



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria

Sezione Staccata di Reggio Calabria

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 127 del 2013, integrato da motivi aggiunti,
proposto da:
impresa Edil Minniti di Minniti Giovanni, rappresentata e difesa dall'Avv.
Domenico Ruggiero, con domicilio eletto presso Domenico Ruggiero Avv. in
Reggio Calabria, via S. Lucia al Parco N. 25;

contro

Azienda Ospedaliera Bianchi-Melacrino-Morelli- di Reggio Calabria, rappresentata
e difesa dall'Avv. Carlo Malara, con domicilio eletto presso Carlo Malara Avv. in
Reggio Calabria, via Possidonea, 20/C;

nei confronti di

Impresa Nbi S.R.L., rappresentata e difesa dagli Avv. Massimo Frantoni, Gianluca
Luzi e Francesca Idone, con domicilio eletto presso Francesca Idone Avv. in
Reggio Calabria, via Vico Vitetta, 36;

per l'annullamento

(con il ricorso principale)

- dell'aggiudicazione definitiva dell'appalto di progettazione esecutiva ed esecuzione dei lavori relativi al "Progetto OORR 14 - adeguamento normativo e potenziamento tecnologico del P.O. Riuniti", disposta in favore della Nbi s.r.l. con deliberazione del direttore generale dell'Azienda ospedaliera Bianchi-Melacrino-Morelli n. 23 del 10 gennaio 2013, comunicata in data 21 gennaio 2013;
 - delle decisioni assunte dalla commissione giudicatrice e dei relativi verbali di gara del 30 luglio 2012, 6 agosto 2012 (n. 1 e n. 2), 10 settembre 2012 e 14 settembre 2012 e rispettivi allegati, nelle parti in cui non hanno escluso la Nbi s.r.l. e nelle parti in cui hanno attribuito maggior punteggio all'offerta della Nbi s.r.l. rispetto all'offerta della ricorrente;
 - in subordine, del disciplinare e della normativa di gara nella parte in cui non specifica i parametri di valutazione dell'offerta tecnica, e delle decisioni della commissione, per difetto assoluto di motivazione;
 - di ogni altro atto, provvedimento o documento che riguardi la gara in epigrafe, ancorché allo stato sconosciuto, nella parte d'interesse;
- e per il conseguimento dell'aggiudicazione e del contratto in favore della ricorrente, previa declaratoria di efficacia del contratto eventualmente già stipulato con la nBI s.r.l. con dichiarazione di disponibilità al subentro, e, in subordine, per il conseguimento del risarcimento per equivalente dei danni subiti in conseguenza dell'illegittimi atti adottati dall'Azienda ospedaliera.
- ove occorra per la dichiarazione di illegittimità del silenzio sul preavviso di ricorso
- (e, con motivi aggiunti)
- del provvedimento di nomina della commissione ed ogni altro atto e provvedimento di gara.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Azienda Ospedaliera Bianchi-Melacrino-Morelli di Reggio Calabria e dell'Impresa Nbi S.R.L.;

Visto il ricorso incidentale dell'Impresa Nbi S.R.L.;

Viste tutte le memorie difensive gli atti della causa;

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

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 23 ottobre 2013 il dott. Salvatore Gatto Costantino e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Ricorre l'impresa Edilminniti di Minniti Giovanni per avversare gli atti ed i provvedimenti con i quali l'A.O. resistente ha aggiudicato alla controinteressata Nbi S.r.l. l'appalto avente ad oggetto l'adeguamento della struttura antincendio degli Ospedali Riuniti, nonché la realizzazione di una nuova morgue in regola con la normativa settoriale.

Il bando di gara dell'appalto veniva pubblicato sulla GUCE suppl. nr. S67 del 5 aprile 2012, per un importo a base d'asta pari ad euro 3.433.643,47 e con affidamento all'offerta economicamente più vantaggiosa.

Edilminniti partecipava alla procedura di gara insieme ad altre due imprese, classificandosi al secondo posto, dopo la Nbi S.r.l. la cui offerta prevaleva per quello che la difesa della ricorrente definisce un "eccezionale" punteggio tecnico e nonostante un ribasso sensibilmente maggiore formulato dalla ricorrente

L'aggiudicataria, secondo quanto riferisce la ricorrente, è una *newco* costituita da Astaldi (impresa di rilievo nazionale) al fine di trasfondervi il ramo di azienda già della Busi Impianti s.p.a., prima in difficoltà e poi fallita: in sostanza, Nbi S.r.l. sarebbe la cessionaria del ramo di azienda di Busi Impianti, o meglio una Busi Impianti in nuova veste societaria.

