

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 18/02/2010

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/28940-la-dichiarazione-resa-dall-aggiudicataria-si-pone-pertanto-in-contrasto-con-la-disposizione-contenuta-nel-citato-art-38-del-d-lgs-n-163-2006-espressamente-richiamato-dall-art-4-lettera-a-del-disc>

Autore: Lazzini Sonia

La dichiarazione resa dall'aggiudicataria si pone, pertanto, in contrasto con la disposizione contenuta nel citato art. 38 del D. Lgs.n.163/2006, espressamente richiamato dall'art.4, lettera a), del disciplinare di gara, atteso che in detta dichiarazione

Tar Sicilia, Palermo, 04.03.2009 n. 455

La dichiarazione resa dall'aggiudicataria si pone, pertanto, in contrasto con la disposizione contenuta nel citato art. 38 del D. Lgs.n.163/2006, espressamente richiamato dall'art.4, lettera a), del disciplinare di gara, atteso che in detta dichiarazione non sono stati indicati, quali soggetti cessati dalla carica nel triennio (in quanto soggetti dell'impresa cedente il ramo d'azienda), il legale rappresentante e il direttore tecnico dell'impresa cedente

Sul punto, questo Tribunale ha di recente affrontato ex professo la specifica questione giuridica – seguendo un orientamento dal quale il Collegio non ravvisa ragioni per discostarsi - soffermandosi sul significato e sulla portata della previsione in esame, con riguardo a fattispecie sostanzialmente identiche alla presente, in quanto aventi ad oggetto la “cessione di ramo d'azienda” (cfr.: T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. III, 22 ottobre 2007, n. 2249; 19 febbraio 2007, n. 577; 31 gennaio 2007, n. 257).

E' stata, in particolare, riconosciuta la portata sostanziale, e non meramente formale, della disposizione in esame, in quanto finalizzata a garantire che le stazioni appaltanti siano messe in grado di verificare la sussistenza di tutti i requisiti di moralità in capo ai partecipanti alle procedure di affidamento di appalti pubblici, così da prevenire il rischio di influenza da parte di cedenti eventualmente privi di detti requisiti.

In punto di diritto, la questione da affrontare è quella dell'osservanza, da parte dell'A.T.I. controinteressata, dell'art.4, lett. a), e dell'art.9, quinto capoverso, del disciplinare di gara, a mente dei quali, rispettivamente, con riguardo al contenuto della dichiarazione sostitutiva, ogni impresa partecipante, a pena di esclusione: “...dichiara, indicandole specificamente, di non trovarsi in alcuna delle condizioni previste dall'art.38, comma 1, lettere a), b), c), d), e), f), g), h), i), m) ed m-bis) del D: Lgs. n.163/2006 e s.m.i.” (punto 4); e “...le dichiarazioni di cui al punto 4, lett.a.b), a.c.), b) e c) devono essere rese, a pena d'esclusione, anche dai soggetti previsti dall'art.38, comma 1, lett.b) e c) del d. lgs. 163/2006 e successive modifiche ed integrazioni” (punto 9).

In applicazione delle su indicate disposizioni del richiamato art.38, il divieto di partecipazione alle procedure di affidamento degli appalti opera per i soggetti, nei cui confronti è pendente procedimento per l'applicazione di una delle misure di prevenzione di cui all'articolo 3 della legge 27 dicembre 1956, n. 1423 o di una delle cause ostative previste dall'articolo 10 della legge 31 maggio 1965, n. 575; l'esclusione e il divieto operano se la pendenza del procedimento riguarda il titolare o il direttore tecnico, se si tratta di impresa individuale; il socio o il direttore tecnico se si tratta di società in nome collettivo, i soci accomandatari o il direttore tecnico se si tratta di società in accomandita semplice, gli amministratori muniti di poteri di rappresentanza o il direttore tecnico, se si tratta di altro tipo di società (lettera b) art.38 D. Lgs. n.163/2006)

Detto divieto opera, altresì, per i soggetti, nei cui confronti è stata emessa sentenza di condanna (anche ai sensi dell'art. 444 c.p.p.) per reati che incidono sull'affidabilità morale e professionale: esso opera, in caso di società in nome collettivo, se la sentenza è stata emessa nei confronti del socio o del direttore tecnico e, in caso di altro tipo di società, se la sentenza è stata emessa nei confronti degli amministratori muniti di potere di rappresentanza o del direttore tecnico.

La norma in esame dispone, altresì, che il divieto opera in ogni caso 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 dalla condotta penalmente sanzionata.

Orbene, poiché nel caso di specie in data 19.01.2006 la società capogruppo (CONTROINTERESSATA. S.r.l.) dell'A.T.I. aggiudicataria si è resa cessionaria, da parte dell'impresa Ricorrente due s.r.l., di un ramo d'azienda preposto allo svolgimento delle attività rientranti nella categoria OG6, la predetta A.T.I., in sede di partecipazione alla gara di appalto, avrebbe dovuto

presentare la dichiarazione, da rendere in applicazione dell'art.4 del disciplinare di gara, anche con riferimento agli amministratori e ai direttori tecnici dell'impresa cedente.

