

## **Il fallimento dell'impresa ausiliaria nella fase che precede la stipula del contratto.**

*di Maria Nunzia Natale*

*Data di pubblicazione: 19-1-2015*

Tar Lombardia, Milano, Sez. III, 29 dicembre 2014, n. 3212

Presidente Leo; Estensore Di Mario

*E' legittimo il provvedimento con il quale la stazione appaltante ha revocato in autotutela l'aggiudicazione di una gara di appalto, motivato con riferimento al sopravvenuto fallimento dell'impresa indicata dall'aggiudicataria, in sede di gara come propria ausiliaria ex art. 49 del d.lgs. n. 163 del 2006, nel caso in cui il fallimento sia intervenuto quando l'aggiudicazione definitiva non era ancora divenuta efficace, ex art. 11 del d.lgs. 163 del 2006, essendo ancora in corso la fase di verifica dei requisiti dell'aggiudicataria stessa. Infatti: a) solo con la verifica dei requisiti dell'aggiudicataria si conclude la fase di gara e si apre quella successiva della stipulazione del contratto; b) durante la fase di gara, non è consentita la sostituzione di un'impresa partecipante, in quanto tale sostituzione incide sulla trasparenza delle operazioni di gara e sulla par condicio dei partecipanti; c) l'immodificabilità soggettiva dei partecipanti durante la gara è indispensabile per una valutazione obiettiva sia dell'offerta, sia dell'affidabilità del contraente e costituisce il presupposto necessario per un sano e trasparente confronto concorrenziale tra le imprese partecipanti; d) la mancanza o la perdita dei requisiti di gara, in questa fase, costituisce causa di esclusione dalle gare e non semplice motivo di sanatoria.*

**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia**

**(Sezione Terza)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 3168 del 2013, proposto da: Aipa - Agenzia Italiana Per Le Pubbliche Amministrazioni S.p.A., rappresentato e difeso dagli avv. Marco Napoli, Maurizio Zoppolato, con domicilio eletto presso Maurizio Zoppolato in Milano, Via Dante, 16;

*contro*

Comune di Bollate in Persona del Sindaco P.T., rappresentato e difeso dagli avv. Alberto Ponti, Micaela Chiesa, Roberta Bertolani, con domicilio eletto presso Micaela Chiesa in Milano, corso di Porta Vittoria, 47;

*nei confronti di*

Duomo Gpa Srl,

Generali Italia Spa;

*per l'annullamento*

1) della determina dirigenziale n. 766 del 25 novembre 2013 con la quale il Responsabile dell'area entrate e programmazione finanziaria del Comune di Bollate, in ragione del fallimento dell'impresa che l'odierna ricorrente aveva indicato in sede gara come propria ausiliaria (ex art. 49 d.lgs 163/2006):

- ha revocato l'aggiudicazione definitiva ad AIPA SpA della gara indetta dallo stesso Comune di Bollate per l'affidamento del servizio di supporto all'Ufficio Tributi;

- ha disposto l'escussione della cauzione provvisoria rilasciata dalla stessa AIPA al Comune;

- ha ritenuto di affidare il servizio per la durata di tre anni alla DUOMO GPA Srl;

2) -della nota del 27 novembre 2013, n. prot. 42120 con la quale lo stesso Comune ha preteso di incamerare la cauzione provvisoria di cui si è detto e della nota del 6 dicembre 2013 n. prot. 43146 con la quale il Responsabile del Procedimento ha rigettato la richiesta di annullamento in autotutela presentata dal legale di AIPA S.p.a;

3)- di ogni altro atto ad essi preordinato, presupposto, consequenziale e/o comunque connesso, ivi incluso la comunicazione di avvio del procedimento di revoca.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Bollate in Persona del Sindaco P.T.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 16 dicembre 2014 il dott. Alberto Di Mario e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO e DIRITTO

1. La ricorrente ha impugnato la revoca dell'aggiudicazione, disposta a seguito degli accertamenti effettuati sull'aggiudicatario prima della stipulazione del contratto, a causa della verifica del fallimento dell'impresa ausiliaria.

