

N. 00463/2014 REG.PROV.COLL.

N. 00436/2013 REG.RIC.

N. 00902/2013 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 il Piemonte

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 436 del 2013, proposto da:
Siteco S.r.l. - A.T.I. con Consorzio Imprenditori Vercellesi Soc. Cooperativa,
rappresentato e difeso dall'avv. Luca Di Giannantonio, con domicilio eletto presso
Luigi Giorgi in Torino, via Paolo Sacchi, 44;

contro

Societa' Atena S.p.A., rappresentato e difeso dagli avv. Riccardo Montanaro,
Cristiana Romano, con domicilio eletto presso Riccardo Montanaro in Torino, via
del Carmine, 2;

e con l'intervento di

ad

opponendum:

Bruno Spa, rappresentato e difeso dagli avv. Liberto Losa, Stefano Cresta, con
domicilio eletto presso Stefano Cresta in Torino, via Bertola, 2;

sul ricorso numero di registro generale 902 del 2013, proposto da: Siteco S.r.l., rappresentato e difeso dagli avv. Claudio Bigi, Elena Guiducci, con domicilio eletto presso Carlo Cotto in Torino, via Botero, 17;

contro

Atena S.p.A., rappresentato e difeso dagli avv. Riccardo Montanaro, Cristiana Romano, con domicilio eletto presso Riccardo Montanaro in Torino, via del Carmine, 2;

nei confronti di

Bruno S.p.A., Carboplant S.r.l.;

per l'annullamento:

A) quanto al ricorso n. 436 del 2013:

- della nota prot. ACMAO 13/13 della Atena Spa in data 15.3.2013, con la quale è stata comunicata l'illegittima esclusione della ricorrente dalla gara di manutenzione, allacciamenti e nuove realizzazioni su impianti, reti ed edifici ubicati nella Provincia di Vercelli C.I.G. 4367945e3a;
- della nota prot. ACMAO 19/13 della Atena Spa in data 28 marzo 2013, con la quale è stato confermato il provvedimento di esclusione della ricorrente dalla gara;
- della nota prot. ACMAO 23/13 della Atena Spa in data 5.4.2013, con la quale è stato ulteriormente confermato il provvedimento di esclusione della ricorrente dalla gara;
- della determinazione con la quale è stata disposta la diramazione degli inviti a formulare l'offerta ai concorrenti prequalificati ad eccezione della ATI ricorrente;
- della determinazione in base alla quale è stata disposta l'aggiudicazione dell'appalto e la formalizzazione del relativo contratto nei confronti dell'aggiudicatario;
- di ogni ulteriore atto, determinazione o provvedimento della Stazione appaltante presupposto, consequenziale o comunque connesso;

B) quanto al ricorso n. 902 del 2013:

- dell'aggiudicazione definitiva all'ATI tra Bruno S.p.A. e Carboplant S.r.l. della gara manutenzione, allacciamenti e nuove realizzazioni su impianti, reti ed edifici ubicati nella provincia di Vercelli;
 - del verbale di gara del 9.7.2013 che ha sancito l'aggiudicazione provvisoria della gara all'ATI fra Bruno S.p.A. e Carboplant S.r.l.;
 - del verbale di gara del 21.6.2013 con il quale è stata revocata l'esclusione dalla gara dell'ATI fra Bruno S.p.A. e Carboplant S.r.l.;
 - dei verbali di gara del 25.6.2013 e del 1.7.2013;
 - di ogni altro atto connesso, presupposto e consequenziale;
- e per il risarcimento del danno;

Visti i ricorsi e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Societa' Atena S.p.A. e di Atena S.p.A.;

Visto l'atto di costituzione in giudizio proposto dal ricorrente incidentale Bruno S.p.A., rappresentato e difeso dagli avv. Stefano Cresta, Liberto Losa, con domicilio eletto presso Stefano Cresta in Torino, via Bertola, 2;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 7 novembre 2013 la dott.ssa Roberta Ravasio e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso passato alla notifica il 24 aprile 2013, rubricato al n. 436/2013 di R.G., la ricorrente SITECO s.r.l., in proprio e quale capogruppo della costituenda ATI con il Consorzio Imprenditori Vercellesi, premettendo di aver partecipato alla procedura di gara negoziata codice C.I.G. 4367945e3a , indetta dalla società Atena

s.p.a. per l'affidamento delle opere relative alla manutenzione, agli allacciamenti ed a nuove realizzazioni su impianti, reti ed edifici ubicati nella Provincia di Vercelli, ha impugnato il provvedimento a mezzo del quale è stata disposta l'esclusione di essa ricorrente dalla gara per mancanza di titolarità della necessaria attestazione SOA.

