

Parere n. 55 del 11/03/2010

Protocollo PREC 188/09/S

Oggetto: Istanze di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentate dal Consorzio S.G.M. e dalla consorziata Massimo Milone S.p.A., nonché dall'impresa ECO SPRINT s.r.l. – Servizio di pulizia, igiene e sanificazione dei locali della Casa Comunale di Corso Vittorio Emanuele, 60 e delle sedi distaccate – Importo a base d'asta: € 200.834,15 – S.A.: Comune di Villaricca (NA)

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In relazione alla procedura di gara indicata in epigrafe, sono pervenute all'Autorità, rispettivamente in data 2 novembre 2009 e in data 17 novembre 2009, le istanze di parere in oggetto.

Con la prima di esse, il Consorzio S.G.M. e l'impresa consorziata Massimo Milone S.p.A. hanno chiesto a questa Autorità di esprimersi in merito alla legittimità della preannunciata esclusione del Consorzio medesimo dalla procedura di gara in oggetto e, in subordine, sulla possibilità di un'integrazione documentale in relazione alla modificazione della forma societaria della suddetta consorziata. Il quesito scaturisce dal fatto che il bando di gara prevedeva, pena l'esclusione, che all'interno del plico A, dedicato alla documentazione amministrativa, il concorrente in forma di Consorzio già costituito dovesse inserire "copia dell'atto costitutivo e delle successive modificazioni".

Nel verificare la documentazione amministrativa prodotta dal Consorzio istante, la Commissione di gara ha rilevato, sul punto, una presunta carenza, consistente nella mancata produzione degli atti modificativi di cui sopra, dedotta dalla dichiarazione sostitutiva resa dal concorrente Consorzio, nella quale si evidenziava che l'impresa consorziata designata per l'espletamento del servizio in caso di aggiudicazione, ossia la Massimo Milone S.p.A., nell'aprile 2009 aveva trasformato la propria forma societaria da società a responsabilità limitata in società per azioni, come peraltro desumibile dal certificato camerale prodotto in sede di gara. La Commissione, sul presupposto che ciò avesse determinato anche una modifica costitutiva del Consorzio, ha preannunciato l'intenzione di escludere il Consorzio medesimo dalla gara.

Con la seconda istanza di parere, l'impresa ECO SPRINT s.r.l., ritenendo di essere stata penalizzata, ha chiesto chiarimenti sui criteri utilizzati dalla stazione appaltante per l'attribuzione del punteggio relativo al monte ore annuo delle macchine occorrenti per l'esecuzione del servizio e, conseguentemente, per l'attribuzione del punteggio complessivo dell'offerta tecnica.

A riscontro della richiesta di informazioni formulata dall'Autorità nell'istruttoria procedimentale, il Comune di Villaricca, con nota del 30 novembre 2009 a firma del Presidente della Commissione, ha difeso la legittimità del proprio operato ribadendo, in ordine alla questione sollevata dal concorrente Consorzio S.G.M. con la prima istanza di parere, che lo stesso "non ha prodotto, nella documentazione presentata, la trasformazione della Società "Massimo Milone" da "s.r.l." a "S.p.A." e quindi la modifica dello Statuto del Consorzio, come richiesto a pena di esclusione" e che "la

richiesta di integrare la documentazione presentata nel plico è stata respinta dalla Commissione di gara, in quanto tale possibilità è espressamente esclusa dal Bando di gara”. Quanto alla seconda questione sottosta dall’impresa concorrente ECO SPRINT s.r.l., la stazione appaltante ha riferito che la richiesta di chiarimenti formulata dall’impresa medesima “è stata riscontrata con nota prot. n. 0014795 del 12.11.2009, con la quale è stato rammentato che i dati richiesti erano stati ritualmente comunicati nella seduta pubblica di gara del 05.11.2009, alla quale era presente, per delega, anche la Ditta istante”.

Al contraddittorio documentale non ha partecipato, invece, l’istante ECO SPRINT s.r.l., mentre il Consorzio S.G.M. si è limitato a comunicare di ritenere esaustiva la propria memoria difensiva allegata all’istanza di parere.

