

N. 01732/2012REG.PROV.COLL.
N. 07530/2011 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 7530 del 2011, proposto dalle società G.p.r. Security S.r.l., Sardinia General Service S.r.l., Over Security Sardegna S.r.l., Over Security Oristano S.r.l., ciascuna in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in proprio e quali mandanti dell'a.t.i. avente come capogruppo La Sicurezza Notturna S.r.l., tutte rappresentate e difese dagli avvocati Mauro Barberio, Stefano Porcu e Roberto Uzzau, con domicilio eletto presso l'avvocato Maria Stefania Masini in Roma, via della Vite n. 7;

contro

Vigilanza Sardegna S.c.a.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Mario Esposito, con domicilio eletto presso quest'ultimo in Roma, via Lattanzio n. 66;

Istituto di Vigilanza Notturna e Diurna di Cannas Bruno & C. S.n.c., Polsarda S.r.l., Istituto di Vigilanza Vigilpol S.c.a.r.l., Park Auto Sarda S.c.a.r.l., tutte non costituite;

nei confronti di

Regione Autonoma della Sardegna, in persona del presidente *pro tempore*, non costituito;

e con l'intervento di

La Sicurezza Notturna S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Gianmarco Tavolacci, con domicilio eletto presso Antonia De Angelis in Roma, via Portuense n. 104;

per la riforma

della sentenza del T.a.r. per la Sardegna, sezione I, n. 845 del 22 luglio 2011.

Visto il ricorso in appello e i relativi allegati;

visto l'atto di costituzione in giudizio di Vigilanza Sardegna S.c.a r.l.;

visto l'atto di intervento *ad adiuvandum* della società La Sicurezza Notturna S.r.l.,

viste le memorie difensive depositate dalla società Vigilanza Sardegna S.C.A R.L. (in data 27 ottobre 2011, 10 febbraio e 17 febbraio 2012), dalla società La Sicurezza Notturna S.r.l. (in data 10 e 17 febbraio 2012), dalle società G.p.r. Security S.r.l., Sardinia General Service S.r.l., Over Security Sardegna S.r.l., Over Security Oristano S.r.l. (in data 10 febbraio 2012);

visti tutti gli atti della causa;

relatore nell'udienza pubblica del giorno 28 febbraio 2012 il consigliere Vito Poli e uditi per le parti gli avvocati Uzzau, Tavolacci e Di Cecco, su delega dell'avvocato Esposito;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. L'impugnata sentenza - T.a.r. per la Sardegna, sezione I, n. 845 del 22 luglio 2011 - :

a) ha riunito due autonomi ricorsi - allibrati ai nn.rr.gg. 1059/2010 e 1116/2010 - proposti, rispettivamente, dalla capogruppo Vigilanza Sardegna s.c.a.r.l. (in prosieguo Vigilanza Sardegna) e da alcune delle

imprese mandanti (Istituto di Vigilanza Notturna e Diurna di Cannas Bruno & C. S.n.c., Polsarda S.r.l., Istituto di Vigilanza Vigilpol S.C.A.R.L., Park Auto Sarda S.c.a.r.l.) dell'a.t.i. seconda graduata, avverso il provvedimento di aggiudicazione definitiva, in favore dell'a.t.i. capeggiata dalla società La Sicurezza Notturna S.r.l. (in prosieguo La Sicurezza), della gara per l'affidamento del servizio di vigilanza armata, portierato, custodia presso gli immobili della regione Sardegna nonché del servizio di lavaggio degli autoveicoli in uso alla medesima;

b) ha respinto le eccezioni di inammissibilità e tardività dei ricorsi principali ed incidentali sollevate dalla difesa della regione Sardegna (tale capo non è stato impugnato);

c) ha respinto i ricorsi incidentali proposti, in entrambi i giudizi, dalla mandataria (e da alcune delle imprese mandanti), dell'a.t.i. aggiudicataria;

d) ha accolto i ricorsi principali;

e) ha compensato fra le parti le spese di lite.