2. La ricorrente ha impugnato il provvedimento di esclusione, nonché gli atti ad esso conseguenti, deducendone la illegittimità per violazione degli artt. 51 e 116 D. L.vo 163/06, degli artt. 76 e 77 D.P.R. 207/2010, eccesso di potere sotto plurimi profili e violazione dei principi in materia di gare ad evidenza pubblica. In particolare la ricorrente ha rilevato di essere subentrata nella partecipazione alla gara per effetto della stipula di un contratto d'affitto d'azienda con tale ditta Orion, la quale ultima aveva partecipato alla fase di pre-qualifica nell'ambito della costituenda ATI tra Orion e C.I.V. (Consorzio Imprenditori Vercellesi) s.r.l. . Per effetto della stipula del contratto di affitto d'azienda tra Orion e Siteco la predetta ATI era dunque divenuta la costituenda ATI tra Siteco s.r.l. e C.I.V. s.r.l., e Siteco partecipava alla gara utilizzando la certificazione SOA già posseduta dalla Orion. La ricorrente precisava di aver dato tempestiva comunicazione alla Stazione Appaltante dell'avvenuto contratto d'affitto d'azienda e della avvenuta richiesta di voltura della certificazione SOA posseduta dalla Orion, sostenendo inoltre che in detta fattispecie si sarebbe creata una assoluta continuità nella efficacia della certificazione SOA e nel possesso di essa in capo a Siteco.

3. La Stazione Appaltante e la aggiudicataria si costituivano in giudizio per resistere al ricorso e senza svolgere gravame incidentale.

4. Con ordinanza n. 218 del 23 maggio 2013 il Collegio accoglieva la domanda cautelare e per l'effetto sospendeva gli atti impugnati e fissava la discussione del merito per la pubblica udienza del 7 novembre 2013.

5. Con ulteriore ricorso numero 902/2013 R.G., depositato il 27 ottobre 2013, Sitecos.r.l., sempre in proprio ed in qualità di capogruppo della costituenda ATI con il Consorzio Imprenditori Vercellesi, ha impugnato il provvedimento che ha disposto l'aggiudicazione definitiva dell'appalto alla ATI Bruno s.p.a.-Carboplant s.r.l. e tutti gli atti ad esso presupposti e consequenziali, insistendo altresì per la declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente stipulato nonché per la condanna della Stazione Appaltante al risarcimento di danni.

6. A fondamento di questo secondo ricorso Siteco s.r.l. ha dedotto:

I) violazione dell'art. 75 comma 7 D. L.vo 163/06 e/o della *lex specialis* di gara, violazione del principio di proporzionalità, travisamento, violazione dell'art. 1 L. 241/90 e del principio della *par condicio*, per inadeguatezza della cauzione provvisoria e della cauzione definitiva prestate dalla aggiudicataria;

II) violazione dell'art. 49 D. Lvo 163/06 per illegittimo utilizzo dell'istituto dell'avvalimento, omessa esclusione della aggiudicataria, violazione del principio di proporzionalità, travisamento e difetto di presupposti: la aggiudicataria è ricorsa all'avvalimento per dimostrare il possesso di determinati mezzi meccanici e comunque non avrebbe prodotto il contratto di avvalimento;

III) violazione dell'art. 37 D. L.vo 163/06 per omessa indicazione, da parte della aggiudicataria, delle quote di partecipazione;

IV) nullità di tutti gli atti di gara conseguente alla apertura delle buste contenenti le offerte tecniche in seduta riservata anziché pubblica.

7. Si sono costituite in giudizio sia la Stazione Appaltante che la aggiudicataria, la quale ha svolto anche ricorso incidentale, depositato il 7 ottobre 2013.

