

Immutabilità dei raggruppamenti dopo la presentazione dell'offerta e cessione del ramo d'azienda

di Gianluca Taddeo

Data di pubblicazione: 22-5-2017

1. È principio generale dell'ordinamento quello dell'immutabilità dei raggruppamenti dopo la presentazione dell'offerta; la disciplina più favorevole prevista dall'art. 51 D.Lgs. n. 163 del 2006 consente di derogare a tale principio a patto che si riscontri la cessione o l'affitto di un ramo d'azienda che deve essere in concreto, e non solo nominalmente, sussistente. Ne deriva che la cessione per essere consentita, deve potersi riconoscere come attinente ad una entità organica, capace di vita economica propria, che l'affittuario deve gestire conservando l'efficienza dell'organizzazione e degli impianti, giusta artt. 2561 e 2562 C.C.. (1).

(1) *Conforme*: Consiglio di Stato, Consiglio di Stato, sez. V, 15.3.2017, n. 1172; T.R.G.A. Trento, sez. I, 8.4.2016, n. 191.

Guida alla lettura

La complessa vicenda giudiziaria oggetto della sentenza in commento trae origine da una procedura aperta sopra soglia comunitaria, da aggiudicarsi secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

La composizione dell'RTI aggiudicatario era stata più volte modificata nel corso della gara, e ciononostante il seggio di gara avrebbe consentito la sostituzione (doppia) avvenuta nell'ambito del medesimo raggruppamento.

Infatti ad una delle società mandanti, poco prima dell'inoltro della richiesta di ammissione alla procedura di concordato liquidatorio ex art. 161, co. 2 e 3 della L.F., erano fittiziamente subentrate, mediante contratti d'affitto e successivamente sub affitto di ramo di azienda, ulteriori due società, una delle quali, peraltro, aveva già partecipato alla gara in oggetto quale mandante di un diverso R.T.I.

La complessa operazione, così delineata, si pone a giudizio del T.R.G.A., in contrasto con il generale dovere di modificazione della composizione soggettiva delle associazioni temporanee di imprese, sancito dall'art. 37 co. 9, del D.Lgs. n. 163/2006 e dell'art. 36 co. 7, della L.P. n. 26/1993,

ed evidenzia l'intento di aggirare, mediante il subentro, la prescrizione di cui all'art. 38

comma 1 D.Lgs. 163/2006, a mente del quale *“sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi (...) i soggetti: a) che si trovano in stato di fallimento, di liquidazione coatta, di concordato preventivo”*.

Del resto la consistenza delle situazioni giuridiche trasferite in forza dei suddetti contratti non consentiva neppure di riconoscere gli elementi dell'affitto di ramo d'azienda, posto che l'organizzazione e gli impianti ceduti concernevano solo limitate posizioni aziendali e non potevano considerarsi idonei a configurare un autonomo organismo imprenditoriale, capace di vita propria.

Date tali premesse il Collegio, accogliendo il ricorso, ha quindi affermato l'illegittimità della complessiva operazione e dell'aggiudicazione che ne è conseguita.

Il Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa di Trento

(Sezione Unica)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

nel giudizio numero di registro generale n. 276 del 2016, introdotto da Colombo Costruzioni s.p.a., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dall'avv. Mario Maccaferri, nel cui studio è elettivamente domiciliata in Trento, via Grazioli n. 27, ricorrente principale;
proseguito con ricorso incidentale promosso da Intercantieri Vittadello s.p.a, in proprio e quale mandataria del costituendo RTI con Mak Costruzioni s.r.l., Gelmini cav. Nello s.p.a ed Elettrica s.r.l., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avv.ti Emiliano Bandarin Troi, Flavia Degli Agostini e Franco Giampà, elettivamente domiciliata presso la segreteria del T.r.g.a. di Trento, in Trento, via Calepina n. 50;

contro

quanto al ricorso principale:

- Provincia autonoma di Trento, in persona del Presidente in carica, rappresentata e difesa dagli Avv.ti Damiano Florenzano, Nicolò Pedrazzoli e Giuliana Fozzer, elettivamente domiciliata nello studio del primo in Trento, piazza Mostra n. 15;
- Agenzia provinciale per gli appalti e contratti (APAC) della Provincia autonoma di Trento e società Trentino Sviluppo s.p.a., in persona dei rispettivi legali rappresentanti in carica, non costituite in giudizio;

quanto al ricorso incidentale:

