

E' consentito il recesso di una o più imprese dall'associazione (fuoriuscita di un'impresa da un'a.t.i. e senza l'ingresso, al suo posto, di un'impresa nuova) prima della stipulazione del contratto d'appalto in quanto la stazione appaltante ha già provveduto a verificare i requisiti di capacità e di moralità dell'impresa o delle imprese che restano, specialmente se il proseguimento con una sola delle partecipanti non determini alcun effettivo pregiudizio per gli interessi pubblici

In conformità al principio di immodificabilità soggettiva dei partecipanti alle procedure di affidamento degli appalti pubblici, lo stesso deve leggersi come inteso ad impedire l'aggiunta o la sostituzione di imprese partecipanti all'a.t.i. e non anche a precludere il recesso di una o più imprese dall'associazione (ovviamente nel caso in cui quella o quelle che restano a farne parte risultino titolari, da sole, dei requisiti di partecipazione e di qualificazione).

Risulta molto importante segnalare il seguente passaggio tratto dalla decisione numero 4101 del 23 luglio 2007 emessa dal Consiglio di Stato

<Il principio di immodificabilità soggettiva dei partecipanti alle procedure di affidamento degli appalti pubblici, consacrato e cristallizzato dall'art.13, comma 5-bis, l. n.109/94, deve intendersi, in particolare, giustificato dall'esigenza di assicurare alle amministrazioni aggiudicatrici una conoscenza piena dei soggetti che intendono contrarre con esse, al precipuo fine di consentire un controllo preliminare e compiuto dei requisiti di idoneità morale, tecnico-organizzativa ed economico-finanziaria dei concorrenti ed all'ulteriore scopo di impedire che tale verifica venga vanificata od elusa con modificazioni soggettive, in corso di gara, delle imprese candidate

Così definita la ratio del divieto in esame, si deve, allora, rilevare, in conformità con la finalità della disposizione (per come appena individuata), che lo stesso deve leggersi come inteso ad impedire l'aggiunta o la sostituzione di imprese partecipanti all'a.t.i. e non anche a precludere il recesso di una o più imprese dall'associazione (ovviamente nel caso in cui quella o quelle che restano a farne parte risultino titolari, da sole, dei requisiti di partecipazione e di qualificazione).>

Ma vi è di più

< Mentre, infatti, nella prima ipotesi (aggiunta all'a.t.i., in corso di gara, di un'impresa o sostituzione di un'impresa con un'altra nuova) resta impedito all'amministrazione un controllo tempestivo e completo del possesso dei requisiti anche da parte della nuova compagine associativa, con grave ed irreparabile pregiudizio dell'interesse pubblico alla trasparenza delle procedure finalizzate alla selezione delle imprese appaltatrici ed alla affidabilità, capacità, serietà e moralità di queste ultime, nella seconda (recesso di un'impresa dall'a.t.i. ed intestazione della sua quota di partecipazione all'impresa o alle imprese rimanenti) le predette esigenze non risultano in alcun modo frustrate.>

pertanto

< Nell'ipotesi da ultimo considerata, infatti, l'amministrazione, al momento del mutamento soggettivo (che, se rilevante, deve intervenire dopo la fase di qualificazione), ha già provveduto a verificare i requisiti di capacità e di moralità dell'impresa o delle imprese che restano, sicchè i rischi che il divieto in questione mira ad impedire non possono più verificarsi (non essendo possibile, nella situazione considerata, l'ingresso nella compagine associativa di imprese prive dei requisiti prescritti). >

giurisprudenza richiamata (tratto da Cons. St., sez.V, 3 agosto 2006, n.5081):

< La norma, che fissa un principio di immodificabilità soggettiva dei partecipanti alle gare pubbliche, tende infatti a garantire una conoscenza piena da parte delle stazioni appaltanti dei soggetti che intendono contrarre con le stesse amministrazioni, consentendo una verifica preliminare e compiuta dei requisiti 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).>

a cura di Sonia Lazzini

riportiamo qui di seguito il testo della decisione numero 4101 del 23 luglio 2007 emesa dal Consiglio di Stato

REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale

Sezione Quarta

ha pronunciato la seguente

DECISIONE

Sul ricorso in appello n. 687/2007, proposto da

DITTA ALFA S.P.A.

