

Pubblicato il 28/05/2019

N. 03492/2019REG.PROV.COLL.

N. 10075/2018 REG.RIC.

N. 10149/2018 REG.RIC.



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 Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 10075 del 2018, proposto da Città Metropolitana di Milano, in persona del Sindaco metropolitano *pro-tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Alessandra Zimmitti, Marialuisa Ferrari, Nadia Marina Gabigliani e Franco Glandarelli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Turchi Cesare S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro-tempore* in proprio e quale mandataria di r.t.i. con Imprese Pesenti s.r.l., rappresentata e difesa dagli avvocati Francesco De Marini, Barbara Savorelli e Daniele Vagnozzi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso l'avvocato Daniele Vagnozzi in Roma, via Giunio Bazzone 3;

nei confronti

Gi.Ma.Co. Costruzioni S.r.l., Regione Lombardia non costituiti in giudizio;
Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, in persona del Ministro *pro-tempore*,
rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in
Roma, via dei Portoghesi, 12;

sul ricorso numero di registro generale 10149 del 2018, proposto da
Impresa Gi.Ma.Co. Costruzioni S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro-*
tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Stefano Vinti, Corinna Fedeli e
Pietro Renato Canzi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Turchi Cesare S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro-tempore*,
rappresentata e difesa dagli avvocati Francesco De Marini, Barbara Savorelli e
Daniele Vagnozzi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e
domicilio eletto presso l'avvocato Daniele Vagnozzi in Roma, via Giunio Bazzone
3;

Città Metropolitana di Milano, Rti - Pesenti S.r.l. non costituiti in giudizio;

per la riforma

quanto ad ambedue i ricorsi:

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale della Lombardia (Sezione
Prima) n. 2546/2018, resa tra le parti, concernente procedura aperta per
l'affidamento della progettazione esecutiva e la realizzazione dei lavori di riqualifica
e potenziamento della s.p. ex s.s. 415 Paullese 2° lotto, 1° stralcio;

Visti i ricorsi in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Turchi Cesare S.r.l. e del Ministero delle
Infrastrutture e dei Trasporti;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 11 aprile 2019 il Cons. Raffaele Prosperi e uditi per le parti gli avvocati Alessandra Zimmitti, Francesco De Marini e dello Stato Antonio Grumetto, Corinna Fedeli, Pietro R. Canzi e Francesco De Marini;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

La Turchi Cesare S.r.l. in r.t.i. con la Imprese Pesenti s.r.l., classificata al secondo posto della graduatoria di cui alla gara indetta dalla Città Metropolitana di Milano per l'affidamento della progettazione esecutiva e la realizzazione dei lavori di riqualifica e potenziamento di un tratto della Strada Provinciale ex S.S. 415 "Paullese", impugnava dinanzi al Tribunale amministrativo della Lombardia gli atti di cui al procedimento tra cui l'aggiudicazione definitiva disposta in favore di Gi.Ma.Co. Costruzioni S.r.l., odierna controinteressata, deducendo i seguenti motivi:

- 1) violazione dell'art. 7.1. del disciplinare di gara, dell'art. 76, comma 9, del d.P.R. n. 207 del 2010 e dei principi di parità di trattamento; eccesso di potere sotto svariati profili, poiché GI.MA.CO. sarebbe stata sprovvista del requisito dell'adeguata cifra d'affari richiesta dalla *lex specialis*;
- 2) violazione dell'art. 48, comma 2, del d.lgs. n. 163 del 2006 e dei principi di parità di trattamento; eccesso di potere sotto svariati profili, in quanto l'Amministrazione avrebbe concesso a GI.MA.CO. una sostanziale proroga del termine perentorio fissato per la dimostrazione, in via documentale, del possesso dei requisiti di partecipazione alla gara relativi ai progettisti;
- 3) violazione dell'art. 263 del d.P.R. n. 207 del 2010, della *lex specialis* di gara, dell'art. 38 del d.lgs. n. 163/2006; eccesso di potere sotto svariati profili, poiché i

progettisti indicati dall'aggiudicataria non avrebbero comprovato il possesso dei requisiti autocertificati in sede di offerta;

4) violazione dell'art. 12 del disciplinare di gara; eccesso di potere sotto svariati profili, poiché l'offerta economica di GI.MA.CO. sarebbe stata viziata da perplessità.

La ricorrente chiedeva altresì la dichiarazione di inefficacia del contratto eventualmente stipulato e il conseguente subentro nel contratto e, in ogni caso, la conseguente condanna dell'Ente resistente al risarcimento del danno in forma specifica o, in via subordinata, per equivalente.