- Provincia autonoma di Trento, in persona del Presidente in carica, come sopra rappresentata, difesa e domiciliata;
- Agenzia provinciale appalti e contratti della Provincia autonoma di Trento e società Trentino Sviluppo s.p.a, non costituite in giudizio;

nei confronti di

quanto al ricorso principale:

- Intercantieri Vittadello s.p.a, in proprio e quale capogruppo mandataria con Mak Costruzioni s.r.l., Gelmini cav. Nello s.p.a. ed Elettrica s.r.l., in persona dei rispettivi legali rappresentanti in carica, come sopra rappresentata difesa e domiciliata;
- Ecobuildit s.r.l. unipersonale, Costruzioni Rossaro s.r.l. in liquidazione, Trentino Progetti s.r.l., Alfaluda s.r.l., Areatecnica s.r.l., studio associato ATS Servizi e ing. Antonio Tenani, in persona dei rispettivi legali rappresentanti in carica, non costituiti in giudizio;

quanto al ricorso incidentale:

- Colombo Costruzioni s.p.a., come sopra rappresentata difesa e domiciliata;
- Pessina Costruzioni s.p.a., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avv.ti Francesco De Marini, Barbara Savorelli e Franco Larentis, nello studio di quest'ultimo domiciliata in Trento, via Brigata Acqui n. 4;
- società Collini Lavori s.p.a, in persona del legale rappresentante in carica, non costituita in giudizio.

per l'annullamento

quanto al ricorso principale:

a) del provvedimento di aggiudicazione della gara di appalto, indetta mediante procedura aperta, per l'affidamento della "Progettazione esecutiva ed esecuzione dei lavori di realizzazione del Progetto Manifattura – Green Innovation Factory – Ambito B, Lotto 1, a Rovereto (TN)", di cui al verbale di gara n. 1709 di data 11.10.2016, comunicato con nota APAC di data 13.10.2016, in favore dell'ATI tra le Imprese Intercantieri Vittadello, MAK Costruzioni, Gelmini cav. Nello ed Elettrica, che ha individuato, ai fini della progettazione le società Trentino Progetti s.r.l. e Area Tecnica s.r.l., nonché lo studio associato ATS Servizi e l'ing. Antonio Tenani;

b) dei verbali di gara 1449/2015, 1602/2016 e 1701/2016;

c) di tutti gli altri verbali di gara comunque connessi, presupposti e conseguenti, compresa la nota APAC prot. S171/16/535105/3.5/1123-13 di data 13.10.2016 (doc. 2), e di tutti gli atti infraprocedimentali e istruttori, tra cui, per quanto occorra, la nota di data 23.09.2016;

nonché per la declaratoria della nullità e/o inefficacia del contratto, eventualmente nelle more stipulato, e per il risarcimento dei danni subiti e subendi dalla ricorrente a fronte e in conseguenza dell'operato dell'Amministrazione resistente nella procedura di selezione per cui è ricorso, con preferenza per il ristoro in forma specifica;

quanto al ricorso incidentale:

- del verbale del 3.6.2014 con cui è stato accertato positivamente il possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa richiesti dal bando in capo a Colombo Costruzioni s.p.a., in esito alla verifica di cui all'art. 41 L.p. n. 26/1992, e conseguentemente consentito a quest'ultima di procedere nella gara;

- degli atti e provvedimenti presupposti e conseguenti, fra cui la comunicazione della stazione appaltante di data 14.5.2014, con la quale è stata richiesta a Colombo Costruzioni l'integrazione della documentazione di cui al punto 8 del bando di gara al fine di verificare il possesso del requisito attinente al numero medio annuo del personale tecnico del progettista, la verifica svolta dal servizio appalti della Provincia del predetto requisito, il verbale di data 12.6.2014 nella misura in cui è stata disposta la prosecuzione della procedura anche nei confronti della società Colombo Costruzioni ai fini dell'apertura delle offerte tecniche, i verbali di data 24.4.2015 e 25.8.2015, nonché la nota di data 31. 8.2015, nella parte in cui non è stata disposta l'esclusione di Colombo Costruzioni e quest'ultima è stata inserita nella graduatoria finale;

e comunque per l'accertamento dell'illegittimità dell'ammissione, o comunque dell'omessa esclusione, di Colombo Costruzioni.

