



REPUBBLICA ITALIANA

N. 13/08 Reg. Sent.

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

N. 472

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Sicilia Sezione

Reg. Gen. 2007

Seconda con l'intervento dei signori magistrati:

- Nicolò Monteleone, Presidente;
- Giovanni Tulumello, Primo Referendario, *estensore*;
- Gianmario Palliggiano, Referendario;

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso n. 472/2007 R.G., proposto dalla **s.p.a. ECOSFERA**, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in proprio e n.q. di capogruppo dell'A.T.I. costituita con LIVOLSI & Partners s.p.a, ARCHIDATA s.r.l., RPS CONSULTING s.p.a. e BANCA NUOVA s.p.a., rappresentata e difesa dagli Avv.ti Giovanni Pitruzzella e Gaetano Armao, ed elettivamente domiciliato presso lo studio del primo in Palermo, Via Nunzio Morello n. 40.

CONTRO

- **l'Assessorato all'Industria della Regione Siciliana**, in persona dell'Assessore *pro tempore*;

l'Assessorato all'Industria della Regione Siciliana, Dipartimento Regionale per l'Industria, in persona del Dirigente Generale *pro tempore*, rappresentati e difesi

dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Palermo, presso i cui uffici, in Palermo, via Alcide De Gasperi n. 81, sono domiciliati *ope legis*.

E NEI CONFRONTI

- della Fondazione CENSIS – “Centro studi investimenti sociali”, in qualità di mandante dell’A.T.I. costituita con l’Istituto per la promozione industriale (I.P.I.) e con Unioncamere Sicilia, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Stefano Gattamelata e Fabrizio Dioguardi, ed elettivamente domiciliato presso lo studio del secondo in Palermo, Via Principe di Paternò n. 42;
- dell’Istituto per la promozione industriale (I.P.I.), e di Unioncamere Sicilia, in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, non costituiti in giudizio;
- della RSO s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, nella qualità di mandataria del costituendo raggruppamento temporaneo di imprese con le società AMBROSETTI s.p.a. e CITTA’ DELLA SCIENZA s.c.p.a. ONLUS, nonché nei confronti di tale ultime società, in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, non costituiti in giudizio

PER L'ANNULLAMENTO, PREVIA SOSPENSIONE DELL'EFFICACIA

quanto al ricorso principale:

del D.D.G. n. 27 del 17 gennaio 2007, con il quale è stata

disposta l'esclusione della ricorrente e la revoca dell'aggiudicazione provvisoria disposta con D.D.G. n. 1033 del 15 giugno 2006, dell'appalto di servizi per l'affidamento delle attività previste dalle azioni A) e B) della misura 3.15 del POR Sicilia, già disposta in favore dell'a.t.i. ricorrente;

ove occorra, del parere dell'Ufficio Legislativo e Legale della Presidenza della Regione Sicilia, prot. n. 736 del 16 gennaio 2007, richiamato dalla motivazione del provvedimento summenzionato, nella parte in cui ritiene che debba procedersi all'esclusione dalla gara del raggruppamento ricorrente;

della eventuale e successiva aggiudicazione in favore del raggruppamento collocatosi secondo nella graduatoria finale della procedura ad evidenza pubblica;

di tutti gli atti presupposti, connessi e consequenziali adottati in forza dei predetti atti;

quanto al ricorso per motivi aggiunti:

del provvedimento di aggiudicazione provvisoria, in favore del r.t.i. Fondazione Censis-I.P.I.-Unioncamere, contenuto nel D.D.G. n. 28 del 18 gennaio 2007.

E PER IL RISARCIMENTO

del danno cagionato alla società ricorrente dai provvedimenti impugnati.

Visti il ricorso introduttivo e il ricorso per motivi aggiunti, con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'amministrazione

intimata e della parte controinteressata;

Viste le ordinanze cautelari n. 320/2007, resa da questo T.A.R., e n. 454/2007, resa dal C.G.A. per la regione siciliana;

Letti ed esaminati gli scritti difensivi ed i documenti prodotti dalle parti;

Relatore il Primo Referendario Giovanni Tulumello;

Uditi alla pubblica udienza del 27 novembre 2007 l'avv. Alessandro Finazzo in sostituzione dell'avv. Armao per la parte ricorrente, l'avv. dello Stato P. La Spina per l'amministrazione intimata, e l'avv. Roberto Surdi in sostituzione degli avvocati S. Gattamelata e F. Dioguardi per la parte controinteressata.