Contro il suddetto atto ha sollevato i seguenti motivi di ricorso.

I) Sulla illegittimità della revoca: violazione degli articoli 37 e 49 del d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163- violazione della direttiva CE 18/2004; violazione dei principi generali in materia di pubbliche gare; eccesso di potere per travisamento dei presupposti in fatto e diritto, illogicità, carenza di motivazione. Secondo la 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.

II) Sulla illegittimità dell'escussione della cauzione: violazione degli articoli 48 e 75 del d.lgs. 163/2006; violazione dei principi generali in materia di pubbliche gare; eccesso di potere per travisamento dei presupposti in fatto e diritto, illogicità, carenza di motivazione.

Secondo la ricorrente la cauzione non potrebbe essere escussa perché l'impossibilità di stipulare il contratto deriverebbe da fatto altrui.

La difesa del Comune ha chiesto la reiezione del ricorso.

All'udienza del 16 dicembre 2014 la causa è stata trattenuta dal Collegio per la decisione.

2. Il primo motivo di ricorso è infondato.

2.1 Il comma 19 dell'art. 37 del d.lgs. n. 163 del 2006 permette all'impresa mandataria di sostituire uno dei mandanti con altro operatore economico subentrante che sia in possesso dei prescritti requisiti e al fine di portare a termine il contratto.

Una parte della giurisprudenza (TAR Campania-Napoli, Sez. III, 11.11.2013 n. 5042) ammette che tale disposizione possa essere applicata anche al caso del fallimento dell'impresa ausiliaria in caso di avvalimento. I giudici in quel caso hanno ritenuto che la sostituzione non potesse violare il principio di immodificabilità soggettiva dei partecipanti alle gare pubbliche, dal momento che il fallimento dell'ausiliaria era intervenuto dopo l'aggiudicazione e non poteva in alcun modo alterare la par condicio tra i concorrenti.

Nel caso in giudizio, invece, il fallimento è stato accertato durante lo svolgimento della gara, in quanto l'aggiudicazione definitiva non era ancora efficace, ai sensi dell'art. 11 del D. Lgs. 163/2006, a cagione della fase di verifica dei requisiti dell'aggiudicatario. Solo con la verifica dell'aggiudicatario, infatti, si conclude la fase di gara e si apre quella successiva della stipulazione del contratto.

Durante la gara la legge prevede l'immodificabilità soggettiva del partecipante alla gara. Infatti il capo II del D. Lgs. 163/06 stabilisce che la scelta del contraente nelle procedure di gara non ha per oggetto esclusivamente l'offerta ma anche i requisiti oggettivi e soggettivi del contraente, attribuendo così alla procedura il carattere di strumento di scelta non solo dell'offerta migliore ma anche del contraente più affidabile.

Identico principio è stabilito per il raggruppamento di concorrenti, dalla fase di presentazione delle offerte fino all'aggiudicazione definitiva. Il comma 9 dell'art. 37 del Codice degli appalti prevede il divieto di modificazioni soggettive dopo la presentazione dell'offerta: "(...) è vietata qualsiasi modificazione alla composizione dei raggruppamenti temporanei e dei consorzi ordinari dei concorrenti rispetto a quella risultante dall'impegno presentato in sede di offerta".

Le eccezioni previste dai commi 18 e 19 dell'art. 37 riguardano esclusivamente la fase di esecuzione del contratto, nella quale prevale evidentemente l'interesse pubblico alla realizzazione delle opere e dei servizi. Tale interpretazione è confermata oltre che dalla lettera della norma dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 1/2010, secondo la quale "il richiamo all'art. 94 del d.P.R. nr. 554 del 1999 – oggi commi 18 e 19 dell'art. 37 del D. Lgs. 163/06 -, ... attiene alle modifiche soggettive del raggruppamento ed alla possibilità che questo porti avanti i lavori previo accertamento da parte della stazione appaltante sulla sua idoneità nella nuova (e, in ipotesi, più ristretta) composizione: tale norma ... si riferisce palesemente a una valutazione in ordine alla persistenza in capo al r.t.i. aggiudicatario dei requisiti di capacità tecnica ed economica richiesti dal bando di gara, che presiedono, garantendola, all'esecuzione della prestazione, sicchè deve escludersene l'applicabilità ad un'area del tutto diversa nella struttura e nella finalità quale è quella sottesa al possesso di requisiti soggettivi prescritti dalla legge per la partecipazione alle gare".

