



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 8608 del 2007, proposto da IACP - Istituto autonomo case popolari della Provincia di Isernia, rappresentato e difeso dall'avv. Carola Barbieri, con domicilio eletto presso Chiara Costagliola in Roma, via Cesare Baronio, 69;

contro

I.C.I. s.r.l. - Impresa Costruzioni Industriali, rappresentata e difesa dagli avvocati Giuliano Di Pardo e Salvatore Di Pardo, con domicilio presso la Segreteria della sezione VI del Consiglio di Stato, in Roma, piazza Capo di Ferro, 13;

nei confronti di

Edil - Mo s.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. Vincenzo Colalillo, con domicilio eletto presso Clementino Palmiero in Roma, via Albalonga, 7;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. MOLISE – CAMPOBASSO, n. 350/2007, resa tra le parti, concernente REVOCA AGGIUDICAZIONE LAVORI DI COSTRUZIONE DUE FABBRICATI

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 15 aprile 2011 il Cons. Rosanna De Nictolis e uditi per le parti l'avvocato dello Stato Massarelli, l'avvocato Pasquale Porfirio per delega dell'avvocato Barbieri e l'avvocato Buccellato per delega dell'avvocato Colalillo;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. L'Istituto autonomo case popolari della provincia di Isernia (d'ora innanzi IACP o Istituto) con bando di gara del 29 giugno 2006 indiceva una gara pubblica per la costruzione di due fabbricati per complessivi 35 alloggi di edilizia residenziale pubblica nel Comune di Isernia, da aggiudicarsi con il criterio del prezzo più basso.

2. Giova sin da subito osservare che essendo il bando stato pubblicato prima della data di entrata in vigore del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi, forniture), la disciplina applicabile è recata dalle seguenti fonti normative: l. 11 febbraio 1994, n. 109; d.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554; d.P.R. 25 gennaio 2000, n. 34.

3. La gara veniva aggiudicata in via provvisoria alla società I.C.I. – Impresa costruzioni industriali s.r.l. (d'ora innanzi I.C.I.), con provvedimento 28 luglio 2006.

Con provvedimento del 15 dicembre 2006 veniva disposta la revoca dell'aggiudicazione provvisoria, in base ai seguenti motivi:

a) nell'autocertificazione del possesso dei requisiti morali l'aggiudicataria ha dichiarato sia di non avere in corso di efficacia sanzioni interdittive di divieto di contrarre con la pubblica amministrazione, sia di non aver reso, nell'anno anteriore

la pubblicazione del bando di gara, false dichiarazioni in merito ai requisiti e alle condizioni rilevanti per la partecipazione alle procedure di gara, risultanti dai dati in possesso dell'Osservatorio dei lavori pubblici;

b) in data 22 giugno 2005 la società I.C.I. ha incorporato la società Venafrana Appalti s.r.l.;

c) in base ai dati risultanti dal casellario informatico tenuto dall'Osservatorio dei lavori pubblici, la società I.C.I. per conseguire l'attestazione di qualificazione ha utilizzato i requisiti della Venafrana Appalti s.r.l.;

d) vi sono pertanto elementi di continuità tra Venafrana Appalti s.r.l. e I.C.I. s.r.l., e per l'effetto le cause di esclusione dagli appalti che affliggono la prima si estendono alla seconda;

e) la SOA PROTOS ha revocato l'attestazione di qualificazione a Venafrana Appalti s.r.l. a far data dal 18 novembre 2006;

f) in data 12 maggio 2006 nel casellario informatico è stata riportata la seguente annotazione a carico di Venafrana Appalti s.r.l.: *“la stazione appaltante del Comune di Campobasso, con nota prot. 9739 del 22.03.2006 (prot. Autorità n. 13730 del 28.3.2006) ha comunicato di avere escluso, come da determinazione dirigenziale n. 649 del 15.03.2006, l'Impresa dalla gara per l'affidamento di “Interventi urgenti per l'adeguamento degli obblighi comunitari in materia di fognatura, colletta mento e depurazione – piano stralcio nel settore fognario – depurativo”, per aver accertato che ricorrevano gli estremi previsti dall'art. 75, comma 1, lettera e), del d.P.R. 21 dicembre 1999 n. 554 e s.m., per irregolarità nei confronti della Cassa Edile di Campobasso accertata al 31.10.2004, data del termine ultimo di presentazione delle offerte, come attestato dal DURC prot. n. 28470 del 12.12. 2005. La presente annotazione è iscritta nel Casellario informatico ai sensi dell'art. 27 del d.P.R. 25 gennaio 2000 n. 34”;*

