



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

DECISIONE

sul ricorso numero di registro generale 4209/2005, proposto da Consorzio per le rinfuse nel porto di Brindisi, Cannone Teodoro s.r.l., B.I.S. s.r.l., rappresentati e difesi dagli avvocati Alessandro Caiulo e Giovanni Pellegrino, con domicilio eletto presso il secondo, in Roma, corso del Rinascimento, n. 11;

contro

Enel Produzione s.p.a., quale incorporante di Enel Logistica Combustibili s.r.l., rappresentata e difesa dagli avvocati Marcello Molè ed Ernesto Sticchi Damiani, con domicilio eletto presso il primo, in Roma, via della Farnesina n.272/274; Autotrasporti Zaccaria s.r.l. in proprio e quale mandataria dell'a.t.i. costituita con Ecologica s.p.a., e S.l.e. s.r.l., rappresentate e difese dall'avv. Salvatore Alberto Romano, con domicilio eletto presso il medesimo, in Roma, viale XXI Aprile, n. 11;

per la riforma

della sentenza del Tar Puglia – Lecce, sez. I n. 83/2005, resa tra le parti.

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Visto l'appello incidentale proposto dall'a.t.i. contro interessata;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 26 gennaio 2010 il Cons. Rosanna De Nictolis e uditi per le parti gli avvocati Caiulo, Gianluigi Pellegrino (su delega dell'avv. Giovanni Pellegrino), Molè, Sticchi Damiani, Morrone (su delega dell'avv. Romano);

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con provvedimento del 14 maggio 2004 l'Enel Logistica e Combustibili s.r.l. aggiudicava all'a.t.i. di cui è aggiudicataria la s.r.l. Autotrasporti Zaccaria l'appalto del servizio di discarica e movimentazione di carbone e ceneri da navi, per conto di Enel, nell'ambito del Porto di Brindisi, appalto indetto ai sensi del d.lgs. n. 158/1995.

Alla gara risultava ammesso, oltre all'aggiudicataria, solo un altro soggetto, il Consorzio odierno appellante.

1.1. Il Consorzio odierno appellante, secondo classificato, proponeva ricorso al T.a.r. Puglia- Lecce, contro l'aggiudicazione, lamentando che:

a) l'a.t.i. aggiudicataria doveva essere esclusa perché nessuna delle imprese componenti sarebbe in possesso di specifica autorizzazione all'operazione portuale di movimentazione del carbone;

b) l'a.t.i. aggiudicataria doveva essere esclusa perché in sede di chiarimenti sui subappalti aveva rivelato la percentuale del ribasso offerto in gara, che doveva invece rimanere segreto fino all'apertura delle buste contenenti l'offerta economica.

Il Consorzio chiedeva, pertanto, l'annullamento dell'aggiudicazione e l'aggiudicazione in suo favore, senza articolare domande in ordine alla sorte del contratto e in ordine al risarcimento del danno.

1.2. L'a.t.i. aggiudicataria, a sua volta, proponeva ricorso incidentale, con cui deduceva che il Consorzio doveva essere escluso perché, dopo la domanda di partecipazione alla gara, con indicazione delle imprese consorziate che avrebbero eseguito l'appalto, aveva comunicato alla stazione appaltante una modifica della propria compagine e dunque delle imprese che avrebbero eseguito l'appalto.

1.4. Il T.a.r. adito, con la sentenza in epigrafe:

- riteneva astrattamente fondato il ricorso principale, in relazione ad entrambe le censure di cui sopra;
- riteneva tuttavia fondato e assorbente il ricorso incidentale;
- riteneva che, accolto il ricorso incidentale, dovesse essere dichiarato improcedibile quello principale, difettando in capo al Consorzio un interesse strumentale al rinnovo della gara, attesa la sua modifica soggettiva *medio tempore* intervenuta.

2. Ha proposto appello principale il Consorzio, osservando che:

- a) andava respinto il ricorso incidentale di primo grado, in quanto la modifica soggettiva del Consorzio in corso di gara era nel caso di specie consentita, perché essa sarebbe consistita nel recesso di alcune imprese originariamente indicate, e le imprese restanti hanno i requisiti di qualificazione;
- b) in ogni caso, anche ove fosse da accogliere il ricorso incidentale, quello principale non poteva essere dichiarato improcedibile; essendovi due sole imprese ammesse in gara, vi era l'interesse strumentale al rinnovo della gara, perdurante anche a seguito della modifica della compagine organizzativa del Consorzio;
- c) sarebbe da accogliere il ricorso principale di primo grado, che il Tar ha già astrattamente ritenuto fondato.

