

Non risulta corretto affermare che il rapporto tra un'impresa che concorre alla gara ed un geologo debba necessariamente essere o di lavoro subordinato o di associazione in a.t.i., configurandosi altrimenti una ipotesi di subappalto: il rapporto tra l'impresa e il professionista iscritto all'albo, indicato, come consulente esterno contrattualmente impegnato, non può essere inquadrato di per sè nell'ambito del contratto di appalto (e perciò di subappalto), in assenza di specifici elementi idonei a dimostrare gli elementi tipici di tale istituto (l'organizzazione dei mezzi, l'assunzione del rischio, lo scopo del compimento di un'opera o di un servizio), essendo invece configurabile un contratto d'opera intellettuale, anche in forma di collaborazione coordinata e continuativa..

In tema di subappalto, merita di essere segnalato il seguente passaggio contenuto nella decisione numero 2943 del 4 giugno 2007 del Consiglio di Stato:

< E' infondata anche la seconda censura, con cui l'appellante contesta che l'aggiudicataria, avrebbe (illegittimamente) previsto l'affidamento in subappalto dell'incarico di redigere la relazione geologica; in quanto il geologo indicato dall'ATI è stato inserito tra i consulenti esterni contrattualmente impegnati con la società mandante.

Sebbene confortata da una determinazione dell'Autorità di vigilanza sui lavori pubblici (n. 3/2003), non può essere condivisa la tesi dell'appellante, secondo cui il rapporto tra l'impresa che concorre alla gara ed un geologo debba necessariamente essere o di lavoro subordinato o di associazione in a.t.i., configurandosi altrimenti una ipotesi di subappalto.

Come rilevato dal Tar, infatti, il rapporto tra l'impresa e il professionista iscritto all'albo, indicato, nel caso di specie, come consulente esterno contrattualmente impegnato, non può essere inquadrato di per sè nell'ambito del contratto di appalto (e perciò di subappalto), in assenza di specifici elementi, mancanti nel caso di specie, idonei a dimostrare gli elementi tipici di tale istituto (l'organizzazione dei mezzi, l'assunzione del rischio, lo scopo del compimento di un'opera o di un servizio), essendo invece configurabile un contratto d'opera intellettuale, anche in forma di collaborazione coordinata e continuativa.

Il contenuto dell'art. 17, comma 14 quinquies, della legge n. 109 del 1994, richiamato dall'appellante, può al limite dimostrare la possibilità di configurare in astratto il subappalto anche in relazione ad attività di carattere geologico; configurabilità da escludere nella fattispecie concreta.

Peraltro, il sopravvenuto art. 118 del D.Lgs. n. 163 del 2006 ha espressamente escluso il subappalto per "l'affidamento di attività specifiche a lavoratori autonomi", con previsione che può essere intesa anche come ricognitiva di un principio già esistente.>

Ma l'emarginata decisione merita di essere segnalata anche per il seguente pensiero:

< Nel settore dei pubblici appalti, il divieto, a pena di nullità, di cessione del contratto (in origine art. 18, comma II, della legge n. 55/90, come modificato dall'art. 22 della Legge n. 203/91), è stato temperato nei casi di cessione d'azienda, trasformazione, fusione e scissione societaria in seguito all'entrata in vigore dell'art. 35 della Legge n. 109/94, che prevede il subentro del nuovo soggetto nel contratto, condizionato alla valutazione dei requisiti oggettivi e soggettivi richiesti.

Da tale disposizione, seppur riferibile al subentro in un contratto già stipulato, si può ricavare un principio, applicabile anche alla fase anteriore della procedura di gara, in base al quale i processi di ristrutturazione societaria non devono essere penalizzati da misure idonee ad escludere dalle gare le

imprese cessionarie, senza però consentire che un'impresa, che non abbia partecipato ad una gara, possa risultare aggiudicataria, senza una valutazione dei requisiti da parte dell'amministrazione.