8. Con tale atto la Bruno s.p.a. ha chiesto l'annullamento in parte qua degli atti di gara nella parte in cui essi hanno disposto l'ammissione alla gara della costituenda ATI tra Siteco s.r.l. ed il C.I.V. (Consorzio Imprenditori Vercellesi) s.r.l. , nonché tutti gli atti a tale ammissione conseguenti. Ciò per i seguenti motivi:

I) violazione dell'art. 38 CC.P. e 167 bis R.D. 267/42, violazione del punto III.2.I. dell'avviso di gara, eccesso di potere sotto vari profili, violazione della par condicio fra i partecipanti alla gara: il C.V.I. durante la gara ed anteriormente alla aggiudicazione ha presentato domanda di ammissione al concordato preventivo, che non risulta essere stato chiesto con continuità aziendale né, a tale eventuale fine, risultano allegati alla domanda i documenti indicati dall'art. 186 bis L.F.; il C.I.V., pertanto, non avrebbe potuto proseguire la gara e con esso avrebbe dovuto essere escluso l'intera costituenda ATI;

II) violazione dell'art. 38 D. L.vo 163/06, dell'art. 92 del D.P.R. 207/2010, eccesso di potere per difetto dei presupposti e carenza istruttoria: C.I.V. s.r.l. era stato indicato nella originaria domanda di partecipazione quale mandante cooptata, quindi avrebbe potuto partecipare per una quota di lavori non superiore al 20% e comunque la mandataria avrebbe dovuto possedere da sola i requisiti di qualificazione necessari per partecipare alla gara. Di fatto C.I.V. partecipa per una quota di lavori superiore al 20% e la mandataria non possiede la qualificazione richiesta (OS28);

III) violazione dell'art. 38 CC.P., degli artt. 45 e 346 D.P.R. 445/00, violazione del punto III.2.1. dell'avviso di gara, eccesso di potere sotto vari profili: l'attestazione ex art. 38 C.C.P. non è stata prodotta con riferimento ad uno dei direttori tecnici, mentre l'attestazione di uno degli amministratori di C.I.V. è generica;

IV) violazione dell'art. 38 C.C.P., degli artt. 45 e 346 D.P.R. 445/00, violazione del punto VI.3 dell'avviso di gara, eccesso di potere sotto vari profili: per quanto riguarda C.I.V. s.r.l. , avendo questi dichiarato di partecipare alla gara nell'interesse di due imprese consorziate costituite come società in nome collettivo, le attestazioni ex art. 38 C.C.P. avrebbero dovuto essere prodotte da tutti i soci, ciò che in fatto non è avvenuto;

V) violazione dell'art. 38 e 49 C.C.P., degli artt. 45 e 346 D.P.R. 445/00, violazione dei punti III.2.1. e VI.3 dell'avviso di gara, eccesso di potere sotto vari profili: all'atto di presentare la domanda di partecipazione la ditta Orion aveva dichiarato di volersi avvalere della ditta Manutencoop di Alessandria, in relazione alla quale pure avrebbero dovuto essere depositate le attestazioni ex art. 38 C.C.P.. Ciò non è avvenuto in relazione al responsabile tecnico della suddetta ausiliaria indicata a suo tempo da Orion;

VI) violazione degli artt. 40 e 51 C.C.P., dell'art. 76 D.P.R. 207/2010, dei punti II.2.1. e III.2.3. dell'avviso di gara, violazione della par condicio: al momento in cui Siteco subentrava nella gara non era ancora in possesso della necessaria qualificazione SOA;

VII) violazione dei punti III.b.3. e III b.4. dell'avviso di gara, eccesso di potere per falso presupposto e travisamento, violazione della par condicio: al momento in cui subentrava nella gara Siteco non aveva ancora conseguito la disponibilità dei mezzi che, in base alle richiamate norme dell'avviso di gara, le avrebbero procurato complessivi 20 nella valutazione della offerta tecnica.

9. Tanto la Bruno s.p.a. che la Stazione Appaltante hanno poi svolto argomentazioni in replica a quanto dedotto nel ricorso introduttivo del giudizio n. 902/2013 R.G.

10. Alla camera di consiglio del 10 ottobre 2013 il ricorso medesimo è stato rinviato per la discussione alla udienza di merito del 7 novembre 2013, alla quale sono stati introitati a decisione entrambi i giudizi indicati in epigrafe.

