

Consiglio di Stato, Sez. V, 11/2/2005 n. 392

Sull'ammissibilità della modificazione soggettiva dell'impresa che è stata invitata a presentare un'offerta purchè il nuovo soggetto dimostri il requisito della capacità economica.

In caso di modificazione soggettiva dell'impresa concorrente in una gara d'appalto, il requisito della capacità economica deve essere dimostrato dal nuovo soggetto poiché le attestazioni rilasciate al soggetto precedente, proprio in quanto riferite ad un soggetto diverso, non possono assolvere allo scopo cui sono preordinate. Si è rilevato infatti che la situazione contabile e patrimoniale della società incorporata si modifica in termini non presuntivamente verificabili potendo darsi che la società incorporante presenti una condizione debitoria rilevante che altera significativamente lo stato economico di quella incorporata.

Materia: appalti / gara

REPUBBLICA ITALIANA  
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

IL CONSIGLIO DI STATO IN SEDE GIURISDIZIONALE - Sezione Quinta  
ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso n. 3556 del 2004, proposto dalla s.p.a. EMILIO ALFANO, in proprio e quale mandataria di a.t.i. con Sole s.p.a. e Smes s.p.a. rappresentata e difesa dall'avv. Pietro Quinto, elettivamente domiciliato presso la Segreteria del Consiglio di Stato in Roma, Piazza Capodiferro 13

contro

la s.p.a. SIRAN, in proprio e quale capogruppo mandataria dell'Associazione Temporanea d'Imprese con Citelum s.a. e co. GE.I. s.r.l., rappresentata e difesa dagli avv.ti Bruno Becchi, Ernesto Sticchi Damiani e Vito Bellini, ed elettivamente domiciliata presso lo studio del terzo in Roma, Via Orazio 3

e nei confronti

del Comune di Brindisi non costituito in giudizio

e

sul ricorso n. 3582 del 2004, proposto dalla s.p.a. SIRAN, in proprio e quale capogruppo mandataria dell'Associazione Temporanea d'Imprese con Citelum s.a. e co. GE.I. s.r.l., rappresentata e difesa dagli avv.ti Bruno Becchi, Ernesto Sticchi Damiani e Vito Bellini, ed elettivamente domiciliata presso lo studio del terzo in Roma, Via Orazio 3

contro

la s.p.a. EMILIO ALFANO, in proprio e quale mandataria di a.t.i. con Sole s.p.a. e Smes s.p.a. rappresentata e difesa dall'avv. Pietro Quinto, elettivamente domiciliato presso la Segreteria del Consiglio di Stato in Roma, Piazza Capodiferro 13

e nei confronti

del Comune di Brindisi non costituito in giudizio

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, Lecce, 12 dicembre 2003 n. 8905, resa tra le parti.

Visti i ricorsi con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio delle parti appellate;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore alla pubblica udienza del 26 ottobre 2004 il consigliere Marzio Branca, e uditi gli avvocati Sticchi Damiani e Quinto.

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

#### FATTO

Con la sentenza in epigrafe è stato deciso il ricorso proposto dalla s.p.a. Emilio Alfano per l'annullamento degli atti della gara indetta dal Comune di Brindisi per l'affidamento del servizio di gestione e manutenzione degli impianti elettrici comunali, conclusasi con l'aggiudicazione alla a.t.i. con mandataria la s.p.a. SIRAN.

Il TAR, rigettate alcune eccezioni preliminari avanzate dalla SIRAM, ha respinto il motivo con il quale la Emilio Alfano ha denunciato irregolarità della procedura con riguardo ad adempimenti da effettuare il relazione alle modificazioni soggettive intercorse nel soggetto aggiudicatario SIRAN, ma ha accolto altri motivi di ricorso, così pervenendo all'annullamento dell'aggiudicazione.

Per la riforma della decisione hanno proposto separati appelli le società Emilio Alfano e SIRAN ciascuna per i capi di relativa soccombenza.

Si sono costituite, come parti resistenti, nel primo giudizio la s.p.a. SIRAN e nel secondo la s.p.a. Emilio Alfano.

Alla pubblica udienza del 26 ottobre 2004 la causa veniva trattenuta in decisione.

