

N. 03697/2011REG.PROV.COLL.
N. 09391/2010 REG.RIC.



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 9391 del 2010, proposto da:

Fiamma 2000 Spa, rappresentato e difeso dall'avv. Angelo Clarizia, con domicilio eletto presso il medesimo in Roma, via Principessa Clotilde N.2;

contro

Organismo di Bacino n. 20 della Sardegna, Comune di Gonnosno', Comune di Albagiara, Comune di Curcuris, Comune di Genuri, Comune di Gonnostramatza, Comune di Sini, Comune di Usellus, Comune di Villa Verde, Comune di Assolo, Comune di Baradili, Comune di Baressa, Comune di Gonnoscodina, Comune di Masullas, Comune di Mogorella, Comune di Nureci, Comune di Pau, Comune di Pompu, Comune di Ruinas, Comune di Siris;

nei confronti di

Societa' Irpina Distribuzione Gas - Sidigas Spa in proprio e in qualità di mandataria Rti - Società Appalti e Forniture per Acquedotti e Bonifiche - Safab Spa e in proprio, rappresentati e difesi dagli avv. Paolo Tesauro, Leopoldo De Medici e Giovanna De Santis, con domicilio eletto presso

l'avv. Paolo Tesauro in Roma, largo Messico 7;

Gesafin Immobiliare (Già Safab Spa);

per la riforma

della sentenza del T.A.R. SARDEGNA - CAGLIARI: SEZIONE I n. 02293/2010, resa tra le parti, concernente AFFIDAMENTO LAVORI RELATIVI A IMPIANTI DISTRIBUZIONE GAS METANO - MCP

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Societa' Irpina Distribuzione Gas - Sidigas Spa in proprio e in qualità di mandante Rti Società Appalti e Forniture Per Acquedotti e Bonifiche - Safab Spa e in Proprio;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 12 aprile 2011 il Cons. Paolo Giovanni Nicolo' Lotti e uditi per le parti gli avvocati Clarizia, Tesauro e De Santis;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Il Tribunale amministrativo regionale per la Sardegna, sez. I, con la sentenza n. 2293 del 12 ottobre 2010, definitivamente pronunciando sul ricorso proposto dalla Società Irpina Distribuzione Gas – SIDIGAS S.p.A., in proprio e nella qualità di mandataria del costituendo raggruppamento temporaneo di imprese con la Società Appalti e Forniture per Acquedotti e Bonifiche – S.A.F.A.B. S.p.A., ha annullato l'aggiudicazione, disposta in favore di Fiamma 2000 s.p.a., della procedura aperta ai sensi dell'art. 144 del D.lgs n. 163/2006, con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa di cui all'art. 83, comma 1, del medesimo decreto, per la realizzazione della rete del gas dei centri abitati dei Comuni appartenenti al Bacino 20 della Sardegna.

Il TAR si è basato sulla dedotta violazione (nei motivi aggiunti di primo grado) dell'art. 14, comma 5, del decreto legislativo 23 maggio 2000, n. 164, in quanto Fiamma 2000 ha in affidamento diretto, mediante la controllata Sarda reti Gas s.r.l., il servizio di distribuzione del gas del Comune di Sedilo; conseguentemente non avrebbe potuto partecipare alla gara oggetto della presente controversia.

Il ricorrente, ha proposto, inoltre, ulteriori censure relative: alla violazione del disciplinare di gara (punto A), nonché dell'art. 53, comma 3, del codice dei contratti pubblici e dell'art. 16, comma 6, della legge regionale sarda n. 5 del 2007; alla violazione del punto B del disciplinare e del principio di segretezza delle offerte; alla presentazione della dichiarazione prevista dal disciplinare solo in data 19 dicembre 2009, quindi dopo il decorso del termine per la presentazione delle domande di partecipazione; alla violazione, infine, dell'art. 2 del disciplinare di gara, con riguardo alla valutazione dell'offerta tecnica.

