

Consiglio di Stato sez. V 9/7/2012 n. 3995

Principio di immodificabilità soggettiva della persona dell'offerente - Ridimensionamento - Limiti

**REPUBBLICA ITALIANA
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 1073 del 2012, proposto da:

Zambelli S.r.l. in proprio e quale mandataria R.T.I., rappresentata e difesa dall'avv., con domicilio eletto presso in Roma, corso; Consorzio Consystem, Bies Srl;

contro

Comune di Spello, rappresentato e difeso dall'avv., con domicilio eletto presso in Roma, via

nei confronti di

Consorzio Cooperative Costruzioni C.c.c. Società Cooperativa, rappresentata e difesa dall'avv., con domicilio eletto presso in Roma, via

per la riforma

della sentenza del T.A.R. UMBRIA n. 00009/2012, resa tra le parti, concernente della sentenza del T.A.R. Umbria n. 9/2012, resa tra le parti, concernente affidamento dei lavori di realizzazione delle infrastrutture a rete e della pavimentazione del piano integrato di Spello capoluogo;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'appello incidentale del Consorzio Cooperative Costruzioni C.c.c. Società Cooperativa;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Spello e di Consorzio Cooperative Costruzioni C.c.c. Società Cooperativa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 5 giugno 2012 il Cons. Raffaele Prosperi e uditi per le parti gli avvocati

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

In data 21 marzo 2009 il Comune di Spello indiceva procedura aperta con il metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa per l'affidamento dei lavori di realizzazione delle infrastrutture a rete e delle pavimentazioni del piano integrato di recupero di Spello capoluogo - Il stralcio; a tale gara partecipavano, tra le altre, le seguenti imprese : R.T.I. Consorzio Ravennate e COIR Consorzio Imprese

Romagnole, il C.C.C. Consorzio Cooperative Costruzioni, ed il R.T.I. fra Zambelli S.r.l., BIES S.r.l. e Consorzio Consystem.

Il 18 ottobre 2010 il Comune redigeva la graduatoria provvisoria, in cui risultava primo classificato il R.T.I. Consorzio Ravennate-COIR con punti 92,25, e secondo il R.T.I. fra Zambelli S.r.l., BIES S.r.l. e Consorzio Consystem, con punti 86,21, mentre nono ed ultimo graduato era il Consorzio Cooperative Costruzioni C.C.C. con punti 45,49.

La procedura era però rimasta sospesa, in quanto la stazione appaltante aveva trasmesso con lettera del 29 dicembre 2010 alle prime due classificate una richiesta di proroga della validità delle offerte presentate per 180 giorni.

Il Consorzio ravennate ed il consorzio C.C.C. avevano partecipato alla gara con due offerte distinte ed in concorrenza tra loro, ma avevano già deliberato di procedere alla loro fusione, in programma fin dal 2008; in particolare, rispettivamente con delibere di assemblea straordinaria e del C.d'A. in data 22 novembre 2010, si è determinato che il Consorzio C.C.C. incorporasse per fusione il Consorzio ravennate; l'atto di fusione è avvenuto in data 26 maggio 2011 ed è divenuto efficace il 1 giugno 2011.

In questa ultima data il Consorzio C.C.C. comunicava al Comune di Spello il subentro nella gara in luogo del Consorzio ravennate, il Comune esaminava la richiesta di subentro e richiedeva un'ulteriore proroga per la sola offerta del nuovo raggruppamento. Successivamente il Comune, con determinazione n. 392 in data 12 luglio 2011 del Responsabile del Settore Ricostruzione, disponeva l'aggiudicazione definitiva al R.T.I. formato dal Consorzio Cooperative Costruzioni C.C.C. società cooperativa quale mandataria e dal COIR Consorzio Imprese Romagnole quale mandante.

Il R.T.I. fra Zambelli S.r.l., BIES S.r.l. e Consorzio Consystem impugnava tale determinazione davanti al TAR dell'Umbria il quale però, con sentenza n. 9 del 19 gennaio 2012, respingeva il ricorso.

