

N. 01411/2013REG.PROV.COLL.
N. 00952/2012 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

DECISIONE

sul ricorso numero di registro generale 952 del 2012, proposto da:

Dimarco Michele Servizi S.r.l., Prisma Engineering S.r.l., Labozeta S.p.A., in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro-tempore, rappresentati e difesi dagli avv. Stefania Lago e Andrea Manzi, con domicilio eletto presso lo studio dell'Avv. Andrea Manzi in Roma, via F. Confalonieri N.5;

contro

Azienda Ospedaliera Universitaria "San Martino", in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Piergiorgio Alberti, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via G. Carducci, 4;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. LIGURIA - GENOVA: SEZIONE II n. 01497/2011, resa tra le parti, concernente l'aggiudicazione dell'appalto relativo a "leasing in costruendo nuovi laboratori centralizzati".

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Azienda Ospedaliera

Universitaria "San Martino";

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, comma 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 30 novembre 2012 il Cons. Paola Alba Aurora Puliatti e uditi per le parti gli avvocati Manzi, Alberti, Bertone e Pafundi;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con bando spedito alla G.U.C.E in data 23 giugno 2010, l'Azienda Ospedaliera San Martino di Genova avviava una procedura aperta ai sensi dell'art. 160 bis del d.lgs n. 163/2006 per la progettazione e realizzazione di nuovi laboratori centralizzati, con le modalità del "leasing in costruendo".

Partecipava alla gara il raggruppamento formato dalle odierne appellanti, che si classificava secondo; la gara veniva aggiudicata al R.T.I. tra Consorzio Cooperative Costruzioni-CCC Società Cooperativa, RAEL s.r.l., Ubi Leasing s.p.a. e STS –Servizi Tecnologie Sistemi S.p.A

Il raggruppamento secondo classificato proponeva ricorso avverso l'aggiudicazione, che il TAR Liguria rigettava, assorbendo i motivi del ricorso incidentale.

Con l'appello in esame viene denunciata l'erroneità della sentenza e riproposti i motivi del ricorso introduttivo.

Si è costituito il Raggruppamento aggiudicatario, riproponendo il ricorso incidentale.

Resiste anche l'I.R.C.C.S. Azienda Ospedaliera Universitaria San Martino-IST –Istituto Nazionale per la ricerca sul cancro di Genova.

Con ordinanza istruttoria del 18.6.2012 n. 3545, questa Sezione ha disposto che L'Azienda intimata fornisse alcuni chiarimenti.

All'udienza del 30 novembre 2012 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Preliminarmente, va esaminato il ricorso incidentale, tendente all'esclusione dalla gara del Raggruppamento ricorrente in via principale, odierno appellante, secondo i principi affermati dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato con la sentenza n. 4 del 7.4.2011.

2. Fondato è il motivo con cui si censura la mancata presentazione della dichiarazione ex art. 38 d.lgs n. 163/2006 da parte del Sig. Mezzadri Majani Francesco, Vice Presidente del Consiglio di amministrazione della società UniCredit Global Leasing, fusa per incorporazione in Uni Credit Leasing S.p.a., facente parte del raggruppamento appellante.

Tale soggetto non ha reso la dichiarazione, né per esso ha reso alcuna dichiarazione la società incorporante.

L'appellante principale non contesta la circostanza, né, peraltro, l'istruttoria effettuata con ordinanza collegiale n. 3545 del 18.6.2012 ha evidenziato alcunché al riguardo.

L'appellante, nella memoria del 3 aprile 2012, si limita a constatare che la questione "sull'ambito soggettivo" di estensione dell'art. 38 lett. c) del codice dei contratti pubblici è oggettivamente contrastata. All'epoca, difatti, della questione era investita l'Adunanza Plenaria.

La decisione dell'Adunanza Plenaria n. 21 intervenuta in data 7 giugno 2012 ha statuito che nel caso di incorporazione o fusione societaria, sussiste in capo alla società incorporante o risultante dalla fusione l'onere di presentare la dichiarazione relativa al requisito di cui all'art. 38, comma 1, lett. c), d.lgs. n. 163 del 2006 anche con riferimento agli amministratori ed ai direttori tecnici che hanno operato presso la società incorporata o le società fuse nel ultimo triennio, ovvero che sono cessati dalla relativa carica in detto periodo (dopo il d.l. n. 70 del 2011, nell'ultimo anno). Resta ferma la possibilità di dimostrare la c.d. dissociazione.