Visti il ricorso principale della società Colombo Costruzioni ed il ricorso incidentale della società Intercantieri Vittadello;

Visti gli atti di costituzione della Provincia autonoma di Trento e della società Pessina Costruzioni s.p.a;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti di causa;

Relatore nella pubblica udienza del giorno 20 aprile 2017 il consigliere Paolo Devigili e uditi l'avv. Mario Maccaferri per la ricorrente principale, l'avv. Emiliano Bandarin Troi per la ricorrente incidentale, l'avv. Damiano Florenzano per la Provincia di Trento e l'avv. Francesco De Marini per la società Pessina Costruzioni;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con bando di gara di data 21.1.2014 l'Agenzia provinciale per gli appalti e contratti della Provincia autonoma di Trento ha indetto una procedura aperta sopra soglia comunitaria, da

aggiudicarsi secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per l'affidamento della "Progettazione esecutiva ed esecuzione dei lavori di realizzazione del Progetto Manifattura – Green Innovation Factorj – Ambito B, Lotto 1, a Rovereto (TN)".

Al termine delle operazioni concorsuali, sfociate nella seduta di data 11.10.2016, la gara è stata infine aggiudicata a favore del RTI costituendo fra la mandataria società Intercantieri Vittadello e le mandanti Mak Costruzioni, Gelmini cav. Nello ed Elettrica (punti 965,48) che, inizialmente collocato al terzo posto della graduatoria di merito, preceduto al primo posto dall'offerta di Collini Lavori ed al secondo da quella di Pessina Costruzioni, ha sopravanzato la società Colombo Costruzioni (punti 954,739), a propria volta collocata al quarto posto della iniziale classifica.

L'aggiudicazione disposta a favore di Collini Lavori, infatti, era stata annullata con determinazione dirigenziale n. 5 di data 25.11.2015. Peraltro, il ricorso promosso avverso tale provvedimento è stato dapprima dichiarato improcedibile con sentenza di questo Tribunale n. 191/2016 e poi respinto dalla V sezione del Consiglio di Stato con sentenza n. 1172/2017, ed a ciò è conseguito anche la recente declaratoria (sentenza T.r.g.a. di Trento n. 156/2017) di improcedibilità, per sopravvenuta carenza di interesse, dell'ulteriore ricorso promosso avverso l'aggiudicazione come sopra disposta a favore del RTI Intercantieri Vittadello.

La successiva aggiudicazione disposta a favore di Pessina Costruzioni, inoltre, era stata a propria volta annullata con determinazione dirigenziale di data 13 aprile 2016. Il ricorso promosso avverso detto provvedimento è stato dichiarato inammissibile da questo Tribunale con sentenza n. 324/2016, mentre l'ulteriore ricorso dalla stessa Pessina promosso avverso l'aggiudicazione disposta a favore di Intercantieri Vittadello è stato recentemente respinto da questo Tribunale con sentenza n. 157/2017.

Con il ricorso in esame Colombo Costruzioni impugna gli atti in epigrafe con cui l'amministrazione ha disposto l'aggiudicazione della gara a favore di Intercantieri Vittadello, affidando il gravame ai seguenti motivi:

1) *Violazione ed erronea applicazione dell'art. 36 della L.p. 10.9. 1993 n. 26, degli artt. 37,38 e 51 d.lgs. n. 163/2006. Eccesso di potere per difetto di istruttoria, travisamento di fatto e di diritto, contraddittorietà, illogicità e difetto di motivazione.*

La composizione del RTI Intercantieri Vittadello è stata mutata più volte nel corso della gara, e ciononostante il seggio di gara avrebbe consentito la doppia sostituzione avvenuta nell'ambito del medesimo raggruppamento.

In particolare, alla mandante società Costruzioni Rossaro in liquidazione, poco prima dell'inoltro della richiesta di ammissione (e successivo assoggettamento) alla procedura di concordato liquidatorio ex art. 161, co. 2 e 3, della L.F., è fittiziamente subentrata, mediante contratto d'affitto di ramo d'azienda nel prosieguo anche modificato, la partecipata neocostituita società Ecobuildit s.r.l. uninominale, e di poi, a seguito di espresse contestazioni sui presupposti economico-finanziari individuati nelle clausole contrattuali ed in ulteriore sostituzione, la società Mak Costruzioni, subentrata a propria volta ad Ecobuildit mediante

contratto di sub affitto di ramo d'azienda stipulato il 21 marzo 2016.