2. La controinteressata in primo grado ha proposto ricorso incidentale con il quale ha impugnato sia il bando che il disciplinare di gara nella parte in cui prevede che la dichiarazione sostitutiva di cui al punto A.2) del disciplinare debba essere resa, con i medesimi contenuti e termini, anche dal progettista qualificato indicato in sede di offerta per la redazione del progetto esecutivo dei lavori; con tale ricorso incidentale è impugnato, inoltre, l'atto di ammissione alla procedura di gara della costituenda A.T.I. SIDIGAS – SAFAB, sostenendosi che l'offerta avrebbe dovuto essere esclusa per una serie molto articolata di motivi: in primo luogo, in relazione al fatto che, nei confronti della SAFAB s.p.a., la Prefettura di Roma, con provvedimento del 25 novembre 2009, aveva adottato una interdittiva antimafia in quanto ha ritenuto sussistente il pericolo di infiltrazioni mafiose; inoltre, in relazione alla cauzione provvisoria presentata in gara. Sempre nel ricorso incidentale, si assume la violazione dell'art. 98 del

D.P.R. n. 554/1999, poiché la mandante SAFAB non avrebbe i requisiti richiesti e si contesta la legittimazione al ricorso di prime cure, in quanto: le dichiarazioni sostitutive presentate dagli amministratori della S.A.F.A.B. s.p.a., cessati dalla carica nel triennio precedente, sarebbero invalide in quanto accompagnate dalla fotocopia del passaporto; la domanda di partecipazione di SIDIGAS sarebbe stata sottoscritta da un amministratore che, al momento della sottoscrizione, non sarebbe stato più il legale rappresentante della società; sussisterebbe una mancata dimostrazione dei requisiti di capacità finanziaria da parte di SIDIGAS, con riguardo all'anno 2008; il certificato di sopralluogo presentato in gara dall'ATI ricorrente non sarebbe conforme a quanto richiesto dal disciplinare, poiché effettuato dal solo delegato SIDIGAS.

Il TAR, previo accoglimento del ricorso incidentale nella parte in cui impugna la clausola del disciplinare richiamata, ha ritenuto che il primo motivo del ricorso introduttivo fosse infondato.

Al contrario, in relazione al motivo di ricorso incidentale secondo cui (illegittimamente) la costituenda ATI SIDIGAS non era stata esclusa dalla procedura di gara, considerato che nei confronti della mandante S.A.F.A.B. s.p.a. era stata adottata dal Prefetto di Roma (con provvedimento del 25 novembre 2009) una interdittiva antimafia, per la sussistenza del pericolo di infiltrazioni mafiose (circostanza ammessa dalle ricorrenti principali), il TAR ha valorizzato il contenuto normativo di cui all'art. 12, comma 1, del D.P.R. n. 252/1998, secondo cui nell'ipotesi in cui “taluna delle situazioni indicate nell'articolo 10, comma 7, interessa un'impresa diversa da quella mandataria che partecipa ad un'associazione o raggruppamento temporaneo di imprese” prevede che tali situazioni “non operano nei confronti delle altre imprese partecipanti quando la predetta impresa sia estromessa o sostituita anteriormente alla stipulazione del contratto o alla concessione dei lavori.”

Nel caso di specie, inoltre, si è fatto leva anche sull'art. 37, comma 19, del codice dei contratti pubblici che, a seguito delle modifiche apportate dal D.lgs. n. 113/2007, ha consentito, in via generale, l'esecuzione dell'appalto da parte del mandatario dotato di idonea qualificazione nel caso in cui nei confronti di una o più mandanti siano state adottate informative interdittive secondo la normativa antimafia.

I successivi motivi di ricorso incidentale sono stati, invece, respinti.

3. La sentenza è stata appellata in via principale dalla Fiamma 2000 s.p.a.

La Società Irpina Distribuzione Gas – SIDIGAS S.p.A. ha proposto appello incidentale riproponendo il primo motivo di ricorso in primo grado e rilevando, quanto alla questione dell'interdittiva antimafia, che la società mandante aveva realizzato un sostanziale riassetto proprietario per contrastare tale interdittiva; inoltre, che l'interdittiva valeva come requisito di conclusione del contratto e non come requisito di partecipazione.

All'udienza pubblica del 12 aprile 2011 la causa veniva trattenuta in decisione.