#### DIRITTO

1. I due appelli riguardano la stessa sentenza, e pertanto vanno riuniti ai fini di un'unica decisione.

2.1. Assume rilievo prioritario in ordine logico il gravame avanzato dalla s.p.a. Emilio Alfano in quanto rivolto a contestare la legittimità della procedura a causa della mancata esclusione della SIRAM s.p.a., in relazione alla modificazione soggettiva subita dalla detta concorrente. L'accoglimento del motivo, disatteso dai primi giudici, infatti, provocherebbe la perdita in capo alla SIRAM della legittimazione a partecipare alla gara e, conseguentemente, della connessa legittimazione a contestare la decisione con proprio gravame.

Rispetto al detto quesito, tuttavia, assumono valore pregiudiziale le eccezioni di inammissibilità del ricorso di primo grado avanzato dalla Alfano, eccezioni che la Siran ha riproposto con il proprio atto di appello e ribadito nella memoria di costituzione nell'altro giudizio.

2.2. Con la prima si stigmatizza l'errore nel quale è incorsa la società Alfano qualificandosi nell'epigrafe del ricorso come mandataria del costituendo raggruppamento temporaneo, mentre in realtà si trovava in posizione di mandante, posto che la qualità di mandataria sarebbe stata assunta dalla So. l.e. s.p.a.

L'eccezione non ha pregio. Come ammette la stessa appellata nel proprio atto di appello, dando atto di un consolidato orientamento, "è ..indiscutibile che la mandante di un raggruppamento temporaneo di imprese sia legittimata in proprio ad impugnare gli atti della procedura di gara". Se questo è il principio che regola la fattispecie, pare evidente che l'errore nell'indicazione della propria qualità, di mandante e non di mandataria, nell'epigrafe del ricorso, non può assumere rilevanza di gravità tale da paralizzare l'operatività del detto principio, così privando l'impresa del diritto alla tutela giurisdizionale. Non è dato ravvisare quale apprezzabile valore giuridico risulti compromesso dal denunciato errore, specie ove si consideri che il raggruppamento, a quanto risulta, non si era ancora costituito, onde neppure poteva ipotizzarsi l'usurpazione di una qualità conferita ad altra impresa, circostanza che comunque non avrebbe eliminato la legittimazione a proporre l'impugnazione.

2.3. Una diversa eccezione di inammissibilità del ricorso di primo grado della Alfano s.p.a. è stata prospettata sotto il profilo del mancato rispetto del termine per impugnare, in base alla presenza alla riunione del 17 aprile 2003, nella quale fu pronunciata l'aggiudicazione, di rappresentanti di imprese che avrebbero dato vita al raggruppamento temporaneo con la Alfano.

Si è sostenuto che in un raggruppamento temporaneo di imprese per la partecipazione ad una procedura concorsuale, il termine per impugnare dovrebbe avere una decorrenza unica, e, pertanto, la piena

conoscenza del provvedimento da parte di una delle imprese del gruppo farebbe decorrere il termine decadenziale anche per le altre, sebbene non abbiano avuto cognizione dell'atto da impugnare.

La tesi va disattesa.

Come esattamente affermato da una recente decisione del TAR del Lazio (Sez. I bis 3 maggio 2004 n. 3667), la distinta ed autonoma legittimazione ad agire riconosciuta in capo alle singole imprese mandanti comporta, quale ineludibile corollario, che il termine per l'impugnazione decorra per ciascuna impresa dal momento in cui la stessa abbia acquisito la piena conoscenza dell'atto da impugnare, nulla rilevando la conoscenza assunta da altra impresa del raggruppamento.

Il rischio che, in tal modo, il termine per impugnare verrebbe ad assumere durata indefinita, non può costituire argomento idoneo a vanificare il diritto di difesa, di cui costituisce presidio essenziale la piena conoscenza del provvedimento lesivo da parte del soggetto legittimato, ai fini dell'osservanza del termine decadenziale di impugnazione. E va anche osservato che la temuta dilatazione del termine viene ad essere nei fatti assai circoscritta dall'onere della stazione appaltante di procedere alle comunicazioni ufficiali dell'avvenuta aggiudicazione, quanto meno all'aggiudicataria ed alla seconda classificata (d.lgs. n. 157/1995 art. 23, comma 5).