La complessiva operazione, così delineata, si porrebbe in contrasto con il generale divieto di modificazione nella composizione soggettiva delle associazioni temporanee di imprese, sancito dall'art. 37, co.9, del d.lgs n. 163/2006 e dall'art. 36, co. 7, della L.p. n. 26/1993, a fronte del quale non potrebbero neppure, nella fattispecie, trovare applicazione le coordinate, ammesse in via derogatoria, dell'art. 51 del citato d.lgs., atteso che tale ultima norma presuppone il mantenimento delle garanzie prestate in sede di offerta dai componenti del raggruppamento e non può costituire un escamotage per rimediare alla perdita dei necessari requisiti di partecipazione alla gara.

A tal riguardo assume rilievo l'assoggettamento della mandante (ed affittante) Costruzioni Rossaro alla procedura di concordato liquidatorio che, nell'assenza dell'autorizzazione alla prosecuzione dell'attività d'impresa prevista dall'art. 186 bis L.F., costituisce (art. 38, co. 1, lett. a, cod. appalti) causa di esclusione dalla partecipazione alle procedure di affidamento e dalla possibilità di stipulare i relativi contratti.

Peraltro, sotto ulteriore profilo, lo stesso intervento di Mak Costruzioni nella descritta sequenza contrattuale è autonomamente illegittimo, ex art. 37, comma 7 del codice degli appalti, atteso che detta società ha già partecipato alla gara in oggetto, quale mandante dell'ATI Carron cav. Angelo.

2) Violazione ed erronea applicazione della lex specialis (§ 4); violazione di legge (art. 38 d.lgs. n. 163/2016; d.P.R. n. 444/2000 e art. 66 del regolamento attuativo alla L.p. n. 26/1993).

Il rappresentante di una delle società mandanti di Intercantieri Vittadello non ha dichiarato una sentenza penale di condanna, circostanza questa che avrebbe dovuto determinare l'esclusione dalla gara del convenuto RTI.

Nel costituirsi in giudizio la società Intercantieri Vittadello, oltre a contestare la fondatezza delle sopra viste censure, ha proposto ricorso incidentale e con tale mezzo ha impugnato i provvedimenti in epigrafe inerenti l'ammissione di Colombo Costruzioni, deducendo al riguardo:

1) Violazione del combinato disposto dell'art. 48 d.lgs. n. 163/2006, dell'art. 41 L.p. n. 26/1993 e dell'art. 46, co. 1 ter, d.lgs. n. 163/2006 per inammissibilità del soccorso istruttorio.

In sede di controllo dei requisiti speciali di capacità economica e tecnico-organizzativa di Colombo Costruzioni il seggio di gara ha consentito all'interessata una ripetuta integrazione documentale, con ciò attivando inammissibilmente lo strumento del soccorso istruttorio.

2) Violazione della lex specialis (§ 3 A). Eccesso di potere per erronea valutazione dei presupposti di fatto con riferimento alla formulazione dell'offerta economica.

In sede del pur consentito inserimento integrativo nella "lista categorie" del "materassino fonoassorbente tipo Rockwool", Colombo Costruzioni ha omesso di provvedere alla

sottoscrizione, e da ciò deriverebbe la sanzione dell'esclusione secondo quanto previsto dalla legge di gara;

Nel corso di causa, con memoria depositata il 7.2.2017, Colombo Costruzioni ha espressamente dichiarato di rinunciare al secondo dei motivi dedotti nel proprio ricorso.

I) Il ricorso incidentale promosso da Intercantieri Vittadello è infondato, posto che:

- quanto al primo motivo deve riscontrarsi che l'amministrazione non ha attivato alcun soccorso istruttorio, ma ha dato applicazione all'art. 41 ("Controlli sul possesso dei requisiti") della L.p. n. 26/1993 ("Norme in materia di lavori pubblici di interesse provinciale e per la trasparenza negli appalti") che – similmente all'art. 48 del d.lgs. n. 163/2006 – dispone che le amministrazioni aggiudicatrici *"chiedono ad un numero di offerenti non inferiore al 10 per cento delle offerte presentatescelti con sorteggio pubblico, di provare, entro dieci giorni dalla data delle richieste, il possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa eventualmente richiesti nel bando di gara, presentando la documentazione indicata....."*.