2.1. L'a.t.i. aggiudicataria a sua volta si oppone all'accoglimento dell'appello principale e a sua volta ha proposto appello incidentale, con cui osserva che il ricorso principale di primo grado è infondato, in quanto essa era munita di autorizzazione all'operazione portuale di movimentazione di merci nel porto di Brindisi, e in quanto nella specie non è stato violato il principio di segretezza delle offerte.

3. E' fondato l'appello principale, mentre va disatteso quello incidentale.

Con il ricorso incidentale di primo grado si è sostenuto che il Consorzio ricorrente principale doveva essere escluso dalla gara per aver modificato la propria compagine soggettiva in corso di gara.

Tale tesi è stata fatta propria dal Tar.

Essa non può essere condivisa.

La partecipazione di consorzi ordinari di concorrenti e di a.t.i. alle gare è nel caso di specie disciplinata dall'art. 23, d.lgs. n. 158/1995, trattandosi di appalto di servizi nei c.d. settori esclusi.

Tale previsione non contiene, formalmente, alcun divieto di modifica della compagine organizzativa di consorzi e a.t.i. in corso di gara.

Tale divieto risulta invece sancito dall'art. 13, co. 5-bis, l. n. 109/1994, limitatamente al settore dei lavori pubblici.

Il divieto è stato generalizzato, con conseguente estensione a servizi e forniture, nonché a settori speciali, solo dall'art. 38, co. 9, d.lgs. n. 163/2006, a tenore del quale, fatte salve le deroghe di cui ai successivi co. 18 e 19, è vietata qualsiasi modificazione alla composizione dei raggruppamenti temporanei e dei consorzi rispetto a quella risultante dall'impegno presentato in sede di offerta (art. 37, co. 9, codice).

L'inosservanza di tali divieti comporta l'annullamento dell'aggiudicazione o la nullità del contratto, nonché l'esclusione dei concorrenti riuniti in raggruppamento

o consorziati, concomitanti o successivi alle procedure di affidamento relative al medesimo appalto (art. 37, co. 10, codice).

Peraltro, il principio di immodificabilità soggettiva, poteva già prima del codice essere considerato un principio generale estensibile anche ai servizi e alle forniture. Sulla portata di tale principio si è peraltro registrata una evoluzione della giurisprudenza di questo Consesso.

Secondo una più risalente interpretazione restrittiva, il divieto della modifica della compagine soggettiva in corso di gara o dopo l'aggiudicazione si applica a qualsivoglia modificazione, sia quando un componente viene sostituito ad altro, sia quando un componente recede senza essere sostituito. Ciò in quanto con la sottoscrizione del mandato da parte di tutte le componenti dell'a.t.i. o del consorzio, la stazione appaltante è posta in grado di conoscere i soggetti con cui andrà a contrattare; consentire una modifica della compagine sarebbe lesiva della *par condicio*, perché comporterebbe una formazione a geometria variabile, adattabile agli sviluppi della procedura di gara.

Si assume che il principio di immodificabilità soggettiva dei partecipanti alle gare pubbliche, mira a garantire una conoscenza piena da parte delle amministrazioni aggiudicatrici dei soggetti che intendono contrarre con le amministrazioni stesse consentendo una verifica preliminare e compiuta dei requisiti di idoneità morale, tecnico-organizzativa ed economico-finanziaria dei concorrenti, verifica che non deve essere resa vana in corso di gara con modificazioni di alcun genere (Cons. St., sez. V, 7 aprile 2006 n. 1903; Cons. St., sez. V, 30 agosto 2006 n. 5081).

La tesi è stata però rimessa in discussione da più recenti pronunce, secondo cui sarebbe possibile, dopo l'aggiudicazione, il recesso di una o più imprese dell'a.t.i., se quelle rimanenti siano in possesso dei requisiti di qualificazione per le prestazioni oggetto dell'appalto: infatti il divieto legislativo riguarderebbe solo

l'aggiunta o la sostituzione di componenti, non anche il venir meno, senza sostituzione, di taluno (Cons. St., sez. IV, 23 luglio 2007 n. 4101).