Ritenuto in diritto

Ai fini della definizione della questione controversa sottoposta a questa Autorità dal Consorzio S.G.M. e dall’impresa consorziata Massimo Milone S.p.A. con la prima istanza di parere in oggetto, occorre rilevare che il bando di gara, nella fattispecie in argomento, prevedeva che, all’interno del plico A, dedicato alla documentazione amministrativa, il concorrente, nella veste di Consorzio già costituito, dovesse inserire “copia dell’atto costitutivo e delle successive modificazioni”.

La *ratio* di tale clausola, nella materia (appalti) che ne occupa, è facilmente rinvenibile nell’esigenza della stazione appaltante di verificare “l’organizzazione comune per la disciplina o per lo svolgimento di determinate fasi delle rispettive imprese”, costituente la causa del contratto, con il quale più imprenditori si costituiscono in consorzio, configurata dall’art. 2602 c.c. Mentre alla verifica delle “successive modificazioni” è sottesa, oltre all’esigenza di apprezzarne la regolarità, ai sensi del successivo art. 2607 c.c., anche quella di conoscere la composizione soggettiva del consorzio al momento della presentazione dell’offerta. A quest’ultimo riguardo è pertinente osservare, che l’art. 37, comma 9, del Codice dei contratti pubblici individua in tale momento della procedura quello dal quale scatta il divieto di ulteriori modifiche (in senso soggettivo) della composizione dei partecipanti.

Ciò premesso, appare dirimente considerare che il caso all’esame attiene a vicende modificative concernenti la sola forma giuridica di una società consorziata e, per di più, intervenute in un momento anteriore alla presentazione dell’offerta, per cui, ad avviso di questa Autorità, ben potevano considerarsi soddisfatte le esigenze di cui sopra dalla dichiarazione sostitutiva con la quale il Consorzio concorrente evidenziava che l’impresa consorziata designata per l’espletamento del servizio in caso di aggiudicazione, nell’aprile 2009 si era trasformata da società a responsabilità limitata in società per azioni, come peraltro desumibile anche dal certificato camerale prodotto in sede di gara. E’ evidente, infatti, come la vicenda modificativa di che trattasi abbia riguardato formalmente la singola società consorziata, senza recare modificazione alcuna dell’atto costitutivo del Consorzio e, soprattutto, senza menomare in alcun modo l’affidamento della stazione appaltante.

Sotto il primo profilo, infatti, il tenore letterale della clausola del bando lascia intendere che l’atto costitutivo, al quale riferire le eventuali modificazioni da documentare alla stazione appaltante, sia solo quello relativo al Consorzio e non anche quello relativo alla singola impresa consorziata, potendo peraltro la medesima stazione appaltante risolvere ogni residua incertezza sul punto con una semplice visura camerale.

Sotto il secondo profilo, invece, depone in senso contrario alla legittimità della preannunciata esclusione del Consorzio istante dalla procedura di gara di cui trattasi, il principio di “continuità dei rapporti giuridici” espresso dall’art. 2498 c.c., nel testo introdotto dalla recente riforma societaria (D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 6), che prescrive che, con la trasformazione, ogni singolo ente trasformato “conserva i diritti e gli obblighi e prosegue in tutti i rapporti anche processuali dell’ente che ha effettuato la trasformazione”. Peraltro, considerato che, ai sensi dell’art. 51 del D.Lgs. n. 163/2006, rubricato “Vicende soggettive del candidato, dell’offerente e dell’aggiudicatario”, “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...”, l’esclusione del Consorzio istante, stante le richiamate specificità del caso concreto, assumerebbe evidenti connotati di irragionevolezza, sproporzione e distorsione della concorrenza.

Invero, la trasformazione di una società da uno ad altro dei tipi previsti dalla legge non si traduce nell’estinzione di un soggetto e nella correlativa creazione di un altro, in luogo di quello precedente, ma configura una vicenda meramente evolutiva e modificativa del medesimo soggetto, la quale non incide sui rapporti sostanziali e processuali che ad esso fanno capo (cfr. *ex multis*: Cassazione civile, sez. lav., 10 febbraio 2009, n.3269; Cassazione civile, sez. un., 31 ottobre 2007, n.23019; Cassazione civile, sez. trib., 23 aprile 2007, n.9569).

