

Limiti ed eccezioni al principio di immodificabilità soggettiva dei partecipanti alla gara

di Michela Colapinto

Data di pubblicazione: 26-11-2016

1. Le censure che attengono a vicende societarie esulano dalla giurisdizione del giudice amministrativo e vanno accertate nelle competenti sedi processuali innanzi al giudice ordinario afferendo a posizioni di diritto soggettivo: la fase di esecuzione dell'appalto, infatti, è devoluta, ai sensi dell'art. 133 lett. e) n. 1, cod. proc. amm., e del consolidato indirizzo espresso dalla giurisprudenza amministrativa alla cognizione della giurisdizione del giudice ordinario.

2. Il principio di immodificabilità soggettiva, lungi dall'essere il portato precettivo di un divieto assoluto, ai sensi del combinato disposto dell'art. 37, comma 9 e commi 18 e 19 del Codice, persegue piuttosto lo scopo di consentire alla p.a. appaltante di verificare il possesso dei requisiti da parte dei soggetti che partecipano alla gara e, correlativamente, di precludere modificazioni soggettive, sopraggiunte ai controlli in grado di impedire le suddette verifiche preliminari ovvero che tale verifica venga vanificata.

1) Conformi: Cons. Stato, sez. V, 2 marzo 2015, n. 986.

Guida alla lettura

Preliminarmente la V Sezione adita affronta profili di **giurisdizione nella fase di esecuzione dell'appalto**.

A tal proposito, si ricorda che in materia di appalti pubblici, l'art. 133, comma 1, lett. e, n. 1, c.p.a. attribuisce alla **giurisdizione esclusiva** del giudice amministrativo le controversie relative alla procedura di affidamento, restando devolute alla **giurisdizione del giudice ordinario** quelle concernenti la fase di esecuzione del contratto, ossia concernenti i diritti e gli obblighi derivanti da quest'ultimo. Il giudizio avente per oggetto la risoluzione di un contratto pubblico e l'accertamento del diritto dell'appaltatore a proseguire il rapporto con l'amministrazione committente rientra, dunque, nella giurisdizione del giudice ordinario, quand'anche l'atto rescissorio rivesta la forma dell'atto amministrativo; ciò, perché trattasi di controversia inerente alla fase della esecuzione del contratto, nella quale l'amministrazione

opera in via paritetica e in rapporto alla quale la cognizione si radica – come detto – in capo al giudice ordinario, e perché spetta a quest'ultimo verificare la conformità alla normativa positiva delle regole attraverso cui i contraenti hanno disciplinato i loro contrapposti interessi e delle relative condotte attuative.

Da ultimo, le Sezioni Unite **con la sentenza n. 9861 del 14 maggio 2015** hanno fornito utili chiarimenti in ordine alla **giurisdizione nelle controversie che abbiano ad oggetto la validità e l'efficacia del contratto di appalto**, caducato per effetto dell'annullamento in autotutela degli atti di affidamento del servizio posti in essere in violazione delle norme comunitarie e nazionali.

La Cassazione ha richiamato il noto criterio generale per individuare il foro competente in materia di appalti, in base al quale occorre distinguere la fase anteriore alla stipulazione del vincolo contrattuale tra pubblica amministrazione e controparte privata da quella successiva, di talché mentre ogni questione relativa alla fase antecedente alla stipulazione del contratto ricade nella giurisdizione del giudice amministrativo, il giudizio vertente sul preteso inadempimento degli accordi negoziali e sulle conseguenti pretese risarcitorie deve essere affidato al giudice ordinario (fermo il potere-dovere del giudice ordinario, ove necessario, di disapplicare gli atti amministrativi invalidi).

Affermano le Sezioni Unite che tale principio può essere fatto valere utilmente anche nell'ipotesi in cui la parte privata intenda impugnare il provvedimento mediante il quale l'amministrazione pubblica ha unilateralmente risolto il rapporto contrattuale instaurato mediante atto di autotutela.

