

N. 05042/2013 REG.PROV.COLL.

N. 01175/2013 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1175 del 2013, integrato da motivi aggiunti, proposto da:
la soc. ANGELINO s.r.l., in persona del legale rappresentante p. t., dott. Lorenzo Angelino, con sede in Caivano (NA) al
Corso Umberto I n. 46, rappresentata e difesa dagli avv.ti Ferdinando Pinto, Giulio Renditiso e Rosa Persico con
domicilio eletto in Napoli alla Via Cesario Console n. 3, presso lo studio del Prof. Avv. Erik Furno;

contro

il Comune di Torre del Greco, in persona del Sindaco, legale rappresentante p. t., rappresentato e difeso dall'avv. Elio Benevento, con domicilio eletto presso l'Avvocatura municipale in Torre del Greco, Palazzo La Salle (e pertanto ex lege in Napoli, presso la segreteria del TAR);

per l'annullamento

quanto al ricorso introduttivo.

della determinazione dirigenziale n. 91 del 21.1.2013, notificata in data 29.1.2013, con la quale è stata disposta la risoluzione del contratto reg. n. 15670 del 24.10.2011 intercorrente con la soc. Angelino s.r.l. ed avente ad oggetto il servizio di trasporto scolastico; per quanto occorrere possa, della nota prot. n. 0002327 dell'11.1.2013 con la quale è stata comunicata la conclusione del procedimento tendente all'accertamento della perdita dei requisiti richiesti per l'esecuzione del servizio; per quanto occorrere possa, della nota prot. n. 58903 del 21.9.2012 con la quale è stato comunicato, ai sensi dell'art. 7 della legge 241/90, l'avvio del procedimento tendente all'accertamento dello perdita dei requisiti richiesti per l'esecuzione del servizio; di ogni atto presupposto, connesso e/o consequenziale in quanto lesivo degli interessi della ricorrente.

Nonché per il risarcimento dei danno ingiusto ex art. 30 c.p.a. ed art. 2043 c.c.;

quanto al ricorso per motivi aggiunti notificato il 4 luglio 2013 e depositato in segreteria il 16 luglio 2013:

- della Determinazione dirigenziale n. 665 del 31.5.2013 notificata con nota prot. n. 35778 del 5.6.2013, con la quale è stata dichiarata l'efficacia della risoluzione del contratto Rep. n. 15670 del 24.10.2011 a decorrere dal 1.7.2013; - della Deliberazione del Consiglio Comunale n. 60 del 6.6.2013 pubblicata sull'albo pretorio il 12.6.2013 ed avente ad oggetto: "Deliberazione della Giunta Comunale n. 198 dell'8.4.2013: Servizio trasporto scolastico esternalizzato. Risoluzione del contratto Rep. n. 15670. Provvedimenti. - Approvazione con emendamento approvato con atto n. 59 di pari data; - della Deliberazione del Consiglio Comunale n. 59 del 6.6.2013 pubblicata sull'albo pretorio il 12.6.2013 ed avente ad oggetto: "Deliberazione della Giunta Comunale n. 198 dell'8.4.2013: Servizio trasporto scolastico esternalizzato. Risoluzione del contratto Rep. n. 15670. Provvedimenti. - Interventi. Approvazione emendamento"; - della Deliberazione della Giunta Comunale n. 198 dell'8.4.2013, pubblicata sull'albo pretorio il 9.4.2013 e mai comunicata alla odierna ricorrente avente ad oggetto: "Servizio trasporto scolastico esternalizzato. Risoluzione del contratto Rep. n. 15670. Provvedimenti. Proposta al Consiglio Comunale"; - della Determinazione Dirigenziale n. 698 dell'11.6.2013 con la quale è stata indetta la

procedura aperta per l'affidamento del servizio di trasporto scolastico per la durata di due anni scolastici; - del bando di gara con procedura aperta per l'affidamento del servizio di trasporto scolastico per la durata di due anni scolastici inviato per la pubblicazione sulla G.U.C.E. il 18.6.2013; - del disciplinare di gara e relativi allegati; - del capitolato speciale d'appalto e relativi allegati; - di ogni altro atto presupposto, connesso e/o consequenziale in quanto lesivo degli interessi della ricorrente, nonché, come già indicato in sede di ricorso principale, per l'annullamento - della Determinazione dirigenziale n. 91 del 21.1.2013 notificata in data 29.1.2013 con la quale è stata disposta la risoluzione del contratto rep. n. 15670 del 24.10.2011 intercorrente con la soc. Angelino s.r.l. ed avente ad oggetto il servizio di trasporto scolastico; - per quanto occorrere possa, della nota prot. n. 0002327 dell'11.1.2013 con la quale è stata comunicata la conclusione del procedimento tendente all'accertamento della perdita dei requisiti richiesti per l'esecuzione del servizio; - per quanto occorrere possa, della nota prot. n. 58903 del 21.9.2012 con la quale è stato comunicato, ai sensi dell'art. 7 della legge 241/90, l'avvio del procedimento tendente all'accertamento della perdita dei requisiti richiesti per l'esecuzione del servizio; - di ogni atto presupposto, connesso e/o consequenziale in quanto lesivo degli interessi della ricorrente, nonché per il risarcimento del danno ingiusto in forma specifica e/o in subordine, per equivalente ex artt. 30 c.p.a., 2058 e 2043 c.c.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Torre del Greco;