Con appello in Consiglio di Stato notificato l'8 febbraio 2012 il R.T.I. Zambelli impugnava la sentenza in questione, sollevando le seguenti censure:

1. Violazione e/o falsa applicazione degli artt. 11, 37 co. 7 e 51 D. Lgs. 163/06. Il TAR ha ritenuto che l'art. 51 in rubrica permettesse il subentro di un altro soggetto in un'offerta in caso di cessione o affitto dell'azienda o di un ramo d'azienda, ovvero di trasformazione, fusione o scissione della società. La Zambelli ha sostenuto invece che tale norma non può applicarsi quando il subentrante aveva già partecipato alla gara con una propria offerta, poiché ciò concretizza la violazione degli artt. 11 co. 6 e 37 co. 7 D. Lgs. 163/06: ciò in primo luogo perché i requisiti per l'ammissione delle offerte e la conformità alle regole di gara devono permanere fino all'aggiudicazione definitiva e alla stipula del contratto e l'aggiudicazione provvisoria è solamente una fase del procedimento di gara. La fusione tra i due concorrenti è avvenuta in corso di gara, perciò alla conclusione di quest'ultima il soggetto classificato ultimo in graduatoria si è trovato collocato in prima posizione, subentrando ad altro offerente.

2. Violazione e/o falsa applicazione degli artt. 2, 11, 12 e 51 D. Lgs. 163/06. Eccesso di potere per sviamento, violazione del giusto procedimento e difetto di motivazione. Il Comune di Spello ha allungato a dismisura i tempi di aggiudicazione, permettendo così il subentro nell'affidamento di un soggetto che aveva perso la gara. La graduatoria provvisoria è stata formata con verbale del 18 ottobre 2010, mentre l'aggiudicazione definitiva è intervenuta solamente il 12 luglio 2011 e ciò grazie alle proroghe delle offerte richieste dalla stazione appaltante a due sole concorrenti: tale comportamento non trova alcun appiglio normativo, viste anche le statuizioni del D.Lgs. 163/06, poiché le proroghe sono state del tutto immotivate, né collegate a richieste di chiarimenti. A fronte di questo era anche notorio che i due consorzi stessero da tempo progettando la fusione e in questa fosse già in via di formazione nel corso della stessa gara.

3. Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 38 co. 1 m - quater D. Lgs. 163/06. Eccesso di potere per violazione del giusto procedimento e difetto di istruttoria. In presenza di indizi gravi, precisi e concordanti attestanti la provenienza delle offerte da un unico centro decisionale, è consentita l'esclusione delle imprese, benché non si trovino in situazione di controllo ex art. 2359 c. c., ma in collegamento sostanziale tanto da eludere la norma. Già nel 2008 il Consorzio Cooperative Costruzioni ed il Consorzio Ravennate hanno iniziato il percorso di fusione che è andato avanti parallelamente alla procedura di gara in esame: nello stesso periodo i due soggetti hanno partecipato ad un alto numero di gare, dimostrando l'esistenza di una

collaborazione continuativa e redigendo la situazione patrimoniale della fusione anteriormente all'aggiudicazione definitiva dei lavori in questione.

L'appellante concludeva per l'accoglimento dell'appello con vittoria di spese.

Si costituivano in giudizio il Comune di Spello ed il Consorzio Cooperative Costruzioni contestando le ragioni dell'appellante ed inoltre il controinteressato notificava il 9 febbraio 2012 appello incidentale subordinato, reiterando così il ricorso incidentale proposto in primo grado, recante le seguenti censure:

1. Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 37 co. 3 D. Lgs. 163/06 e dell'art. 95 d.P.R. 554/99, nonché del punto III.2.1) del bando di gara del punto C), n. 1, lett. s) (pag.6) del disciplinare di gara. Eccesso di potere per illogicità e per contraddittorietà manifesta, errore dei presupposti, difetto di istruttoria, violazione della par condicio, ingiustizia grave manifesta. Violazione dei principi di buon andamento e di imparzialità. Illegittimità derivata. Il R.T.I. Zambelli avrebbe dovuto essere escluso dalla gara per mancanza dei requisiti economico - finanziari e tecnico - organizzativi necessari ed in particolare dei lavori di cui alla categoria OG6. Per le riunioni di tipo orizzontale il regolamento *ratione temporis* applicabile alla fattispecie in esame – art. 95 co. 2 d.P.R. 554/99 - stabilisce che i requisiti richiesti per le imprese singole devono essere posseduti dalla mandataria o da una consorziata nelle misure minime del 40%, mentre la restante percentuale è posseduta cumulativamente dalle mandanti o dalle altre consorziate, ciascuna nella misura minima del 10%. Le imprese dovevano dare conto nella domanda di partecipazione delle loro quote di con specifico riferimento alle categorie prese in considerazione per i lavori, naturalmente nel rispetto della propria qualificazione, tenendo comunque conto che, in caso di raggruppamento temporaneo, doveva sussistere una perfetta corrispondenza tra la quota di lavori e la quota di effettiva partecipazione al raggruppamento.