Si costituivano la Città Metropolitana di Milano e Gi.Ma.Co. Costruzioni S.r.l., chiedendo la reiezione del ricorso.

In data 25 giugno 2018 la Città metropolitana stipulava il contratto con l'aggiudicataria Gi.Ma.Co. Costruzioni S.r.l.

Con la sentenza n. 2546 del 12 novembre 2018 il Tribunale amministrativo riteneva fondato il ricorso.

La legge di gara richiedeva ai concorrenti il requisito della maturazione nei migliori cinque anni del decennio antecedente la data di pubblicazione del bando di gara, di una cifra di affari di importo non inferiore a € 56.385.000,00.

GI.MA.CO. aveva utilizzato la cifra di affari maturata dalla società Lucchini Artoni S.r.l., a seguito della stipulazione con questa di un contratto definito dalle parti di "affitto di ramo d'azienda", ai sensi dell'art. 76, comma 9, del d.P.R. n. 207 del 2010 – applicabile *ratione temporis* – a tenore del quale "in caso di fusione o di altra operazione che comporti il trasferimento di azienda o di un suo ramo, il nuovo soggetto può avvalersi per la qualificazione dei requisiti posseduti dalle imprese che ad esso hanno dato origine. Nel caso di affitto di azienda l'affittuario può avvalersi dei requisiti posseduti dall'impresa locatrice se il contratto di affitto abbia durata non inferiore a tre anni".

Il giudice di primo grado riteneva che tale contratto, non poteva essere qualificato come affitto di ramo d'azienda, poiché esso prevedeva esclusivamente la consegna da parte Lucchini Artoni in liquidazione alla GI.MA.CO. i) la documentazione per comprovare i requisiti già posseduti ai fini dell'ottenimento dell'attestazione SOA per le categorie OG1 classifica I, OG3 classifica VII, OG6 classifica VI, OG12 classifica VI, OS1 classifica V, OS21 classifica III, OS23 classifica II, OS24 classifica II; ii) di 1 baracca, 1 pompa varisco, 1 laser LL300, 3 ventose e 1 miniescavatore 50 q.li Terex HR 18: tali contenuti dimostravano più che altro, in concreto, un contratto di noleggio di attrezzature, cui non poteva conseguire l'affitto di una cifra d'affari, intendendosi questa come parte di patrimonio sia pure temporaneamente acquisito con l'affitto.

In conclusione la Gi.Ma.Co. non avrebbe potuto utilizzare ai fini della partecipazione alla gara la cifra di affari maturata dalla Lucchini Artoni e avrebbe dovuto essere esclusa.

Il Tribunale amministrativo accoglieva il ricorso con l'assorbimento di ogni altra censura e di conseguenza dichiarava l'inefficacia del contratto stipulato con decorrenza dalla data di comunicazione della sentenza ed il subentro della ricorrente, tenuto conto che quest'ultima si è classificata seconda in graduatoria.

Con appello in Consiglio di Stato notificato il 10 dicembre 2018 la Città Metropolitana di Milano impugnava la sentenza in questione ed evidenziava la priorità strategica dell'opera, ne lamentava l'erroneità soprattutto in vista della cattiva interpretazione data al contratto, sulla natura del quale insisteva come contratto di affitto di ramo d'azienda, i cui effetti erano stati recepiti dal casellario Anac, in specie con l'aumento della categoria OG3 portata alla VIII dalla IV bis.

Inoltre l'appellante si doleva della dichiarazione di inefficacia del contratto trattandosi di opera strategica, avvenuta in violazione dell'art.125 cod. proc. amm., che impedisce, fatte salve alcune deroghe tassative contenute dal precedente art.

121, la dichiarazione di inefficacia del contratto e il solo risarcimento per equivalente e le sanzioni alternative di cui all'art. 123 cod. proc. amm.

La Città Metropolitana di Milano concludeva per l'accoglimento dell'appello con vittoria di spese.

Si costituiva in giudizio tramite appello incidentale notificato l'8 gennaio 2019 la ricorrente in primo grado Turchi Cesare S.r.l., la quale, oltre a rinnovare con memoria ex art. 101 cod. proc. amm. le censure non affrontate in primo grado, in specie le censure sub 2), 3) e 4), lamentava che il giudice di prime cure avesse disposto il subentro nel contratto a titolo particolare, alle condizioni in cui il rapporto controverso si trovava, e sosteneva che l'art. 122 cod. proc. amm. implicava la stipulazione di un nuovo contratto secondo l'offerta prodotta in gara dall'interessata.