3. Viene dunque all'esame la contestazione mossa dalla Alfano alla statuizione con la quale i primi giudici hanno rigettato il primo motivo di ricorso, afferente alla circostanza che la s.p.a. SIRAN, nella fase successiva alla prequalificazione ma prima della presentazione delle offerte, è confluita per incorporazione nella Dalkia s.p.a., successivamente trasformatasi in SIRAN s.p.a Gruppo Dalkia.

Secondo l'appellante, la mandataria del raggruppamento risultato aggiudicatario, appunto la "nuova" SIRAN, non ha prodotto alcuni documenti richiesti dal regolamento di gara (sia dal bando sia dalla lettera di invito) a pena di esclusione: ha ommesso di presentare due referenze bancarie attestanti la solidità aziendale nonché una dichiarazione, anch'essa richiesta a pena di esclusione, di insussistenza di rapporti di collegamento e/o controllo con altre imprese partecipanti alla gara.

I primi giudici hanno ritenuto che tale omissione non dovesse considerarsi causa di esclusione, posto che le qualità cui si riferiscono le dichiarazioni omesse potevano essere dimostrate: a) quanto alla affidabilità finanziaria, anche successivamente all'aggiudicazione, secondo quanto previsto dal punto 14, ultimo comma, del bando; b) quanto all'assenza di rapporti di collegamento e controllo, avvalendosi della dichiarazione già presentata dalla concorrente incorporata, il cui pacchetto azionario era posseduto al 100 % dalla incorporante.

Le difese della controinteressata SIRAN si richiamano a tali argomenti, e li integrano sostenendo che il requisito della consistenza finanziaria solo nella fase di prequalificazione andrebbe documentato con le due referenze bancarie, mentre nella fase della presentazione delle offerte da parte delle imprese invitate, tale adempimento non sarebbe richiesto perché la capacità economica verrebbe dimostrata con la dichiarazione dell'impresa circa il possesso delle disponibilità finanziarie per realizzare la progettazione, la fornitura e l'esecuzione dei lavori in appalto, di cui al punto 1 dell'Allegato A alla lettera di invito.

Il suddetto avviso non può essere condiviso.

Occorre muovere dall'affermazione di derivazione giurisprudenziale, contenuta nella sentenza e condivisa dalla controinteressata, che la modificazione soggettiva dell'impresa che è stata invitata a presentare l'offerta è ammissibile purché sia garantita la possibilità dell'Amministrazione di verificare la persistenza dei requisiti necessari per la partecipazione alla gara. Va subito chiarito, tuttavia, che l'indagine circa la possibilità di verificare i detti requisiti nei confronti della impresa subentrante non si può risolvere nell'esercizio di una facoltà discrezionale da parte dell'Amministrazione, quasi che la stessa fosse abilitata a stabilire caso per caso le modalità dell'accertamento, indipendentemente da quanto stabilito dalla lex specialis.

E' la stessa difesa della SIRAN a ricordare come l'art. 13, comma 2, del d.lgs. n. 157 del 1995, prescriva che spetta all'Amministrazione stabilire nel bando quali documenti debbono essere presentati dalle imprese ai fini della dimostrazione della capacità economica e finanziaria. E neppure è contestato che, nella specie, il bando di gara (punto 11, lett. e), operando una scelta nell'ambito delle opzioni indicate dal ricordato art. 13, imponesse la presentazione di almeno due idonee referenze bancarie che attestino la

solidità aziendale e la fiducia che l'impresa gode presso l'istituto bancario; e che, d'altra parte, nell'allegato A figurasse l'obbligo di una dichiarazione che escludesse rapporti di collegamento e/o controllo con altre partecipanti alla gara.

Ne consegue che il quesito circa l'obbligo della società incorporante di presentare le referenze bancarie e la dichiarazione di inesistenza di collegamenti non può che avere soluzione affermativa.

Con specifico riguardo alla capacità economica e finanziaria, la giurisprudenza della Sezione ha già avuto occasione di affermare in analoga fattispecie (26 settembre 2002 n. 4940), che in caso di modificazione soggettiva dell'impresa che è stata invitata a presentare l'offerta è necessario che il requisito della capacità economica sia dimostrato dal nuovo soggetto poiché le attestazioni rilasciate al soggetto precedente, proprio in quanto riferite ad un soggetto diverso, non possono assolvere allo scopo cui sono preordinate. Si è rilevato infatti che la situazione contabile e patrimoniale della società incorporata si modifica in termini non presuntivamente verificabili potendo darsi che la società incorporante presenti una condizione debitoria rilevante che altera significativamente lo stato economico di quella incorporata.