2. Con ricorso in appello ritualmente notificato e depositato, la società G.p.r. (e le altre mandanti dell'a.t.i. aggiudicataria), hanno impugnato la menzionata sentenza del T.a.r. n. 845 del 2011, contestandone le conclusioni in punto di accoglimento dei ricorsi principali e riproponendo criticamente i motivi posti a base, in prime cure, dei ricorsi incidentali.

3. Si è costituita in giudizio la società Vigilanza Sardegna:

a) deducendo sotto plurimi profili l'inammissibilità e l'infondatezza del gravame;

b) riproponendo tutti i motivi non esaminati in prime cure.

4. Si è costituita in giudizio la società La Sicurezza Notturna S.r.l. concludendo per l'accoglimento dell'appello proposto dalle mandanti dell'a.t.i. da essa capeggiata.

5. Con ordinanza cautelare di questa sezione n. 4498 del 12 ottobre 2011 è stata accolta l'istanza di sospensione degli effetti dell'impugnata sentenza

con divieto alla stazione appaltante di stipulare il contratto.

6. La causa è passata in decisione all'udienza pubblica del 28 febbraio 2012.

7. L'appello è fondato e deve essere accolto.

8. Preliminarmente la sezione deve esaminare l'eccezione, sollevata dalla difesa della società Vigilanza Sardegna, di inammissibilità dell'intervento spiegato dalla società La Sicurezza.

8.1. L'eccezione è fondata.

Il collegio osserva che l'intervento non è stato notificato in violazione dell'art. 97, co. 1, c.p.a. (cfr., in ordine all'inderogabilità della notificazione dell'atto di intervento alla luce del nuovo c.p.a., Cons. St., sez. IV, 30 novembre 2010, n. 8363).

8.2. L'intervento in giudizio della società La Sicurezza deve essere conseguentemente dichiarato inammissibile.

9. In ordine logico segue l'esame dell'eccezione di inammissibilità dell'appello argomentata sotto i seguenti profili.

All'inizio del mese di settembre del 2011, il legale rappresentante della società La Sicurezza avrebbe comunicato, prima personalmente e poi via *mail*, al legale rappresentante della società Vigilanza Sardegna (nonché ai difensori delle parti tramite circolazione della originaria *mail*), la volontà di rinunciare all'appello, di rinunciare al mandato di capogruppo, e, infine, di recedere dal raggruppamento vincitore della gara.

Da qui discenderebbe:

- a) la perdita, in data anteriore alla notificazione dell'appello in trattazione, della legittimazione attiva delle imprese mandanti;
- b) la carenza di interesse ad agire, originaria o sopravvenuta;
- c) l'acquiescenza della capogruppo alla sentenza sfavorevole;
- d) l'estinzione del mandato e dell'intero raggruppamento aggiudicatario.

9.1. L'eccezione è infondata sia in fatto che in diritto.

9.1.1. Dall'esame di tutta la documentazione versata in atti non emerge che

la società La Sicurezza sia formalmente receduta dall'a.t.i., ovvero che abbia formalmente abdicato al suo ruolo di mandataria capogruppo; inoltre, è smentito *per tabulas* che la medesima abbia prestato acquiescenza alla sentenza; parimenti è inconcepibile che la società La Sicurezza, non avendo interposto appello, abbia potuto manifestare carenza di interesse al ricorso o, peggio, abbia rinunciato formalmente al ricorso medesimo.

9.1.2 In ogni caso è dirimente, in diritto, il rilievo per cui, nell'ordinamento nazionale – comunitario in materia di appalti, è scontata la legittimazione delle singole imprese associate in r.t.i. (costituendo o costituito), a impugnare atti della procedura di gara, tenuto conto che il fenomeno del raggruppamento di imprese non dà luogo a un'entità giuridica autonoma che escluda la soggettività delle singole imprese che lo compongono (cfr. Cons. St., ad. plen., 15 aprile 2010, n. 1; Corte giust. C.E., 4 ottobre 2007, C-492/06).