Sulla problematica in esame, in particolare questa Sezione, con le citate pronunce n. 257/2007 e n. 577/2007, premessa la "ratio" cui si ispira l'art. 75 del D.P.R. n.554/1999 (sostanzialmente riprodotto dall'art.38 del Codice dei Contratti), ha ritenuto che l'omissione delle dichiarazioni relative all'assenza di eventuali cause di esclusione, contemplate dalla norma in questione, rispetto agli amministratori e ai direttori tecnici già facenti parte dell'impresa cedente, non permette alla stazione appaltante di verificare la sussistenza di tutti i requisiti di partecipazione in capo alla cessionaria, e dunque, ove ne ricorra l'ipotesi, di pronunciare l'esclusione ivi prevista, con conseguente illegittimità dell'ammissione alla gara dell'impresa cessionaria che non abbia reso le dichiarazioni relative ai soggetti contemplati dall'art. 75 anche con riguardo alle imprese cedenti.

Si è, infatti, osservato che "Anche il trasferimento d'azienda comporta i rischi di influenza da parte di eventuali cedenti privi dei requisiti di affidabilità che la normativa in materia vuole scongiurare, ben potendosi risolvere, in tesi, di una cessione del compendio di beni e servizi a soggetti formalmente diversi dal cedente, cui non faccia riscontro una reale spoliazione di quest'ultimo rispetto agli interessi sottesi all'attività imprenditoriale svolta con tali mezzi d'opera (tanto più che il trasferimento d'azienda da una società ad un'altra, come noto, non comporta l'estinzione della dante causa); o anche un modo per sostanzialmente eludere il divieto di legge, attraverso un mutamento soggettivo, ove ritenuto idoneo a fare venire meno eventuali situazioni preclusive, con l'utilizzazione della qualificazione posseduta dal soggetto ceduto".

Detto orientamento è stato, peraltro, confermato dal C.G.A. con recentissima pronuncia (6 maggio 2008, n.389), la quale non risulta smentita dal precedente citato dalla difesa della controinteressata (C.G.A., dec. n. 601/2008), il quale, in realtà, faceva riferimento alla differente fattispecie della assenza di soggetti cessati dalla carica nel triennio, e sulla insussistenza, in capo alle imprese partecipanti, di un obbligo di dichiarare anche la assenza di tali soggetti.

Merita di essere segnalata la sentenza numero 455 del 2009 emessa dal Tar Sicilia, Palermo ed in particolare il seguente passaggio

< Non colgono nel segno neppure le argomentazioni della controinteressata, relative alla prospettata incongruenza di dichiarazioni, rese da soggetti non facenti parte della compagine aziendale. Sostiene, in particolare, la A.T.I. CONTROINTERESSATA. s.r.l.–CONTROINTERESSATA DUE. s.r.l. che la suddetta dichiarazione, se resa dai soggetti cessati, costringerebbe l'impresa partecipante a chiedere la collaborazione di amministratori non più operanti nell'impresa, realizzandosi così una forma di collaborazione forzata, che frustrerebbe la stessa ratio della norma imperativa sui requisiti morali dei partecipanti.

Invero, a seguire tale prospettazione, le imprese potrebbero agevolmente aggirare i divieti di partecipare alle gare d'appalto, con riferimento a possibili concorrenti, i cui soggetti rivestenti cariche sociali rilevanti sotto il richiamato profilo soggettivo siano privi dei requisiti di moralità ed affidabilità previsti dalla vigente normativa in maniera rigorosa (cfr., sul punto, C.G.A. n.389/08 cit.).

In secondo luogo, su tale specifica questione, si ritiene opportuno segnalare una recentissima pronuncia del C.G.A., secondo cui: "Le dichiarazioni di cui all'art. 75 del D.P.R. 21 dicembre 1999 n. 554, relativamente agli amministratori e ai direttori tecnici cessati dalla carica nell'ultimo triennio, possono essere legittimamente rese, anziché da questi ultimi, dagli amministratori attuali dell'impresa partecipante alla gara (sentenza 16 settembre 2008 n. 757; cfr. anche CGA, 18 febbraio 2008, n.114).