Dopo aver brevemente richiamato i principali punti del capitolato d'interesse per il gravame, la difesa di Edilminniti espone che la gara si svolgeva in poche sedute ed in particolare in quella tenutasi il 14 settembre venivano aperte le buste contenenti le offerte economiche e veniva calcolato il punteggio complessivo e stilata la conseguente graduatoria provvisoria, nella quale la Nbi S.r.l. otteneva 93,38 punti (per un ribasso pari al 17,73% ma con un punteggio tecnico pari al massimo), mentre Edilminniti otteneva 82,07 punti (con un offerta economica pari al 24,99% di ribasso).

Ritenendo manifestamente sproporzionato il punteggio tecnico della concorrente, Edilminniti presentava domanda di accesso agli atti, riscontrata prima solo parzialmente e poi con un sensibile ritardo, riverberatosi sul preavviso di ricorso comunicato all'Azienda il 19 febbraio 2013.

All'esito dell'esame della documentazione così acquisita, Edilminniti, ravvisata l'esistenza di plurime ragioni di illegittimità dell'aggiudicazione, ha proposto dunque l'odierno ricorso, che risulta affidato a varie censure con cui si fa valere (I) la violazione dell'art. 38 del dlgs 163/2006, del bando e del disciplinare di gara, con eccesso di potere sotto più profili, per non aver dichiarato l'aggiudicataria i requisiti di moralità dei soggetti di cui all'art. 38, comma 1, lett. C del codice dei contratti relativamente alla cedente l'azienda Busi Impianti Spa; (II) l'eccesso di potere per carenza assoluta d'istruttoria, difetto di motivazione, manifesta illogicità, incoerenza, incongruenza ed irragionevolezza con travisamento dei fatti, poiché il punteggio dell'offerta tecnica attribuito ad Nbi S.r.l. è ingiustificato rispetto sia alla documentazione tecnica che alla motivazione fornita dalla commissione giudicatrice, per più ordini di ragioni articolati in atti, (III e IV in subordine) la violazione del disciplinare e dei principi di trasparenza e *par condicio*, in quanto i commissari hanno usato un metodo di calcolo del punteggio tecnico diverso da

quello esplicitamente previsto nel bando o comunque non hanno adeguatamente motivato le preferenze espresse.

Edilminniti chiede dichiararsi inefficace il contratto eventualmente stipulato e formula altresì domanda di risarcimento del danno.

Si è costituita l'Azienda Ospedaliera che resiste al ricorso, di cui chiede il rigetto.

Si è costituita altresì la controinteressata Nbi S.r.l. che, oltre a resistere al ricorso, propone ricorso incidentale, con il quale censura la mancata esclusione della ricorrente dalla gara per (I) non avere quest'ultima comunicato alla commissione di gara il contratto di affitto del ramo di azienda *medio tempore* stipulato con la "Edilminniti" Srl, in violazione dell'art. 51 del codice dei contratti, (II) non avere reso nelle forme prescritte le dichiarazioni di cui all'art. 38 codice dei contratti per alcuni responsabili.

Parte ricorrente ha proposto motivi aggiunti, con cui fa valere l'illegittima composizione della commissione di gara per mancata astensione di uno dei suoi componenti.

L'Azienda Ospedaliera, con proprie memorie, chiede il rigetto sia del ricorso incidentale che dei motivi aggiunti.

Le parti hanno scambiato memorie.

Alla pubblica udienza del 23 ottobre 2013 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

Nell'odierno giudizio parte ricorrente impugna l'aggiudicazione a favore della controinteressata disposta dall'Azienda Ospedaliera resistente, per più ordini di censure inerenti l'ammissione della concorrente alla gara, il punteggio attribuito e (con motivi aggiunti) la composizione della commissione.

Oppone la controinteressata, con ricorso incidentale dichiaratamente "paralizzante", che la ricorrente è priva di legittimazione ad agire, avendo dato in affitto il ramo di azienda inerente l'attività svolta nell'ambito delle opere pubbliche,

senza comunicarlo alla S.A., e chiede esaminarsi il ricorso incidentale con priorità secondo quanto ritenuto dalla sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nr. 4/2011.