Vista l'ordinanza n. 1234/2013 del 25 luglio 2013, con la quale la Sezione ha respinto la domanda incidentale di sospensione degli atti relativi all'indizione della nuova procedura di gara impugnati in sede di motivi aggiunti;

Visto il successivo decreto n. 1235/2013 del 31 luglio 2013, dato inaudita altera parte dal giudice delegato, con il quale è stata accolta la domanda di sospensione degli atti impugnati, come riproposta con atto notificato il 30 luglio 2013 e depositato in segreteria il 31 luglio 2013;

Vista l'ulteriore ordinanza n. 1418/2013 del 13 settembre 2013, con la quale la Sezione ha accolto la domanda incidentale di sospensione degli atti impugnati;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 24 ottobre 2013 il dott. Paolo Carpentieri e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con il ricorso in trattazione - notificato il 28 febbraio 2013 e depositato in segreteria il 14 marzo 2013 - la società Angelino s.r.l., ha impugnato, deducendo una pluralità di censure di violazione di legge e di eccesso di potere, il provvedimento, in epigrafe indicato, con il quale il Comune di Torre del Greco ha disposto la risoluzione del contratto stipulato in data 24 ottobre 2011 di affidamento ad essa società ricorrente del servizio di trasporto scolastico esternalizzato per una durata quinquennale, aggiudicato con determinazione dirigenziale n. 1364 del 4 ottobre 2010 e già affidato, sotto riserva di legge, in data 7 novembre 2010, all'esito della procedura di gara indetta con determinazione dirigenziale n. 338 del 10 marzo 2010, con importo a base d'asta di euro 6.075.000,00, ad ha altresì statuito l'indizione di una nuova procedura selettiva diretta all'individuazione del soggetto a cui affidare il servizio di trasporto scolastico al posto della ricorrente che, nelle more del nuovo affidamento, continuerà ad espletare il servizio.

2. L'impugnata risoluzione è motivata in relazione alla asserita perdita dei requisiti di qualificazione, in ragione dell'apertura di una procedura fallimentare - nel mese di gennaio del 2011 - ai danni dell'impresa "Opere Generali s.c. a r.l." di cui la ricorrente si era avvalsa, in sede di partecipazione alla gara, limitatamente al requisito del fatturato (procedura cui è poi seguita la sentenza di fallimento del 17 novembre 2011), per l'asserita violazione dell'art. 15 del contratto per non avere l'appaltatore comunicato l'avvenuta nomina di un secondo amministratore accanto all'amministratore unico, nonché per la connessa violazione della buona fede contrattuale di cui all'art. 1375 c.c. (in particolare, la determina di risoluzione impugnata motiva sul fatto che, a seguito di verifiche effettuate nel mese di settembre 2012 circa il mantenimento del possesso dei requisiti generali di cui all'art. 38 del d.lgs. n. 163 del 2006, era emerso, giusta visura camerale, che, già prima della stipula del contratto con la società Angelino s.r.l., avvenuta in data 24 ottobre 2011, rep. n. 15670, la società ausiliaria Opere Generali s.c. a r.l. risultava dapprima cancellata presso la

C.C.I.A.A. di Roma per trasferimento della sede legale a Fabro (TR), ivi iscritta presso la C.C.I.A.A. di Terni, avendo, tuttavia, in corso una procedura di scioglimento e liquidazione per fallimento, nonché la circostanza che la Angelino s.r.l. aveva nominato, a far data dal 25 maggio 2012, un nuovo amministratore che si affiancava, con poteri disgiunti, a quello già in carica, senza alcuna comunicazione alla stazione committente; su tali basi, giusta anche un parere dell'Avvocatura municipale, l'amministrazione ha dunque ritenuto che il venir meno dell'impresa ausiliaria abbia determinato, fin dal gennaio 2011, avrebbe determinato la perdita dei requisiti in capo alla Angelino s.r.l. "e minato la buona fede dell'appaltatore nell'esecuzione del contratto, invocata dall'art.1375 del c.c., per aver taciuto, per così lungo tempo, detta circostanza").

3. La società ricorrente, premesso di essere all'oscuro della procedura fallimentare concernente l'ausiliaria e facendo rilevare, in ogni caso, il perdurante possesso di tutti i requisiti necessari all'esecuzione del contratto, peraltro regolarmente espletato fino all'avvio del procedimento di risoluzione, ha sostenuto che il possesso di un determinato fatturato sia circostanza inidonea ad incidere sulla corretta esecuzione dell'appalto, avendo già esaurito la propria funzione (esclusivamente) selettiva al momento genetico del rapporto contrattuale, ovvero in sede di ammissione dei concorrenti alla gara, non potendosi confondere i requisiti di esecuzione dell'appalto con i requisiti necessari alla selezione dei concorrenti, quali appunto il fatturato, e ha riferito di avere in ogni caso prospettato all'Amministrazione, ai sensi dell'art. 37, comma 19. del d.gs. n. 163 del 2006, in quanto applicabile, la possibile sostituzione dell'impresa ausiliaria ai fini del mantenimento del requisito del fatturato richiesto, in modo da salvaguardare l'esecuzione del contratto.