Il Giudice d'appello ha, in particolare, evidenziato come ..."quando le dichiarazioni ex art. 75 cit. "relative al soggetto cessato nel triennio sono state rese non direttamente da costui, ma ... dall'attuale amministratore e direttore tecnico", si versa in "situazione ... del tutto legittima, non essendo stata addotta alcuna norma di legge o di bando che imponga che la dichiarazione sia resa dallo stesso soggetto cui la situazione dichiarata si riferisce, pur se non abbia più rapporti con l'impresa partecipante". Ed ancora: "Condividendo e ribadendo tale conclusione – evidentemente atta a superare il contrario orientamento pur in precedenza espresso da questo Consiglio con la decisione 8 marzo

2005, n. 94, citata a pag. 15 della sentenza gravata – il Collegio osserva come non vi siano ragioni per non ritenere pienamente applicabile al caso in esame il principio espresso dall'art. 47, comma 2, del D.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445, secondo cui “la dichiarazione resa nell'interesse proprio del dichiarante può riguardare anche stati, qualità personali e fatti relativi ad altri soggetti di cui egli abbia diretta conoscenza” (...) Diversamente opinando, peraltro, molte imprese verrebbero poste nell'assoluta impossibilità di rendere siffatte dichiarazioni, dato che gli amministratori e direttori tecnici cessati potrebbero non avere più alcun rapporto con l'impresa, né voler più collaborare con essa, ovvero essere deceduti”.

Non può, d'altra parte, valere in contrario l'argomento difensivo addotto dalla controinteressata, secondo cui i “requisiti generali” (tra cui quelli di affidabilità professionale e di moralità dell'impresa) dovrebbero essere valutati solamente in capo alla cessionaria d'azienda, secondo quanto ritenuto dall'Autorità di Vigilanza sui LL.PP. con deliberazione n. 5/2003. Infatti, la questione affrontata in tale determinazione afferiva alla questione degli effetti della cessione di azienda (o di rami d'azienda) ai fini dell'attestazione SOA, secondo la specifica disciplina contenuta negli artt. 15 e ss. del D.P.R. 34/2000, e non la diversa questione – oggetto del presente giudizio - della rilevanza o meno delle predette cessioni a fronte delle dichiarazioni richieste dall'art. 75 lett. c) del D.P.R. n. 554/1999.

E' stato, in particolare, evidenziato in una precedente pronuncia della Sezione che “La regola di ordine generale, cui si richiama la controinteressata (secondo la quale i requisiti generali sono richiesti in capo ai cessionari e non alle imprese cedenti) è condivisibile, ma non ha alcuna attinenza con la specifica “ratio” dell'art. 38 del D.P.R. n.163/2006 (già art.75 lett. c) del D.P.R. n.554/99), che, in sostanza, mira a ricostruire (cfr. T.A.R. Umbria, 16 luglio 2001, n. 380) la successione delle cariche aziendali per l'intero triennio antecedente al bando, nell'ovvia prospettiva di:

- fare emergere gli eventuali passaggi aziendali e societari di cui si avvale l'impresa al momento di partecipare alla pubblica gara d'appalto;
- consentire, quindi, alla P.A. di valutare quelle modifiche organiche o organizzative derivanti da cessioni d'azienda che, ove non esterne, renderebbero oltremodo facile (per le imprese che ne avessero necessità) aggirare i requisiti soggettivi di moralità e di affidabilità richiesti dalla legge per la partecipazione alle pubbliche gare” (T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. III, 22 ottobre 2007, n. 2249).

A cura di Sonia LAzzini

Riportiamo qui di seguito la sentenza numero 455 del 4 marzo 2009, emessa dal Tar Sicilia, Palermo

N. 00455/2009 REG.SEN.

N. 01762/2008 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 Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

Sul ricorso numero di registro generale 1762 del 2008 e sul connesso ricorso per motivi aggiunti prot. n.12025 del 29.09.2008, proposti da: RICORRENTE . COSTRUZIONI s.r.l., in persona del legale rappresentante pro-tempore, elettivamente domiciliato in Palermo, Via Libert  n. 171, presso lo studio degli Avv.ti Giovanni e Giuseppe Immordino, che lo rappresentano e difendono, congiuntamente e disgiuntamente, per mandato a margine del ricorso introduttivo e del ricorso per motivi aggiunti;

contro

- il Comune di Mazzarino, in persona del legale rappresentante pro tempore, non costituito in giudizio;
- l'U.R.E.G.A. - Ufficio Regionale Espletamento Gare di Appalto, Sezione di Caltanissetta, in persona del legale rappresentante pro-tempore, domiciliato ex lege in Palermo, Via A. De Gasperi n.81, presso gli Uffici dell'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Palermo, che lo rappresenta e difende;

nei confronti di

- dell'A.T.I. CONTROINTERESSATA. S.r.l. – CONTROINTERESSATA DUE. S.r.l., in persona del legale rappresentante pro-tempore della capogruppo mandataria, rappresentata e difesa, giusta procura a margine dell'atto di costituzione, dall'Avv. Fabio Lo Presti, elettivamente domiciliata in Palermo, Via Notarbartolo n. 5, presso lo studio dell'Avv. Lucia Di Salvo;

per l'annullamento

quanto al ricorso principale:

- del verbale di gara del 2-3.07.2008 di aggiudicazione dei “lavori di completamento I.D. con processi di finissaggio, accumulo e adduzione acque trattate per uso irriguo”, “nella parte in cui   stata ammessa alla gara l'ATI aggiudicataria CONTROINTERESSATA s.r.l. – CONTROINTERESSATA DUE s.r.l., nonostante la capogruppo non abbia reso alcuna dichiarazione in ordine al possesso dei requisiti morali, di cui all'art. 38 comma 1, lett. B) del DPR 554/99”;