La ricorrente, dal canto suo, invoca i principi di cui alla sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea 4 luglio 2013 - causa C 100/12, e chiede che il Tribunale si pronunci comunque sul ricorso principale.

Circa l'ordine di trattazione dei due gravami, questione sulla quale le parti hanno ampiamente disputato e sulla quale si registra un acceso dibattito sia in dottrina sia in giurisprudenza, in specie dopo le richiamate decisioni dell'Adunanza Plenaria (n. 4/2011, che rimedita il precedente orientamento espresso nel 2008) e della Corte di Giustizia dell'Unione Europea (sent. 4 luglio 2013 - causa C 100/12, in certa misura contrastante con la posizione dell'Adunanza Plenaria), il Tribunale rileva sinteticamente quanto segue.

La fattispecie presa in considerazione dalla Corte di Giustizia riguarda la particolare ipotesi di due soli partecipanti alla gara che hanno sollevato, in sede processuale, identici motivi di esclusione reciproca, fattispecie evidentemente non coincidente con quella oggi in esame.

Ne deriva che, sebbene detta pronuncia, peraltro sollecitata da un Tar nazionale, non potrà non stimolare ulteriori riflessioni sul tema delle c.d. azioni reciprocamente escludenti, anche in virtù del fatto che la questione è stata, nel frattempo, nuovamente rimessa sia all'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (vd. ordd. n. 2059/2013 della V sezione e n. 2681/2013 della VI) che alla Corte di Giustizia (cfr. CGA, ord. 17 ottobre 2013, n. 848), allo stato, ad avviso di questo Collegio, non vi sono valide ragioni per discostarsi dai principi affermati dall'Ad Plen. n. 4/2011.

In particolare, secondo il *dictum* della Plenaria, l'esame del ricorso incidentale, diretto a contestare la legittimazione del ricorrente principale attraverso

L'impugnazione della sua ammissione alla procedura di gara, deve precedere quello del ricorso principale, anche nel caso in cui il ricorrente principale abbia un interesse strumentale alla rinnovazione dell'intera procedura selettiva e indipendentemente sia dal numero dei concorrenti che vi hanno preso parte, sia dal tipo di censura prospettata con il ricorso incidentale e sia dalle richieste dell'amministrazione resistente; l'impugnazione principale, di conseguenza, sarebbe inammissibile allorché risulti fondata l'impugnazione incidentale, anche se i concorrenti rimasti in gara siano unicamente due, coincidenti con il ricorrente principale e con quello incidentale, l'uno mirante all'esclusione dell'altro.

Nel caso all'odierno esame del Collegio, l'azione incidentale è volta a far valere ragioni di esclusione della ricorrente principale attinenti la capacità di quest'ultima di conseguire il contratto, in una gara con più concorrenti, nella quale dunque la stessa ricorrente non conseguirebbe, dall'eventuale annullamento dell'aggiudicazione, neppure la *chance* della ripetizione della gara (dal momento che dall'esclusione reciproca delle due concorrenti ottenuta dall'eventuale ed astratto accoglimento sia del gravame incidentale che di quello principale, deriverebbe nulla più che l'aggiudicazione in favore di altra concorrente estranea al giudizio); inoltre, l'esame dei motivi aggiunti, pur introducendo questi ultimi una ragione di censura volta a conseguire l'annullamento dell'intera procedura di gara, verrebbe comunque paralizzato dall'eventuale accoglimento del ricorso incidentale, perché in caso di fondatezza di quest'ultimo ne deriverebbe il venir meno della legittimazione sostanziale e dunque anche processuale della ricorrente.

Aggiunge comunque l'Adunanza Plenaria che è senz'altro ammesso, per ragioni di economia processuale, l'esame prioritario del ricorso principale, qualora sia evidente la sua infondatezza: tuttavia, nel caso di specie tale condizione neppure può dirsi verificata, dal momento che le censure introdotte con il ricorso

introduttivo non appaiono manifestamente infondate, specie avuto riguardo alle ragioni di doglianza inerenti il punteggio tecnico attribuito all'aggiudicataria.

Pertanto, il Collegio deve prendere in esame il ricorso incidentale prioritariamente rispetto sia al ricorso introduttivo che ai motivi aggiunti.