g) pertanto I.C.I. sarebbe incorsa, nella gara indetta dall'IACP, sia nella causa di esclusione dell'art. 75, comma 1, lett. e), d.P.R. n. 554 del 1999, sia nella causa di

esclusione di cui alla lett. h) del medesimo articolo, per falsa dichiarazione, in sede di gara, in merito ai requisiti, nell'anno antecedente la gara; inoltre l'impresa avrebbe reso falsa dichiarazione avendo dichiarato l'inesistenza di divieti di contrarre con la pubblica amministrazione.

4. Contro tale provvedimento I.C.I. s.r.l. proponeva ricorso al Tribunale amministrativo del Molise, chiedendone l'annullamento, la reintegrazione nell'aggiudicazione e/o il risarcimento del danno per equivalente.

Nel corso del giudizio di primo grado venivano proposti motivi aggiunti avverso successivi provvedimenti e, segnatamente:

- provvedimento 28 dicembre 2006 con cui IACP riapriva la gara;
- provvedimento 2 gennaio 2007 n. 1 con cui la gara veniva aggiudicata a Edilmo s.r.l..

5. Il Tribunale amministrativo adito, con la sentenza in epigrafe (24 maggio 2007. n. 350), riteneva assorbente e fondato anzitutto il motivo aggiunto con cui si deduceva che con sopravvenuta nota 8949/2007 del 15 febbraio 2007 l'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici aveva annullato in via di autotutela l'iscrizione a carico di Venafrana Appalti, ritenendo carenti i presupposti per l'iscrizione, e che pertanto la stazione appaltante avrebbe dovuto annullare la disposta revoca dell'aggiudicazione provvisoria.

Ad avviso del Tribunale amministrativo la cancellazione dell'iscrizione nel casellario informatico opera *ex tunc*, rendendo insussistente la causa di esclusione di cui all'art. 75, lett. e), d.P.R. n. 554 del 1999.

Il giudice riteneva inoltre fondato il motivo aggiunto con cui si lamentava l'insussistenza della causa di esclusione di cui all'art. 75, lett. h), d.P.R. n. 554 del 1999, osservando che:

- dalla segnalazione ai sensi dell'art. 75, lett. e), non deriva il divieto di partecipare alle gare di appalto per un anno;

- l'annullamento retroattivo dell'annotazione nel casellario esclude ogni falsa dichiarazione;
- la sanzione interdittiva del divieto di contrarre con la p.a. postulerebbe un accertamento giurisdizionale della falsa dichiarazione.

Infine, il Tribunale amministrativo annullava tutti gli atti impugnati e disponeva la reintegrazione in forma specifica della ricorrente nell'appalto, con assorbimento della domanda, ritenuta subordinata, di risarcimento del danno per equivalente.

6. Contro tale sentenza ha proposto appello l'IACP, con cui si lamenta che:

- a) la cancellazione dal casellario informatico non sarebbe retroattiva ma *ex nunc*;
- b) inoltre la rettifica del Comune di Campobasso posta a base della cancellazione è solo parziale e riguarderebbe l'incameramento della cauzione, ma non il fatto storico che nella gara indetta dal Comune di Campobasso la Venafrana Appalti s.r.l. aveva violato l'art. 75, lett. e), d.P.R. n. 554 del 1999;
- c) permanerebbe pertanto la causa di esclusione per falsa dichiarazione.