- dei medesimi verbali di gara, nella parte in cui   stata dichiarata aggiudicataria la controinteressata;

- nonché degli atti tutti, connessi e consequenziali;

quanto al ricorso per motivi aggiunti:

- della determinazione n. 175 del 28.07.2008, con la quale il Capo del 5° Settore e R.U.P. del Comune di Mazzarino ha approvato i verbali del 2.3 luglio 2008 per l'aggiudicazione dei "lavori di completamento I.D. con processi di finissaggio, accumulo e adduzione acque trattate per uso irriguo";

- della medesima determinazione, con la quale il Comune intimato ha respinto il reclamo presentato dalla ricorrente avverso il verbale di gara, ai sensi dell'art.21 bis della L. n.109/94, nel testo coordinato con le leggi regionali nn.7/2002 e 7/2003;

- nonché degli atti tutti, connessi e consequenziali.

Visto il ricorso con i relativi allegati, nonché i motivi aggiunti proposti con atto depositato il 29 settembre 2008;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'A.T.I. controinteressata, con le relative difese;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Amministrazione intimata;

Vista, altresì, la memoria depositata dalla controinteressata in data 19 settembre 2008;

Vista l'ordinanza cautelare n.133/2008, di accoglimento dell'istanza cautelare;

Preso atto che il Comune di Mazzarino, ritualmente intimato, non si è costituito in giudizio;

Visti gli atti tutti della causa;

Designato relatore il referendario Maria Cappellano;

Uditi, alla pubblica udienza del 14 gennaio 2009, gli Avv.ti Giovanni e Giuseppe Immordino per la ricorrente, l'Avvocato dello Stato Lidia La Rocca per l'U.R.E.G.A., l'Avv. Cesare C., su delega dell'Avv. F. Lo Presti per la controinteressata;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto:

FATTO

1. Con ricorso notificato il 28 luglio 2008, e depositato il successivo 31 luglio, la RICORRENTE . Costruzioni S.r.l. ha impugnato i verbali di gara indicati in epigrafe, con cui è stata aggiudicata in favore dell'A.T.I. CONTROINTERESSATA s.r.l. – CONTROINTERESSATA DUE s.r.l. la gara per i “lavori di completamento I.D. con processi di finissaggio, accumulo e adduzione acque trattate per uso irriguo”.

Esponde che, se la stazione appaltante avesse escluso la contro interessata, la gara sarebbe stata aggiudicata ad essa ricorrente, seconda classificata a seguito del sorteggio, avendo offerto il medesimo ribasso dell'aggiudicataria.

2. Impugna i provvedimenti di cui in epigrafe chiedendone l'annullamento, deducendo:

I) Violazione e falsa applicazione dell'art. 4, lett. A1) e 10 lett. A), B) e C) del disciplinare di gara, in relazione all'art.17, comma 1, lett.c) del D.P.R. N.34/2000 e all'art.38 lett. C) del D. Lgs. n.163/2006.

La A.T.I. aggiudicataria avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara per non avere indicato l'esistenza, tra i soggetti cessati nel triennio dalla pubblicazione del bando, i sigg.ri geom. C. Orazio e Sig. C. Gaetano rispettivamente legale rappresentante e direttore tecnico della Ricorrente due srl, né reso le dichiarazioni di cui all'art. 38 lett. c) del D. Lgs. n.163/2006, come previsto dall'art.4 a1) del disciplinare di gara, nonché degli artt.4 lett. a.b.), a.c.), c) del disciplinare con riferimento agli stessi, sebbene l'impresa CONTROINTERESSATA. s.r.l. abbia conseguito la qualificazione nella categoria oggetto dell'appalto (OG6) a seguito di conferimento di ramo d'azienda nella suddetta categoria, effettuata in data 19 gennaio 2006 in Notaio Dott. Giuseppe Reina rep. 31107, da parte dell'Impresa Ricorrente due s.r.l.”, quindi, nonostante non fosse ancora trascorso il triennio dalla data di pubblicazione del bando di gara (G.U.R.S. n.23 del 6 giugno 2008).

Di conseguenza, l'A.T.I. CONTROINTERESSATA s.r.l. – CONTROINTERESSATA DUE s.r.l. avrebbe violato l'art. 75 lett. c) del D.P.R. n. 554/1999, che impone la dichiarazione di assenza di cause di esclusione anche per i soggetti cessati dalla carica nel triennio.

Se la controinteressata fosse stata esclusa, la gara sarebbe stata aggiudicata alla ricorrente, seconda classificata a seguito di sorteggio.

2. Per resistere al ricorso si è costituito in giudizio l'U.R.E.G.A., depositando documentazione, senza scritti difensivi.