In particolare, una pronuncia di questa Sezione ha osservato che il divieto di modificazione soggettiva non ha l'obiettivo di precludere sempre e comunque il recesso dal raggruppamento in costanza di procedura di gara. Il rigore di detta disposizione va, infatti, temperato in ragione dello scopo che persegue, che è quello di consentire alla stazione appaltante, in primo luogo, di verificare il possesso dei requisiti da parte dei soggetti che partecipano alla gara e, correlativamente, di precludere modificazioni soggettive, sopraggiunte ai controlli, e dunque, in grado di impedire le suddette verifiche preliminari. Tale essendo, dunque, la funzione di detta disposizione è evidente come le uniche modifiche soggettive elusive del dettato legislativo siano quelle che portano all'aggiunta o alla sostituzione delle imprese partecipanti e non anche quelle che conducono al recesso di una delle imprese del raggruppamento, in tal caso, infatti, le esigenze succitate non risultano affatto frustrate poiché l'amministrazione, al momento del mutamento soggettivo, ha già provveduto a verificare i requisiti di capacità e di moralità dell'impresa o delle imprese che restano, sicché i rischi che il divieto mira ad impedire non possono verificarsi (Cons. St., sez. VI, 13 maggio 2009 n. 2964).

Il Collegio ritiene di dover aderire a questo secondo e più recente orientamento, con alcune puntualizzazioni.

Tale orientamento da un lato, non penalizza la stazione appaltante, non creando incertezze, e dall'altro lato non penalizza le imprese, le cui dinamiche non di rado impongono modificazioni soggettive di consorzi e raggruppamenti, per ragioni che prescindono dalla singola gara, e che non possono precluderne la partecipazione se nessun documento ne deriva per la stazione appaltante.

Né si verifica una violazione della *par condicio* dei concorrenti, perché non si tratta di introdurre nuovi soggetti in corsa, ma solo di consentire a taluno degli associati

o consorziati il recesso, mediante utilizzo dei requisiti dei soggetti residui, già comunque posseduti.

Tale soluzione va seguita purché la modifica della compagine soggettiva in senso riduttivo avvenga per esigenze organizzative proprie dell'a.t.i. o consorzio, e non invece per eludere la legge di gara e, in particolare, per evitare una sanzione di esclusione dalla gara per difetto dei requisiti in capo al componente dell'a.t.i. che viene meno per effetto dell'operazione riduttiva.

Nel caso di specie, a seguito di una modifica del Consorzio, sono venuti meno alcuni consorziati originariamente indicati. I residui consorziati avevano comunque i requisiti di qualificazione per poter partecipare alla gara, e non risulta che l'operazione riduttiva sia stata fatta al fine di eludere la legge di gara, sicché il Consorzio non doveva essere escluso.

Pertanto, merita reiezione il ricorso incidentale di primo grado, e accoglimento l'appello principale.

4. Una volta respinto il ricorso incidentale di primo grado, occorre passare all'esame del ricorso principale di primo grado, riproposto con l'atto di appello.

L'esame dell'appello principale *in parte qua* implica l'esame congiunto dell'appello incidentale, trattando essi delle medesime questioni, a parti rovesciate.

E' fondato e assorbente il primo motivo di censura, con cui si assume che l'a.t.i. aggiudicataria doveva essere esclusa per difetto di autorizzazione alla specifica operazione portuale di movimentazione del carbone.

Il bando di gara, nella Sezione III, 2) indica le condizioni minime di carattere tecnico ed economico che devono essere possedute.

Il riferimento a condizioni minime e l'uso dell'espressione <<deve>> rendono palese che si tratta di requisiti richiesti a pena di esclusione.

In particolare, al punto 4 si indica che occorrono tutte le autorizzazioni necessarie per lo svolgimento dei servizi oggetto dell'appalto, e al punto 4.2) si indica, in

particolare, che occorre <<autorizzazione allo svolgimento delle operazioni portuali per la tipologia di merce richiesta>>.

Ora oggetto dell'appalto essendo il <<*servizio di discarica e movimentazione di carbone da navi (...) inclusa la pulizia delle stive, il carico su camion, il trasporto tra la suddetta banchina ed i vari punti di consegna presenti sull'impianto, la messa a parco del carbone inclusa la formazione dei cumuli nei carbonili (...)*>>, ne consegue che occorre autorizzazione allo svolgimento della specifica operazione portuale di movimentazione della merce "carbone" e non di qualsivoglia merce.

Nel caso specifico, una delle imprese componenti l'a.t.i. aggiudicataria, e in particolare la società Autotrasporti Zaccaria, è sì titolare di autorizzazione per operazione portuale, ma avente ad oggetto una diversa merce, i trailer.