7. Si è costituita la società I.C.I. opponendosi all'accoglimento dell'appello e riproponendo alcune delle censure di cui al ricorso di primo grado e relativi motivi aggiunti, assorbite dal Tribunale amministrativo, e in particolare quelle con cui si deduceva che:

- la causa di esclusione dell'art. 75, lett. e), d.P.R. n. 554 del 1999 non si traduce in una causa interdittiva dalle gare di appalto per false dichiarazioni, sicché l'I.C.I., nel dichiarare nella gara di appalto indetta da IACP l'assenza di cause interdittive alla partecipazione alla gara, non avrebbe reso alcuna falsa dichiarazione;
- i requisiti morali in gara avrebbero dovuto essere accertati avuto esclusivo riguardo alla società I.C.I. e non avuto riguardo alla società incorporata.

Non è stata invece riproposta la domanda, assorbita, di risarcimento del danno per equivalente.

8. La Sezione, con ordinanza 28 novembre 2007, n. 6248 ha accolto in parte la domanda di sospensione dell'esecuzione della sentenza appellata, osservando che "la cancellazione della segnalazione non fa venir meno la falsità della dichiarazione resa", e per l'effetto ha sospeso "l'efficacia esecutiva della sentenza appellata limitatamente alla parte in cui annulla la revoca dell'aggiudicazione provvisoria e l'esclusione della gara dell'impresa ricorrente".

9. L'appello va respinto e la sentenza merita conferma, ancorché con motivazione parzialmente diversa.

9.1. Non è dirimente, nella soluzione della controversia, la circostanza che l'annotazione nel casellario informatico sia stata cancellata, perché, fintanto che la stessa era vigente, la concorrente alla gara non poteva ignorarla, ove essa fosse rilevante ai fini della partecipazione alla gara.

9.2. La questione di fondo è pertanto quella, prospettata con ricorso e motivi aggiunti in primo grado, e che riemerge in appello per effetto dell'espressa riproposizione dei motivi assorbiti, della rilevanza dell'iscrizione nel casellario informatico a carico di Venafrana appalti s.r.l., incorporata da I.C.I. s.r.l., ai fini della dichiarazione da rendere da I.C.I. nella gara di appalto indetta da IACP, in ordine al possesso dei requisiti morali di cui all'art. 75 d.P.R. n. 554 del 1999.

9.3. Occorre allora anzitutto considerare il contenuto dell'iscrizione a carico di Venafrana appalti s.r.l.

Dal tenore testuale dell'iscrizione (sopra riportata), si evince che Venafrana appalti era stata esclusa da una gara di appalto indetta dal Comune di Campobasso, per difetto del requisito della regolarità contributiva, ai sensi dell'art. 75, lett. e), d.P.R. n. 554 del 1999.

Tale causa di esclusione va segnalata al casellario informatico e va iscritta in esso, ma da essa non discende, di per sé una preclusione, per un anno, a contrarre con la pubblica amministrazione. Infatti la causa di esclusione per un anno dalle gare di

appalto, recata dall'art. 75, lett. h), d.P.R. n. 554 del 1999, si riferisce ai concorrenti che nell'anno antecedente la data di pubblicazione del bando di gara hanno reso false dichiarazioni in merito ai requisiti e alle condizioni rilevanti per la partecipazione alle procedure di gara, risultanti dai dati in possesso dell'Osservatorio.

Nel caso di specie dal tenore dell'iscrizione, che è genericamente avvenuta ai sensi dell'art. 27, d.P.R. n. 34 del 2000, senza indicazione della relativa lettera, non risulta una falsa dichiarazione resa in gara dalla Venafrana appalti s.r.l., ma solo la sua esclusione dalla gara.

Non può perciò affermarsi che l'iscrizione nel casellario informatico sia avvenuta ai sensi dell'art. 27, lett. s) (false dichiarazioni in gara), d.P.R. n. 34 del 2000, e non ai sensi dell'art. 27, lett. r) (esclusione dalla gara) e che da tale iscrizione derivasse un divieto, per la Venafrana appalti s.r.l., di contrarre con la p.a. per un anno ai sensi dell'art. 75, lett. h), d.P.R. n. 554 del 1999.