3. Si è costituita, altresì, l'A.T.I. controinteressata, eccependo preliminarmente, con memoria depositata il 19 settembre 2008, l'inammissibilità del ricorso per mancata impugnazione del provvedimento di approvazione degli atti e di aggiudicazione della gara, adottato dal Comune di Mazzarino; nel merito, ha contestato la fondatezza del ricorso, chiedendone il rigetto.

4. Con ricorso per motivi aggiunti, notificato per mezzo del servizio postale il 25 settembre 2008 e depositato il successivo 29 settembre, la ricorrente ha impugnato la determinazione n. 175 del 28.07.2008, con la quale il Capo del 5° Settore e R.U.P. del Comune di Mazzarino ha approvato i verbali del 2.3 luglio 2008 per l'aggiudicazione dei lavori in oggetto, anche nella parte in cui, con la medesima determinazione, il Comune intimato ha respinto il reclamo presentato dalla ricorrente avverso il verbale di gara, ai sensi dell'art.21 bis della L. n.109/94, nel testo coordinato con le leggi regionali nn.7/2002 e 7/2003, deducendo il vizio di invalidità derivata, in relazione alle censure già formulate avverso i verbali di gara definitivamente approvati con l'impugnata determinazione dirigenziale n.175/08.

5. Alla pubblica udienza del 14 gennaio 2009, presenti i difensori delle parti, la causa è stata posta in decisione.

DIRITTO

1. Deve preliminarmente essere esaminata l'eccezione di inammissibilità del ricorso, sollevata dalla controinteressata, per mancata impugnazione, da parte della ricorrente, del provvedimento di approvazione dei verbali di gara.

L'eccezione è infondata, avuto riguardo alla avvenuta proposizione, da parte della ricorrente, di rituale ricorso per motivi aggiunti (al ricorso introduttivo), debitamente notificato e depositato nei termini, avente ad oggetto proprio la determinazione dirigenziale di approvazione di tutti gli atti di gara.

2. Passando all'esame del merito del ricorso introduttivo, lo stesso è fondato, avuto riguardo all'unico motivo articolato, relativo alla mancata indicazione da parte della controinteressata, tra i soggetti cessati nel triennio dalla pubblicazione del bando, del legale rappresentante e del direttore tecnico in carica nell'impresa cedente l'azienda, ai sensi dell'art.4 a1) del disciplinare di gara.

3. E' necessario preliminarmente evidenziare che tale mancata indicazione costituisce circostanza incontestata tra le parti, essendo, invece, contestata dalla controinteressata l'interpretazione che la ricorrente ha fornito della clausola del disciplinare e della richiamata normativa nazionale.

In particolare, sono dati incontestati, in punto di fatto, che:

a) la CONTROINTERESSATA. s.r.l. – capogruppo dell’A.T.I. CONTROINTERESSATA. s.r.l.–CONTROINTERESSATA DUE. sr.l. – si è resa cessionaria di un ramo d’azienda, con atto di cessione in Notaio Reina del 19.01.2006 da parte della Ricorrente due s.r.l., come risulta dal certificato camerale storico prodotto in atti dalla ricorrente;

b) dal raffronto tra l’attestato SOA della capogruppo prima della indicata cessione, e quello di data successiva alla cessione del ramo d’azienda, risulta in quest’ultimo il possesso della qualificazione nella categoria oggetto dell’appalto per cui è controversia (OG6);

c) la controinteressata non ha reso nessuna dichiarazione rispetto al legale rappresentante e al direttore tecnico dell’impresa cedente il ramo d’azienda, limitandosi a dichiarare “che nell’ultimo triennio antecedente la data di pubblicazione del bando di gara, gli unici soggetti cessati dalla carica sono i seguenti: G. Geom. Giancarlo e C. Rag. Michele”.

In punto di diritto, la questione da affrontare è quella dell’osservanza, da parte dell’A.T.I. controinteressata, dell’art.4, lett. a), e dell’art.9, quinto capoverso, del disciplinare di gara, a mente dei quali, rispettivamente, con riguardo al contenuto della dichiarazione sostitutiva, ogni impresa partecipante, a pena di esclusione: “... dichiara, indicandole specificamente, di non trovarsi in alcuna delle condizioni previste dall’art.38, comma 1, lettere a), b), c), d), e), f), g), h), i), m) ed m-bis) del D: Lgs. n.163/2006 e s.m.i.” (punto 4); e “...le dichiarazioni di cui al punto 4, lett.a.b), a.c.), b) e c) devono essere rese, a pena d’esclusione, anche dai soggetti previsti dall’art.38, comma 1, lett.b) e c) del d. lgs. 163/2006 e successive modifiche ed integrazioni” (punto 9).