contro

A.N.A.S. S.P.A.

rappresentato e difeso l'Avvocatura Generale dello Stato con domicilio in Roma in via dei Portoghesi 12 presso l'Avvocatura Generale dello Stato

e nei confronti di

AUTORITA' PER LA VIGILANZA SUI LAVORI PUBBLICI

rappresentato e difeso l'Avvocatura Generale dello Stato con domicilio in Roma in via dei Portoghesi 12 presso l'Avvocatura Generale dello Stato

per la riforma

della sentenza del TAR LAZIO - ROMA: Sezione III n.368/2006, resa tra le parti, concernente AGGIUDICAZIONE DEFINITIVA APPALTO PER LAVORI STRADALI;

Visto l'atto di appello con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di

AUTORITA' PER LA VIGILANZA SUI LAVORI PUBBLICI

Viste le memorie difensive;

Visti gli atti tutti della causa;

Visto il dispositivo di sentenza n. 354/2007;

Alla pubblica udienza del 12 giugno 2007, relatore il Consigliere Carlo Deodato ed uditi, altresì, gli avvocati Carbone e l'Avv. dello Stato Corsini;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

FATTO

Con la sentenza appellata veniva respinto il ricorso proposto da DITTA ALFA S.p.A. avverso il provvedimento (prot. CDG-0046052-P in data 16 maggio 2006) con cui l'ANAS S.p.A. ha preso atto della nullità del contratto n.57410 del 29 luglio 2005 (stipulato con essa ricorrente) avente ad oggetto i lavori di connessione tra la S.S. n.36 ed il sistema autostradale di Milano nei Comuni di Monza e di Cinisello Balsamo ed ha revocato la relativa aggiudicazione dell'appalto disposta in data 16 dicembre 2003 in favore dell'a.t.i. DITTA ALFA S.p.A. – DITTA ALFA BIS S.p.A. e, con motivi aggiunti, avverso la determinazione (prot. 28018/ISP/DG del 26 luglio 2006) con cui il Servizio Ispettivo dell'Autorità di Vigilanza sui Lavori Pubblici ha disposto l'archiviazione della richiesta di riesame della delibera della medesima Autorità n.8 in data 8 febbraio 2006.

Avverso la predetta decisione proponeva rituale appello DITTA ALFA, ribadendo le censure dedotte in primo grado a carico delle determinazioni gravate ed invocandone l'annullamento, in riforma della decisione appellata.

Resistevano l'ANAS e l'Autorità di Vigilanza sui Lavori Pubblici, difendendo la legittimità del proprio operato, contestando la fondatezza delle doglianze svolte a sostegno dell'appello e domandandone la reiezione.

Le parti illustravano ulteriormente le loro tesi mediante il deposito di memorie difensive.

Alla pubblica udienza del 12 giugno 2007 il ricorso veniva trattenuto in decisione.

#### DIRITTO

1.- Le parti controvertono sulla legittimità del provvedimento (prot. CDG-0046052-P in data 16 maggio 2006) con cui l'ANAS S.p.A., su segnalazione dell'Autorità di Vigilanza sui Lavori Pubblici, ha preso atto della nullità del contratto n.57410 del 29 luglio 2005, in quanto stipulato con la sola DITTA ALFA (a fronte dell'aggiudicazione dell'appalto all'a.t.i. DITTA ALFA – DITTA ALFA BIS e dopo che la stessa ANAS aveva autorizzato il recesso della seconda società e la concentrazione del rapporto con la prima), avente ad oggetto i lavori di connessione tra la S.S. n.36 ed il sistema autostradale di Milano nei Comuni di Monza e di Cinisello Balsamo ed ha revocato la relativa aggiudicazione, disposta in data 16 dicembre 2003 in favore dell'a.t.i. DITTA ALFA – DITTA ALFA BIS e della determinazione (prot. 28018/ISP/DG del 26 luglio 2006) con cui il Servizio Ispettivo della suddetta Autorità ha disposto l'archiviazione della richiesta di riesame della delibera della medesima Autorità n.8 in data 8 febbraio 2006 (con la quale era stata rilevata l'invalidità del suddetto contratto per violazione dell'art.13, comma 5-bis, legge 11 febbraio 1994, n.109).