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

FATTO E DIRITTO

1. Con ricorso notificato il 1° marzo 2007, e depositato il successivo 7 marzo, la società Ecosfera ha chiesto l'annullamento dei provvedimenti indicati in epigrafe, deducendone l'illegittimità per i seguenti motivi:

1) "Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 35 della legge 11 febbraio 1994, n. 109 e successive modifiche e integrazioni – Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 18, comma 2, della legge 19 marzo 1990, n. 55, così come modificata dalla legge 12 luglio 1991, n. 203 – Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 11 d. lgs. 17 marzo 1995 n. 157 e successive modifiche e integrazioni – Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 7 ('condizioni di partecipazione e requisiti minimi di

ammissibilità') del capitolato d'oneri – Violazione e/o falsa applicazione del principio generale di attenuazione della personalizzazione del contratto di appalto pubblico, anche come espresso dall'art. 51 del d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163 e successive modifiche e integrazioni – Eccesso di potere per sviamento – difetto di istruttoria – erroneità nei presupposti – manifesta illogicità – perplessità – contraddittorietà – Violazione del principio di proporzionalità”.

2) “Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 35 della legge 11 febbraio 1994, n. 109 e successive modifiche e integrazioni sotto altro profilo – Violazione del D.P.C.M. 11 maggio 1991, n. 187.”

3) “Violazione e falsa applicazione dell'art. 37 del d. lgs. n. 163/2006 – Violazione e falsa applicazione dell'art. 7 del capitolato d'oneri – Violazione e falsa applicazione dell'art. 2948, cod. civ.”

4) “Eccesso di potere per illogicità e contraddittorietà manifesta – Violazione del principio della *par condicio*”.

5) “Eccesso di potere per violazione del principio del *favor participationis* - Violazione e falsa applicazione dell'art. 7 ('condizioni di partecipazione e requisiti minimi di ammissibilità') del capitolato d'oneri - Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 11 d. lgs. 17 marzo 1995 n. 157 e successive modifiche e integrazioni”.

6) “Violazione e falsa applicazione dell'art. 11-*bis* della L.R. n.

10 del 1991 e successive modifiche e integrazioni”.

7) “Violazione e falsa applicazione degli artt. 3, comma 3, 4 e 5 della legge regionale n. 10 del 1991 e successive modifiche o integrazioni – Violazione e falsa applicazione dell’art. 22 del capitolato d’oneri”.

Con successivo ricorso per motivi aggiunti, notificato l’11 maggio 2007, la società ricorrente ha altresì domandato l’annullamento dell’aggiudicazione provvisoria della gara di che trattasi, intervenuta il 18 gennaio 2007.

Il ricorso per motivi aggiunti è affidato alle medesime censure già dedotte nel ricorso introduttivo.

Si sono costituite in giudizio, per resistere al ricorso, l’amministrazione intimata e la parte controinteressata, depositando memorie e documenti.

Con ordinanza n. 320 del 2007, questa Sezione ha respinto l’istanza di sospensione cautelare degli effetti dei provvedimenti impugnati.

Con successiva ordinanza n. 454/2007, il C.G.A. per la regione siciliana ha respinto l’appello interposto dalla parte odierna ricorrente avverso la citata ordinanza cautelare.

Il ricorso è stato definitivamente trattenuto in decisione all’udienza pubblica del 27 novembre 2007.

2. Preliminarmente osserva il collegio che la società ricorrente non ha impugnato il provvedimento di aggiudicazione definitiva della gara per cui è causa, disposta nei confronti della

parte odierna controinteressata.

Quest'ultima, a pag. 2 della memoria depositata il 21 novembre 2007, ha dichiarato, con affermazione rimasta incontestata, che l'amministrazione ha emesso il provvedimento di aggiudicazione definitiva dell'appalto per cui è causa nei confronti del raggruppamento di cui la stessa controinteressata è mandante.

Come affermato da un orientamento giurisprudenziale ormai consolidato (ex multis, Consiglio di Stato, sezione V, decisioni 3717/2002 e 4464/2005), e come recentemente ribadito dalla stessa V sezione del Consiglio di Stato con la decisione 1° agosto 2007, n. 4268, "Dalla mancata impugnazione dell'aggiudicazione definitiva deve discendere l'improcedibilità del ricorso in primo grado. Se non è dubbio, infatti, che l'esclusione può (ed anzi deve) essere gravata prima dell'aggiudicazione, nell'attuale assetto del sistema di tutela giurisdizionale in materia di appalti pubblici (quale esso risulta anche dai principi di derivazione comunitaria), deve essere affermato il principio che l'impugnazione dell'esclusione va estesa, con lo strumento dei motivi aggiunti, anche all'aggiudicazione, non solo quando questa risulti disposta uno actu con l'esclusione ma tutte le volte in cui essa intervenga e sia conosciuta prima della pronunzia sul relativo gravame."