E', quindi, possibile il subentro nella procedura della società cessionaria del ramo di azienda dell'originaria partecipante e l'utilizzo dei requisiti riferiti a tale ramo di azienda, ma tale subentro non è automatico essendo necessaria la verifica della sussistenza di tutti i requisiti.>

A cura di Sonia LAzzini

REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta) ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sul ricorso in appello n. 10508/2002, proposto da Ditta Alfa

contro

REGIONE LIGURIA, rappresentata e difesa dagli Avv.ti Gigliola BENGHI e Michela SOMMARIVA con domicilio eletto in Roma piazza Madama n. 9, presso SETT.RAT.TI IST.LI Regione Liguria;

e nei confronti di

DITTA BETA

per l'annullamento

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale della Liguria sede di Genova Sez. II n. 705/2002.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della regione Liguria;

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

Visti gli atti tutti della causa;

Alla pubblica udienza del 27 marzo 2007 relatore il Consigliere Roberto Chieppa. Udito l'Avv. Romanelli;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

FATTO E DIRITTO

1. La ditta ALFA – s.r.l. ha impugnato gli atti della gara per licitazione privata indetta dalla Regione Liguria per l'affidamento della redazione del progetto preliminare del riuso del sedime ferroviario della linea da Ospedaletti a San Lorenzo a Mare con riferimento all'assetto del corridoio costiero e progettazione definitiva primo stralcio di pista ciclabile nel tratto tra la Stazione di Santo Stefano al Mare – Torre dei Marmi, come previsto dal PRUSST del ponente ligure.

La società ricorrente si era classificata al secondo posto della gara, aggiudicata alla A.T.I. con capogruppo la **

Con l'impugnata sentenza il Tar Liguria ha respinto il ricorso, compensando le spese del giudizio.

La DITTA ALFA – s.r.l. ha proposto ricorso in appello avverso tale decisione e la Regione Liguria si è costituita in giudizio, chiedendo la reiezione del gravame.

All'odierna udienza la causa è stata trattenuta in decisione.

2. Con il primo motivo, l'appellante deduce l'illegittimità dell'ammissione alla gara della Turner & Townsend, avendo tale società conseguito in precedenza l'affidamento, da parte del Ministero dei lavori pubblici, dei servizi di assistenza tecnica, monitoraggio e diffusione dei risultati relativi ai programmi di riqualificazione urbana, promossi con D.M. 8.10.1998.

Il Tar avrebbe errato nel respingere la censura, in quanto sarebbe evidente l'incompatibilità che doveva condurre all'esclusione dell'aggiudicataria, che si troverebbe ad essere progettista per conto della Regione di interventi, per i quali avrebbe dovuto esercitare il monitoraggio per conto del Ministero.

La censura è infondata.

La Regione Liguria ha dimostrato come l'attività svolta dall'aggiudicataria per il Ministero non abbia alcuna relazione con la progettazione oggetto dell'appalto.

Inoltre, anche aderendo alla tesi dell'appellante, eventuali compiti di monitoraggio affidati all'aggiudicataria non avrebbero comunque potuto incidere sull'esito della gara, né erano idonei a dare un vantaggio all'ATI aggiudicataria.

Al massimo, l'aggiudicazione poteva comportare – sempre seguendo la prospettazione dell'appellante – ad una successiva incompatibilità con l'attività di monitoraggio, con obbligo per il Ministero di rilevare tale incompatibilità e trarne le conseguenze.

In definitiva, la eventuale – e si ripete non dimostrata – incompatibilità non poteva costituire causa di esclusione dalla procedura, peraltro in assenza di specifiche previsioni in tal senso.

3. E' infondata anche la seconda censura, con cui l'appellante contesta che l'aggiudicataria, avrebbe (illegittimamente) previsto l'affidamento in subappalto dell'incarico di redigere la relazione geologica; in quanto il geologo indicato dall'ATI è stato inserito tra i consulenti esterni contrattualmente impegnati con la società mandante.