Si costituiva in giudizio solo formalmente il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti.

La sentenza n. 2546 del 12 novembre 2018 veniva altresì impugnata in Consiglio di Stato con appello notificato l'11 dicembre 2018 dall'originaria aggiudicataria Gi.Ma.Co., la quale sosteneva l'erroneità della sentenza stessa laddove questa ha assunto che il contratto denominato d'affitto avrebbe avuto ad oggetto non un complesso di beni, ma solo documenti per comprovare requisiti e singoli mezzi d'opera, tanto da ritenersi un ordinario noleggio ed insisteva invece per la genuinità di contratto di affitto sull'atto stipulato tra la Gi.Ma.Co. e la Lucchini Artoni, la cui genuinità era altresì provata dalla perizia del dott. Paolo Roscio, all'uopo incaricato dal Tribunale di Sondrio, competente a seguire la procedura di liquidazione e concordato preventivo della Lucchini Artoni, del tutto non considerata dal giudice di prime cure, senza dimenticare poi delle rilevanti commesse pubbliche ricevute nelle nuove vesti accresciute dal contratto d'affitto.

La Gi.Ma.Co. rinnovava dal canto suo la censura già proposta nell'appello della Città Metropolitana circa la non ammissibilità della dichiarazione di inefficacia del contratto e concludeva anch'essa per l'accoglimento dell'appello.

La Turchi Cesare S.r.l. si costituiva in giudizio con memoria analoga a quella dell'appello parallelo ex art. 101 cod. proc. amm. contenente le censure non affrontate in primo grado, in specie le censure sub 2), 3) e 4).

All'udienza dell'11 aprile 2019 la causa è passata in decisione.

I due appelli devono essere riuniti ai sensi dell'art. 96 co. 1 cod. proc. amm., in quanto rivolti avverso la medesima sentenza.

Ambedue sollevano gli stessi motivi, articolati il primo sull'asserita erroneità della sentenza di primo grado nel ritenere l'illegittimità dell'aggiudicazione, il secondo sull'inammissibilità in termini generali della dichiarazione di inefficacia del contratto con il conseguente subentro del ricorrente, dunque possono essere esaminati congiuntamente.

La prima censura sostiene che l'aggiudicataria Gi.Ma.Co. godeva in ogni caso del requisito della maturazione nei migliori cinque anni del decennio antecedente la data di pubblicazione del bando di gara, di una cifra di affari di importo non inferiore a € 56.385.000,00, in quanto detto requisito doveva intendersi in suo possesso grazie al contratto di affitto di ramo d'azienda Lucchini Artoni in liquidazione, contratto che non poteva avere che quella causa, comportante appunto l'acquisizione del requisito in parola.

Non si intravedono ragioni per discostarsi dalle conclusioni raggiunte sul punto dal Tribunale amministrativo, dato che il contratto vantato dall'appellante doveva e deve essere letto nei suoi contenuti concreti, ovverosia nell'entrata in possesso di 1 baracca, 1 pompa varisco, 1 laser LL300, 3 ventose e 1 miniescavatore 50 q.li Terex HR 18: da tale "affitto" derivava a parere della Gi.Ma.Co. l'ottenimento dell'attestazione SOA per le categorie OG1 classifica I, OG3 classifica VII, OG6

classifica VI, OG12 classifica VI, OS1 classifica V, OS21 classifica III, OS23 classifica II, OS24 classifica II.

Non occorre un'esegesi approfondita per comprendere che il negozio stipulato è una simulazione di un affitto di ramo d'azienda: quest'ultimo è comunemente inteso come quell'accordo con il quale un imprenditore concede ad un soggetto la disponibilità e il godimento di un complesso di beni organizzati per l'esercizio di un'impresa, in cambio di un canone: quindi vi è un trasferimento di un complesso organico di beni reali ed eventualmente di personale che esprimono una potenzialità di insieme, in altre parole una parte di impresa connessa all'interno di essa in un'unica funzione produttiva e comunque espressione beni e persone organizzati per una precisa iniziativa economica.

Nel caso di specie vi è un "affitto" di sette mezzi a scopo industriale privi di una relazione tra di essi e che possono avere una moltitudine di utilizzi tra loro differenti e dalla cui cessione non può certamente derivare l'ottenimento di nuove attestazioni SOA.