4. Con ricorso per motivi aggiunti notificato il 4 luglio 2013 e depositato in segreteria il 16 luglio 2013 la società ricorrente ha dunque impugnato la determinazione dirigenziale n. 665 del 31 maggio 2013 con la quale è stata dichiarata l'efficacia della risoluzione del contratto rep. n. 15670 del 24 ottobre 2011 a decorrere dal 1° luglio 2013, le deliberazioni del consiglio comunale nn. 59 e 60 del 6 giugno 2013 di approvazione della proposta di risoluzione di cui alla delibera di giunta n. 198 dell'8 aprile 2013, la predetta delibera di giunta n. 198 dell'8 aprile 2013, la determinazione dirigenziale n. 698 dell'11 giugno 2013 con la quale è stata indetta la procedura aperta per l'affidamento del servizio di trasporto scolastico per la durata di due anni scolastici (nonché gli annessi bando e disciplinare di gara e relativi allegati, capitolato speciale d'appalto e relativi allegati). La ricorrente ha infine concluso chiedendo gradatamente i seguenti provvedimenti:

1) in via principale, accertare e dichiarare l'illegittimità dei provvedimenti impugnati e disporre la caducazione unitamente agli atti della nuova procedura di gara;

2) per l'effetto, condannare l'Amministrazione resistente al risarcimento del danno ingiusto cagionato alla ricorrente, in forma specifica mediante la prosecuzione dell'esecuzione del servizio fino ad esaurimento della durata contrattuale, e/o per equivalente nella somma così quantificata:

- € 152.520,00 quale importo pattuito per l'acquisto degli autobus già di proprietà dell'Amministrazione;

- € 607.500,00 quale 10% del valore dell'affidamento a titolo di mancato guadagno;

- € 100.000,00 a titolo di oneri derivanti dall'interruzione del rapporto di lavoro intercorrente con n. 5 autisti già alle dipendenze dell'Ente resistente; o comunque della maggiore o minore somma ritenuta di giustizia a titolo anche di danno da perdita di chance e danno all'immagine, che verrà quantificata in corso di causa anche mediante il ricorso ai poteri equitativi dell'adito Giudice

5. Si è costituito a resistere in giudizio il Comune di Torre del Greco.

6. Alla camera di consiglio del 25 luglio 2013 la causa è stata chiamata, discussa e assegnata in decisione, con avviso alle parti della possibile sua decisione immediata nel merito con sentenza in forma abbreviata. All'esito della predetta camera di consiglio, la Sezione ha pronunciato l'ordinanza n. 1234/2013 del 25 luglio 2013, con la quale ha respinto la domanda cautelare, relativamente agli atti di indizione della nuova gara impugnati in sede di motivi aggiunti, considerato che la parte ricorrente aveva precisato a verbale che la domanda cautelare proposta in sede di motivi aggiunti e oggetto della discussione in camera di consiglio atteneva esclusivamente ai motivi di censura concernenti la nuova gara, ma non anche quelli relativi all'azione proposta contro la precedente risoluzione del contratto d'appalto del servizio di "scuola bus" in essere; che le contestazioni mosse avverso la nuova procedura di gara si dirigevano contro previsioni del bando e del disciplinare di gara non immediatamente escludenti, ma comportanti tutt'al più minori chances di vittoria per la ricorrente, in caso di sua partecipazione; che, d'altra parte, non appariva cautelabile, sulla base della predetta azione diretta contro le modalità e la disciplina della nuova gara, la pretesa sostanziale di parte ricorrente di proseguire nella esecuzione del rapporto, pretesa che era legata alla diversa azione relativa agli atti di risoluzione.

7. Con atto notificato in data 30 luglio 2013 e depositato in segreteria il 31 luglio 2013, la società ricorrente ha dunque riproposto tutte le impugnative già svolte con il ricorso introduttivo e con quello per motivi aggiunti ed ha chiesto la revoca della ora detta ordinanza cautelare della Sezione n. 1234/2013. ritenendo che "Soltanto in seguito alla adozione degli atti di indizione della nuova gara, impugnati con motivi aggiunti e limitatamente ai quali, peraltro, è stata respinta la richiesta di sospensiva, con ordinanza n. 1234/13 sull'assunto che sarebbe necessariamente preliminare la disamina in

via cautelare del provvedimento originario di risoluzione contrattuale, è sorto il pericolo di un danno grave ed irreparabile degli interessi della ricorrente, ovvero dell'affidamento del servizio ad altra impresa, con conseguente impossibilità di ristoro in forma specifica del danno subito dalla ricorrente, mediante cioè la prosecuzione del contratto, laddove all'esito del giudizio di merito il ricorso dovesse trovare accoglimento con conseguente annullamento degli atti impugnati". "Il diniego giurisdizionale di sospensione della nuova gara – ha proseguito la società ricorrente - motivato sostanzialmente in ragione della necessità di un esame preliminare dell'interesse cautelare alla sospensione del primo provvedimento di risoluzione impugnato con il ricorso principale, infatti, determina l'interesse della ricorrente alla presente istanza cautelare al fine di evitare il consolidamento degli effetti giuridici del provvedimento di risoluzione a decorrere dal 1 agosto, prima data utile delle nuove operazioni di gara".

8. Con decreto n. 1235/2013 del 31 luglio 2013, dato inaudita altera parte, il giudice delegato di questo TAR ha accolto la domanda di sospensione degli atti impugnati, come riproposta con il richiamato atto notificato il 30 luglio 2013 e depositato in segreteria il 31 luglio 2013.