Nella fattispecie, la stazione appaltante ha dapprima richiesto in data 14 aprile 2014 (doc. 36 fasc. ricorrente) a Colombo Costruzioni, concorrente sorteggiato, la presentazione di una prima serie di documenti, puntualmente inviati dall'interessata in data 23 aprile 2014 (copia dei bilanci dell'impresa candidata all'esecuzione dei lavori; fatturato globale, personale tecnico e servizi eseguiti dai soggetti individuati ai fini della progettazione); successivamente, all'atto del ricevimento di tale documentazione, la stazione appaltante ha ulteriormente richiesto in data 14 maggio 2014 (doc. 34), ai medesimi fini, anche *"copia ...del libro unico del lavoro (o altra documentazione equipollente) riferito alle società...indicate ai fini della progettazione, al fine di verificare che il personale dipendente, per il quale è stata presentata copia del contratto di lavoro, abbia prestato effettivamente servizio nel triennio considerato"*: trattasi di una richiesta documentale di carattere integrativo, non ricompresa in quella inizialmente voluta dalla stazione appaltante e che peraltro risulta assolta dall'interessata.

- quanto al secondo motivo, va rilevato che, contrariamente a quanto sostenuto dalla ricorrente in via incidentale, il predisposto modulo della "lista categorie", in cui Colombo Costruzioni - ai sensi del § 3 della lex specialis - ha inserito la voce "materassino fonoassorbente" inclusiva del costo complessivo, risulta debitamente timbrato e sottoscritto in calce, di talché il motivo in esame si appalesa infondato, non potendosi neppure interpretare la clausola del bando invocata dalla difesa di Intercantieri Vittadello nel senso di richiedere un'ulteriore e separata sottoscrizione laddove, come nel caso di specie, non di correzione, riduzione o integrazione delle quantità già inserite nella lista si tratta, ma del (legittimo) inserimento ex novo di un elemento, quale il materassino, da ricondursi a quelle "voci e relative quantità che (il concorrente) ritiene mancanti rispetto a quanto previsto negli elaborati grafici e nel capitolato speciale", e per le quali la norma di bando non prescrive una separata sottoscrizione rispetto a quella già apposta in calce al modulo in cui viene inserita.

II) Può quindi passarsi all'esame del ricorso principale.

III) Il primo motivo, con il quale Colombo Costruzioni deduce, in sostanza, la violazione del principio dell'immutabilità del contraente nelle gare pubbliche, è fondato.

La consistenza delle situazioni giuridiche trasferite, in forza dei contratti sopra evidenziati, dapprima dalla società Rossaro Costruzioni, mandante del raggruppamento Intercantieri Vittadello, alla società Ecobuild e, successivamente, da quest'ultima alla società Mak, non consente di riconoscere gli elementi dell'affitto di ramo d'azienda.

Già la semplice considerazione della sequenza delle procedure poste in essere per addivenire al preteso subentro è, al riguardo, rilevante: in data 8 aprile 2015 viene costituita la società Ecobuild, della quale Rossaro in liquidazione è socio unico: le due società hanno i medesimi amministratori, e la prima detiene l'intero capitale sociale della seconda. A distanza di pochi giorni, il successivo 17 aprile Rossaro stipula con Ecobuild il contratto d'affitto e presenta il 23 aprile ricorso ex art. 161 comma 6 della legge fallimentare. L'intera operazione evidenzia l'intento di aggirare, mediante il subentro, la prescrizione di cui all'art. 38 comma 1 d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, a mente del quale *"sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, né possono essere affidatari di subappalti, e non possono stipulare i relativi contratti i soggetti: a) che si trovano in stato di fallimento, di liquidazione coatta, di concordato preventivo, salvo il caso di cui all'articolo 186-bis del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, o nei cui riguardi sia in corso un procedimento per la dichiarazione di una di tali situazioni"*.