Il R.T.I. Zambelli ha palesemente contravvenuto alle disposizioni in materia, in quanto si è impegnato ad assumere solamente l'86% delle lavorazioni di cui alla categoria OG6, omettendo anche di dimostrare il possesso dei requisiti minimi necessari per l'esecuzione al 100%. Né può essere utile il generico richiamo al subappalto perché, visto il dettato della legge di gara, il raggruppamento temporaneo doveva comunque possedere i requisiti per la percentuale piena.

2. Violazione dell'art. 37 co. 3 D. Lgs. 163/06 e dell'art. 95 d.P.R. 554/99, dell'art. 3 co. 2 d.P.R. 34/00, nonché del punto III.2.1) del bando di gara del punto C), n. 1, lett. s) (pag.6) del disciplinare di gara. Eccesso di potere per illogicità e per contraddittorietà manifesta, violazione della par condicio, ingiustizia grave manifesta e carenza di motivazione. Illegittimità derivata. Ai sensi dell'art. 3 co. 2 d.P.R. 34/00, la qualificazione in una categoria abilita l'impresa a partecipare alle gare e ad eseguire i lavori nei limiti della propria classifica incrementata di un quinto; nel caso di imprese raggruppate consorziate la medesima disposizione si applica con riferimento a ciascuna impresa raggruppata o consorziata, a condizione che essa sia qualificata per una classifica pari ad almeno 1/5 dell'importo dei lavori a base di gara. Sia Zambelli s.r.l., sia Bies s.r.l. godono di una classificazione che è inferiore ad 1/5 dell'importo dei lavori a base di gara, dunque potevano assumere soltanto le quote effettivamente dichiarate.

La controinteressata concludeva per l'accoglimento dell'appello incidentale e per la conseguente inammissibilità dell'appello principale.

Con ordinanza n. 1050 del 14 marzo 2012 questa Sezione accoglieva la domanda cautelare di sospensione della sentenza impugnata.

Alla odierna udienza pubblica la causa è passata in decisione.

DIRITTO

Il Collegio deve dapprima darsi carico dell'appello incidentale proposto dal Consorzio Cooperative Costruzioni, con il quale sono state ribadite le censure già sollevate in primo grado con ricorso incidentale, rimasto assorbito dal rigetto del ricorso dell'a.t.i. Zambelli, ora appellante principale.

In sintesi l'appellante incidentale sostiene che l'a.t.i. Zambelli dovesse essere esclusa per la mancata dichiarazione e per il mancato possesso dei requisiti economico - finanziari e tecnico - organizzativi dei lavori di cui alla categoria OG6 i quali, per un'a.t.i. a carattere orizzontale, dovevano essere posseduti nella misura

piena ai sensi dell'allora vigente art. 95 co. 2 d.P.R. 554/99 nelle percentuali da tale norma stabilite, mentre non era ammissibile la misura dell'86% dichiarata.

Le censure sono infondate.

E' infatti dirimente nel caso di specie che il bando di gara preveda al punto 2.1 che i lavori di cui alla categoria scorporabile OG6 siano subappaltabili - al pari dei lavori di cui alle categorie OG2 e OG10 - e che detta previsione venga ribadita dal disciplinare, in cui si stabilisce che i concorrenti intendano subappaltare le lavorazioni per categorie OG2, OG6 e OG10 per assenza di qualificazione, devono dichiararlo nella domanda di partecipazione.

Il r.t.i. Zambelli ha puntualmente avanzato nella propria domanda di partecipazione l'intenzione di subappaltare le lavorazioni di cui alla categoria OG6.