Riferisce la ricorrente incidentale che il 29 agosto 2012, con efficacia dal 1 settembre 2012, dunque nel pieno svolgimento della procedura di gara e dell'esame delle offerte tecniche ed economiche (avvenuto nelle sedute del 10 e 14 settembre 2012), la ricorrente Edil Minniti di Minniti Giovanni dava in affitto il ramo di azienda inerente l'attività svolta nell'ambito delle opere pubbliche alla "Edilminniti" srl, costituita il 31 luglio 2012.

Nell'ambito del contratto di affitto venivano inclusi i requisiti di qualificazione di cui alle attestazioni di qualificazione nelle categorie OG1 (class. VI), OS 28 (class. III), OS 30 (class. III-bis) e OG11 (class. V) per le quali era qualificata l'impresa individuale Edil Minniti; tali requisiti, di fatto, venivano utilizzati dalla nuova società Edilminniti srl, per ottenere la relativa qualificazione. Pertanto, dal 1° settembre 2012, le attestazioni di qualificazione n. 3223/62/01 e n. 3224/62/01 rilasciate alla Edil Minniti dalla SOA HI-Quality e depositate in sede di gara per la partecipazione erano da ritenersi decadute ad ogni effetto di legge (circostanza che sarebbe confermata dalla nota prot. 0049842 del 29 maggio 2013 dell'AVCP richiesta in proposito dalla stessa NBI).

A sostegno della propria tesi, parte ricorrente incidentale richiama il precedente di questo Tribunale, costituito dalla sentenza 18 giugno 2013, nr. 427.

Oppone la difesa della ricorrente che nessuna efficacia causale avrebbe spiegato la mancata comunicazione della cessione alla S.A., ben potendo essere quest'ultima acquisita al procedimento prima della stipula del contratto o comunque prima della conferma dell'aggiudicazione.

Le difese della parte ricorrente non offrono al Collegio alcun argomento idoneo a condurre ad una rimediazione dei principi da ultimo affermati nella richiamata sentenza nr. 427/2013, stante la chiara regola posta dall'art. 51 del dlgs 163/2006 (v. anche Consiglio di Stato, V, 6 marzo 2013, nr. 1370).

Il TAR ha ritenuto che *“L'art. 51 del codice dei contratti pubblici afferisce proprio alle vicende modificative soggettive dei partecipanti alla gara fino alla stipulazione del contratto. Dispone la norma che “Qualora i candidati o i concorrenti, singoli, associati o consorziati, cedano, affittino l'azienda o un ramo d'azienda, ovvero procedano alla trasformazione, fusione o scissione della società, il cessionario, l'affittuario, ovvero il soggetto risultante dall'avvenuta trasformazione, fusione o scissione, sono ammessi alla gara, all'aggiudicazione, alla stipulazione, previo accertamento sia dei requisiti di ordine generale, sia di ordine speciale, nonché dei requisiti necessari in base agli eventuali criteri selettivi utilizzati dalla stazione appaltante ai sensi dell'articolo 62, anche in ragione della cessione, della locazione, della fusione, della scissione e della trasformazione previsti dal presente codice”.*

La ratio dell'art. 51 è quella di impedire che vicende modificative, che possano in qualche modo interessare soggetti partecipanti ad una gara e che si verifichino nel corso del procedimento, possano tradursi in automatiche cause di esclusione, a ciò ostando il principio - di derivazione comunitaria - di massima libertà di organizzazione delle imprese. L'ampiezza di tale facoltà trova un limite nella necessità, posta dal diritto interno, di tutelare l'esigenza delle stazioni appaltanti di ammettere o mantenere all'interno dei procedimenti di selezione dei propri contraenti solo chi, a seguito delle richiamate vicende modificative, si trovi comunque in possesso delle necessarie condizioni soggettive generali e speciali di partecipazione.

Naturalmente, la rilevanza della vicenda modificativa nell'ambito del procedimento di gara impone al soggetto nuovo partecipante di rappresentarla alla stazione appaltante, in modo da attivare la necessaria verifica del complesso dei requisiti di partecipazione (Tar Napoli, Sez. I, 24 marzo 2010, n. 1609).