Con riguardo al successivo contratto tra Ecobuild e Mak rilevano le circostanze sottolineate dalla stessa stazione appaltante nella richiesta di chiarimenti del 7 luglio 2016 indirizzata a Mak Costruzioni, in particolare il contenuto dell'atto stipulato il 21 marzo 2016, ristretto alla cessione di singoli contratti di appalto stipulati uno con la Provincia di Trento e l'altro con la Provincia di Aosta, all'esecuzione dei quali attengono i beni aziendali, i beni trasferiti e la polizza assicurativa, con l'espressa specificazione che la subaffittuaria *"non subentrerà nei contratti bancari, nelle cessioni di credito futuro, di noleggio, di leasing e in quelli di subappalto, di fornitura per le quali rimarrà libera di scegliere altri contraenti, nonché, più in generale, di tutti i contratti stipulati da Ecobuild per la gestione del ramo diversi"* da quelli compresi nella parte del ramo affittata.

Decisiva è anche la circostanza che, a fronte di una durata dei lavori che formano il contenuto dell'appalto stimata in 2 anni e otto mesi dalla consegna dei lavori (punto 4 del capitolato), il contratto stipulato tra Ecobuild e Mak ha una durata di soli due anni. E poiché Ecobuild, subordinatamente all'omologazione del concordato liquidatorio di Rossaro (non ancora intervenuta) ha tempo, secondo il contratto stipulato con quest'ultima, fino al 20 marzo 2019 per acquistare il ramo di azienda, che verrebbe gestito fino al 20 marzo 2018 dalla subaffittuaria Mak per poi tornare, ma solo fino al 20 marzo 2019 a Ecobuild e successivamente, salvo il verificarsi della condizione per l'acquisto, a Rossaro, l'intera operazione, nella quale durante i circa tre anni di durata dell'appalto si alternerebbero tre soggetti diversi, oltretutto non preventivamente individuabili, evidenzia l'illegittimità della complessiva operazione e dell'aggiudicazione che ne è conseguita.

Come la giurisprudenza, anche di questo Tribunale amministrativo (sentenza 8 aprile 2016, n.

191), ha chiarito, il principio generale fissato dall'ordinamento è, infatti, quello dell'immutabilità dei raggruppamenti dopo la presentazione dell'offerta (art. 37, comma 9 d.lgs. n. 163 del 2006), principio il quale trova, nel successivo art. 51, una deroga affatto parziale e limitata, poiché l'imprenditore subentrante, secondo quanto la disposizione stabilisce, deve possedere, nel complesso, gli stessi requisiti del subentrato.

D'altra parte, la cessione, per essere consentita, deve potersi riconoscere come attinente ad una entità organica, capace di vita economica propria, che l'affittuario deve gestire conservando l'efficienza dell'organizzazione e degli impianti, giusta artt. 2561 e 2562 c.c.: organizzazione e impianti che, nella fattispecie in esame, concernono limitate posizioni, e sono comunque certamente inidonei a configurare un autonomo organismo imprenditoriale, capace di vita propria.

Peraltro, anche a voler considerare nel ramo d'azienda sub affittato a Mak Costruzioni le attrezzature dei cantieri di Mezzolombardo e di Aosta, in tali sedi presenti per la prosecuzione dei lavori in corso già affidati dalla Provincia di Trento e rispettivamente dall'Azienda regionale della Valle d'Aosta, appare sicuramente critica la possibilità organizzativo-aziendale di distogliere il compendio di tali beni dai cantieri cui si trovano allocati e di destinarli, contemporaneamente, all'esecuzione delle opere richieste dal "Progetto Manifattura" con sede a Rovereto, viepiù tenuto conto che quanto esistente nel deposito di Tione si riduce a ponteggi, quadri elettrici pannelli di armatura e recinzioni.

Inoltre non può essere sottaciuto che con il contratto di sub affitto a Mak Costruzioni sono espressamente cessati (art. 4 "esclusioni dall'affitto del ramo") i rapporti di lavoro già intrattenuti in precedenza da Rossaro Costruzioni e conservati da Ecobuildit al momento del contratto d'affitto del ramo d'azienda di data 17.4.2015, tra cui quelli in corso con dodici dipendenti, costituenti espressamente lo "staff di personale, forza lavoro e risorse umane, in ambito amministrativo e tecnico, tale da garantire lo svolgimento e la funzionalità dell'attività aziendale oggetto di trasferimento" (art. 2 c).