Durante la fase di gara, infatti, la sostituzione di un'impresa partecipante incide sulla trasparenza delle operazioni di gara e sulla par condicio dei partecipanti. Ciò perché l'immodificabilità soggettiva dei partecipanti durante la gara è indispensabile per una valutazione obbiettiva sia dell'offerta sia dell'affidabilità del contraente e costituisce il presupposto necessario per un sano e trasparente confronto concorrenziale tra le imprese partecipanti.

Per tale ragioni la mancanza o la perdita dei requisiti di gara in questa fase costituisce causa di esclusione dalle gare e non semplice motivo di sanatoria.

Tali principi si estendono anche all'impresa ausiliaria, in quanto il contratto di avvalimento costituisce elemento che integra i requisiti di partecipazione alla gara, talvolta addirittura permettendo ad un soggetto privo dei requisiti di partecipare ad una gara alla quale altrimenti non avrebbe diritto di partecipare. Questa lettura è confermata anche dalla giurisprudenza, la quale ha chiarito che i presupposti ed i contenuti dell'avvalimento debbono essere verificati in concreto, mediante il deposito e l'analisi dei relativi contratti.

Molto spesso, inoltre, l'avvalimento incide anche sul contenuto dell'offerta in quanto la capacità tecnica ed economica dell'impresa ausiliaria ne costituiscono un elemento imprescindibile.

Permettere ad un concorrente di sostituire l'impresa ausiliaria prima della dichiarazione di efficacia dell'aggiudicazione definitiva, così come tra l'aggiudicazione provvisoria e quella definitiva, significa in sostanza permettergli di sostituire i suoi requisiti di carattere oggettivo, con la conseguenza riapertura di fatto della gara, in violazione dei principi di trasparenza, par condicio e continuità della gara.

2.2 Nel caso poi del fallimento dell'impresa ausiliaria occorre rammentare che tra i requisiti di partecipazione, applicabili anche all'ausiliaria, sussiste non solo quello della mancanza di fallimento, ma anche quello che non sia in corso un procedimento per la dichiarazione di una di tali situazioni (art. 38 c. 1 lett. a D. Lgs. 163/06), con la conseguenza che la richiesta di sostituzione dell'ausiliaria fallita in fase di gara è incompatibile con il divieto di partecipazione alla gara di imprese che hanno in corso una procedura per la dichiarazione di fallimento o comunque si presta ad un facile aggiramento del divieto medesimo.

2.3 Deve escludersi anche la violazione della normativa comunitaria in quanto la Corte di Giustizia UE Sez. VI, 23 gennaio 2003 in causa C-57/01 ha già affermato che "La direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/37/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, non osta ad una normativa nazionale la quale vieti un mutamento della composizione di un raggruppamento di imprenditori che partecipi ad una procedura di aggiudicazione di un appalto di lavori pubblici o di una concessione di lavori pubblici verificatosi dopo la presentazione delle offerte".

Il primo motivo di ricorso va quindi respinto.

3. Anche il secondo motivo di ricorso è infondato.

In merito occorre rilevare che dall'esame degli atti del processo non è possibile stabilire se le dichiarazioni in sede di gara siano state o meno veritiere, con la conseguenza che l'incameramento della cauzione può trovare fondamento esclusivamente nell'art. 75 del D. Lgs. 163/06.