Lo stesso disciplinare stabilisce, in applicazione dell'art. 95 d.P.R. 554/99 predetto, la sufficienza della qualificazione nella categoria prevalente - nella specie OG3 classe VI - nella misura pari all'importo di tutti i lavori posti in gara, ricomprendendo in questi l'ammontare delle lavorazioni scorporabili ove non possedute e quindi, godendo già da sola la Zambelli s.r.l. di due classifiche V della categoria OG3 e di una classifica IV, e dunque di una qualificazione complessiva di € 14.977.249,60, superiore alla somma posta a base d'asta, non si rinvengono ragioni per le quali il r.t.i. Zambelli dovesse essere escluso.

Si deve procedere ora all'esame delle censure proposte con l'appello principale, censure che sono fondate.

Se il Collegio deve riconoscere che da un lato l'art. 51 del D. Lgs. 163/06 ha effettivamente inserito nel sistema di regolazione delle pubbliche gare, anche per l'influenza del diritto comunitario, un deciso ridimensionamento del principio dell'immodificabilità soggettiva della persona dell'offerente, per cui le cessioni di azienda o le trasformazioni, fusioni o scissioni di società non possono provocare esclusioni, se non per l'assenza nei nuovi soggetti di requisiti generali oppure speciali, oppure ancora di requisiti necessari in base ai criteri selettivi utilizzati dalla stazione appaltante (Cons. Stato, V, 1 ottobre 2009 n. 10179), dall'altro detto ridimensionamento non trova nel codice degli appalti una generalità assoluta, ma viene accompagnato da una serie di limitazioni poste a presidio di altro principio, quello invocato dal r.t.i. Zambelli, ovvero sia dell'inammissibilità della presenza plurima nella stessa gara dello stesso concorrente, tramite più offerte - art. 11 co. 6 - oppure con l'inserimento di una stessa impresa in più di un raggruppamento temporaneo - art. 37 co. 7.

Nel caso di specie, prima dell'emanazione del provvedimento di aggiudicazione definitiva e quindi anteriormente al conclusione della gara, un concorrente che aveva presentato già una propria offerta convocata in posizione deteriore, si è trovato grazie a trasformazione societaria ad essere portatore di ulteriore offerta all'interno della stessa graduatoria, dunque in un posizione non ammessa dalla legge: è evidente che l'offerta primitiva del Consorzio Cooperative Costruzioni non poteva ritenersi nulla in conseguenza della fusione con il Consorzio Ravennate.

I fatti appaiono ancor più manifesti alla luce del terzo motivo di appello, in cui si evidenzia come già nel 2008 il Consorzio Cooperative Costruzioni ed il Consorzio Ravennate avessero iniziato il proprio percorso di fusione sia dal punto di vista formale, procedendo alla redazione del progetto di fusione, sia dal punto di vista sostanziale, avviando una collaborazione continuativa di partecipazione congiunta alle gare pubbliche, accadimenti che non trovano alcuna smentita in tutta la vicenda.

L'art. 38 D. Lgs. 163/06 al punto m-quater - introdotto dall'art. 3 della L. 25 novembre 2009 n. 166 - stabilisce l'esclusione dalle gare per quelle offerte in cui anche una relazione di fatto ne dimostri l'imputabilità ad un unico centro decisionale (si veda anche la precedente previsione di cui all'art. 34 co.2 D. Lgs. 163/06).

Né varrebbe osservare, insenso contrario che il percorso di fusione sia iniziato l'anno precedente la pubblicazione del bando per la gara in controversia. E' pacifico, infatti, che i due raggruppamenti hanno partecipato insieme a numerose gare, come risulta dai documenti che alla data del 26 maggio 2011 è avvenuto il negozio giuridico di incorporazione del Consorzio Ravennate nel Consorzio Cooperative Costruzioni con efficacia a decorrere dal successivo 1 giugno, ponendo quindi fine alle proroghe immotivate e dai termini del tutto patologici disposte dal Comune di Spello delle offerte delle prime due concorrenti classificate.

Per le suesposte considerazioni l'appello principale deve essere accolto con le conseguenti riforma della sentenza impugnata ed accoglimento del ricorso proposto in primo grado.

Le spese di giudizio possono essere compensate, dato il problema interpretativo della portata dell'art. 51 del D. Lgs. 163/06.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

definitivamente pronunciando sugli appelli come in epigrafe proposti,

respinge l'appello incidentale ed accoglie l'appello principale e, per l'effetto in riforma della sentenza impugnata, accoglie il ricorso di primo grado.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 5 giugno 2012

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 09/07/2012

IL SEGRETARIO

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