E' appena il caso di notare che tale giurisprudenza non è stata oggetto di alcuna successiva riconsiderazione, e che la sentenza n. 4151 del 2003, citata dalla controinteressata, adombra un dissenso che non investe la statuizione riportata più sopra, che qui interessa.

Inoltre, appare errato ritenere che la dimostrazione del requisito anzidetto mediante referenze bancarie, fosse finalizzata esclusivamente alla individuazione delle imprese da invitare, mentre nelle ulteriori fasi della procedura la capacità economica si sarebbe accertata con modalità diverse, quali la dichiarazione di cui al punto 1 dell'Allegato A., oppure attraverso la presentazione della documentazione da parte dell'aggiudicatario, come prescritto dall'art. 14, ultimo comma, del bando.

A tale riguardo va osservato che la struttura del procedimento concorsuale, quale emerge dalle varie disposizioni del d.lgs. n. 157 del 1995, è sostanzialmente unitaria anche se articolata in diversi passaggi successivi, poiché tutte le diverse fasi sono strettamente collegate ed unificate dall'identico scopo di assicurare lo svolgimento di una competizione tra concorrenti che presentino determinati requisiti, onde ridurre al minimo il rischio di selezionare aspiranti inadeguati allo svolgimento del servizio. Ne consegue che nessuna delle fasi, e dei connessi adempimenti, in cui si articola la procedura può essere omessa arbitrariamente perché ciascun segmento dell'iter soddisfa uno specifico interesse pubblico, che concorre alla realizzazione di quello più generale appena ricordato. In tale quadro è del tutto logico che in sede di presentazione delle offerte non si richieda nuovamente la presentazione di referenze bancarie, perché la relativa documentazione è già stata inviata in sede di prequalificazione, sicché non può trarsi argomento da tale circostanza, come vorrebbe la controinteressata, per ritenere che il soggetto che subentra sia esonerato dalla dimostrazione della capacità economica e finanziaria.

Ma neppure può ammettersi che, a tal fine, la dichiarazione di disporre dei mezzi finanziari abbia valore equivalente alle referenze di due istituti bancari.

In primo luogo l'oggetto della dichiarazione non coincide con l'allegazione di fatti relativi alla consistenza economica, secondo l'elencazione di cui all'art. 13, comma 1, del d.lgs. n. 157 del 1995, posto che non vi è contenuto alcun riferimento ai bilanci o al fatturato. La dichiarazione in questione tende semplicemente a responsabilizzare l'impresa circa l'effettiva possibilità di disporre immediatamente, al momento dell'eventuale aggiudicazione, dei mezzi finanziari necessari all'esecuzione dell'appalto, onde evitare ritardi pregiudizievoli, ma nulla dice della fiducia goduta presso due diversi istituti di credito.

In secondo luogo è fin troppo evidente che l'attestazione di affidabilità proveniente da due soggetti terzi non può porsi sullo stesso piano di una dichiarazione autoreferenziale del soggetto interessato.

Va poi osservato come il principio della par condicio non ammetta che una delle concorrenti non sia assoggettata all'onere di procurarsi referenze favorevoli da parte di istituti bancari, cui sono invece sottoposte tutte le altre.

Del tutto inconferente appare poi il riferimento, su cui si fonda la statuizione dei primi giudici, all'obbligo dell'impresa aggiudicataria di presentare la documentazione comprovante le dichiarazioni effettuate. Si tratta, palesemente, di un obbligo che investe i fatti che la concorrente ha semplicemente dichiarato, e che non riguarda la documentazione che già deve essere agli atti perché



Corrado Allegretta  
Cesare Lamberti  
Marzio Branca

Consigliere  
Consigliere  
Consigliere est.

L'ESTENSORE  
F.to Marzio Branca

IL PRESIDENTE  
F.to Emidio Frascione

IL SEGRETARIO  
F.to Gaetano Navarra

DEPOSITATA IN SEGRETERIA  
L' 11 febbraio 2005

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)  
IL DIRIGENTE  
F.to Antonio Natale

( da [www.dirittodeiservizipubblici.it](http://www.dirittodeiservizipubblici.it) )