9. Alla camera di consiglio del 12 settembre 2013 la causa è stata dunque nuovamente chiamata, discussa e assegnata in decisione. Con ordinanza n. 1418 in data 13 settembre 2013, la Sezione ha accolto la domanda cautelare sul rilievo della necessità di un adeguato approfondimento nella più appropriata sede del merito della questione della possibilità di consentire la sostituzione dell'impresa ausiliaria mediante applicazione analogica delle norme relative alla sostituibilità dell'impresa mandante in a.t.i., e sulla ritenuta possibilità, nel bilanciamento degli interessi coinvolti nella fattispecie, di accordare prevalenza all'interesse della società ricorrente a proseguire nello svolgimento del servizio nelle more della decisione del merito, tenuto conto anche del fatto che, a quel che risulta dagli atti, nessun inconveniente era emerso e nessuna contestazione era stata mossa circa la regolarità del servizio medesimo.

10. La causa è stata infine nuovamente chiamata alla pubblica udienza del 24 ottobre 2013, per essere assunta per la decisione di merito.

11. Non osta alla decisione della causa nel merito la nuova delibera comunale n. 510 del 7 ottobre 2013 di approvazione del piano di trasporto scolastico per gli anni 2013-2014, rispetto alla quale l'impresa ricorrente ha fatto riserva di motivi aggiunti nella memoria depositata il 21 ottobre 2013. Le modifiche al capitolato prestazionale che potrebbero derivare da tale delibera non interferiscono, infatti, in alcun modo sulla vicenda della legittimità degli atti, qui impugnati, di risoluzione del rapporto, di diniego di sostituzione e di indizione della nuova procedura di gara, ma potranno tutt'al più rilevare, in caso di accoglimento dell'odierno ricorso e di prosecuzione del rapporto d'appalto in essere, in termini parzialmente novativi dell'ambito delle prestazioni dedotte e/o in termini di adempimento/inadempimento contrattuale, ciò che però potrà formare oggetto se del caso di una futura, autonoma e distinta vertenza, ma non impedisce in alcun modo la corretta definizione nel merito della presente controversia.

12. Occorre in primo luogo definire l'ordine di trattazione delle azioni e delle questioni proposte. Come già anticipato nella narrativa del fatto, l'impresa ricorrente ha cumulato tre distinte azioni: un'azione di tipo petitorio (ancorché presentata in termini impugnatori degli atti risolutivi del rapporto di concessione/appalto), proposta nel ricorso introduttivo, basata sul titolo di soggetto concessionario (appaltatore) e diretta, in sostanza (come esplicitato nelle conclusioni finali poi tratte in calce all'atto di motivi aggiunti), alla condanna dell'amministrazione alla prosecuzione del rapporto; un'azione impugnatoria, proposta in sede di motivi aggiunti, basata sulla qualità di impresa del settore e diretta all'annullamento delle clausole della nuova gara assertivamente discriminatorie e per vari profili illegittime, siccome impeditive o limitative della partecipazione. E' evidente che la prima azione – peraltro riproposta in via derivata nei motivi successivi al quinto in sede di ricorso per motivi aggiunti – riveste priorità logico-giuridica e dal suo eventuale accoglimento discenderebbe (con l'annullamento della nuova procedura di gara) la sopravvenuta carenza d'interesse alla disamina nel merito dei primi cinque motivi aggiunti, rivolti a censurare ab intrinseco la nuova procedura di gara; una terza azione – implicita e sottesa alle prime due, poi esplicitata per la prima volta solo con l'atto di domanda cautelare notificato il 30 luglio 2013 e depositato il 31 luglio 2013 –, di tipo impugnatorio, diretta all'annullamento del diniego implicito di sostituzione dell'ausiliaria.

13. Così precisato il quadro delle domande azionate, emerge in via pregiudiziale la questione di rito relativa alla giurisdizione di questo adito G.A., atteso che, come è noto, mentre si attraggono alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, con cognizione estesa anche alla fase esecutiva del rapporto, ivi compresi i casi di successivo scioglimento, le controversie concernenti le concessioni di pubblico servizio (art. 133, comma 1, lett. c), c.p.a.; T.A.R. Lombardia, Brescia, sez. II, 18 aprile 2013, n. 363; T.A.R. Puglia, Bari, sez. I, 3 maggio 2013, n. 685), non altrettanto appare possibile sostenere riguardo alle controversie aventi ad oggetto l'appalto di servizi pubblici, rispetto alle quali la giurisdizione esclusiva stabilita dall'art. 133, comma 1, lett. e), n. 1), c.p.a. si limita a comprendere le controversie relative a procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi, forniture, senza includere anche la fase di esecuzione. Ora, il Collegio ritiene che nella fattispecie si controverta di un appalto di servizio pubblico, poiché l'impresa affidataria si remunera esclusivamente con il corrispettivo erogato dall'amministrazione e non assume in alcun modo il rischio d'impresa legato alla gestione del servizio, non bastando, per la opposta conclusione nel senso della qualificazione del rapporto in termini di concessione, il solo fatto che la prestazione dedotta in contratto si risolva nello svolgimento di un servizio reso all'utenza e non direttamente all'amministrazione appaltante. Alla stregua di tale considerazione circa la natura del rapporto oggetto di causa, dovrebbe, dunque, concludersi per la declinatoria della giurisdizione del G.A., per appartenere, la controversia, alla cognizione del G.O. In senso contrario parte ricorrente adduce il fatto che il