In applicazione delle su indicate disposizioni del richiamato art.38, il divieto di partecipazione alle procedure di affidamento degli appalti opera per i soggetti, nei cui confronti è pendente procedimento per l’applicazione di una delle misure di prevenzione di cui all’articolo 3 della legge 27 dicembre 1956, n. 1423 o di una delle cause ostative previste dall’articolo 10 della legge 31 maggio 1965, n. 575; l’esclusione e il divieto operano se la pendenza del procedimento riguarda il titolare o il direttore tecnico, se si tratta di impresa individuale; il socio o il direttore tecnico se si tratta di società in nome collettivo, i soci accomandatari o il direttore tecnico se si tratta di società in accomandita semplice, gli amministratori muniti di poteri di rappresentanza o il direttore tecnico, se si tratta di altro tipo di società (lettera b) art.38 D. Lgs. n.163/2006).

Detto divieto opera, altresì, per i soggetti, nei cui confronti è stata emessa sentenza di condanna (anche ai sensi dell’art. 444 c.p.p.) per reati che incidono sull’affidabilità morale e professionale: esso opera, in caso di società in nome

collettivo, se la sentenza è stata emessa nei confronti del socio o del direttore tecnico e, in caso di altro tipo di società, se la sentenza è stata emessa nei confronti degli amministratori muniti di potere di rappresentanza o del direttore tecnico.

La norma in esame dispone, altresì, che il divieto opera in ogni caso 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 dalla condotta penalmente sanzionata.

Orbene, poiché nel caso di specie in data 19.01.2006 la società capogruppo (CONTROINTERESSATA. S.r.l.) dell'A.T.I. aggiudicataria si è resa cessionaria, da parte dell'impresa Ricorrente due s.r.l., di un ramo d'azienda preposto allo svolgimento delle attività rientranti nella categoria OG6, la predetta A.T.I., in sede di partecipazione alla gara di appalto, avrebbe dovuto presentare la dichiarazione, da rendere in applicazione dell'art.4 del disciplinare di gara, anche con riferimento agli amministratori e ai direttori tecnici dell'impresa cedente.

La dichiarazione resa dall'aggiudicataria si pone, pertanto, in contrasto con la disposizione contenuta nel citato art. 38 del D. Lgs.n.163/2006, espressamente richiamato dall'art.4, lettera a), del disciplinare di gara, atteso che in detta dichiarazione non sono stati indicati, quali soggetti cessati dalla carica nel triennio (in quanto soggetti dell'impresa cedente il ramo d'azienda), il legale rappresentante e il direttore tecnico dell'impresa cedente Ricorrente due s.r.l..

Sul punto, questo Tribunale ha di recente affrontato ex professo la specifica questione giuridica – seguendo un orientamento dal quale il Collegio non ravvisa ragioni per discostarsi - soffermandosi sul significato e sulla portata della previsione in esame, con riguardo a fattispecie sostanzialmente identiche alla presente, in quanto aventi ad oggetto la “cessione di ramo d'azienda” (cfr.: T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. III, 22 ottobre 2007, n. 2249; 19 febbraio 2007, n. 577; 31 gennaio 2007, n. 257).

E' stata, in particolare, riconosciuta la portata sostanziale, e non meramente formale, della disposizione in esame, in quanto finalizzata a garantire che le stazioni appaltanti siano messe in grado di verificare la sussistenza di tutti i requisiti di moralità in capo ai partecipanti alle procedure di affidamento di appalti pubblici, così da prevenire il rischio di influenza da parte di cedenti eventualmente privi di detti requisiti.

Sulla problematica in esame, in particolare questa Sezione, con le citate pronunce n. 257/2007 e n. 577/2007, premessa la “ratio” cui si ispira l'art. 75 del D.P.R. n.554/1999 (sostanzialmente riprodotto dall'art.38 del Codice dei Contratti), ha ritenuto che l'omissione delle dichiarazioni relative all'assenza di eventuali cause di

esclusione, contemplate dalla norma in questione, rispetto agli amministratori e ai direttori tecnici già facenti parte dell'impresa cedente, non permette alla stazione appaltante di verificare la sussistenza di tutti i requisiti di partecipazione in capo alla cessionaria, e dunque, ove ne ricorra l'ipotesi, di pronunciare l'esclusione ivi prevista, con conseguente illegittimità dell'ammissione alla gara dell'impresa cessionaria che non abbia reso le dichiarazioni relative ai soggetti contemplati dall'art. 75 anche con riguardo alle imprese cedenti.

Si è, infatti, osservato che “Anche il trasferimento d'azienda comporta i rischi di influenza da parte di eventuali cedenti privi dei requisiti di affidabilità che la normativa in materia vuole scongiurare, ben potendosi risolvere, in tesi, di una cessione del compendio di beni e servizi a soggetti formalmente diversi dal cedente, cui non faccia riscontro una reale spoliazione di quest'ultimo rispetto agli interessi sottesi all'attività imprenditoriale svolta con tali mezzi d'opera (tanto più che il trasferimento d'azienda da una società ad un'altra, come noto, non comporta l'estinzione della dante causa); o anche un modo per sostanzialmente eludere il divieto di legge, attraverso un mutamento soggettivo, ove ritenuto idoneo a fare venire meno eventuali situazioni preclusive, con l'utilizzazione della qualificazione posseduta dal soggetto ceduto”.