L'art. 38, comma 2, d.lgs. n. 163 del 2006, sia prima che dopo l'entrata in

vigore del d.l. n. 70 del 2011, pertanto, impone la presentazione di una dichiarazione sostitutiva completa, a pena di esclusione, anche per gli amministratori delle società che partecipano ad un procedimento di incorporazione o di fusione.

L'Adunanza Plenaria, tenuto conto della precedente incertezza giurisprudenziale, giunge alla conclusione che i concorrenti che omettono la dichiarazione possono essere esclusi dalle gare - in relazione alle dichiarazioni rese ai sensi dell'art. 38, comma 1, lett. c) - fino alla data di pubblicazione della decisione medesima (7 giugno 2012) solo se il bando espliciti tale onere di dichiarazione e la conseguente causa di esclusione; in caso contrario, l'esclusione può essere disposta solo ove vi sia la prova che gli amministratori per i quali è stata omessa la dichiarazione hanno pregiudizi penali.

Nel caso in esame, il punto 13.1 del bando (requisiti generali) prevede che siano attestate da tutti i soggetti che intendono partecipare l'assenza delle condizioni di cui all'art. 38 cit., specificamente elencate.

Il punto 3 del disciplinare di gara prevede espressamente che tutti i soggetti componenti il raggruppamento (soggetto finanziatore, soggetto realizzatore e progettista) devono dichiarare di non trovarsi in una delle condizioni previste dall'art. 38, comma 1, del d.l.vo 163/06.

In particolare, al punto 3d) è specificato che deve essere dichiarato da tutti i soggetti indicati dall'art. 38, comma 1, lett. b e c, (ossia per le società per azioni, da amministratori muniti di potere di rappresentanza e direttori tecnici) se risultano (o non risultano, alternativamente), per ciascuno dei componenti del raggruppamento, soggetti cessati dalla carica nel triennio antecedente la data di pubblicazione del bando.

In tale ipotesi, il capitolato prevede ulteriormente (in neretto) che per i soggetti cessati dalla carica “ in caso di pronuncia di condanne penali di cui alla lett. b) l'impresa potrà essere ammessa a gara solo presentando a

corredo della dichiarazione la documentazione idonea e sufficiente a dimostrare di aver adottato atti e misure di completa dissociazione dalla condotta penalmente sanzionata.”.

Ritiene il Collegio, pertanto, che sia evidente come la lex di gara abbia previsto, pena l'esclusione, l'obbligo di rendere la dichiarazione ex art. 38 cit. per gli amministratori con potere di rappresentanza cessati dalla carica nel triennio(tra questi, va incluso anche il Vice Presidente del Consiglio di Amministrazione, in quanto soggetto titolare, a norma di statuto, degli stessi poteri di amministrazione e di rappresentanza spettanti al Presidente in caso di assenza o di impedimento dello stesso – cfr. Consiglio di Stato sez. V, 8 novembre 2012, n. 5693).

La lex di gara, tuttavia, non ha previsto espressamente il medesimo obbligo a carico degli amministratori di società fuse per incorporazione; essi, però, ad avviso del Collegio, debbono ritenersi inclusi tra gli “amministratori cessati nel triennio” considerato il profilo della sostanziale continuità del soggetto imprenditoriale risultante dalla fusione societaria a cui si riferiscono, sicché l'amministratore cessato dalla carica appartenente alla società incorporata è identificabile come interno al concorrente.

Come evidenzia la stessa Adunanza Plenaria n. 21/2012, difatti, nelle ipotesi di fusione o di incorporazione di società, ancorché venute in essere antecedentemente all'avvio della gara, si realizza, anche se non la fattispecie di successione a titolo universale, “ l'integrazione reciproca delle società partecipanti all'operazione, ossia una vicenda meramente evolutiva del medesimo soggetto, che conserva la propria identità pur in un nuovo assetto organizzativo (Cass. civ. sez. un., 8 febbraio 2006, n. 2637).”