In realtà lo scopo effettivo del contratto stipulato tra Rossaro e Ecobuild è chiaramente quello di permettere al raggruppamento di cui la prima era parte di continuare ad operare senza soluzione di continuità, anche dopo il concordato liquidatorio, evidentemente ormai ritenuto certo e formalizzato in data appena successiva alla costituzione di Ecobuild, mentre la cessione da quest'ultima alla società Mak, concernendo, come sopra si è visto, singole posizioni contrattuali relative a due appalti, non consente di riconoscere quella autonoma organizzazione definibile in termini di ramo d'azienda.

Illegittimamente, quindi, la stazione appaltante ha consentito la prosecuzione della gara al raggruppamento Intercantieri, poiché non solo la prima, ma anche la seconda trasformazione soggettiva del raggruppamento ha violato l'art. 37, comma 9, del d. lgs. 163/2006, come sostiene la ricorrente. La norma appena citata dispone che: "*Salvo quanto disposto ai commi 18 e 19, è vietata qualsiasi modificazione alla composizione dei raggruppamenti temporanei e dei consorzi ordinari di concorrenti rispetto a quella risultante dall'impegno presentato in sede di offerta*". Mentre l'art. 51, d.lgs. 163/2006, dispone 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".

Come ha ricordato il Consiglio di Stato nella citata sentenza n. 1172 del 2017, intervenuta nella medesima complessa vicenda attinente all'appalto in esame, da un lato, la prima delle norme richiamate limita la possibilità di modificazioni soggettive per i raggruppamenti temporanei di imprese; dall'altro, la seconda norma prevede una disciplina più favorevole, ma a patto che si riscontri la cessione o l'affitto di un ramo d'azienda, che deve essere in concreto, e non solo nominalmente come nella fattispecie, sussistente. Altrimenti, si consentirebbe l'uso di un mero *escamotage* per sottrarsi ai limiti imposti dalla disciplina *ratione temporis* vigente alle modificazioni soggettive. Non potendo operare il disposto dell'art. 51, d.lgs. 163/2006, l'unica norma di riferimento è rappresentata dal citato art. 37, comma 9, d.lgs. 163/2006, la cui operatività in questa sede però non può essere invocata per il complesso di ragioni sopra evidenziato.

IV) Già in forza della fondatezza del motivo sopra esaminato il ricorso merita accoglimento. Tuttavia, ai fini di completezza e della successiva riedizione del potere da parte della pubblica amministrazione, vale esaminare anche la censura di cui al secondo mezzo del ricorso, che risulta anch'essa fondata.

L'art. 37, comma 9, del codice dei contratti, fa espresso "*divieto ai concorrenti di partecipare alla gara in più di un raggruppamento temporaneo o consorzio ordinario di concorrenti*". Tale divieto è stato aggirato, e quindi violato, nella fattispecie in esame, dato che la società Mak Costruzioni, divenuta parte del raggruppamento aggiudicatario, aveva già partecipato alla gara in oggetto, quale mandante dell'ATI Carron cav. Angelo, sia pure risultandone esclusa.

V) Il ricorso è, conclusivamente, fondato e deve essere accolto, con conseguente annullamento dei provvedimenti impugnati.

Resta ovviamente salva ogni ulteriore determinazione dell'Amministrazione, in considerazione sia del contenzioso ancora pendente in appello, relativo alla medesima gara, sia dell'esito infruttuoso della gara stessa per effetto delle sentenze di primo e di secondo grado intervenute nella vicenda, la cui complessità giustifica la compensazione delle spese tra le parti in causa.

P.Q.M.

Il Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa per la Regione autonoma del Trentino – Alto Adige/Südtirol, sede di Trento, definitivamente pronunciando nel giudizio in epigrafe, lo accoglie e, per l'effetto, annulla i provvedimenti impugnati, previa reiezione del ricorso incidentale.

Compensa tra le parti le spese del giudizio, salva la restituzione del contributo unificato, da porsi a carico solidale delle parti resistenti.

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

Così deciso in Trento nella camera di consiglio del giorno 20 aprile 2017 con l'intervento dei magistrati:

Roberta Vigotti, Presidente, Coestensore

Carlo Polidori, Consigliere

Paolo Devigili, Consigliere, Co Estensore