Nel caso di specie, dunque, la trasformazione del tipo sociale sopra descritto non ha dato luogo ad un nuovo ente, ma ha integrato una mera mutazione formale di un’organizzazione, che sopravvive alla vicenda della trasformazione senza soluzione di continuità, essendo rimasta ferma l’identità e l’integrità dell’impresa già gestita nella forma precedente.

Per quanto riguarda, poi, la definizione della questione controversa sottoposta a questa Autorità dall’impresa concorrente ECO SPRINT s.r.l. con la seconda istanza di parere in oggetto, deve premettersi che, nelle procedure indette per l’aggiudicazione di appalti pubblici, in capo alla stazione appaltante residua sempre, a prescindere da una regola esterna dettata da disposizioni di legge, di regolamento o rinvenibile nel bando di gara, un margine di discrezionalità tecnica che, nel prudente apprezzamento dell’amministrazione medesima, può investire le componenti dell’offerta nella loro serietà e congruità, in relazione all’oggetto della gara ed alle modalità di esecuzione del contratto, e che consente di disporre l’esclusione di offerte che presentino all’evidenza aspetti di inattendibilità (cfr. *ex multis*: Consiglio Stato, sez. V, 18 settembre 2009, n. 5597).

Ciò premesso, occorre considerare che la stazione appaltante deduce di avere, nel caso di specie, fornito i chiarimenti richiesti dall’impresa “ECO SPRINT s.r.l.” – in merito ai criteri adottati nell’attribuzione del punteggio relativo al monte ore annuo delle macchine e, conseguentemente, nell’attribuzione del punteggio complessivo dell’offerta tecnica – nella seduta pubblica di gara alla quale era presente, per delega, l’impresa medesima.

Pertanto, la richiesta di parere è da ritenersi improcedibile, residuando unicamente l’eventuale interesse della suddetta impresa ad agire in giudizio avverso le risultanze di gara e tenendo, tuttavia, in debito conto i seguenti presupposti: - non può essere ritenuto carente di motivazione qualsiasi provvedimento, se dal procedimento seguito emerge che il giudizio tecnico discrezionale svolto dall’amministrazione si è concentrato su tutti gli elementi di rilievo nella fattispecie considerata; - il sindacato giurisdizionale sugli atti espressione di discrezionalità tecnica non può spingersi oltre il riscontro della legittimità della statuizione gravata, sotto il profilo estrinseco della sua correttezza quanto a criterio tecnico e procedimento applicativo; ciò, in quanto, il giudizio, in detta statuizione

recato, costituisce espressione paradigmatica di un potere tecnico-discrezionale dell'Amministrazione, di per sé insindacabile in sede di legittimità, salva l'ipotesi in cui le valutazioni siano manifestamente illogiche o fondate su insufficiente motivazione o affette da errori di fatto (cfr. *ex multis*: Consiglio di Stato, sez. V, 18 settembre 2009, n.5589); - la carenza di interesse alla decisione del ricorso, eventualmente proposto contro l'atto di aggiudicazione di una gara di appalto, può essere dichiarata d'ufficio quando il ricorrente non potrebbe comunque risultare aggiudicatario dell'appalto, anche nel caso di annullamento degli atti di gara (cfr. *ex multis*: Consiglio di Stato, sez. V, 21 agosto 2009, n. 5014).

In base a tutto quanto sopra considerato

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che:

- l'eventuale esclusione dalla gara del Consorzio S.G.M. non è conforme alla *lex specialis* di gara e alla normativa di settore;
- l'istanza di parere prodotta dalla concorrente ECOSPRINT s.r.l. è improcedibile.

Firmato:

I Consiglieri Relatori: Piero Calandra, Alfredo Meocci

Il Presidente: Luigi Giampaolino

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 18 Marzo 2010