Ritenuta la continuità nel nuovo soggetto, perdura, per le società che proseguono sotto la nuova identità della società incorporante l'onere di rendere la dichiarazione relativa ai propri amministratori cessati.

In altri termini, la società incorporante o risultante dalla fusione, non è un

soggetto "altro" e "diverso", ma semmai un soggetto composito in cui proseguono la loro esistenza le società partecipanti all'operazione di incorporazione e, per l'effetto, non si possono considerare "altrui" gli amministratori che sono amministratori di un soggetto che è parte del tutto e che conserva la sua identità originaria sotto una diversa forma giuridica.

Diversamente opinando, le operazioni di fusione tra società finirebbero per prestarsi alla elusione dello scopo perseguito con la preclusione di cui all'art. 38 cit., da individuarsi sicuramente in quello di impedire anche solo la possibilità di inquinamento dei pubblici appalti, derivante dalla partecipazione alle relative procedure di soggetti di cui sia accertata la non affidabilità sul piano morale e professionale.

Risulta dai documenti di causa che la società Uni Credit Leasing S.p.a., facente parte del raggruppamento appellante, ha proceduto ad operazione di fusione per incorporazione della società UniCredit Global Leasing S.p.a., con effetti in data 16 dicembre 2008, come risulta dalla visura camerale storica (doc. 12 della produzione di primo grado, depositata il 29 settembre 2011 dalla ricorrente incidentale). Il Vice Presidente del Consiglio di amministrazione della società fusa per incorporazione UniCredit Global Leasing S.p.A. era il Sig. Mezzadri Majani Francesco (doc. 13), nominato con atto del 27 aprile 2007 e con durata in carica per tre esercizi, dotato di poteri di rappresentanza ai sensi dell'art. 22 dello Statuto (doc. 14).

Tale soggetto non ha reso la dichiarazione, né per esso ha reso alcuna dichiarazione la società incorporante.

Ciò è sufficiente, alla luce delle previsioni della lex di gara sopra riportate e delle considerazioni svolte a far ritenere che il raggruppamento appellante andasse escluso dalla gara.

In ogni caso, il raggruppamento capeggiato da Dimarco S.r.l. non ha fornito la prova dell'assenza di precedenti penali a carico del Sig. Mezzadri Majani Francesco e nella memoria depositata il 14 novembre 2012 si limita a

sostenere che l'Adunanza Plenaria si è espressa nel senso della rilevanza ai sensi dell'art. 38 degli amministratori delle società acquisite, ma stabilendo un principio derogatorio per le fattispecie sostanziali formatesi prima della pubblicazione della decisione, come quella per cui è causa.

Viceversa, la circostanza che la gara sia anteriore alla data di pubblicazione dell'A.P. n. 21/2012, viste le puntuali disposizioni del bando e del capitolato sopra riportate, non esclude l'obbligo di rendere la dichiarazione ex art. 38 cit. anche per l'Amministratore della Società incorporata (Vice Presidente), come si è detto cessato nel triennio antecedente, che agli effetti della clausola escludente del capitolato sopra mensionata, va considerato amministratore della società risultante dalla fusione, come sopra argomentato.

3. In conclusione, va accolto l'appello incidentale per la fondatezza del motivo esaminato, con assorbimento degli ulteriori motivi proposti e, conseguentemente, va dichiarato inammissibile l'appello principale e, in riforma della sentenza impugnata, va rigettato il ricorso introduttivo di primo grado.

4. Le spese di giudizio si compensano tra le parti, in considerazione delle questioni trattate.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza) definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, accoglie l'appello incidentale e dichiara inammissibile l'appello principale e; in riforma della sentenza impugnata, rigetta il ricorso introduttivo di primo grado.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 30 novembre 2012 con l'intervento dei magistrati:

Gianpiero Paolo Cirillo, Presidente

Salvatore Cacace, Consigliere

Dante D'Alessio, Consigliere

Alessandro Palanza, Consigliere

Paola Alba Aurora Puliatti, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Il Segretario

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 08/03/2013

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

Il Dirigente della Sezione