

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 Lazio

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 21 e 26 della legge 1034/71 e successive modifiche e integrazioni,

Sul ricorso n. 2156 del 2009 R.g. proposto da:

Safital s.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avv.ti Arturo Cancrini e Claudio De Portu, presso lo studio dei quali in Roma, Via C. Mercalli n. 13, ha eletto domicilio

contro

Anas s.p.a., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'Avvocatura generale dello Stato, domiciliata per legge in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti di

Sa.gio. Edil, quale impresa aggiudicataria e ausiliata, e C.m.l. Costruzioni s.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., quale

impresa ausiliaria, rappresentate e difese dall'avv. Gianluca Luzi, presso lo studio del quale in Roma, Via dell'Olmata n. 23, ha eletto domicilio

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia,

degli atti e delle operazioni della gara indetta dalla società Anas per l'affidamento, mediante procedura aperta, dei "lavori di fornitura e posa in opera delle barriere fonoassorbenti nel viadotto Orfio tra Km 180+400 e Km 183-180", nella parte in cui hanno determinato l'aggiudicazione in favore dell'impresa Sa.Gio. Edil; delle note Anas del 13.2.2009, di comunicazione del provvedimento di aggiudicazione definitiva e del 6.3.2009, nonché dell'aggiudicazione definitiva

e per l'accertamento

del diritto della ricorrente all'aggiudicazione e al risarcimento in forma specifica ovvero, in subordine, al risarcimento per equivalente del danno subito

Visto il ricorso e il ricorso incidentale con i relativi allegati;

visto l'atto di costituzione in giudizio delle parti intimato

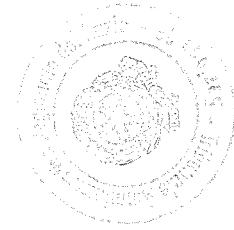
viste le memorie difensive;

visti tutti gli atti della causa;

sentiti nella camera di consiglio del 13 maggio 2009, relatore il cons.

Mario Alberto di Nezza, i difensori delle parti come da verbale,

anche sulla possibilità di definire il ricorso con decisione in forma



semplificata;

considerato che ad avviso del Collegio il giudizio appare suscettibile di essere definito in tale forma, sussistendo i presupposti dell'art. 26 l. n. 1034/1971, come modif. dalla legge n. 205/2000;

1. Rilevato:

- che la ricorrente assume l'illegittimità dell'aggiudicazione della gara in epigrafe in favore della Sa.gio. Edil, lamentando:

a) la carenza, in capo alla controinteressata, dell'attestazione SOA per la categoria OS34, II classifica, indicata dal bando di gara come prevalente; il requisito, ottenuto in virtù di avvalimento, sarebbe stato conseguito dall'ausiliaria C.m.l. Costruzioni s.r.l. soltanto successivamente alla scadenza del termine di presentazione delle offerte (26.11.2008), e cioè a far data dal 5.12.2008, a nulla rilevando la circostanza di una intervenuta cessione di ramo d'azienda che avrebbe consentito, stando a quanto rilevato dall'Anas nell'interlocuzione avvenuta precedentemente all'instaurazione del giudizio, il trasferimento del requisito alla cessionaria ai sensi dell'art. 15 d.P.R. n. 34 del 2000 (sub n. I ric.);

b) l'omissione della dichiarazione (negativa), prevista a pena di esclusione dal disciplinare di gara (punto 3, lett. a.n), circa l'inesistenza, ai sensi dell'art. 38, comma 1, lett. c), d.lgs. n. 163 del 2006 (c.d. Codice dei contratti pubblici) di "soggetti cessati dalla carica" nel triennio antecedente la data di pubblicazione del bando di gara (n. II mm.aa.);



c) la mancata dimostrazione, da parte della C.m.l., dell'insussistenza delle ipotesi interdittive di cui all'anzidetto art. 38, comma 1, lett. c), Cod. contr. in relazione ai soggetti apicali della "Costruzioni s.a.s. di Napoli Luigi & C.", cedente del ramo di azienda acquisito dalla menzionata C.m.l. (n. III mm.aa.); contegno omissivo che sarebbe in contrasto con l'art. 49, comma 2, Cod. contr. (laddove esige una dichiarazione dell'ausiliaria circa il possesso dei requisiti generali di cui all'art. 38 cit.);

d) l'omissione delle dichiarazioni, da rendere a pena di esclusione (punto 3, lettere b, c, d ed e), da parte dell'ausiliaria (n. IV mm.aa.);