10. Contrariamente a quanto sostenuto dalla difesa della società Vigilanza Sardegna (cfr. pagina 5, memoria redatta in data 8 ottobre 2011, pagina 6, memoria redatta in data 15 febbraio 2012), il corretto ordine di esame dei motivi deve prendere le mosse, secondo l'insegnamento dell'adunanza plenaria di questo Consiglio (cfr. sentenza 7 aprile 2011, n. 4, vincolante ex art. 99, co. 3, c.p.a.), dall'analisi delle censure poste a base dei ricorsi incidentali articolati in prime cure dall'a.t.i. aggiudicataria.

11. E' fondato, e assorbente di ogni altra questione, il primo motivo, comune ad entrambi i ricorsi incidentali, con cui è stata affermata l'illegittimità della mancata esclusione dell'a.t.i. seconda graduata per la violazione dell'art. 39, co. 9 e 10, d.lgs. n. 163 del 2006 - codice contratti pubblici - sotto il profilo della inammissibile modificazione della compagine soggettiva degli organismi che partecipano a procedure di evidenza pubblica; tanto in relazione, soprattutto, alla inoperatività del *bit bond* intestato ad una impresa mandante non più esistente perché

incorporata per fusione in una diversa società che, non avendo presentato la domanda di partecipazione alla gara, non risultava intestataria della polizza fideiussoria, richiesta dal codice dei contratti pubblici e dalla *lex specialis* della gara.

11.1. In fatto giova precisare che:

- a) dopo l'aggiudicazione provvisoria della gara all'a.t.i. capeggiata dalla società La sicurezza Notturna (verbale n. 15 del 22 aprile 2009), la società cooperativa per azioni Coopservice (in prosieguo Coopservice), ha incorporato per fusione l'Istituto di Vigilanza società cooperativa Executive (in prosieguo Istituto Executive), mandante dell'a.t.i. guidata dalla società Vigilanza Sardegna (cfr. rogito notarile n. rep. 96547 del 16 dicembre 2009);
- b) con nota del 10 maggio 2010, la Vigilanza Sardegna, da un lato, ha comunicato alla stazione appaltante l'avvenuta fusione per incorporazione della mandante Istituto Executive nella Coopservice, dall'altro, ha depositato la documentazione attestante il rinnovo della polizza fideiussoria sempre cointestata alla estinta mandante Istituto Executive;
- c) la stazione appaltante, senza effettuare alcun controllo in capo alla seconda classificata, ha proceduto all'aggiudicazione definitiva in favore dell'a.t.i. guidata dalla società La Sicurezza Notturna (cfr. determinazione n. rep. 2367 del 5 novembre 2010).

11.2. L'impugnata sentenza (pagine 26 – 29), ha respinto il motivo sostenendo che:

- a) a mente degli artt. 2504 *bis*, co. 1, c.c. e 51, codice dei contratti pubblici <<...nell'incorporazione è l'intera soggettività dell'impresa che viene trasfusa in un altro soggetto imprenditoriale, attuandosi una vicenda evolutiva di assoluta continuità giuridica, con la conseguenza che il soggetto giuridico incorporato non si estingue né si crea un soggetto giuridico distinto dal primo, ma è il medesimo soggetto giuridico che evolve e si trasforma, così come previsto dall'art. 2504 *bis*, c.c.; ... con il relativo trasferimento delle cauzioni e polizze assicurative>>;

b) al momento della fusione la fase dell'aggiudicazione provvisoria della gara si era esaurita e pertanto ogni ulteriore controllo avrebbe dovuto essere differito al momento della stipula del contratto.

11.3. Gli argomenti sviluppati dal T.a.r. non sono accoglibili sia in fatto che in diritto.

11.4. In diritto la sezione osserva quanto segue.

11.4.1. Nel caso di partecipazione alle procedure di gara di appalti pubblici di organismi costituiti da più imprese (a.t.i., consorzi), secondo consolidati principi da cui il collegio non intende decampare (cfr. Cons. St., ad. plen., 7 aprile 2011, n. 4; ad. plen., 15 aprile 2010, n. 1; sez. V, 19 settembre 2011, n. 5279; sez. VI, 9 febbraio 2011, n. 888):