9.4. Chiarito, dunque, quanto alla Venafrana appalti s.r.l., (i) che essa è stata esclusa da gara da appalto indetta dal Comune di Campobasso, per difetto della regolarità contributiva, ma non per falsa dichiarazione, (ii) che non vi è prova che abbia reso false dichiarazioni, (iii) e che pertanto alla stessa non era interdetto di contrarre per un anno con la p.a., ne deriva, sul versante della gara di appalto cui ha partecipato la I.C.I. s.r.l. (che ha incorporato la Venafrana appalti s.r.l.), che la I.C.I. s.r.l., nel dichiarare l'inesistenza di cause interdittive della capacità di contrarre con la p.a., e segnatamente l'inesistenza della causa di esclusione di cui all'art. 75, lett. h), d.P.R. n. 554 del 1999, non ha reso una falsa dichiarazione.

Infatti alla data di presentazione della domanda di partecipazione alla gara indetta da IACP, né in relazione ad I.C.I. s.r.l., né in relazione a Venafrana appalti s.r.l., vi era una interdizione annuale dalla partecipazione alle gare di appalto.

9.5. Resta da verificare se la I.C.I. poteva essere esclusa dalla gara di appalto sotto il duplice profilo:

- del difetto dei requisiti di cui all'art. 75, lett. e), d.P.R. n. 554 del 1999;
- della falsa dichiarazione del possesso dei requisiti di cui all'art. 75, lett. e), d.P.R. n. 554 del 1999.

Ai sensi dell'art. 75, lett. e), d.P.R. n. 554 del 1999 sono escluse dalla gara le concorrenti che *“hanno commesso gravi infrazioni debitamente accertate alle norme in materia di sicurezza e a ogni altro obbligo derivante dai rapporti di lavoro, risultanti dai dati in possesso dell'Osservatorio dei lavori pubblici”*.

Si tratta di verificare se I.C.I. dovesse rispondere dell'infrazione commessa dalla Venafrana appalti s.r.l. e se dovesse dichiarare in gara la relativa infrazione.

9.6. La questione attiene, in termini generali, alla trasmissibilità o meno delle violazioni previdenziali e più in generale delle cause di esclusione di cui all'art. 75 d.P.R. n. 554 del 1999, da un soggetto all'altro, per effetto di vicende societarie quali la trasformazione, fusione, incorporazione.

La questione non è normativamente risolta e nella pratica risulta sinora affrontata con riguardo al requisito di cui all'art. 75, lett. c), d.P.R. n. 554 del 1999 (ora art. 38, lett. c), d.lgs. n. 163 del 2006), e in particolare con riguardo al caso del concorrente a gara di appalto che, avendo acquistato un ramo di azienda, ha ommesso di allegare alla domanda di partecipazione alla gara le dichiarazioni dei soggetti – amministratori muniti di potere di rappresentanza e direttori tecnici – facenti parte della compagine societaria dell'impresa cedente, cessati dalla carica nel triennio antecedente la data di pubblicazione del bando, attestanti l'assenza di sentenze di condanna per reati incidenti sull'affidabilità, morale e professionale. Si è ritenuto che nella cessione di un ramo d'azienda si realizza una successione di alcuni elementi soggettivi presenti nel singolo ramo, con la conseguenza che l'influenza negativa del cedente si esplica anche nei confronti del cessionario e l'eventuale

inquinamento della gestione riverbera la sua influenza negativa anche nell'attuale struttura dell'intera compagine societaria (Cons. giust. sic., 4 febbraio 2010, nn. 100 e 101; 6 maggio 2008, n. 389; 29 maggio 2008, n. 471).

Se ne è tratta la conclusione che la dichiarazione resa dall'impresa concorrente ai sensi della citata disposizione debba essere espressamente riferita anche agli amministratori e ai direttori tecnici di un'impresa estranea alla gara, dalla quale la partecipante abbia acquisito il ramo di azienda prima della partecipazione alla gara medesima, in base al presupposto che i requisiti soggettivi negativi propri dell'impresa cedente si trasmettano all'impresa cessionaria.