Secondo la Corte di legittimità, in siffatte circostanze vengono infatti in discussione **vizi genetici attinenti ad un momento antecedente la stipulazione dell'accordo negoziale con la controparte privata: vizi che riguarderebbero gli atti amministrativi prodromici alla stipulazione di quell'accordo** ed in ordine ai quali l'amministrazione si è avvalsa del potere di annullamento che le compete esercitando il proprio potere autoritativo e discrezionale, effettuando così **un apprezzamento dell'interesse pubblico**. Ebbene, **in tale ipotesi la posizione dei controinteressati ha natura di interesse legittimo e, pertanto, compete al giudice amministrativo il vaglio di legittimità sull'atto amministrativo in cui detto potere di autotutela si è esplicato**. Diversamente, **se dietro lo schermo dell'esercizio dei propri poteri di annullamento in autotutela, l'amministrazione intervenga direttamente sul contratto per far valere in realtà vizi ad esso relativi, la competenza sulla pronuncia di illegittimità del provvedimento apparterrà alla giurisdizione ordinaria**.

Passando al merito, com'è noto, l'istituto del **raggruppamento temporaneo di imprese** rappresenta uno strumento volto ad agevolare la **partecipazione alle gare di appalto** disposte dalle pubbliche amministrazioni e dagli organismi pubblici in genere, al duplice scopo di consentire l'ampliamento delle imprese partecipanti, e dunque le occasioni di lavoro per le medesime, e di offrire al contempo alla stazione appaltante una più ampia possibilità di scelta con conseguente migliore definizione dell'offerta.

L' immodificabilità soggettiva dei partecipanti alle gare pubbliche 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. E' per tali ragioni, che l'art. **37, comma 9, del D.Lgs n. 163/2006** stabilisce il divieto di modificare la composizione dei raggruppamenti temporanei e le eccezioni previste ai commi 18 e 19 (fallimento del mandante, del mandatario e, se si tratta di imprenditore individuale, morte, interdizione o inabilitazione, nonché le ipotesi previste dalla normativa antimafia) sono ammissibili in quanto, riguardano motivi indipendenti dalla volontà del soggetto partecipante alla gara e trovano giustificazione nell'interesse della stazione appaltante alla continuazione della stessa.

Il principio di **immodificabilità soggettiva** dei partecipanti alle gare pubbliche mira a garantire una conoscenza piena da parte delle Amministrazioni aggiudicatrici dei soggetti che intendono contrarre con le Amministrazioni stesse, consentendo una verifica preliminare e compiuta dei requisiti di 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.

Il divieto di modificazione soggettiva non ha l'obiettivo di precludere sempre e comunque il recesso dal raggruppamento in costanza di procedura di gara, poiché il rigore di detta disposizione va temperato in ragione dello scopo che persegue, che è quello di consentire alla stazione appaltante, in primo luogo, di **verificare il possesso dei requisiti** da parte dei soggetti che partecipano alla gara e, correlativamente, di precludere modificazioni soggettive, sopraggiunte ai controlli, e dunque, in grado di impedire le suddette verifiche preliminari. Tale essendo, dunque, la funzione di detta disposizione è evidente come le uniche modifiche soggettive elusive del dettato legislativo siano quelle che portano all'aggiunta o alla sostituzione delle imprese partecipanti e non anche quelle che conducono al recesso di una delle imprese del raggruppamento; in tal caso, infatti, le esigenze succitate non risultano affatto frustrate poiché l'Amministrazione, al momento del mutamento soggettivo, 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 mira ad impedire non possono verificarsi (**Cons. Stato, sez. VI, 13 maggio 2009, n. 2964**).

Sul punto, però, altra parte della giurisprudenza ritiene che il divieto imposto dal legislatore, riguardi "**qualsiasi modificazione**", con ciò impedendosi all'interprete di escludere alcune delle modificazioni dal "totale" di esse, complessivamente vietato dal legislatore. E ciò risulta a maggior ragione confermato dal fatto che il medesimo legislatore ha provveduto espressamente ad indicare le eccezioni al regime di divieto, con ciò ancora una volta (e a maggior ragione) precludendo interpretazioni volte ad escludere ipotesi di modificazione (quale quella in senso riduttivo dei componenti) dal complesso delle modifiche vietate. In definitiva, l'interpretazione "meno rigida" sopra riportata non può ritenersi consentita poiché essa, in presenza di un chiaro (e complessivo) divieto imposto dalla legge, con l'escludere un caso da tale divieto, compie una operazione non già di interpretazione normativa, bensì di (non consentita) integrazione della norma, di per sé compiutamente disciplinante il caso considerato.