Detto orientamento è stato, peraltro, confermato dal C.G.A. con recentissima pronuncia (6 maggio 2008, n.389), la quale non risulta smentita dal precedente citato dalla difesa della contro interessata (C.G.A., dec. n. 601/2008), il quale, in realtà, faceva riferimento alla differente fattispecie della assenza di soggetti cessati dalla carica nel triennio, e sulla insussistenza, in capo alle imprese partecipanti, di un obbligo di dichiarare anche la assenza di tali soggetti.

Non colgono nel segno neppure le argomentazioni della controinteressata, relative alla prospettata incongruenza di dichiarazioni, rese da soggetti non facenti parte della compagine aziendale. Sostiene, in particolare, la A.T.I. CONTROINTERESSATA. s.r.l.–CONTROINTERESSATA DUE. s.r.l. che la suddetta dichiarazione, se resa dai soggetti cessati, costringerebbe l'impresa partecipante a chiedere la collaborazione di amministratori non più operanti nell'impresa, realizzandosi così una forma di collaborazione forzata, che frustrerebbe la stessa ratio della norma imperativa sui requisiti morali dei partecipanti.

Invero, a seguire tale prospettazione, le imprese potrebbero agevolmente aggirare i divieti di partecipare alle gare d'appalto, con riferimento a possibili concorrenti, i cui soggetti rivestenti cariche sociali rilevanti sotto il richiamato profilo soggettivo siano privi dei requisiti di moralità ed affidabilità previsti dalla vigente normativa in maniera rigorosa (cfr., sul punto, C.G.A. n.389/08 cit.).

In secondo luogo, su tale specifica questione, si ritiene opportuno segnalare una recentissima pronuncia del C.G.A., secondo cui: “Le dichiarazioni di cui all’art. 75 del D.P.R. 21 dicembre 1999 n. 554, relativamente agli amministratori e ai direttori tecnici cessati dalla carica nell’ultimo triennio, possono essere legittimamente rese, anziché da questi ultimi, dagli amministratori attuali dell’impresa partecipante alla gara (sentenza 16 settembre 2008 n. 757; cfr. anche CGA, 18 febbraio 2008, n.114).

Il Giudice d’appello ha, in particolare, evidenziato come ...”quando le dichiarazioni ex art. 75 cit. “relative al soggetto cessato nel triennio sono state rese non direttamente da costui, ma ... dall’attuale amministratore e direttore tecnico”, si versa in “situazione ... del tutto legittima, non essendo stata addotta alcuna norma di legge o di bando che imponga che la dichiarazione sia resa dallo stesso soggetto cui la situazione dichiarata si riferisce, pur se non abbia più rapporti con l’impresa partecipante”. Ed ancora: “Condividendo e ribadendo tale conclusione – evidentemente atta a superare il contrario orientamento pur in precedenza espresso da questo Consiglio con la decisione 8 marzo 2005, n. 94, citata a pag. 15 della sentenza gravata – il Collegio osserva come non vi siano ragioni per non ritenere pienamente applicabile al caso in esame il principio espresso dall’art. 47, comma 2, del D.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445, secondo cui “la dichiarazione resa nell’interesse proprio del dichiarante può riguardare anche stati, qualità personali e fatti relativi ad altri soggetti di cui egli abbia diretta conoscenza” (...) Diversamente opinando, peraltro, molte imprese verrebbero poste nell’assoluta impossibilità di rendere siffatte dichiarazioni, dato che gli amministratori e direttori tecnici cessati potrebbero non avere più alcun rapporto con l’impresa, né voler più collaborare con essa, ovvero essere deceduti”.

Non può, d’altra parte, valere in contrario l’argomento difensivo addotto dalla controinteressata, secondo cui i “requisiti generali” (tra cui quelli di affidabilità professionale e di moralità dell’impresa) dovrebbero essere valutati solamente in capo alla cessionaria d’azienda, secondo quanto ritenuto dall’Autorità di Vigilanza sui LL.PP. con deliberazione n. 5/2003. Infatti, la questione affrontata in tale determinazione afferiva alla questione degli effetti della cessione di azienda (o di rami d’azienda) ai fini dell’attestazione SOA, secondo la specifica disciplina contenuta negli artt. 15 e ss. del D.P.R. 34/2000, e non la diversa questione – oggetto del presente giudizio - della rilevanza o meno delle predette cessioni a fronte delle dichiarazioni richieste dall’art. 75 lett. c) del D.P.R. n. 554/1999.