Ora, una concorrente non può utilizzare, ai fini della partecipazione alla gara, la cifra di affari maturata da altra società con cui ha stipulato un contratto se tale contratto, a dispetto del *nomen iuris* adoperato dalle parti di affitto di ramo d'azienda tale non può essere qualificato, dato che prevede esclusivamente la consegna della documentazione per comprovare requisiti già posseduti dal dante cause, ed inoltre non ha ad oggetto il trasferimento di un complesso di beni inteso quale entità dotata di una propria autonomia organizzativa ed economica funzionalizzata allo svolgimento di un'attività volta alla produzione di beni o servizi come anteriormente precisato, ma si limita a contemplare la consegna della documentazione e di alcuni beni, precisamente sette trasferiti nella loro autonoma individualità e non nella loro funzione unitaria e strumentale in quanto destinati all'esercizio dell'impresa, ma alla stregua di un contratto di noleggio di attrezzature,

dunque del tutto al di fuori della configurabilità di un contratto di affitto di ramo di azienda.

Quindi in assenza del trasferimento di un complesso di beni inteso oggettivamente come un'entità dotata di una propria autonomia organizzativa ed economica funzionalizzata allo svolgimento di un'attività volta alla produzione di beni o servizi, limitandosi a prevedere la consegna di sette beni trasferiti nella loro autonoma individualità, correttamente il giudice di primo grado ha escluso che potesse avere un valore giuridico la dichiarata acquisizione di una determinata cifra d'affari del cedente; non poteva nemmeno essere utile l'autorizzazione alla stipula di tale atto traslativo da parte del giudice delegato della procedura di concordato della Lucchini Artoni, poiché il provvedimento del giudice rispondeva a finalità connesse a detta procedura concordata e certamente nulla aveva a che con il possesso dei requisiti di partecipazione ad una procedura ad evidenza pubblica.

Analogamente il giudice amministrativo, di primo e di secondo grado, non è vincolato nella sua interpretazione dalla perizia del dott. Paolo Roscio, incaricato dal Tribunale di Sondrio anche perché al di là dei poteri insiti nella funzione giurisdizionale, anche in questo caso la perizia in questione rispondeva a fini diversi da quelli della qualificazione in una pubblica gara.

In conclusione se la lettura del contratto non consente di ammettere che la causa del contratto tra la Gi.Ma.Co. e la Lucchini Artoni non fosse il trasferimento in affitto di un vero e proprio ramo d'azienda, i requisiti non possono ritenersi acquisiti.

Ma considerazioni differenti rispetto a quelle del Tribunale amministrativo devono essere svolte dalla Sezione riguardo alla dichiarazione di inefficacia del contratto ed al conseguente subentro del r.t.i. Turchi Cesare e Imprese Pesenti.

Le appellanti assumono che la sentenza sia stata emessa in carenza di giurisdizione in quanto il giudice amministrativo non aveva il potere di dichiarare l'inefficacia di

un contratto di appalto integrato – progettazione esecutiva e realizzazione dei lavori – visto il divieto posto dall’art. 125 comma 3 del codice del processo amministrativo; e comunque la sentenza del Tribunale amministrativo lombardo ha disapplicato tale cogente norma di legge che recita testualmente *“Ferma restando l’applicazione degli articoli 121 e 123, al di fuori dei casi in essi contemplati la sospensione o l’annullamento dell’affidamento non comporta la caducazione del contratto già stipulato, e il risarcimento del danno eventualmente dovuto avviene solo per equivalente. Si applica l’articolo 34, comma 3”*.

Deve essere preliminarmente considerato che non vi sono contestazioni sul fatto che l’appalto per la riqualificazione della ex strada statale 415 “Paullese”, strada storica che ricalca precedenti percorsi consolari romani, è opera strategica come sostenuto dalle appellanti e ciò sin dalla approvazione della “legge obiettivo” n. 443 del 2001.

Quindi, oltre al comma 3 dell’art. 125 innanzi richiamato, deve rilevarsi che il comma 1 dell’art. 125 stabilisce che *“Nei giudizi che riguardano le procedure di progettazione, approvazione, e realizzazione delle infrastrutture e degli insediamenti produttivi e relative attività di espropriazione, occupazione e asservimento, di cui alla parte II, titolo III, capo IV del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, oltre alle disposizioni del presente Capo, con esclusione dell’articolo 122, si applicano le seguenti previsioni”*.

Deve dapprima sgombrarsi il campo dal profilo di censura attinente il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo nel dichiarare l’inefficacia del contratto: tale punto della sentenza costituisce un ordinario passaggio per la giurisdizione del giudice amministrativo nel complessivo campo delle pubbliche gare ed eventualmente può costituire, come in effetti costituisce, un’erronea applicazione delle norme in questa materia.