DIRITTO

4. Preliminarmente, deve rammentarsi che l'art. 10, comma 2, del DPR 252/98, laddove dispone il divieto, per le amministrazioni cui siano fornite le relative informazioni in tema di infiltrazioni mafiose, di stipulare, approvare o autorizzare i contratti o subcontratti, e di autorizzare, rilasciare o comunque consentire le concessioni e le erogazioni, persegue un'esigenza di tutela dell'ordine pubblico secondo una logica di anticipazione della soglia di difesa sociale ai fini di una tutela avanzata nel campo del contrasto della criminalità organizzata, rispetto alla quale l'articolo 12 si pone quale eccezione insofferente ad una manipolazione analogica. Infatti, un'offerta presentata con la partecipazione di un'impresa destinataria di interdittiva antimafia è inevitabilmente influenzata, nella sua portata oggettiva, da detto contributo.

La scelta normativa di non estendere il citato art. 12 del DPR 252/98 anche agli appalti di servizi, pur se opinabile, non risulta irragionevole alla luce delle più cospicue garanzie *ratione temporis* predisposte in tema di appalti di lavori (si pensi all'albo costruttori e, quindi, all'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici ed al sistema di qualificazione SOA), idonee a garantire un controllo sull'affidabilità delle imprese operanti in questo settore, più penetrante rispetto al campo degli appalti di servizi e di forniture (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 2 marzo 2009, n. 1148).

Nel caso di specie, la procedura selettiva dei concorrenti riguarda la costruzione e la gestione del servizio della rete di gas, mediante la procedura ex art. 144 del Codice dei contratti pubblici: si tratta, dunque, all'evidenza non di un appalto di soli lavori, rispetto al quale, secondo la giurisprudenza della Sezione, si applica l'eccezione ai sensi del citato art. 12 del DPR 252/98, ma di un appalto avente una componente di lavori e una componente di servizi (rectius una concessione di costruzione e gestione), componente di servizi particolarmente qualificante, che, sulla base della stessa logica della giurisprudenza della Sezione citata, rende non estensibile in via analogica la norma del DPR richiamata.

E' pur vero che le disposizioni del regolamento in esame riguardano, in via generale, le pubbliche amministrazioni e gli enti pubblici, gli enti e le aziende vigilati dallo Stato o da altro ente pubblico e le società o imprese comunque controllate dallo Stato o da altro ente pubblico, nonché i concessionari di opere pubbliche (così in base all'art. 1 di detto Regolamento).

Tuttavia, come ha affermato la Sezione nella sentenza citata (Consiglio di Stato, sez. V, 2 marzo 2009, n. 1148), l'eccezione di cui all'art. 12 si applica soltanto ai lavori, così come risulta evidente sia nella rubrica della norma medesima, sia nel testo stesso dell'art. 12, che restringe, quindi, il campo di rilevanza normativa perimetrato dall'art. 1, escludendone il settore delle

concessioni in generale, ma prendendo in esame, a fini regolatori, soltanto, testualmente, le concessioni di lavori (quindi non altre tipologie di concessioni).

5. In ogni caso, tale norma, così come l'art. 37, comma 19, del D. lgs. 163/06, su cui ha fatto leva la sentenza di primo grado, non può applicarsi al caso di specie, trattandosi di norma che presuppone un'interdittiva posteriore all'aggiudicazione.

Tale interpretazione si deduce sistematicamente mediante il confronto con la norma antecedente dettata in tema di appalto di lavori, contenuta nell'art. 94 d.P.R. n. 554 del 1999 che sanciva, testualmente, che “In caso di fallimento di una delle imprese mandanti ovvero, qualora si tratti di un'impresa individuale, in caso di morte, interdizione, inabilitazione o fallimento del suo titolare, l'impresa capogruppo, ove non indichi altra impresa subentrante che sia in possesso dei prescritti requisiti di idoneità, è tenuta alla esecuzione, direttamente o a mezzo delle altre imprese mandanti, purché queste abbiano i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori ancora da eseguire”.

Attualmente, l'art. 37, comma 19, stabilisce che “In caso di fallimento di uno dei mandanti ovvero, qualora si tratti di imprenditore individuale, in caso di morte, interdizione, inabilitazione o fallimento del medesimo ovvero nei casi previsti dalla normativa antimafia, il mandatario, ove non indichi altro operatore economico subentrante che sia in possesso dei prescritti requisiti di idoneità, è tenuto alla esecuzione, direttamente o a mezzo degli altri mandanti, purché questi abbiano i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori o servizi o forniture ancora da eseguire”.