provvedimento di risoluzione contrattuale impugnato sarebbe espressione di poteri autoritativi (e non paritetici) e sarebbe solo formalmente motivato in ragione di un presunto inadempimento e/o negligenza o malafede della ricorrente nell'esecuzione del contratto, mentre esso avrebbe come unico presupposto la (presunta) sopravvenuta decadenza della ricorrente dal requisito di (sola) ammissione alla gara - e non di esecuzione del servizio - del fatturato, limitatamente al quale la stessa ricorrente aveva fatto ricorso all'avvalimento dei requisiti di altra impresa. Con un diverso ordine argomentativo parte ricorrente intende poi fondare la cognizione di questo G.A. sulla considerazione della avvenuta impugnazione dell'atto autoritativo negativo (implicito) di diniego del potere di ammissione alla domandata sostituzione dell'impresa fallita con una nuova ausiliaria equivalente, in applicazione analogica dell'art. 37, commi 18 e 19, del codice dei contratti pubblici, ossia sul diniego di esercizio del potere pubblicistico dell'Amministrazione, nel suo ruolo autoritativo e pertanto sovraordinato al privato, in merito alla richiesta di sostituzione dell'ausiliaria avanzata dalla ricorrente e, dunque, sul richiesto sindacato della valutazione discrezionale effettuata dalla stazione appaltante circa il mantenimento dei requisiti di (sola) qualificazione in capo alla stessa. Ne deriva, secondo la prospettazione della ricorrente, che nessun inadempimento — smentito anche dagli ottimi risultati conseguiti dalla ricorrente nell'esecuzione del servizio come pacificamente ammessi dalla stessa Amministrazione —, ma piuttosto il diniego (implicito) di sostituzione dell'ausiliaria, della cui legittimità è competente a conoscere il G.A., costituirebbe la (sola) ragione sostanziale di risoluzione del contratto in essere con la ricorrente, indipendentemente dalla formale nomenclatura data al provvedimento dall'Amministrazione. Questa impostazione appare persuasiva al Collegio, pur nell'oggettivo dubbio del tema, poiché la determinazione amministrativa implicita (poi esplicitata con atto dirigenziale n. 895 del 19 luglio 2013, peraltro non abbisognevole di autonoma impugnazione poiché puramente confermativo della prima determinazione implicita) di diniego della sostituzione dell'ausiliaria fallita attiene alla disciplina autoritativa — sia pure in via successiva — della procedura di gara, piuttosto che all'esatto adempimento della prestazione, atteso che l'ausiliaria impresta un requisito di partecipazione e, nella fase dell'esecuzione del contratto, limita il suo ruolo a una mera prestazione di garanzia la cui attivazione è solo eventuale e non attuale. Affermata la giurisdizione del G.A. sulla domanda di annullamento del diniego di sostituzione, resta il problema della giurisdizione sulla prima domanda, concernente la risoluzione del rapporto di appalto. La dicotomia "concessioni di servizio pubblico (ascrisse alla cognizione del G.A. anche per la fase di esecuzione del rapporto) — appalti pubblici di servizi (attribuiti alla cognizione del G.A. solo per la fase di gara, ma non per quella di esecuzione del rapporto, riservata comunque al G.O.)" costituisce uno dei nodi nel riparto di giurisdizione non sciolti dal codice del processo amministrativo. Esclusa l'analogia, che non opera nel riparto di giurisdizione, ed esclusa altresì la possibilità di configurare una sorta di potere del G.A. di "disapplicazione" dell'atto di diritto privato dell'amministrazione specularmente a quello del G.O. di disapplicazione dell'atto amministrativo, occorre rinvenire un criterio alternativo per conseguire l'obiettivo di razionalità di concentrazione della tutela e di unitarietà della disamina dell'affare amministrativo dedotto. Questo criterio, ad avviso del Collegio, si può rinvenire nella contestazione della risoluzione, come prospettata dalla società ricorrente, non già (e non solo) in quanto tale, quale atto di diritto privato di esercizio delle facoltà della parte contrattuale dell'appalto, bensì (e soprattutto) quale esito di un procedimento amministrativo tendente all'accertamento della perdita dei requisiti richiesti per l'esecuzione del servizio, come tale ricostruibile in termini sicuramente pubblicistici e autoritativi, idonei a fondare la giurisdizione amministrativa.

14. Riveste dunque priorità logico-giuridica la trattazione dell'azione di annullamento del diniego di sostituzione dell'ausiliaria fallita. Dalla soluzione di questo punto della controversia discenderà conseguenzialmente la decisione anche della seconda azione, relativa alla risoluzione del contratto, siccome interamente fondata su tale prima questione (non sostituibilità dell'ausiliaria fallita, posto che la seconda ragione addotta dall'amministrazione a base della disposta risoluzione — ossia la contestazione di omessa comunicazione della sopravvenuta nomina di un secondo amministratore con poteri disgiunti - inizialmente avanzata nell'atto di avvio del procedimento, non risulta più riproposta nel provvedimento finale).

15. Il primo — e centrale — punto di lite, da sciogliere, è dunque rappresentato dall'incidenza sulla perseguibilità del rapporto contrattuale — affermata dall'amministrazione e negata dall'impresa ricorrente — dell'intervenuto fallimento dell'impresa ausiliaria, di cui la concessionaria si era avvalsa in sede di gara ai fini dell'integrazione del requisito del fatturato. La questione si risolve nella domanda se sia possibile un'estensione analogica della previsione dell'art. 37, comma 19, del codice dei contratti pubblici (in base al quale In caso di fallimento di uno dei mandanti ovvero, qualora si tratti di imprenditore individuale, in caso di morte, interdizione, inabilitazione o fallimento del medesimo ovvero nei casi previsti dalla normativa antimafia, il mandatario, ove non indichi altro operatore economico subentrante che sia in possesso dei prescritti requisiti di idoneità, è tenuto alla esecuzione, direttamente o a mezzo degli altri mandanti, purché questi abbiano i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori o servizi o forniture ancora da eseguire) anche per il caso, qui in esame, di fallimento dell'impresa ausiliaria oltre che per il caso, espressamente contemplato dalla disposizione, del fallimento dell'impresa mandante in raggruppamento temporaneo.