In caso di trasferimento di azienda, l'ammissione del subentrante è subordinata a due condizioni, ossia che gli atti di cessione siano comunicati alla stazione appaltante e che questa abbia verificato l'idoneità soggettiva ed oggettiva del subentrante (Tar Bologna, sez. I, 6 marzo 2009 n. 228)".

Anche nell'odierno caso all'esame del Collegio risulta che dell'avvenuta cessione d'azienda per affitto tra la ricorrente principale ed "Edilminniti Spa" non è stata data comunicazione alla S.A.; peraltro, a conferma dell'incidenza causale dell'operazione di conferimento, la ricorrente incidentale ha documentato che le SOA prodotte in gara dalla Edilminniti di Minniti Giovanni hanno perso d'efficacia (nota AVCP prot. 0049842 del 29 maggio 2013), conseguendone, già solo in ragione di ciò, l'impossibilità per la concorrente Edilminniti di Minniti Giovanni di ottenere l'aggiudicazione dell'appalto, posto che i requisiti soggettivi e di qualificazione devono essere mantenuti per tutta la durata della gara, fino all'aggiudicazione definitiva ed alla stipula del contratto.

Né può obiettarsi che l'eventuale accoglimento del ricorso in favore della Edilminniti di Minniti Giovanni potrebbe consentire alla Edilminniti Spa di documentare il possesso dei requisiti e conseguire così l'aggiudicazione.

Secondo la giurisprudenza, nel giudizio in ordine all'impugnazione del provvedimento di revoca o annullamento dell'aggiudicazione definitiva di una gara, ciò che la parte ricorrente e vittoriosa ha effettivamente di mira (e che fonda il suo interesse processuale a ricorrere) è l'ottenimento dell'appalto, cui la stipula del contratto è funzionale e preordinata. In questo senso, si è ritenuto che, nel giudizio in tema di appalti pubblici, spetta all'Amministrazione resistente (come pure alla controinteressata) opporre alla pretesa del ricorrente l'esistenza di ulteriori ragioni, ancorchè non manifestate nel procedimento e nel provvedimento impugnato, che trovino titolo nel procedimento e che siano ostative al conseguimento del bene della vita, perché tali ragioni – ove sussistenti - incidono sull'interesse processuale della parte ricorrente, facendolo venire meno e sono dunque "deducibili" nel

processo (TAR Reggio Calabria, sent. nn. 1700/2010, 1731/2010 e 455/2013; cfr. anche ord. nr. 153/2011, punto II).

Ne deriva che, a fronte di una prova liquida dell'attuale mancanza da parte della ricorrente dei requisiti necessari a conseguire l'aggiudicazione perché ha ceduto o affittato il relativo ramo di azienda senza comunicarlo alla S.A. procedente, è senza rilievo la pure prospettata possibilità che tale mutamento formi oggetto di una comunicazione successiva al conseguimento dell'annullamento dell'aggiudicazione impugnata, perché ciò resta una mera potenzialità astratta ed eventuale, nonché dall'esito incerto (senza che trovi rilievo nell'odierna sede per mancanza delle necessarie allegazioni difensive la teorica possibilità di dimostrare in giudizio che anche il nuovo soggetto subentrato al concorrente nel possesso dell'azienda abbia i requisiti soggettivi e di qualificazione necessari e dunque abbia una aspettativa attuale al subentro in gara), mentre l'accoglimento del ricorso dipende pur sempre dalla sussistenza di un interesse attuale e concreto alla pronuncia che si chiede al giudice.

Pertanto, la fondatezza del ricorso incidentale priva d'interesse la ricorrente alla coltivazione del gravame introdotto con il ricorso principale e con i motivi aggiunti, con conseguente loro inammissibilità.

Sussistono comunque giuste ragioni per disporre la piena compensazione delle spese di lite tra le parti, avuto riguardo anche alla complessa articolazione della gara e delle censure formulate dalle parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria Sezione Staccata di Reggio Calabria

definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe indicato, così provvede:

accoglie il ricorso incidentale;

dichiara inammissibili il ricorso principale ed i motivi aggiunti;

dichiara compensate le spese della lite.

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

Così deciso in Reggio Calabria nella camera di consiglio del giorno 23 ottobre 2013

con l'intervento dei magistrati:

Caterina Criscenti, Presidente FF

Salvatore Gatto Costantino, Consigliere, Estensore

Valentina Santina Mameli, Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 19/11/2013

IL SEGRETARIO

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