Il Tribunale di prima istanza, adito da DITTA ALFA, ha, in particolare, riconosciuto la legittimità dei provvedimenti controversi, in quanto correttamente fondati sul rilievo della violazione, nella stipula del contratto con un soggetto (la sola DITTA ALFA) formalmente diverso da quello aggiudicatario (l'a.t.i. DITTA ALFA – DITTA ALFA BIS), dell'art.13 comma 5-bis, legge n.109/94 (vigente al momento della loro adozione ed interpretato quale divieto, assistito dalla sanzione della nullità del contratto, di modificazione della compagine delle associazioni temporanee di imprese nella fase procedurale corrente tra la presentazione delle offerte e la definizione della procedura di aggiudicazione) ed immuni dai denunciati vizi procedurali, ed ha, pertanto, respinto il relativo ricorso.

La società appellante critica la correttezza della pronuncia reiettiva gravata, insiste nel sostenere la sussistenza delle violazioni dedotte con il ricorso originario e conclude per la riforma della sentenza appellata e per il conseguente annullamento dei provvedimenti impugnati in primo grado.

L'ANAS e l'Autorità di Vigilanza sui Lavori Pubblici difendono, di contro, la legittimità degli atti controversi, per come già riscontrata in prima istanza, e concludono per la reiezione dell'appello e per la conferma della decisione appellata.

2.- L'appello è fondato, alla stregua delle considerazioni di seguito esposte, e va, conseguentemente, accolto.

3.- Con il primo motivo di appello DITTA ALFA critica l'interpretazione e l'attuazione dell'art.13, comma 5-bis, l. n.109/94 operate dai primi giudici ed assunte a sostegno della pronuncia reiettiva gravata, sostenendo, in sostanza, che un'attenta e coordinata analisi della ratio della disposizione e della situazione di fatto alla quale la stessa è stata applicata avrebbero dovuto condurre ad escludere quest'ultima dal perimetro dell'ambito applicativo della norma.

3.1- Occorre, quindi, decifrare preliminarmente la funzione della disposizione, definire, in coerenza con le finalità identificate, i contenuti della sua portata precettiva e descrivere, da ultimo, i confini della fattispecie con la stessa disciplinata, onde verificare l'ascrivibilità del caso di specie al novero delle situazioni soggette al relativo divieto (ed alla pertinente sanzione di invalidità).

Il principio di immodificabilità soggettiva dei partecipanti alle procedure di affidamento degli appalti pubblici, consacrato e cristallizzato dall'art.13, comma 5-bis, l. n.109/94, deve intendersi, in particolare, giustificato dall'esigenza di assicurare alle amministrazioni aggiudicatrici una conoscenza piena dei soggetti che intendono contrarre con esse, al precipuo fine di consentire un controllo preliminare e compiuto dei requisiti di idoneità morale, tecnico-organizzativa ed economico-finanziaria dei concorrenti ed all'ulteriore scopo di impedire che tale verifica venga vanificata od elusa con modificazioni soggettive, in corso di gara, delle imprese candidate (cfr., da ultimo, Cons. St., sez.V, 3 agosto 2006, n.5081).

3.2- Così definita la ratio del divieto in esame, si deve, allora, rilevare, in conformità con la finalità della disposizione (per come appena individuata), che lo stesso deve leggersi come inteso ad impedire l'aggiunta o la sostituzione di imprese partecipanti all'a.t.i. e non anche a precludere il recesso di una o più imprese dall'associazione (ovviamente nel caso in cui quella o quelle che restano a farne parte risultino titolari, da sole, dei requisiti di partecipazione e di qualificazione).

Mentre, infatti, nella prima ipotesi (aggiunta all'a.t.i., in corso di gara, di un'impresa o sostituzione di un'impresa con un'altra nuova) resta impedito all'amministrazione un controllo tempestivo e completo del possesso dei requisiti anche da parte della nuova compagine associativa, con grave ed irreparabile pregiudizio dell'interesse pubblico alla trasparenza delle procedure finalizzate alla selezione delle imprese appaltatrici ed alla affidabilità, capacità, serietà e moralità di queste ultime, nella seconda (recesso di un'impresa dall'a.t.i. ed intestazione della sua quota di partecipazione all'impresa o alle imprese rimanenti) le predette esigenze non risultano in alcun modo frustrate.