16. Orbene, il riferito punto decisivo della controversia è fondato e merita accoglimento, con annullamento del diniego di sostituzione, conseguente ammissione della ricorrente a proporre una nuova ausiliaria capace di prestarle il requisito del fatturato e, "a valle", la caducazione della disposta risoluzione dell'appalto. Ne consegue anche l'effetto ulteriore dell'improcedibilità dell'azione diretta avverso la nuova gara, che dovrà considerarsi caducata per effetto del disposto annullamento del diniego di sostituzione e della risoluzione del contratto.

17. Con il primo motivo del ricorso introduttivo la società ricorrente sostiene che i requisiti speciali (come appunto il fatturato specifico) richiesti per la partecipazione alla gara, a differenza di quelli generali di cui all'art. 38 del d.lgs. n. 163 del 2006, non debbano sussistere senza soluzione di continuità anche nella fase di esecuzione del contratto, ma debbano essere posseduti solo all'atto della celebrazione della gara, essendo evidente che il possesso di un determinato

fatturato sia inidoneo ad incidere sulla corretta esecuzione dell'appalto, avendo già esaurito la propria funzione (esclusivamente) selettiva al momento genetico del rapporto contrattuale in essere, ovvero in sede di ammissione dei concorrenti alle operazioni di gara. Diversamente opinando, ha argomentato la società ricorrente, ne deriverebbe da un lato un'inaccettabile commistione tra requisiti di partecipazione e criteri di aggiudicazione, laddove il fatturato pregresso dell'impresa esecutrice dovesse intendersi come presupposto indefettibile della corretta esecuzione dell'appalto; dall'altro il paradosso per cui tutte le imprese esecutrici di appalti pubblici regolarmente aggiudicati dovrebbero mantenere sempre lo stesso fatturato per tutta la durata del contratto (nel caso di specie 5 anni), pena la risoluzione di quest'ultimo, essendo viceversa impossibile mantenere immutato il fatturato di un'impresa, se solo si considera come qualsiasi attività imprenditoriale risponde ai rischi sottesi alle costanti oscillazioni dell'economia di settore. Sarebbe del tutto illogico, ha concluso la ricorrente, prevedere la risoluzione dei contratti di cui sono risultate aggiudicatrici tutte le imprese che nel corso dell'esecuzione abbiano subito una riduzione del fatturato. Peraltro, ha soggiunto la società ricorrente, anche sotto il profilo della garanzia - a cui in qualche modo il possesso di un determinato fatturato può essere fatto risalire - l'Amministrazione sarebbe, nel caso di specie, ampiamente tutelata, in quanto, come risulta dal contratto di avvalimento, ai fini della responsabilità solidale dell'impresa avvalsa, la ricorrente ha provveduto, in ogni caso, a costituire polizza assicurativa pari al 10% dell'importo dei servizi appaltati, a garanzia della buona e regolare esecuzione dei servizi, che si aggiunge alla cauzione versata direttamente alla stazione appaltante, che, evidentemente, potrà rivalersi anche sulla garanzia costituita in favore dell'impresa ausiliaria.

La tesi, pur non priva di pregio in astratto, non deve essere vagliata nel merito dal Collegio, dal momento che risulta decisiva e assorbente di ogni altro profilo, come già detto, la questione dell'ammissibilità della sostituzione dell'ausiliaria fallita.

17.1. Con il secondo motivo di censura la società ricorrente ha difatti dedotto l'illegittimità dei provvedimenti impugnati nella parte in cui non hanno tenuto in alcun conto la richiesta di essere autorizzata alla sostituzione dell'ausiliaria, in analogia con quanto stabilito dall'art. 37, comma 19, del d.lgs. n. 163 del 2006, in quanto applicabile all'ipotesi di fallimento dell'impresa avvalsa (in senso conforme consultazione on line AVCP 16 gennaio 2012). Secondo parte ricorrente, alla fattispecie del fallimento dell'impresa ausiliaria in caso di avvalimento potrebbe pacificamente applicarsi la disciplina relativa al fallimento della mandante dell'ATI di cui al comma 19 dell'art. 37 del d.lgs. n. 163 del 2006, che ne consente la sostituzione con altra impresa in possesso dei requisiti prescritti.

La tesi è condivisa dal Collegio ed è giudicata fondata.

Non può valere in senso negativo il richiamo – qui inappropriato – al principio di immodificabilità soggettiva dei partecipanti alle gare pubbliche (Cons. Stato, sez. V, 20 aprile 2012, n. 2328, di conferma di T.a.r. Campania, Napoli, sez. I, n. 8333 del 2009), dal momento che in questo caso il fallimento dell'ausiliaria è intervenuto dopo l'aggiudicazione e non può in alcun modo alterare la par condicio tra i concorrenti (Cons. Stato, ad. plen., 15 aprile 2010, n. 1; Cons. Stato, sez. V, 10 settembre 2010, n. 6546; 28 settembre 2011, n. 5406). Nemmeno pare ostativo alla sostituibilità il rilievo per cui, in caso di raggruppamento temporaneo, la sostituzione può avvenire all'interno della compagine delle mandanti (oppure con assunzione in capo alla mandataria del relativo), senza necessariamente ricorso a imprese ulteriori, estranee al raggruppamento stesso. Tale restrizione appare infatti logica nel sistema del raggruppamento, caratterizzato per definizione da una pluralità di imprese temporaneamente associate tra loro, mentre non può riferirsi al caso dell'avvalimento, nel quale l'impresa ausiliaria resta estranea al contratto e limita il proprio ruolo al prestito di un requisito, con annessa obbligazione di garanzia.

