assolutamente analoga a quella della cessione d'azienda e che, quindi, se un concorrente, nell'anno antecedente la pubblicazione del bando, ha acquisito o preso in affitto una azienda deve rendere la dichiarazione ex art. 38 anche in riferimento a tale azienda, poiché l'affitto d'azienda dalla Newtec System alla Saitec è intervenuto solo tre mesi prima della pubblicazione del bando della gara indetta dal Reparto Infrastrutture del Ministero della Difesa, ne consegue che Saitec avrebbe dovuto inserire nella propria offerta le dichiarazioni ex art. 38 relative anche all'amministratore unico della Newtec System sig. Gianfranco Miccini ed al Direttore tecnico sig. Marco Miccini.

Invece, Saitec ha completamente omesso di ottemperare a tale obbligo ed ha sottaciuto alla Stazione appaltante di avere stipulato quel contratto di affitto di ramo d'azienda, per cui la Commissione di gara, al momento del vaglio della completezza della documentazione inserita nell'offerta, non si è potuta avvedere della mancanza.

Poiché Saitec ha stipulato il contratto d'affitto d'azienda con la locataria Newtec System quando quest'ultima era ancora in bonis, e non già una volta nominato il Commissario giudiziale del concordato preventivo al quale la stessa Newtec System ha chiesto di accedere subito dopo, nella fattispecie non si era verificata quella cesura tra la gestione precedente e gli organi fallimentari, tale che avrebbe escluso ogni collegamento con la gestione della locataria precedente alla procedura di concordato preventivo e avrebbe reso non necessaria la presentazione delle dichiarazioni ex art. 38 che, in tal caso, sarebbero state relative alla figura del Commissario giudiziale nominato dal Tribunale della Newtec System.

Avendo, dunque, la Saitec omesso di rendere le sopra dette dichiarazioni ex art. 38, ed essendosi, tra l'altro, la stazione appaltante tenuta a sanzionare con l'esclusione dalla gara le concorrenti che avessero mancato di rendere tutte le dichiarazioni dovute, in sede di controllo dei requisiti la stessa Saitec avrebbe dovuto essere esclusa dalla procedura concorsuale, per cui sono di conseguenza illegittimi i provvedimenti di averla mantenuta in gara e di averla poi dichiarata aggiudicataria dell'appalto.

Atteso che, trattasi di gara bandita prima dell'introduzione dell'ultima novella all'art. 38 del Codice, il principio da applicarsi è che versandosi in tema di procedura di aggiudicazione di tipo meccanico, essendo stato previsto dal bando il criterio di aggiudicazione del prezzo più basso (diversamente da quanto accade nella diversa ipotesi dell'aggiudicazione all'offerta economicamente più vantaggiosa, che si basa su valutazioni tecnico-discrezionali della commissione di gara) l'interesse a ricorrere richiede la dimostrazione che l'esito della gara sarebbe favorevole al ricorrente.

L'utilizzo del metodo meccanico rende, infatti, possibile al ricorrente, che è ormai a conoscenza del ribasso praticato dall'impresa aggiudicataria, verificare l'idoneità della propria offerta a conseguire l'aggiudicazione, attraverso un semplice calcolo matematico.

Conseguentemente Elettrica Gover a sostegno della cd. "prova di resistenza" volta a dimostrare il suo diretto, concreto ed attuale interesse al ricorso produce una tabella riportante la simulazione della rideterminazione della media dei ribassi e della soglia di anomalia a seguito della invocata esclusione della Saitec, da cui si trae che l'appalto va aggiudicato ad essa Elettrica Gover, circostanza non contestata dalle parti costituite.

Il ricorso va, pertanto, accolto e gli atti impugnati vanno conseguentemente annullati nei limiti di interesse della parte ricorrente.

Non essendo stata provata la stipula del contratto nelle more della

definizione del giudizio, non vi sono i presupposti per la pronuncia sulla efficacia del contratto, richiesta dalla parte ricorrente soltanto in via ipotetica.

Le spese del giudizio seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto annulla gli atti impugnati nei termini di cui in motivazione.

Condanna in solido il Ministero della Difesa e la controinteressata Saitec Company S.r.l. alla rifusione di spese ed onorari del giudizio in favore della parte ricorrente che liquida in complessivi € 3.000 (tremila) oltre accessori ed alla rifusione del contributo unificato nella misura versata.

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

Così deciso in Torino nella camera di consiglio del giorno 14 gennaio 2015 con l'intervento dei magistrati:

Vincenzo Salamone, Presidente, Estensore

Savio Picone, Primo Referendario

Paola Malanetto, Primo Referendario

IL PRESIDENTE, ESTENSORE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 30/01/2015

IL SEGRETARIO

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