E’ stato, in particolare, evidenziato in una precedente pronuncia della Sezione che “La regola di ordine generale, cui si richiama la controinteressata (secondo la quale i requisiti generali sono richiesti in capo ai cessionari e non alle imprese cedenti) è condivisibile, ma non ha alcuna attinenza con la specifica “ratio” dell’art. 38 del

D.P.R. n.163/2006 (già art.75 lett. c) del D.P.R. n.554/99), che, in sostanza, mira a ricostruire (cfr. T.A.R. Umbria, 16 luglio 2001, n. 380) la successione delle cariche aziendali per l'intero triennio antecedente al bando, nell'ovvia prospettiva di:

- fare emergere gli eventuali passaggi aziendali e societari di cui si avvale l'impresa al momento di partecipare alla pubblica gara d'appalto;
- consentire, quindi, alla P.A. di valutare quelle modifiche organiche o organizzative derivanti da cessioni d'azienda che, ove non esternate, renderebbero oltremodo facile (per le imprese che ne avessero necessità) aggirare i requisiti soggettivi di moralità e di affidabilità richiesti dalla legge per la partecipazione alle pubbliche gare" (T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. III, 22 ottobre 2007, n. 2249).

4. Per quanto sopra considerato, il ricorso introduttivo è fondato e va accolto e, per l'effetto, vanno annullati i verbali di gara impugnati, nella parte in cui è stata ammessa la A.T.I. controinteressata e la stessa è stata dichiarata aggiudicataria.

5. L'accoglimento del ricorso introduttivo comporta l'accoglimento di quello per motivi aggiunti, promosso dalla ricorrente avverso il provvedimento dirigenziale di approvazione dei verbali di gara impugnati con il primo ricorso, atteso che con i motivi aggiunti la ricorrente ha dedotto solo il vizio di invalidità derivata.

Pertanto, anche detto gravame si presenta fondato, con conseguente annullamento della determinazione dirigenziale n.175 del 28.07.2008.

6. Segue all'accoglimento del ricorso l'esame della domanda, espressamente formulata dalla ricorrente, volta a conseguire l'aggiudicazione della gara, in quanto la stessa è risultata seconda aggiudicataria a seguito di sorteggio (cfr. verbale del 3 luglio 2008).

L'impostazione è condivisibile.

Si ritiene utile richiamare, sul punto, il recente arresto del giudice d'appello secondo cui, qualora, in sede di aggiudicazione di un appalto, sia stata riscontrata, come nel caso in esame, la presenza di più offerte recanti un identico ribasso e si sia proceduto a sorteggio delle offerte, tale sorteggio non vada ripetuto qualora, dopo il suo espletamento, sia stato accertato che una delle ditte non aveva titolo a parteciparvi (cfr.: C.G.A., sez. giurisd., 11 febbraio 2005 n. 56).

Va considerato, in particolare, che mentre l'erronea esclusione di un offerente che avrebbe avuto titolo a parteciparvi vizia in ogni caso il sorteggio - che deve perciò essere ripetuto -, al contrario l'erronea ammissione di un offerente non legittimato non vizia la decisione della sorte su chi debba essere l'aggiudicatario, tale

divenendo la ditta il cui nominativo sia il primo ad essere estratto dall'urna tra coloro che erano legittimati a partecipare al sorteggio. Diversamente ritenendo, il nuovo sorteggio, in realtà, finirebbe con il concedere una seconda chance a chi aveva già perso la prima, con ciò negando il principale contenuto normativo della norma citata, la quale statuisce che, ricorrendo le condizioni ivi previste decide la sorte: quando la sorte abbia già deciso, rimettere nuovamente all'alea l'esito significa negare meramente valore normativo al precetto, perché la sorte decide una volta sola, e dando luogo essa ad un risultato assolutamente casuale ogni nuovo esito si risolve necessariamente nella negazione del valore di quello precedente (in senso conforme: T.A.R. Sicilia, Catania, sez. I, 4 gennaio 2008, n.57; T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. III, 12 febbraio 2007, n.518; T.A.R. Veneto, sez. I, n.1461/2007).

Va, pertanto, riconosciuto in favore della ricorrente il diritto alla stipulazione del contratto di appalto, previa verifica documentale - se non ancora effettuata - della sussistenza di tutti i requisiti di partecipazione.

7. Le spese di giudizio seguono la soccombenza, e si liquidano in favore della ricorrente come da dispositivo, a carico dell'Amministrazione intimata; mentre sussistono giusti motivi, per compensarle tra le parti private.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia, Sezione terza, accoglie il ricorso introduttivo e il ricorso per motivi aggiunti in epigrafe indicati e, per l'effetto, annulla i provvedimenti impugnati.

Condanna il Comune di Mazzarino e l'U.R.E.G.A, per metà ciascuno, al pagamento delle spese di giudizio, che liquida in favore della ricorrente in complessivi € 2.000,00 (euro duemila/00), oltre IVA e CPA come per legge; condanna, inoltre, i predetti alla rifusione, in favore della ricorrente, dell'importo del contributo unificato; compensa le spese di giudizio fra le parti private.

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

Così deciso in Palermo nella camera di consiglio del giorno 14/01/2009 con l'intervento dei Magistrati:

Calogero Adamo, Presidente

Maria Cappellano, Referendario, Estensore

Antonio De Vita, Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 04/03/2009

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

IL SEGRETARIO