Sebbene confortata da una determinazione dell'Autorità di vigilanza sui lavori pubblici (n. 3/2003), non può essere condivisa la tesi dell'appellante, secondo cui il rapporto tra l'impresa che concorre alla gara ed un geologo debba necessariamente essere o di lavoro subordinato o di associazione in a.t.i., configurandosi altrimenti una ipotesi di subappalto.

Come rilevato dal Tar, infatti, il rapporto tra l'impresa e il professionista iscritto all'albo, indicato, nel caso di specie, come consulente esterno contrattualmente impegnato, non può essere inquadrato di per sé nell'ambito del contratto di appalto (e perciò di subappalto), in assenza di specifici elementi, mancanti nel caso di specie, idonei a dimostrare gli elementi tipici di tale istituto (l'organizzazione dei mezzi, l'assunzione del rischio, lo scopo del compimento di un'opera o di un servizio), essendo invece configurabile un contratto d'opera intellettuale, anche in forma di collaborazione coordinata e continuativa.

Il contenuto dell'art. 17, comma 14 quinquies, della legge n. 109 del 1994, richiamato dall'appellante, può al limite dimostrare la possibilità di configurare in astratto il subappalto anche in relazione ad attività di carattere geologico; configurabilità da escludere nella fattispecie concreta.

Peraltro, il sopravvenuto art. 118 del D.Lgs. n. 163 del 2006 ha espressamente escluso il subappalto per "l'affidamento di attività specifiche a lavoratori autonomi", con previsione che può essere intesa anche come ricognitiva di un principio già esistente.

4. Con il terzo motivo, l'appellante contesta l'erronea attribuzione dei punteggi, effettuata dalla commissione con il metodo del confronto a coppie, sia sotto il profilo dell'omessa motivazione, sia sotto quello della violazione di regole di logica.

Anche tale motivo è privo di fondamento.

In presenza di una adeguata predeterminazione dei criteri di valutazione, presente nel caso in esame, l'attribuzione di punteggi numerici può consentire di comprendere l'iter logico seguito dalla Commissione, specie se il metodo utilizzato è quello del confronto a copie.

Con riferimento agli specifici punteggi attribuiti, va confermato quanto osservato dal Tar: il metodo del confronto a coppie consiste nella valutazione comparativa tra due candidati per volta, con attribuzione ad ognuno di essi di un punteggio relativo e non assoluto.

La valutazione ha un rilievo solo all'interno della coppia e non è possibile utilizzarla come puntuale termine di paragone in altri confronti, ad eccezione di casi di evidente contraddittorietà, che non ricorrono nella presente fattispecie.

In definitiva, non può essere applicata ad ogni valutazione riferita ad un singolo criterio la proprietà transitiva, che mal si attaglia a giudizi di valore, quale quelli effettuati della Commissione di gara.

5. Con il quarto motivo, l'appellante contesta la carenza dei requisiti di partecipazione e l'assenza di identità tra la Ferrovie Milano Nord Ingegneria, che ha partecipato alla gara e le Ferrovie Nord Milano s.p.a., cui si riferiscono i certificati prodotti in sede di gara.

La censura è infondata.

Si deve tenere presente che la società Ferrovie Milano Nord Ingegneria srl, mandante dell'ATI aggiudicataria, ha rappresentato all'amministrazione in sede di offerta, di aver acquisito il ramo d'azienda di Ferrovie Milano Nord spa denominato Divisione Ingegneria, e ha comprovato i requisiti dichiarati in gara, ex art. 10 comma 1 quater legge n. 109 del 1994, mediante allegazione delle attività da quest'ultima società svolte.

Secondo l'appellante il subentro del cessionario di azienda sarebbe consentito, ai sensi dell'art. 35 della legge n. 109 del 1994, solo dopo la stipula del contratto, e non anche nella fase della procedura di evidenza pubblica.

La tesi non può essere condivisa.