Tuttavia, da tale profilo di improcedibilità può prescindere, attesa l'infondatezza nel merito del ricorso

introduttivo e di quello per motivi aggiunti.

3. Il provvedimento di esclusione dalla gara del raggruppamento ricorrente – cui è conseguita l’aggiudicazione della stessa gara disposta in favore del raggruppamento odierno controinteressato – è stato pronunciato a seguito della trasformazione del Consorzio Archidata, facente parte del raggruppamento ricorrente, da consorzio in società a responsabilità limitata.

In merito alle ricadute di tale fenomeno sulla procedura di gara (e sugli interessi dell’amministrazione aggiudicatrice), questa Sezione ha già avuto modo di rimarcare - nella motivazione della richiamata ordinanza cautelare n. 320/2007, con la quale si è escluso che il ricorso in esame fosse assistito dal requisito del *fumus boni iuris* - le “significative conseguenze sostanziali della trasformazione della natura giuridica del soggetto partecipante alla gara, sia sul piano del mutamento del regime della garanzia patrimoniale, sia in relazione alla stessa struttura imprenditoriale (e al correlato interesse dell’amministrazione a contrarre con un soggetto avente caratteristiche organizzative e dimensionali corrispondenti a quelle rappresentate in sede di gara)”.

In sede di appello cautelare, il C.G.A. per la regione siciliana ha ritenuto - con l’ordinanza n. 454/2007, anch’essa richiamata - che non vi fossero “elementi sufficienti per discostarsi dalla pronunzia di 1° grado”.

Tale pronunzia – cautelare - del giudice d'appello si iscrive del resto, coerentemente, nell'ambito di un orientamento del C.G.A., che la Sezione condivide e al quale ritiene di aderire, che sin dalla decisione 29 settembre 2005 n. 636, fino alla più recente decisione 8 ottobre 2007 n. 938, secondo cui in materia di appalti, in virtù del principio della immutabilità del soggetto durante la partecipazione alla gara, non è ammessa, pena l'esclusione dalla gara, la modifica della natura giuridica del soggetto partecipante nella fase intercorrente tra la presentazione della domanda di partecipazione e l'eventuale stipula del contratto.

Il collegio non ignora l'esistenza di un contrario orientamento giurisprudenziale, da ultimo ribadito dalla IV sezione del Consiglio di Stato nella decisione 4 ottobre 2007, n. 5197.

Tuttavia tale orientamento non appare condivisibile, proprio nella misura in cui estende, in via interpretativa, una facoltà nascente dal contratto, e dunque connessa alla trasmissibilità da un soggetto a un altro della posizione di contraente, alla diversa (non solo strutturalmente) fase della evidenza pubblica, nella quale il dato che l'ordinamento individua come prioritario è l'esigenza di definire e "fissare" oggettivamente e soggettivamente la proposta contrattuale, perché l'amministrazione possa decidere sulla stessa.

In questo senso appare infondata la censura, contenuta nel

terzo motivo di ricorso, che argomenta la legittimità della trasformazione in un nuovo soggetto giuridico in corso di gara, dal disposto dell'art. 2498 cod. civ.: il principio di continuità dei rapporti giuridici a seguito della trasformazione, espresso dalla disciplina del diritto societario, risolve un problema di imputazione alla stregua del diritto comune, ma non può avere la forza – per ragioni di ordine funzionale e teleologico, oltre che sistematico - di modificare la diversa disciplina speciale della formazione dei contratti della pubblica amministrazione, avendo peraltro le diverse discipline un differente oggetto (gli effetti civilistici della trasformazione societaria l'una; la necessaria corrispondenza formale e sostanziale fra offerente e aggiudicatario negli appalti pubblici, l'altra).

Parimenti, non può accedersi ad una malintesa concezione del principio del *favor participationis*, quale quella posta a fondamento del quinto motivo di ricorso, per legittimare la partecipazione alle gare anche di concorrenti che hanno violato il precetto di una norma imperativa.

Le decisioni del C.G.A. da ultimo richiamate – alle cui motivazioni, in proposito, si rinvia - contengono, del resto, una analitica confutazione delle tesi esposte nel ricorso in esame: in particolare, per quanto riguarda la pretesa violazione dell'art. 35 della legge n. 109 del 1994, esse chiaramente escludono che tale disposizione, che prevede l'ammissibilità, a determinate condizioni, del subentro “nella titolarità del contratto”, possa

trovare applicazione nella diversa fase delle procedure di aggiudicazione, prodromica alla vicenda negoziale vera e propria, e soggetta ad una diversa disciplina diversi essendo gl'interessi pubblici implicati.