Neppure sembra condivisibile l'orientamento restrittivo espresso da questo stesso Tar in fattispecie relative alla risoluzione del contratto d'appalto per la sopravvenuta informativa prefettizia antimafia sfavorevole a carico dell'impresa ausiliaria (sez. VIII, 17 gennaio 2013, n. 371; 7 dicembre 2011, n. 5712 e 11 ottobre 2012, n. 4058), ove si è negata l'estensione analogica degli artt. 37, commi 18 e 19, del d.lgs. n. 163 del 2006, disposizioni ritenute eccezionali e derogatorie rispetto al divieto di variazioni soggettive delle riunioni di imprese in gara, sancito dal precedente comma 9, come tali insuscettibili di applicazione analogica (Cons. Stato, ad. plen., 4 maggio 2012, n. 8), pena la violazione della par condicio tra i concorrenti derivante dall'inserimento, a gara già espletata, di un impegno e di un contratto di avvalimento nuovi e diversi rispetto a quelli allegati all'offerta ai sensi dell'art. 49, comma 2, lett. d e f, del d.lgs. n. 163/2006 (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 20 novembre 2008 n. 5742; sez. VI, 4 maggio 2009, n. 2785; sez. V, 19 settembre 2011, n. 5279).

La tesi restrittiva, ora considerata, non è giudicata del tutto convincente dal Collegio, che, anzi, evidenzia come ricorrano tutti i presupposti dell'analogia legis, nel caso in esame, atteso che non si ravvisano ragioni persuasive per consentire, da un lato, la sostituzione dell'impresa raggruppata, che pure è contraente diretta obbligata a una quota della prestazione dedotta in contratto, e negarsi, invece, dall'altro lato, la sostituzione dell'impresa ausiliaria, che non è parte del contratto e presta solo un'obbligazione di garanzia. Secondo la regola logica, prima ancora che giuridica, della continenza, per cui il più contiene il meno, non sussiste nessuna ragione giuridico-formale o pratico-operativa per impedire la sostituzione in un rapporto "minore" e meno intenso (quello di avvalimento tra ausiliata e ausiliaria) quando la legge ammette la sostituzione nel caso "maggiore" e più intenso (quello del raggruppamento temporaneo tra imprese, tutte pro quota direttamente obbligate alla prestazione principale).

Inoltre, l'immodificabilità soggettiva dei partecipanti alle gare pubbliche – sopra ricordata - è preordinata a garantire l'amministrazione appaltante in ordine alla verifica dei requisiti di idoneità morale, tecnico organizzativa ed economica, nonché alla legittimazione delle imprese che hanno partecipato alla gara, onde l'inammissibilità della sanatoria di irregolarità che avrebbero precluso ad una impresa di partecipare alla gara fin dall'inizio, ma è derogata (con ammissione della sostituzione) quando ricorrono motivi indipendenti dalla volontà del soggetto partecipante alla gara (fallimento del mandante, del mandatario e, se si tratta di imprenditore individuale, morte, interdizione o inabilitazione, nonché le ipotesi previste dalla normativa antimafia) e ciò nell'interesse della stazione appaltante alla continuazione della prestazione. In base a questo principio, nel caso in esame, nulla osta all'estensione analogica della norma citata al caso del sopravvenuto fallimento dell'impresa ausiliaria, in quanto fatto successivo alla gara (che non incide, dunque, sull'originario possesso dei requisiti di partecipazione), in alcun modo dipendente dalla (o imputabile alla) impresa affidataria ausiliata, di talché l'amministrazione precedente, anziché risolvere senz'altro il contratto, avrebbe dovuto dare modo all'impresa appaltatrice, corrispondendo peraltro a una sua precisa richiesta avanzata in tal senso nel corso del procedimento, di presentare una nuova ausiliaria dotata di idonei requisiti, tale da rimpiazzare – anche sotto il profilo dell'obbligazione accessoria che deriva dal contratto di avvalimento (ex art. 49, comma 4, del codice dei contratti pubblici, per cui il concorrente e l'impresa ausiliaria sono responsabili in solido nei confronti della stazione appaltante in relazione alle prestazioni oggetto del contratto) – il requisito dell'impresa fallita.

Il Comune di Torre del Greco, invece, non prendendo in alcun modo in considerazione tale istanza, ha immotivatamente deciso per la risoluzione del contratto, adducendo, peraltro, un ulteriore, generico e anch'esso immotivato motivo di "violazione della buona fede nei rapporti contrattuali", che non è dato comprendere se si dovrebbe identificare nella stessa vicenda del fallimento sopravvenuto dell'impresa ausiliaria – ciò che non incide invero in alcun modo sulla buona fede della concessionaria – o se si sarebbe sostanziata in altre e diverse circostanze, invero neppure rappresentate o altrimenti indicate negli atti di risoluzione impugnati.