Dal semplice raffronto testuale si evince che l'art. 37, comma 19 in esame ha mantenuto intatto il nucleo normativo del precedente art. 94 del d.P.R. citato, estendendone la portata ai casi di normativa antimafia e comprendendo anche gli appalti di servizi e forniture.

Il nucleo normativo è, dunque, incentrato sull'esecuzione e sul subentro di altro e diverso mandante e riguarda, dunque, la fase dell'esecuzione del contratto, non la fase dell'affidamento, rispetto alla quale la presenza di una interdittiva antimafia priva il concorrente della possibilità di aggiudicarsi l'appalto.

Tale lettura della norma è coerente con l'orientamento giurisprudenziale, secondo cui il meccanismo in esame presuppone che il fallimento (così come le altre circostanze preclusive citate dalla norma medesima) della mandante sia intervenuto dopo la stipulazione del contratto, non spiegandosi, altrimenti, il riferimento alla «prosecuzione» del rapporto di appalto, che implica la già intervenuta insorgenza del rapporto stesso, mediante la sottoscrizione del contratto (cfr. T.A.R. Piemonte, sez. II, 22 ottobre 2005, n. 3261).

Sotto altro profilo, il ricorrente in primo grado ripropone in appello alcune questioni su cui il TAR non si è pronunciato, questioni legate all'avvenuta costituzione, posteriormente all'interdittiva antimafia, di una Newco, Safab s.r.l.; alla costituzione di un Trust cui affidare il 100% del capitale di tale società; al conferimento del ramo d'azienda relativo alle costruzioni a tale Newco; infine, alla trasformazione della stessa da s.r.l. a s.p.a.

Tuttavia, a prescindere dalla circostanza che tali operazioni societarie siano o meno sostanzialmente elusive, in quanto tale sostituzione non consente il subentro di un soggetto nuovo a tutti gli effetti, ma ripropone lo stesso soggetto sotto altra veste, le questioni sollevate dal ricorrente in primo grado non potrebbero portare comunque vantaggi al ricorrente, non potendo lo stesso conseguire l'aggiudicazione, per quanto appena detto, atteso che le norme invocate operano solo nella fase dell'esecuzione dell'appalto.

6. Peraltro, dopo la decisione dell'Adunanza Plenaria n. 4 del 2011, il ricorso incidentale, diretto a contestare la legittimazione del ricorrente

principale, come nella specie, mediante la censura della sua ammissione alla procedura di gara, deve essere sempre esaminato prioritariamente, anche nel caso in cui il ricorrente principale alleggi l'interesse strumentale alla rinnovazione dell'intera procedura. Detta priorità logica sussiste indipendentemente dal numero dei partecipanti alla procedura selettiva, dal tipo di censura prospettata dal ricorrente incidentale e dalle richieste formulate dall'amministrazione resistente. L'esame prioritario del ricorso principale è ammesso, per ragioni di economia processuale, qualora sia evidente la sua infondatezza, inammissibilità, irricevibilità o improcedibilità. Nel caso di specie, infatti, il ricorso incidentale priva il ricorrente della legittimazione ad agire in quanto la sua pretesa si sostanzierebbe in una domanda riguardante un bene della vita che lo stesso non potrebbe conseguire e, dunque, farebbe valere un interesse cd. "illegittimo", così come ampiamente ha già specificato questa Sezione con l'articolata sentenza del 6 aprile 2011, n. 1928.

7. Ciò determina, di conseguenza, l'accoglimento dell'appello e, per l'effetto, l'accoglimento del ricorso incidentale di primo grado per il motivo esaminato, assorbente di ogni altro dedotto, e conseguente dichiarazione di inammissibilità del ricorso di primo grado.

Deve, inoltre, essere dichiarata l'improcedibilità dell'appello incidentale.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in accoglimento del ricorso incidentale di primo grado, dichiara l'inammissibilità del ricorso di primo grado.

Dichiara improcedibile l'appello incidentale.

Compensa tra le parti le spese del presente grado di giudizio.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 12 aprile 2011 con l'intervento dei magistrati:

Pier Giorgio Trovato, Presidente

Vito Poli, Consigliere

Roberto Chieppa, Consigliere

Eugenio Mele, Consigliere

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 20/06/2011

IL SEGRETARIO

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