In merito l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (04.05.2012, n. 8) ha riconosciuto che la

possibilità di incamerare la cauzione provvisoria può trarre fondamento anche dall'art. 75, comma 6, d.lgs. n. 163 del 2006, che riguarda tutte le ipotesi di mancata sottoscrizione del contratto per fatto dell'affidatario, intendendosi per "fatto dell'affidatario" qualunque ostacolo alla stipulazione a lui riconducibile, e dunque non solo il rifiuto di stipulare o il difetto di requisiti speciali, ma anche il difetto di requisiti generali di cui all'art. 38 dello stesso Codice (Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza 17.01.2014 n. 169).

Nel caso in questione la ricorrente ha perso i requisiti di carattere speciale per effetto di un evento, il fallimento dell'ausiliaria, che è imputabile alla sua sfera giuridica, riconducibile in sostanza ad un caso di culpa in eligendo, e rientra quindi tra le ipotesi di "fatto dell'affidatario".

Anche il secondo motivo e quindi l'intero ricorso vanno respinti.

4. Sussistono giustificati motivi per disporre la compensazione delle spese di giudizio tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Terza) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 16 dicembre 2014 con l'intervento dei magistrati:

Adriano Leo, Presidente

Alberto Di Mario, Primo Referendario, Estensore

Valentina Santina Mameli, Referendario

## **BREVI ANNOTAZIONI**

## **L'OGGETTO DELLA PRONUNCIA**

Nella vicenda oggetto della presente pronuncia, si dibatte in ordine alla conseguenze

giuridiche connesse al **fallimento dell'impresa ausiliaria** in caso di avvalimento: in particolare, la ricorrente impugna la **revoca dell'aggiudicazione**, disposta dalla p.a. a seguito degli accertamenti effettuati sull'aggiudicatario prima della stipula del contratto, proprio a causa della verifica del fallimento dell'impresa ausiliaria. Secondo la tesi sostenuta dalla ricorrente, in tal caso 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 consente la sostituzione con altra impresa in possesso dei requisiti prescritti. Diversa la tesi sostenuta ed accolta dai giudici amministrativi.

## IL PERCORSO ARGOMENTATIVO

Occorre muovere innanzitutto dalla considerazione che, nel caso in oggetto, il fallimento è stato accertato durante lo svolgimento della gara, in quanto l'aggiudicazione definitiva non era ancora efficace; ebbene, durante la gara la legge prevede l'immodificabilità soggettiva del partecipante alla gara (infatti, il capo II del d.lgs. n. 163/2006 stabilisce che la scelta del contraente nelle procedure di gara non ha per oggetto esclusivamente l'offerta ma anche i requisiti oggettivi e soggettivi del contraente, attribuendo così alla procedura il carattere di strumento di scelta non solo dell'offerta migliore ma anche del contraente più affidabile). Identico principio- si osserva- è stabilito per il raggruppamento di concorrenti, dalla fase di presentazione delle offerte fino all'aggiudicazione definitiva (il comma 9 dell'art. 37 del Codice degli appalti prevede il divieto di modificazioni soggettive dopo la presentazione dell'offerta: "(...) è vietata qualsiasi modificazione alla composizione dei raggruppamenti temporanei e dei consorzi ordinari dei concorrenti rispetto a quella risultante dall'impegno presentato in sede di offerta").

Ne deriva che le eccezioni previste dai commi 18 e 19 dell'art. 37 riguardano esclusivamente la fase di esecuzione del contratto, nella quale prevale evidentemente l'interesse pubblico alla realizzazione delle opere e dei servizi. Durante la fase di gara, infatti, la sostituzione di un'impresa partecipante incide sulla trasparenza delle operazioni di gara e sulla *par condicio* dei partecipanti. Ciò perché l'immodificabilità soggettiva dei partecipanti durante la gara è indispensabile per una valutazione obbiettiva sia dell'offerta sia dell'affidabilità del contraente e costituisce il presupposto necessario per un sano e trasparente confronto concorrenziale tra le imprese partecipanti. Per tale ragioni, la mancanza o la perdita dei requisiti di gara in questa fase costituisce causa di esclusione dalle gare e non semplice motivo di sanatoria.