11. In via preliminare il Collegio dispone la riunione dei due ricorsi, stante l'evidente connessione soggettiva ed oggettiva derivante dall'essere stati impugnati atti successivi del medesimo procedimento di gara.

12. Il Collegio ritiene poi di dover esaminare in via prioritaria il ricorso incidentale spiegato da Bruno s.p.a., a mezzo del quale è stata censurata la ammissione alla

gara della costituenda ATI Orion.C.I.V. nonché la mancata esclusione della costituenda ATI tra Siteco e C.I.V.

12.1. Va in particolare sottolineato che con il primo motivo di ricorso incidentale è stata dedotta, nella sostanza, la sopravvenuta incapacità “assoluta” del Consorzio C.I.V. a partecipare alla gara ed a rendersi affidatario del contratto. La fondatezza di tale eccezione comporta il venir meno, in capo ad esso Consorzio, di qualsiasi interesse, ancorché strumentale, all’annullamento degli atti di gara, dal momento che ove pure di essa fosse disposta la rinnovazione per intero il Consorzio non potrebbe comunque partecipare alla nuova gara: indipendentemente da ogni altra questione si deve allora constatare che nel caso di specie il ricorso incidentale deve considerarsi effettivamente “paralizzante” e perciò tale da dover essere esaminato in via prioritaria sul ricorso introduttivo del giudizio.

13. Con il primo motivo di ricorso incidentale si deduce che il .C.I.V. s.r.l., cioè uno dei soggetti che ha partecipato alla gara quale mandante della costituenda ATI Orion/CIV, divenuta poi ATI Siteco/CIV, ha presentato, al Tribunale di Vercelli, domanda di ammissione a concordato preventivo, circostanza questa che comportava l’immediata esclusione dalla gara dell’ATI.

A tale censura Siteco ha replicato osservando che la domanda di ammissione a concordato preventivo presentata, dal CIV, è intervenuta dopo che l’ATI Siteco/CIV era già stato ammesso alla gara, che non è onere della commissione di gara monitorare la posizione delle varie ditte concorrenti, che comunque si è trattato di una domanda di ammissione a concordato con continuità aziendale e che la completezza della documentazione richiesta al fine dalla legge fallimentare non è richiesta ai fini di radicare la capacità del soggetto che chiede il concordato preventivo con continuità aziendale a partecipare a gare ad evidenza pubblica. Secondo Siteco, inoltre, non si richiede, nella fase di ammissione al concordato, il

rispetto delle medesime cautele che invece circondano le imprese già ammesse a concordato, facendo rilevare che non esisterebbe un esplicito divieto, per le imprese che hanno presentato domanda di ammissione al concordato e che però non sono state ancora ammesse al medesimo, di partecipare alle gare pubbliche.

13.1 In punto di fatto il Collegio osserva che il certificato della CCIA relativo al C.I.V. , aggiornato al 24 settembre 2013, evidenzia che in data 3 maggio 2013 il Consiglio di Amministrazione del C.I.V. ha autorizzato il presidente a presentare domanda di concordato ex art. 161 comma 6 L.F., con facoltà di proporre domanda ex art. 182 bis L.F. nei termini ivi previsti e ricorrendone i presupposti. Risulta inoltre che il 6 maggio 2013 è stata presentata domanda di ammissione al concordato preventivo ai sensi dell'art. 161 comma 5 L.F. e che il successivo 9 settembre 2013 è stata depositata la relazione informativa della situazione finanziaria ai sensi dell'art. 161 comma 8.

L'aggiudicazione provvisoria dell'appalto oggetto del presente giudizio risale al 9 luglio 2013, e ad essa ha fatto seguito l'aggiudicazione definitiva in data 26 agosto 2013.

Con memoria 22 ottobre 2013 la stessa Siteco, per mano del proprio difensore, ha dichiarato che *“Nell'attuale fase il Consorzio Vercellese è in attesa di conoscere la decisione del Tribunale di Vercelli circa la sua ammissione”*. E' dunque evidente che una qualunque decisione del Tribunale di Vercelli sulla domanda di ammissione al concordato preventivo non é intervenuta prima della conclusione della gara; pertanto della eventuale decisione del Tribunale di Vercelli di ammettere il C.I.V. a concordato preventivo con continuità aziendale la Stazione Appaltante non avrebbe potuto tenere conto in ogni caso.