Nell'ipotesi da ultimo considerata, infatti, l'amministrazione, al momento del mutamento soggettivo (che, se rilevante, deve intervenire dopo la fase di qualificazione), 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 in questione mira ad impedire non possono più verificarsi (non essendo possibile, nella situazione considerata, l'ingresso nella compagine associativa di imprese prive dei requisiti prescritti).

3.3- Così descritte ratio e portata precettiva della disposizione, -alla quale rimane quindi estranea la tipologia cui è riconducibile quella che in questa sede viene in rilievo- si deve, peraltro, osservare che, nel caso di specie, riguardato in quella che è stata la sua evoluzione in concreto, non solo la concentrazione del rapporto in capo alla sola DITTA ALFA non ha determinato alcun effettivo pregiudizio per gli interessi pubblici (sopra identificati) alla cui tutela risulta preordinato il divieto in questione radicalmente sanzionato (non essendo contestato il possesso da parte sua dei requisiti di moralità e di capacità), ma il recesso di DITTA ALFA BIS, che costituisce il presupposto della stipula del contratto solo con DITTA ALFA, era stato espressamente autorizzato dall'ANAS (che aveva, quindi, avuto modo di controllare contestualmente la permanenza in capo alla sola società rimanente dei titoli di idoneità all'esecuzione dell'appalto), sicché la modifica soggettiva nella specie censurata dall'Autorità si rivela, in quanto governata ed autorizzata dalla stessa amministrazione aggiudicatrice (custode degli interessi pubblici protetti dalla disposizione), del tutto incapace, anche in concreto (oltre che in astratto, come già rilevato), di determinare quel danno che il divieto in esame si prefigge di scongiurare.

3.4- Alla riscontrata inapplicabilità della disposizione in rassegna al caso (qui controverso) della fuoriuscita di un'impresa da un'a.t.i. (e senza l'ingresso, al suo posto, di un'impresa nuova) prima della stipulazione del contratto d'appalto consegue l'illegittimità del provvedimento dell'ANAS impugnato in primo grado, siccome adottato sulla base dell'erroneo presupposto della violazione dell'art.13, comma 5-bis, l. n.109/94 e dell'applicazione della sanzione stabilita, per il caso dell'inosservanza del divieto ivi previsto, dall'art.93, comma 3, del d.P.R. 21 dicembre 1999, n.554.

3.5- Per le medesime ragioni deve giudicarsi illegittimo anche il provvedimento con cui l'Autorità di Vigilanza sui Lavori Pubblici ha disposto l'archiviazione della richiesta di riesame della delibera n. 8/06 (con cui era stata rilevata l'invalidità del contratto in questione), siccome fondato sulla stessa fallace esegesi ed applicazione della normativa di riferimento, per come sopra interpretata.

4.- L'accoglimento del primo motivo di appello esime il Collegio dalla disamina delle ulteriori censure, da intendersi assorbite dalla presente decisione.

5.- Alle considerazioni che precedono conseguono, in definitiva, l'accoglimento dell'appello e, in riforma della decisione gravata, l'annullamento dei provvedimenti impugnati da DITTA ALFA in prima istanza.

6.- La peculiarità della fattispecie controversa giustifica la compensazione tra tutte le parti delle spese di entrambi i gradi di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quarta, accoglie l'appello indicato in epigrafe e, per l'effetto, in riforma della decisione appellata, annulla i provvedimenti impugnati in primo grado; dichiara compensate le spese di entrambi i gradi di giudizio;

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

Così deciso in Roma nella Camera di Consiglio del 12 giugno 2007, con l'intervento dei Sigg.ri:

Paolo Salvatore	Presidente
Pier Luigi Lodi	Consigliere
Antonino Anastasi	Consigliere
Vito Poli	Consigliere
Carlo Deodato	Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE	IL PRESIDENTE
Carlo Deodato	Paolo Salvatore

IL SEGRETARIO  
Rosario Giorgio Carnabuci

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

li.....23/07/2007.....

(art.55, L.27-4-1982, n. 186)

Il Dirigente  
Giuseppe Testa