a) il possesso dei requisiti generali e speciali deve sussistere in capo a ogni singola impresa, non solo alla data di scadenza del termine per la presentazione delle domande indicato dal bando, ma al momento dell'aggiudicazione provvisoria, di quella definitiva nonché della stipula del contratto;

b) l'immodificabilità della compagine soggettiva degli organismi che partecipano a procedure di evidenza pubblica riguarda, senza possibilità di deroghe, le modifiche di tipo "additivo" (che si realizzano allorquando un soggetto giuridico formalmente nuovo si aggiunge, nel corso del procedimento di gara, a quelli originari);

c) le a.t.i. non possono in alcun modo variare la loro composizione rispetto a quella risultante dall'impegno presentato in sede di offerta, nel quale devono essere precisate tutte le circostanze che legittimano le singole imprese alla partecipazione alla gara, risolvendosi in una non consentita modifica anche solo la diversa configurazione dell'a.t.i. quanto ai requisiti di partecipazione richiesti ai raggruppamenti e alle singole partecipanti (mandataria e mandanti); invero, l'art. 37, co. 9 e 10, sancendo il principio della immodificabilità soggettiva dei partecipanti alle gare, tende ad

assicurare una conoscenza piena, da parte dell'amministrazione aggiudicatrice, dei soggetti che intendono contrarre con essa, consentendo una verifica preliminare e compiuta dei requisiti, verifica che non deve essere resa vana, in corso di gara, con modificazioni di alcun genere; la *ratio* di tale divieto è dunque quella di consentire un controllo preliminare serio e non aggirabile.

11.4.2. Un'attenuazione del principio di immodificabilità soggettiva delle a.t.i. si rinviene nella disciplina dettata dall'art. 51 cit. nella ricorrenza, tuttavia, di precise condizioni.

L'art. 51 regola le vicende soggettive fisiologiche del candidato, dell'offerente e dell'aggiudicatario prima della fase di sottoscrizione ed esecuzione del contratto; nel caso di ricorso a tale strumento, la norma governa il necessario rapporto che si deve instaurare tra partecipanti e stazione appaltante, in guisa tale:

- a) da onerare quest'ultima, indipendentemente da una formale comunicazione in tal senso, del compito di svolgere il doveroso relativo sub-procedimento incentrato sulla verifica del possesso dei requisiti, sia di ordine generale, sia di ordine speciale, da parte del nuovo soggetto, non potendo quest'ultimo avvantaggiarsi della qualificazione del dante causa;
- b) da escludere l'esercizio di qualsivoglia potere di veto da parte della stazione appaltante;
- c) da postulare l'accettazione, da parte del successore, del procedimento nello stato in cui si trova, sicché non potrebbe essere modificata l'offerta già presentata dal dante causa, o le condizioni di aggiudicazione.

In quest'ottica è stata reputata insufficiente, nel caso di una a.t.i., la mera comunicazione, formulata dopo l'aggiudicazione provvisoria e proveniente dalla sola mandataria, in ordine alla posizione della trasformata società e, soprattutto, in assenza di una tempestiva verifica, da parte della stazione appaltante, in ordine all'avvenuta trasformazione, ai caratteri ed ai requisiti

del nuovo soggetto che deve dimostrare il possesso dei requisiti (cfr. Cons. Stato, sez. V, 23 luglio 2010, n. 4849; sez. V, 5 dicembre 2008, n. 6046; sez. IV, 4 ottobre 2007, n. 5197).

11.4.3. Nel caso di partecipazione alla gara di appalto di un costituendo r.t.i., la cauzione provvisoria deve essere inderogabilmente intestata non solo alla società capogruppo ma anche alle singole mandanti: ciò affinché possa essere individuata l'obbligazione garantita in tutti i suoi elementi soggettivi ed oggettivi onde evitare il configurarsi di una carenza di garanzia per la stazione appaltante con riferimento a quei casi in cui l'inadempimento non dipenda dalla capogruppo designata ma dalle future mandanti (cfr. Cons. St., ad. plen., 4 ottobre 2005, n. 8).