- che le controinteressate hanno a loro volta impugnato, con ricorso incidentale, il disciplinare di gara nella parte concernente la sanzione dell'esclusione per la riferita omissione della dichiarazione (negativa) circa l'insussistenza di soggetti apicali cessati dalla carica, trattandosi di una prescrizione ingiustificatamente gravatoria alla luce dell'impossibilità di disporre l'esclusione nel caso di verifica della circostanza in esame (non essendovi soggetti "cessati dalla carica" nel triennio, nemmeno potrebbe concretizzarsi il rilievo di assenza di moralità professionale), con la conseguenza che si verterebbe in ipotesi di "falso omissivo innocuo" (come tale irrilevante sul titolo di partecipazione alla selezione); nella specie, nessuna cessazione dalla carica si sarebbe verificata né per l'ausiliaria né per l'ausiliata, e comunque sarebbe dovuta intervenire un'eventuale richiesta di integrazioni sul punto da parte della



stazione appaltante;

- che la società istante, eccepita l'inammissibilità dell'impugnazione incidentale, ha comunque confutato le circostanze di fatto ivi dedotte, sostenendo che in data 23.12.2005, ossia nel triennio antecedente la pubblicazione del bando, l'impresa Costruzioni s.a.s. di Napoli Luigi & C., cedente del ramo di azienda in favore della C.m.l., avrebbe a sua volta acquistato l'azienda da altra ditta ("Sicurvia"), il cui titolare sarebbe stato condannato per turbativa d'asta (mem. ric. 11.5.09);

2. Considerato che il primo mezzo è fondato (n. I ric.), stante l'assenza in capo alle controinteressate dell'attestazione SOA per la categoria richiesta dalla stazione appaltante (OS34, class. II);

rilevato infatti:

- che le parti non controvertono circa l'essenzialità di detto requisito ai fini dell'ammissione alla gara - caratteristica desumibile tanto dalla "lex specialis" ("i concorrenti, all'atto dell'offerta, devono possedere attestazione che documenti il possesso della qualificazione in categorie e qualifiche adeguate ai lavori da assumere [...] in corso di validità", ex par. 11 del bando; in caso di avvalimento "il concorrente deve allegare, a pena di esclusione" l'attestazione SOA "dell'impresa ausiliaria e/o propria", ex par. 10.2, punto 2) quanto dalla normativa di settore (cfr. art. 1, co. 3, d.P.R. n. 34 del 2000 e art. 40 Cod. contr. pubbl.) –, anche per le ipotesi di avvalimento (artt. 49 e 50 Cod. cit.);

- che esse disputano piuttosto in ordine all'efficacia dell'acquisizione



dell'attestazione da parte della società C.m.l.: più precisamente, la ricorrente sostiene che la variazione della qualifica sarebbe avvenuta in data 5.12.2008, ossia dopo la scadenza del termine per la presentazione delle offerte (26.11.2008); al contrario, la C.m.l. assume come a quella data essa fosse già in possesso del requisito in virtù dell'antecedente acquisto del ramo d'azienda dall'impresa Costruzioni s.a.s. di Napoli Luigi & C., operante nel settore corrispondente alla cat. OS34; sicché, a suo dire, quand'anche alla formale variazione dell'attestato di qualificazione volesse attribuirsi efficacia costitutiva, tale effetto non potrebbe che retroagire al momento dell'acquisto del nuovo requisito (non potendo ridondare in danno dell'impresa cessionaria il tempo occorrente alla SOA per la materiale consegna dell'attestazione); sotto altro profilo, dagli atti risulterebbe che nel caso concreto la verifica dell'organismo di attestazione si era conclusa il 25.11.2008, e dunque un giorno prima del termine ultimo per le offerte;

considerato al riguardo:

- che la vicenda traslativa della cessione d'azienda non comporta l'acquisto (unitamente all'azienda, anche) dell'eventuale attestazione SOA posseduta dall'impresa cedente, occorrendo che una società SOA verifichi gli effetti di tale vicenda e, all'esito, rilasci nuovi certificati di attestazione alla cessionaria; ciò implica che, in assenza di un nuovo esame da parte della società SOA, né il cedente né il cessionario possano valersi dell'attestazione di qualificazione già



posseduta dall'azienda ceduta.

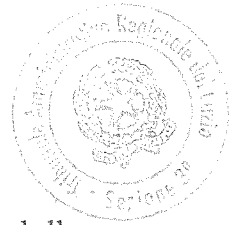
- che depone in tal senso l'art. 15, comma 9, d.P.R. n. 34 del 2000, a tenore del quale "in caso di fusione o di altra operazione che comporti il trasferimento di azienda o di un suo ramo, il nuovo soggetto può avvalersi per la qualificazione dei requisiti posseduti dalle imprese che ad esso hanno dato origine", con ciò dimostrando la perdurante necessità di una formale attestazione;

- che l'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici ha interpretato tale disposizione nel senso che essa conferisce alla cessionaria una mera "facoltà" di utilizzare i requisiti di qualificazione dell'impresa cedente per conseguire la propria qualificazione, non venendo in alcun modo in rilievo un'ipotesi di "trasferimento" della qualificazione (cfr. det. 26 febbraio 2003, n. 5);