Né pare estensibile alla fattispecie in esame la posizione assunta da questo Tar (sez. VIII, 17 gennaio, n. 371 del 2013 e altre, cit.) nella diversa ipotesi relativa alla risoluzione del contratto d'appalto per la sopravvenuta informativa prefettizia antimafia sfavorevole a carico dell'impresa ausiliaria, atteso che, nel caso di sopravvenuta interdittiva antimafia, osta all'estensione analogica degli artt. 37, commi 18 e 19, del d.lgs. n. 163 del 2006 il disposto speciale dell'art. 12 del d.P.R. n. 252 del 1998, in base al quale l'interdittiva antimafia dell'impresa mandante non opera nei confronti delle altre imprese partecipanti solo quando l'impresa interdetta sia estromessa o sostituita anteriormente alla stipula del contratto o alla concessione dei lavori, dal che discende de plano l'impossibilità di operare tale sostituzione, con effetti di prosecuzione del rapporto, allorché l'interdittiva intervenga dopo la stipula del contratto o la concessione dei lavori. Non è d'altra parte senza rilievo, sul piano della differenziazione delle fattispecie a confronto (fallimento dell'ausiliaria; interdittiva antimafia della stessa) il fatto che l'interdittiva antimafia incide sul requisito soggettivo morale, lì dove, invece, il fallimento dell'ausiliaria incide sulla portata dell'obbligazione di garanzia da essa prestata.

Neppure appare risolutiva e persuasiva in senso contrario la mera qualificazione delle disposizioni di cui ai commi 18 e 19 dell'art. 37 citato in termini di norme eccezionali e derogatorie rispetto al divieto di variazioni soggettive delle riunioni di imprese in gara, sancito dal precedente comma 9, come tali insuscettibili di applicazione analogica, atteso che, in senso opposto, come ribadito da Cons. Stato, ad. plen., 4 maggio 2012, n. 8, il principio di immodificabilità soggettiva delle riunioni di imprese nelle procedure di affidamento di contratti pubblici ammette, comunque, temperamenti applicativi che non ne inficino la ratio sottostante e non si traducano, quindi, in variazioni della compagine concorrente, elusive della par condicio in materia di requisiti idoneativi. Così stando le cose, non si comprende perché la sostituzione "sanante" della carenza successiva del requisito desunto dall'ausiliaria non debba essere ammesso le quanto volte si ammette la sostituzione "sanante" della mandante, sol perché la norma non l'ha espressamente detto, apparendo, anzi, la minore intensità del legame che astringe l'ausiliaria all'ausiliata, rispetto a quello che lega la mandante alla madataria, un motivo a favore (e non certo contro) l'estensione dell'eccezione al principio di immodificabilità della compagine delle imprese (a vario titolo) partecipanti.

Né a diverse conclusioni pare possa condurre il fatto che l'insolvenza della società ausiliaria (gennaio 2011) e il suo stesso fallimento (sentenza di fallimento del 17 novembre 2011) siano stati anteriori alla stipula del contratto di appalto in data 24 ottobre 2011, posto che è pacifico in atti che il servizio era stato già affidato, sotto riserva di legge, in data 7 novembre 2010 e che l'aggiudicazione definitiva era avvenuta con determinazione dirigenziale n. 1364 del 4 ottobre 2010, ossia anteriormente allo stato di crisi dell'impresa ausiliaria.

18. Deve conseguentemente e conclusivamente essere disposto l'annullamento del diniego di sostituzione opposto dal Comune intimato alla richiesta formulata dall'impresa ricorrente e, per l'effetto, l'annullamento della risoluzione, siccome fondata esclusivamente sull'illegittimo diniego di ammissione alla sostituzione dell'impresa ausiliaria fallita. Con l'ulteriore conseguenza della caducazione della nuova gara, che ormai risulta priva del suo stesso oggetto, a fronte della possibile prosecuzione dell'appalto. Conseguentemente, non sussiste più un interesse concreto e attuale della ricorrente alla disamina nel merito delle censure dirette avverso gli atti della nuova gara, proposte in sede di motivi aggiunti. Non occorre dunque procedere alla trattazione dei motivi aggiunti, nella parte in cui con essi (i primi cinque motivi nuovi di doglianza) la società ricorrente attacca, in sostanza, gli atti di indizione della nuova gara per asseriti vizi intrinseci di legittimità propri di tale nuova procedura, agendo, dunque, in qualità di impresa del settore potenziale candidata, con azione impugnatoria di legittimità, piuttosto che in qualità di contraente che si oppone in sede petitoria avverso atti consequenziali al contestata risoluzione del contratto.

19. La domanda risarcitoria deve invece essere respinta, atteso che l'impresa ricorrente, vuoi per il periodo estivo, vuoi per la successiva tutela cautelare ricevuta, non ha subito danni diretti dall'applicazione dei provvedimenti impugnati.

20. Le spese, secondo il criterio della soccombenza, devono essere poste a carico dell'amministrazione resistente, nell'importo liquidato in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso e sui conseguenti motivi aggiunti, come in epigrafe proposti, li accoglie e, per l'effetto annulla gli atti impugnati, nei termini e con gli effetti precisati in motivazione. Respinge la domanda risarcitoria per equivalente. Condanna il Comune di Torre del Greco, in persona del Sindaco p.t., al pagamento delle spese processuali, che si liquidano in complessivi euro 3.000,00 (tremila/00), in favore dell'impresa ricorrente.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 24 ottobre 2013 con l'intervento dei magistrati:

Paolo Carpentieri, Presidente FF, Estensore

Ida Raiola, Consigliere

Paola Palmarini, Primo Referendario

IL PRESIDENTE, ESTENSORE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 11/11/2013

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)