Tanto alla luce di una lettura sistematica ed eziologica delle disposizioni di legge volte ad evitare che possibili vicende inquinanti possano trasferirsi dal cedente al cessionario. Ciò anche allo scopo precipuo di evitare possibili strumentalizzazioni delle disposizioni normative o di consentire soluzioni surrettizie volte ad eludere precisi obblighi di legge attraverso il ricorso a modificazioni soggettive delle parti in grado, altresì, di alterare il libero gioco della concorrenza.

9.7. Tali principi, affermati con precipuo riferimento al requisito dell'assenza di condanne penali, vanno estesi con i dovuti adattamenti al diverso requisito dell'assenza di gravi illeciti previdenziali.

Ad avviso del Collegio, l'art. 75 d.P.R. n. 554 del 1999 (ora art. 38 d.lgs. n. 163 del 2006), prevedendo requisiti di ordine morale, in linea di principio li riferisce al concorrente, senza che questi possa rispondere del fatto altrui.

Una deroga espressa si ha per il requisito della lett. c) dell'art. 75 d.P.R. n. 554 del 1999 (ora art. 38, lett. c) d.lgs. n. 163 del 2006).

Per gli altri requisiti, in ossequio ai precenti riportati, occorre verificare caso per caso se la vicenda societaria sia volta ad eludere il possesso dei requisiti mediante fittizie modifiche soggettive delle parti.

Si tratta allora di verificare, al di là del velo della forma societaria, quale sia l'impresa che si esprime dietro di essa e, dunque, se la vicenda societaria (trasformazione, fusione, incorporazione), comporti estinzione o continuità del soggetto privo dei requisiti morali; se la vicenda societaria è tale per cui in concreto risulti la sostanziale identità del soggetto originario e di quello successivo, è evidente che il nuovo soggetto incorre nel difetto di requisiti morali del precedente, perché la novità soggettiva è solo formale, essendovi nella sostanza identità.

Se invece vi è una fusione per incorporazione, con estinzione del soggetto privo dei requisiti morali, e assorbimento di esso in un soggetto preesistente, senza continuità con il soggetto estinto, non si può ritenere che il soggetto incorporante erediti il difetto di requisiti di ordine morale.

Ovviamente resta ferma la responsabilità patrimoniale, a fini previdenziali, del soggetto incorporante.

9.8. Nel caso di specie, la stazione appaltante ha dato per scontato che I.C.I. s.r.l., avendo assorbito Venafrana appalti s.r.l., ne avesse ereditato l'inidoneità morale.

A tale conclusione si poteva pervenire solo ove fosse stato provato che Venafrana appalti ha continuato ad esistere, senza soluzione di continuità, sotto la forma giuridica di I.C.I. (ad es. perché vi è identità dei proprietari delle azioni, del controllo societario o degli amministratori e direttori tecnici).

9.9. Va poi considerato che il requisito di cui all'art. 75, lett. e), d.P.R. n. 554 del 1999 doveva essere verificato specificamente in relazione ad I.C.I. dovendosi perciò acclarare se l'irregolarità contributiva commessa da Venafrana appalti, e ereditata, a fini previdenziali, da I.C.I., fosse o meno stata nel frattempo sanata. E, tanto, mediante acquisizione di DURC aggiornato riferito a I.C.I.

10. Per l'effetto, la sentenza del giudice di primo grado merita conferma, nella parte in cui annulla la revoca dell'aggiudicazione provvisoria e il provvedimento di esclusione a carico di I.C.I. e la successiva aggiudicazione.

Tuttavia al fine dell'eventuale aggiudicazione definitiva in favore di ICI, ove ancora possibile, occorre che l'azione amministrativa si espliciti ulteriormente, dovendo la stazione appaltante procedere alle verifiche sopra indicate.

11. La complessità e novità delle questioni giustifica la compensazione delle spese del grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Compensa le spese del presente grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 15 aprile 2011 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Severini, Presidente

Rosanna De Nictolis, Consigliere, Estensore

Roberto Garofoli, Consigliere

Bruno Rosario Polito, Consigliere

Claudio Contessa, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 04/05/2011

IL SEGRETARIO

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