Tali principi si estendono anche all'impresa ausiliaria, in quanto il contratto di avvalimento costituisce elemento che integra i requisiti di partecipazione alla gara, talvolta addirittura permettendo ad un soggetto privo dei requisiti di partecipare ad una gara alla quale altrimenti non avrebbe diritto di partecipare. **Permettere ad un concorrente di sostituire l'impresa ausiliaria prima della dichiarazione di efficacia dell'aggiudicazione definitiva, così come tra l'aggiudicazione provvisoria e quella definitiva, significa in sostanza permettergli di sostituire i suoi requisiti** di carattere oggettivo, con la conseguente riapertura di fatto della gara, in violazione dei principi di trasparenza, *par condicio* e continuità della gara.

Deve, inoltre, aggiungersi, che nel caso poi del fallimento dell'impresa ausiliaria tra i requisiti di partecipazione, applicabili anche all'ausiliaria, sussiste non solo quello della mancanza di fallimento, ma anche quello che non sia in corso un procedimento per la dichiarazione di una di tali situazioni (art. 38, comma 1, lett. a), d.lgs. n. 163/2006), con la conseguenza che **la richiesta di sostituzione dell'ausiliaria fallita in fase di gara è incompatibile con il divieto di partecipazione alla gara di imprese che hanno in corso una procedura per la dichiarazione di fallimento** o comunque si presta ad un facile aggiramento del divieto medesimo.

## CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

Così ricostruito il percorso argomentativo, occorre, in conclusione, interrogarsi in merito alla compatibilità di tale ricostruzione con la disciplina comunitaria, nonché in ordine alla possibilità che la vicenda in questione legittimi l'escussione della cauzione in capo alla stazione appaltante.

Quanto al primo punto, sottolinea il Collegio, disattendendo, anche in tal caso, la tesi sostenuta dal ricorrente, che la Corte di Giustizia UE Sez. VI, 23 gennaio 2003 in causa C-57/01 ha già affermato che *“La direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/37/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, non osta ad una normativa nazionale la quale vieti un mutamento della composizione di un raggruppamento di imprenditori che partecipi ad una procedura di aggiudicazione di un appalto di lavori pubblici o di una concessione di lavori pubblici verificatosi dopo la presentazione delle offerte”*.

Circa la seconda questione, occorre rilevare che dall'esame degli atti del processo non è possibile stabilire se le dichiarazioni in sede di gara siano state o meno veritiere, con la conseguenza che l'incameramento della cauzione può trovare fondamento esclusivamente nell'art. 75 del d.lgs. n. 163/2006. Sul punto, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (4 maggio 2012, n. 8) ha riconosciuto che la possibilità di incamerare la cauzione provvisoria può trarre fondamento anche dall'art. 75, comma 6, d.lgs. n. 163 del 2006, che riguarda tutte le ipotesi di mancata sottoscrizione del contratto per fatto dell'affidatario, intendendosi per “fatto dell'affidatario” qualunque ostacolo alla stipulazione a lui riconducibile, e dunque non solo il rifiuto di stipulare o il difetto di requisiti speciali, ma anche il difetto di requisiti generali di cui all'art. 38 dello stesso Codice (Cons. St., Sez. V, 17 gennaio 2014 n. 169). Nel caso in questione la ricorrente ha perso i requisiti di carattere speciale per effetto di un evento, il fallimento dell'ausiliaria, che è imputabile alla sua sfera giuridica, riconducibile in sostanza ad un caso di *culpa in eligendo*, e rientra quindi tra le ipotesi di “fatto dell'affidatario”.

## PERCORSO BIBLIOGRAFICO

F. Caringella, M. Giustiniani, *Manuale di diritto amministrativo. IV. I contratti pubblici*, Ed. Dike, 2014, pp. 650 ss.; F. Caringella, M. Giustiniani, *Codice dei contratti pubblici*, Ed. Dike, 2014.