13.2. Peraltro va anche detto che neppure v'è prova del fatto che il C.I.V. abbia presentato domanda di ammissione al concordato preventivo con continuità aziendale, tipologia di concordato disciplinata all'art. 186 bis L.F.: infatti agli atti

del giudizio non risulta acquisita copia della domanda di concordato presentata al Tribunale di Vercelli e quindi non se ne conosce il contenuto; d'altro canto una domanda di concordato ex art. 161 comma 5 di per sé non significa che contenga una richiesta di autorizzazione alla continuità aziendale; infine la relazione ai sensi dell'art. 161 comma 8, di cui pure v'è traccia nel certificato della CCIA, null'altro integra se non una informativa periodica sulla situazione economica della azienda.

13.3. In replica alla obiezione di Siteco, secondo la quale la mera presentazione della domanda di concordato non preclude la partecipazione a gare pubbliche, il Collegio rileva infine che l'art. 38 comma 1 lett. A), nell'imporre l'esclusione dalla partecipazione a gare pubbliche rispetto ai soggetti *“che si trovano in stato di fallimento, di liquidazione coatta, di concordato preventivo, salvo il caso di cui all'art. 186 bis del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267 e nei cui riguardi sia in corso un procedimento per la dichiarazione di una di tali situazioni”*, collega la incapacità a partecipare a gare pubbliche alla mera pendenza dei procedimenti finalizzati alla ammissione di un soggetto ad una delle procedure concorsuali menzionati dalla norma, ed il richiamo all'art. 186 bis effettuato a metà della frase (anziché alla fine di essa) sta a significare che la continuità aziendale assume significato solo ove la stessa risulti già formalmente autorizzata da un provvedimento giurisdizionale di ammissione al concordato, e non anche prima di tale momento. Difatti la documentazione menzionata dall'art. 186 bis comma 4 L.F. è idonea a consentire la partecipazione a gare pubbliche non da parte di soggetti per i quali sia in corso una procedura di concordato preventivo, ma solo da parte di quei soggetti che, oltre a depositare in gara la documentazione contemplata dalla norma, risultino anche già ammessi a concordato preventivo con continuità aziendale.

Poiché, come sopra precisato, nel caso di specie C.I.V. non risulta essere stato ammesso al concordato preventivo prima della conclusione della gara – né dopo - , è evidente che esso giammai avrebbe potuto essere aggiudicatario o affidatario. Ed

ove pure C.I.V. avesse depositato in gara la documentazione contemplata dall'art. 186 bis comma 4 L.F., la Stazione Appaltante non avrebbe potuto esimersi dall'escluderlo dalla gara, proprio in ragione della non intervenuta ammissione del C.I.V. alla procedura di concordato.

14. La domanda di ammissione a concordato preventivo da parte del C.I.V. ha determinato la incapacità di esso a partecipare alla gara e, con essa, anche la incapacità della ATI costituenda con Siteco.

15. Il ricorso incidentale va pertanto accolto sul fondamento del primo motivo, avente valore assorbente.

16. Stante che in conseguenza di quanto sopra statuito la Stazione Appaltante dovrebbe comunque provvedere ad escludere l'ATI Siteco/CIV dalla gara, il ricorso introduttivo del presente giudizio ed il ricorso 436/2013 R.G. sono da dichiarare improcedibili per sopravvenuto difetto di interesse.

17. Le spese di entrambi i giudizi possono tuttavia essere compensate tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sui ricorsi, come in epigrafe proposti, così provvede:

dispone la riunione del ricorso n. 902/2013 al ricorso n. 436/2013;

accoglie il ricorso incidentale spiegato da Bruno s.p.a. nel ricorso n. 902/2013;

dichiara improcedibili per sopravvenuto difetto di interesse il ricorso n. 436/2013 nonchè il ricorso introduttivo del giudizio n. 902/2013.

Compensa tra le parti le spese di entrambi i giudizi.

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

Così deciso in Torino nella camera di consiglio del giorno 7 novembre 2013 con l'intervento dei magistrati:

Lanfranco Balucani, Presidente

Roberta Ravasio, Primo Referendario, Estensore

Paola Malanetto, Primo Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 18/03/2014

IL SEGRETARIO

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