Sempre nell'ambito del richiamato orientamento, dal quale il collegio non ritiene di discostarsi, si traggono gli elementi per dichiarare l'infondatezza dei motivi, proposti nel presente giudizio, asseritamene fondati sulla identità sostanziale dei profili disciplinari conseguenti alla trasformazione: in disparte quanto già osservato dalla Sezione in sede cautelare a proposito del diverso regime di responsabilità patrimoniale e della diversa struttura organizzativa, ciò che appare dirimente è la considerazione, espressa nella citata decisione n. 938/2007 del C.G.A., in base alla quale "Del tutto inconferenti sono, in proposito, i rilievi di parte appellante circa l'assoluta identità degli elementi di qualificazione che caratterizzano le due aziende, ditta individuale e società di capitali (...), ai fini predetti rilevando la mera incontrovertita trasformazione giuridica del soggetto."

Tale rilievo priva di astratta incidenza, nel presente giudizio, le ulteriori censure, la cui infondatezza discende dall'essere esse fondate sul fatto storico – indiscusso – della intervenuta trasformazione, dal quale tuttavia pretendono di far discendere conseguenze interpretative in realtà precluse – nei termini poc'anzi esposti – dalla trasformazione in quanto tale.

4. Discorso parzialmente diverso dev'essere fatto per quanto riguarda la dedotta violazione dell'art. 51 del d. lgs. 12 aprile 2006, n. 163.

In relazione a tale censura appare dirimente il rilievo che la gara per cui è causa è stata bandita (con D.D.G. n. 2098 del 13 settembre 2005) anteriormente all'entrata in vigore della disposizione invocata: sicché, a voler attribuire ad essa il contenuto precettivo che la difesa della parte ricorrente le assegna, l'unico argomento interpretativo che se ne deve correttamente trarre in relazione alla fattispecie *de qua* è evidentemente nel senso del rafforzamento – piuttosto che dell'indebolimento - della conclusione secondo cui prima della entrata in vigore, del citato art. 51, che avrebbe attenuato la rilevanza dell' *intuitu personae* nell'appalto pubblico (affermazione peraltro discutibile nella sua perentorietà), fosse illegittimo un mutamento della veste giuridica del soggetto partecipante durante la fase di scelta del contraente.

5. Quanto alla dedotta violazione dell'art. 11-*bis* della legge regionale 30 aprile 1991, n. 10 (aggiunto dall'art. 23, comma 1, lettera e), L.R. 28 dicembre 2004, n. 17), per non essere stato il provvedimento impugnato preceduto dall'avviso di rigetto dell'istanza, osserva il collegio che la giurisprudenza formatasi sulla omologa previsione dell'art. 10-*bis* della legge n. 241 del 1990 (che risulterebbe peraltro applicabile alla fattispecie *de qua* in luogo della legge regionale invocata, alla stregua del criterio

posto dal novellato art. 29 della legge n. 241 del 1990), esclude le procedure di evidenza pubblica dall'ambito oggettivo di applicazione di una simile disposizione (T.A.R. Calabria Catanzaro, sez. II, 7 febbraio 2006, n. 127; T.A.R. Valle d'Aosta Aosta 21 novembre 2006 n. 139; T.A.R. Veneto Venezia, sez. I, 13 ottobre 2005 , n. 3663) .

In ogni caso, anche a voler ritenere in tesi superabile l'ostacolo dell'ambito applicativo, la censura in esame sarebbe comunque infondata ai sensi dell'art. 21-*octies*, secondo comma, prima parte, l. 241/1990, atteso che, per le considerazioni fin qui svolte in merito al carattere preclusivo – sul piano sostanziale – della intervenuta trasformazione della natura giuridica del soggetto partecipante alla gara rispetto alla prosecuzione della partecipazione alla gara medesima, il contenuto dispositivo del provvedimento impugnato non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato.

Identiche conclusioni valgono altresì per le censure di carattere formale e procedimentale dedotte nel settimo motivo di ricorso.

6. Il ricorso introduttivo e il ricorso per motivi aggiunti risultano pertanto infondati.

Infondata risulta altresì la domanda risarcitoria, in quanto ancorata (al di là di ogni altro profilo rilevante) al presupposto – non ritenuto – della illegittimità dei provvedimenti impugnati.

Avuto riguardo al segnalato quadro giurisprudenziale, non

univoco, sussistono giusti motivi per la compensazione integrale fra le parti delle spese del presente giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale amministrativo regionale della Sicilia, Sezione Seconda, definitivamente pronunciando, respinge il ricorso in epigrafe, ed il connesso ricorso per motivi aggiunti.

Spese compensate.

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

Così deciso in Palermo, nella camera di consiglio del 27 novembre 2007.

Depositata in Segreteria il 09/01/2008.

Il Funzionario