Come dettato dal codice del processo amministrativo per le opere di progettazione, approvazione, e realizzazione delle infrastrutture strategiche non si

applica l'art. 122 dello stesso codice, il quale prevede il potere del giudice amministrativo di dichiarare inefficace il contratto sotteso ad affidamenti per lavori, forniture e servizi, con conseguente subentro di altra ditta in presenza di una serie di condizioni: quindi ha errato la sentenza impugnata a dichiarare inefficace con tutte le conseguenze il contratto in controversia sulla base proprio dell'art. 122.

Né può avere seguito la congettura del r.t.i. appellato, laddove afferma che l'assenza dei requisiti di qualificazione è un vizio radicale che non può non travolgere il contratto.

Anche qui il codice del processo amministrativo è estremamente preciso all'art. 121 nel prevedere una serie "chiusa" di ipotesi di inefficacia del contratto valida per ogni genere di opera senza condizioni, in breve se l'aggiudicazione definitiva è avvenuta senza pubblicazione del bando o dell'avviso di gara, se l'aggiudicazione è avvenuta con procedura negoziata senza bando o con affidamento in economia fuori dai casi consentiti, se il contratto è stato stipulato senza rispettare il cosiddetto *standstill* e tale violazione abbia privato il ricorrente della tutela ordinaria oppure abbia influito sulle possibilità del ricorrente di ottenere l'affidamento.

Nessuna di queste caratteristiche è rinvenibile nel caso di specie, dunque si deve concludere per la fondatezza della censura sollevata dalle due parti appellanti avverso la dichiarazione di inefficacia del contratto ed il seguente subentro disposto a favore del r.t.i. Turchi Cesare.

Perciò a quest'ultimo va riconosciuto il risarcimento per equivalente, comunque dovuto nella materia senza indagini sull'elemento soggettivo della colpa della P.A.

Vanno poi ritenute manifestamente infondate le questioni sollevate dall'appellato sul contrasto con la normativa europea e con gli artt. 3 e 97 della Costituzione.

In primo luogo la direttiva ricorsi 2007/66/CE ammette tra le forme di risarcimento quella per equivalente e non impone comunque il risarcimento in

forma specifica, rimettendo alla discrezionalità del legislatore nazionale l'equilibrio tra le due forme.

In secondo luogo appare logico e comunque non irragionevole – artt. 3 e 97 Cost. – che una serie di opere qualora di importanza rilevante vengano sottratte ad un subentro di affidatario, pur trovandosi in posizione illegittima la P.A.: è del tutto palmare che un cambio di affidatario una volta aggiudicata la gara comporta un immancabile rallentamento per la realizzazione dell'opera, perciò in questo caso, nel bilanciamento degli interessi, non si ravvisano illegittimità costituzionali nel privilegiare comunque la via che oggettivamente conduce ad un'ultimazione sollecita dei lavori.

Per concludere il Collegio ritiene di seguire la strada tracciata dall'art. 34 co. 4 del codice del processo amministrativo, per cui la Città Metropolitana di Milano è tenuta a proporre al r.t.i. Turchi Cesare il pagamento di una somma a titolo di risarcimento, attenendosi all'offerta formulata in gara dal medesimo ed in particolare alla commisurazione dell'utile così come definito nell'offerta stessa e che il secondo classificato avrebbe potuto ottenere con l'aggiudicazione dell'appalto.

Ciò dovrà avvenire nel termine di novanta giorni dalla comunicazione della presente sentenza ed in assenza di un accordo sulla somma, l'attuale appellato potrà seguire la via del ricorso per l'ottemperanza al giudicato.

Gli appelli principali vanno quindi accolti in parte secondo quanto rilevato in motivazione e tale accoglimento parziale comporta altresì il rigetto dell'appello incidentale proposto nell'appello della Città Metropolitana di Milano.

L'accoglimento parziale degli appelli e la soccombenza risarcitoria della stazione appaltante comporta la compensazione delle spese di giudizio tra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sugli appelli, come in epigrafe proposti e previamente riuniti, li accoglie in parte e condanna la Città Metropolitana di Milano a risarcire per equivalente il r.t.i. appellato secondo quanto dettato in motivazione.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 11 aprile 2019 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Raffaele Prosperi, Consigliere, Estensore

Angela Rotondano, Consigliere

Giovanni Grasso, Consigliere

Alberto Urso, Consigliere

L'ESTENSORE
Raffaele Prosperi

IL PRESIDENTE
Francesco Caringella

IL SEGRETARIO