Assume l'appellante incidentale che tale autorizzazione sarebbe stata sufficiente a consentire la partecipazione alla gara, atteso che l'atto autorizzatorio si riferisce alle operazioni portuali di imbarco, sbarco, trasbordo, deposito e movimentazione genericamente alle merci e ad altro materiale, senza specificazione, e che il programma operativo, da cui risulta in dettaglio il tipo di merce o materiale, non costituirebbe parte integrante dell'oggetto dell'autorizzazione.

Sarebbe pertanto illegittimo il bando di gara, se interpretato nel senso di richiedere una specifica autorizzazione alla movimentazione di carbone.

La tesi dell'appellante incidentale è infondata e fondato è in parte qua l'appello principale.

Anzitutto il bando è inequivoco e non presenta alcuna illegittimità, in quanto se oggetto dell'appalto è la movimentazione del carbone, è legittimo chiedere che l'aggiudicatario sia specificamente autorizzato a tale operazione.

In secondo luogo, l'oggetto dell'autorizzazione rilasciata all'Autotrasporti Zaccaria va individuato alla luce della disciplina legale delle autorizzazioni alle operazioni portuali, dettata dall'art. 16, l. n. 84/1994.

Lo scopo del regime autorizzatorio è, all'evidenza, quello di assicurare un ordinato svolgimento delle operazioni portuali, in condizioni di sicurezza, e tenuto conto delle caratteristiche di ciascun porto e delle merci da movimentare.

A tal fine, l'art. 16, l. n. 84/1994, richiede il vaglio, in sede di rilascio delle autorizzazioni, da un lato dei requisiti soggettivi di capacità tecnica dell'autorizzando, dall'altro lato dell'oggetto dell'autorizzazione, ossia la specifica operazione portuale. Pertanto, si richiede anche un programma operativo, da cui risulti la merce movimentata, e si stabilisce espressamente che se si intende cambiare programma operativo, cioè tipo di merce movimentata, occorre rinnovare l'autorizzazione.

Se ne desume che, contrariamente a quanto sostenuto dall'appellante incidentale, il programma operativo non attiene solo alla fase di esecuzione, ma è, invece, elemento costitutivo necessario per individuare l'oggetto dell'autorizzazione.

Sicché, al di là del suo dato letterale che faccia generico riferimento a merci, l'autorizzazione non ha mai un oggetto generico, riferendosi invece alle specifiche merci o materiali indicati nell'allegato programma operativo, e non potendosi rilasciare una autorizzazione generica che prescindendo dalla puntuale indicazione, in sede di istanza di autorizzazione, di quali siano le merci o materiali da movimentare.

Si deve perciò concludere che la Autotrasporti Zaccaria non era genericamente autorizzata a movimentare qualsivoglia materiale, ma invece specificamente autorizzata a movimentare trailer, e non era invece autorizzata a movimentare carbone.

Pertanto l'a.t.i. aggiudicataria avrebbe dovuto essere esclusa, sia perché non in possesso dell'autorizzazione, sia per aver dichiarato, contrariamente al vero, di esserne in possesso.

E' appena il caso di sottolineare che il bando di gara avrebbe potuto, in astratto, prescrivere l'autorizzazione suddetta non come condizione di partecipazione alla gara, ma come condizione di stipulazione del contratto in caso di aggiudicazione; ma il bando, nel caso di specie, ha espressamente indicato il possesso dell'autorizzazione come "condizione di partecipazione" alla gara.

5. Da quanto esposto consegue, in accoglimento dell'appello principale e reiezione di quello incidentale, e in riforma della sentenza appellata, l'annullamento del provvedimento di aggiudicazione.

Attesa la novità di alcune questioni e il mutamento di giurisprudenza su altre, le spese del doppio grado possono essere interamente compensate.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (sezione VI) definitivamente pronunciando sull'appello incidentale e sull'appello incidentale in epigrafe:

- a) accoglie l'appello principale e respinge quello incidentale e, per l'effetto, annulla il provvedimento di aggiudicazione impugnato in primo grado.
- b) compensa interamente tra le parti le spese del doppio grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 26 gennaio 2010 con l'intervento dei Signori:

Giovanni Ruoppolo, Presidente

Paolo Buonvino, Consigliere

Luciano Barra Caracciolo, Consigliere

Rosanna De Nictolis, Consigliere, Estensore

Giancarlo Montedoro, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Il Segretario

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 16/02/2010

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

Il Dirigente della Sezione