- che non vale addurre l'avvenuta conclusione della verifica in data anteriore alla scadenza del termine di presentazione dell'offerta, alla luce:

a) della necessità, ai fini in disamina, dell'ottenimento ("recte": della produzione) di una formale attestazione SOA;) |

b) della contestazione mossa dalla ricorrente nei confronti della certezza della data della nota con cui la società Attico SOA ha comunicato alla C.m.l. di avere effettuato la variazione richiesta (e di restare in attesa, tra l'altro, del pagamento del compenso dovuto "al fine di emettere l'attestato di qualificazione"); non ricorre, infatti, alcuna delle circostanze individuate dall'art. 2704 cod. civ. per



desumere la certezza della data (“la data della scrittura privata della quale non è autenticata la sottoscrizione non è certa e computabile riguardo ai terzi, se non dal giorno in cui la scrittura è stata registrata o dal giorno della morte o della sopravvenuta impossibilità fisica di colui o di uno di coloro che l’hanno sottoscritta o dal giorno in cui il contenuto della scrittura è riprodotto in atti pubblici o, infine, dal giorno in cui si verifica un altro fatto che stabilisca in modo egualmente certo l’anteriorità della formazione del documento”);

- che nemmeno l’art. 51 Cod. contr. pubbl., invocato dalle controinteressate, è idoneo a sostenere la legittimità della loro ammissione alla gara (ai sensi di tale disposizione, “qualora i candidati o i concorrenti, singoli, associati o consorziati, cedano, affittino l’azienda o un ramo d’azienda, ovvero procedano alla trasformazione, fusione o scissione della società, il cessionario, l’affittuario, ovvero il soggetto risultante dall’avvenuta trasformazione, fusione o scissione, sono ammessi alla gara, all’aggiudicazione, alla stipulazione, previo accertamento sia dei requisiti di ordine generale, sia di ordine speciale, nonché dei requisiti necessari in base agli eventuali criteri selettivi utilizzati dalla stazione appaltante [...], anche in ragione della cessione, della locazione, della fusione, della scissione e della trasformazione previsti dal presente codice”);

- che detta norma pare infatti riferirsi al caso in cui la cedente (nella specie, in possesso dell’attestazione) partecipi alla gara (stante

l'individuazione dell'ambito soggettivo attraverso il ricorso ai termini "candidati" o "concorrenti") e poi ceda l'azienda, ma non alla diversa ipotesi in cui la vicenda traslativa abbia luogo in epoca anteriore, dovendo in questa evenienza la cessionaria essere considerata alla stregua di un soggetto che partecipa "ex novo" alla selezione;

3. Considerato che l'accoglimento del primo mezzo impone di pronunciare l'annullamento degli atti impugnati (fermi restando gli ulteriori provvedimenti dell'amministrazione), potendo restare assorbiti i rimanenti profili di gravame, con conseguente improcedibilità del ricorso incidentale (stante l'inutilità di un'eventuale decisione di accoglimento del mezzo dedotto dalla parte controinteressata);

considerato che sono infondate tanto la domanda diretta ad ottenere l'aggiudicazione della gara, per difetto di posizione soggettiva tutelabile (l'aggiudicazione, così come ogni determinazione di cura dell'interesse pubblico specifico, è comunque riservata alla stazione appaltante), quanto la pretesa risarcitoria, in difetto di allegazioni circa la verifica di un pregiudizio attuale, sembrando altresì equo compensare le spese di lite;

P.Q.M.

Il Tribunale amministrativo regionale del Lazio, sezione terza, definitivamente pronunciando:

a) accoglie il ricorso nei sensi di cui in motivazione e, per l'effetto, annulla i provvedimenti impugnati;


b) dichiara improcedibile il ricorso incidentale;
c) dichiara integralmente compensate tra le parti le spese di lite.
La presente sentenza sarà eseguita dall'Autorità amministrativa.
Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del 13 maggio 2009,
con l'intervento dei signori:

Bruno Amoroso, Presidente

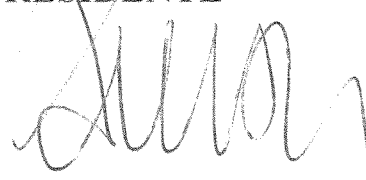
Giuseppe Sapone, Consigliere

Mario Alberto di Nezza, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE



IL PRESIDENTE



DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 26.5.09

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

IL SEGRETARIO



TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE DEL LAZIO

SEZIONE III^

Addebi. 26.5.09 copia conforme
alla presente è stata trasmessa
.....
a norma dell'art. 57 del Regolamento
di procedura 1/ agosto 1997 n. 182