Nel settore dei pubblici appalti, il divieto, a pena di nullità, di cessione del contratto (in origine art. 18, comma II, della legge n. 55/90, come modificato dall'art. 22 della Legge n. 203/91), è stato temperato nei casi di cessione d'azienda, trasformazione, fusione e scissione societaria in seguito all'entrata in vigore dell'art. 35 della Legge n. 109/94, che prevede il subentro del nuovo soggetto nel contratto, condizionato alla valutazione dei requisiti oggettivi e soggettivi richiesti.

Da tale disposizione, seppur riferibile al subentro in un contratto già stipulato, si può ricavare un principio, applicabile anche alla fase anteriore della procedura di gara, in base al quale i processi di ristrutturazione societaria non devono essere penalizzati da misure idonee ad escludere dalle gare le imprese cessionarie, senza però consentire che un'impresa, che non abbia partecipato ad una gara, possa risultare aggiudicataria, senza una valutazione dei requisiti da parte dell'amministrazione.

E', quindi, possibile il subentro nella procedura della società cessionaria del ramo di azienda dell'originaria partecipante e l'utilizzo dei requisiti riferiti a tale ramo di azienda, ma tale subentro non è automatico essendo necessaria la verifica della sussistenza di tutti i requisiti.

Nel caso di specie, non è in contestazione la sussistenza di tali requisiti in capo a Ferrovie Milano Nord Ingegneria s.r.l., con conseguente infondatezza della censura.

6. E' infine priva di fondamento anche l'ultima censura, con cui l'appellante contesta la mancata valutazione del parametro "merito tecnico" sulla base degli elementi di cui all'art. 14 del D.lgs n. 157 del 1995 e in pretesa violazione del dpcm n. 116 del 1997.

L'art. 14 del D. Lgs. n. 157 del 1995 indica gli elementi idonei a dimostrare le capacità tecniche dei concorrenti, in relazione ai quali l'amministrazione aggiudicatrice precisa, nel bando di gara o nella lettera d'invito, quali dei suindicati documenti e requisiti devono essere presentati o dimostrati (comma 2).

L'appellante riconduce la violazione dell'art. 14 all'operato della Commissione e all'istruttoria da questa svolta, ma in tal modo finisce per confondere la fase della ammissione alla gara, in cui deve essere verificato il possesso degli elementi di cui all'art. 14, richiamati nel bando, e la fase della valutazione delle offerte, in cui i parametri sono i criteri di giudizio predeterminati.

Se la censura è diretta a contestare la mancata indicazione degli elementi di cui all'art. 14, questa doveva essere rivolta nei confronti del bando; se, invece, come in realtà sembra, tende a contestare l'istruttoria della Commissione, il motivo non è pertinente per le considerazioni appena svolte ed è, comunque, generico, non essendo stato indicato quale criterio non sarebbe stato preso in considerazione dalla Commissione.

7. In conclusione, l'appello deve essere respinto.

Ricorrono giusti motivi per compensare integralmente tra le parti le spese di giudizio.

P. Q. M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Sesta, respinge il ricorso indicato in epigrafe.

Spese compensate.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Roma, il 27-3-2007 dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale - Sez.VI -, riunito in Camera di Consiglio, con l'intervento dei Signori:

Claudio Varrone Presidente

Carminè Volpe Consigliere

Giuseppe Romeo Consigliere

Lanfranco Balucani Consigliere

Roberto Chieppa Consigliere Est.

Presidente

CLAUDIO VARRONE

Consigliere Segretario

ROBERTO CHIEPPA VITTORIO ZOFFOLI

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

il...04/06/2007

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

Il Direttore della Sezione

MARIA RITA OLIVA

CONSIGLIO DI STATO

In Sede Giurisdizionale (Sezione Sesta)

Addì.....copia conforme alla presente è stata trasmessa

al Ministero.....

a norma dell'art. 87 del Regolamento di Procedura 17 agosto 1907 n.642

Il Direttore della Segreteria

N.R.G. 10508/2002

FF