Tale scopo sarebbe frustrato ove si consentisse la modificazione soggettiva della compagine come effetto della fusione per incorporazione di una delle mandanti in una nuova società: sotto tale angolazione deve ritenersi, pertanto, che le norme sancite dagli artt. 2504 e 2504 *bis* c.c. non rilevano in ambito pubblicistico alla luce delle speciali disposizioni vigenti in materia di gare pubbliche.

11.5. Tanto premesso in diritto, in fatto è sufficiente evidenziare che:

- a) al momento della fusione societaria la gara non era affatto terminata mancando la fase decisiva dell'aggiudicazione definitiva;
- b) la stazione appaltante non ha effettuato il doveroso controllo richiesto dall'art. 51 cit., all'esito del quale avrebbe accertato che la polizza fideiussoria allegata all'offerta dell'a.t.i. seconda graduata era rimasta immutata, né era stata prodotta una nuova polizza intestata anche alla società incorporante Coopservice.

12. Sulla scorta delle rassegnate conclusioni è giocoforza accogliere l'appello; conseguentemente, in riforma integrale dell'impugnata sentenza, devono essere accolti i ricorsi incidentali proposti in primo grado dall'a.t.i. capeggiata dalla società La Sicurezza Notturna S.r.l., mentre devono essere

dichiarati improcedibili, per sopravvenuta carenza di interesse, i ricorsi principali allibrati ai nn.rr.gg. 1059/2010 e 1116/2010.

13. Le spese di giudizio, regolamentate secondo l'ordinario criterio della soccombenza, sono liquidate in dispositivo relativamente al rapporto processuale corrente fra le mandanti dell'a.t.i. aggiudicataria e le originarie imprese ricorrenti principali; in relazione al rapporto processuale corrente fra queste ultime e la capogruppo dell'a.t.i. aggiudicataria (società La Sicurezza Notturna S.r.l.), il collegio ravvisa, nella reciproca soccombenza, le ragioni per compensarle integralmente a mente del combinato disposto degli artt. 26, co. 1, c.p.a. e 92, co. 2, c.p.c.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sul ricorso come in epigrafe proposto:

- a) dichiara inammissibile l'intervento della società La Sicurezza Notturna S.r.l.;
- b) accoglie l'appello e, per l'effetto, in riforma dell'impugnata sentenza, accoglie i ricorsi incidentali e dichiara improcedibili i ricorsi principali di primo grado allibrati ai nn.rr.gg. 1059/2010 e 1116/2010;
- c) condanna, in solido fra loro, le società Vigilanza Sardegna S.c.a.r.l., Istituto di Vigilanza Notturna e Diurna di Cannas Bruno & C. S.n.c., Polsarda S.r.l., Istituto di Vigilanza Vigilpol S.c.a.r.l., Park Auto Sarda S.c.a.r.l., a rifondere in favore delle società G.p.r. Security S.r.l., Sardinia General Service S.r.l., Over Security Sardegna S.r.l., Over Security Oristano S.r.l., le spese, le competenze e gli onorari di ambedue i gradi di giudizio che liquida nella misura complessiva di euro 10.000,00 (diecimila/00), oltre accessori come per legge (12,50% a titolo di spese generali, I.V.A. e C.P.A.), da dividersi in parti uguali;
- d) dichiara integralmente compensate fra le società Vigilanza Sardegna S.c.a.r.l., Istituto di Vigilanza Notturna e Diurna di Cannas Bruno & C.

S.n.c., Polsarda S.r.l., Istituto di Vigilanza Vigilpol S.c.a.r.l., Park Auto Sarda S.c.a.r.l., da un lato, e la La Sicurezza Notturna S.r.l., dall'altro, le spese, le competenze e gli onorari di ambedue i gradi di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 28 febbraio 2012 con l'intervento dei magistrati:

Stefano Baccharini, Presidente

Vito Poli, Consigliere, Estensore

Francesco Caringella, Consigliere

Carlo Saltelli, Consigliere

Raffaele Prosperi, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 26/03/2012

IL SEGRETARIO

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