Inoltre, la giurisprudenza ha anche chiarito che la trasformazione di una società da uno ad un

altro dei tipi previsti dalla legge, ancorché dotato di personalità giuridica, benchè non si traduca nell'estinzione di un soggetto e nella correlativa creazione di un altro soggetto, in luogo di quello precedente, dà vita ad una vicenda (meramente evolutiva e) modificativa del medesimo soggetto, pur se non incide sui rapporti sostanziali e processuali che ad esso fanno capo, ciò in ossequio al principio di continuità dei rapporti giuridici a seguito della trasformazione della società, di cui all'art. 2948 c.c., così consentendo che il soggetto titolare dell'impresa conservi i diritti e gli obblighi ad essa precedenti e prosegua i rapporti sostanziali e processuali (**Cass. civ. sez. II, 18 settembre 2012, n. 15622; 7 maggio 2013, n. 10958**).

Si precisa che nel nuovo Codice dei contratti pubblici resta ferma la possibilità di partecipare in forma associata, normata in un'unica disposizione (**l'art. 48**) al pari di quanto avveniva nel D.Lgs. 163/06 (cfr. art. 37).

La nuova disciplina risente fortemente dell'esigenza di chiarezza espressa dagli operatori giuridici nel periodo di vigenza del decreto 163.

Ne è discesa una prima parte sostanzialmente descrittiva e omologa al tessuto normativo previgente in cui si distinguono i RTI verticali e orizzontali, l'obbligatorietà dei requisiti in capo a ciascun componente, l'indicazione delle parti di servizio/fornitura, il regime della responsabilità, il modello "misto", la disciplina del mandato collettivo.

Si sancisce, poi, l'assioma della **immodificabilità della composizione del RTI**, prevedendo, tra l'altro, la facoltà di recesso da parte di una o più mandanti, restando fermo l'obbligo di qualificazione in capo alle componenti residue.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 6018 del 2016, proposto da:

Sled Costruzioni Generali, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Luca Tozzi C.F. TZZLCU73A25F839A, domiciliato ex art. 25 cpa presso Segreteria Sezionale Cds in Roma, piazza Capo di Ferro, 13;

contro

Regione Campania, in persona del presidente p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Angelo Marzocchella C.F. MRZNGI70D24F839Y, con domicilio eletto presso Regione Campania Ufficio Legale Reg. Campania in Roma, via Poli, 29;

Angri Sc Arl, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Rosa Maria Landi C.F. LNDRMR66E48H703E, con domicilio eletto presso Simona Rinaldi Gallicani in Roma, via Baldo degli Ubaldi 66;

Passavant Impianti Spa, Veolia Water Technologies Italia s.p.a. (Già Siba s.p.a.), in persona del legale rappresentante p.t., rappresentati e difesi dall'avvocato Sergio Cesare Cereda C.F. CRDSGC60R12E507X, con domicilio eletto presso Ferdinando Maria De Matteis in Roma, via di Porta Pinciana, 4;

per la riforma

della sentenza breve del T.A.R. CAMPANIA - NAPOLI: SEZIONE I n. 03472/2016, resa tra le parti, concernente appello avverso sentenza con cui il giudice amministrativo ha declinato la giurisdizione - accertamento del diritto al subentro nella quota di contratto per la gestione del depuratore di Angri - ris.danni

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Regione Campania e di Angri Sc Arl e di Passavant Impianti Spa e di Veolia Water Technologies Italia Spa (Già Siba Spa);

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 27 ottobre 2016 il Cons. Oreste Mario Caputo e uditi per le parti gli avvocati Luca Tozzi, Panariello, Sergio Cesare Cereda, Rosa Maria Landi;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Sled Costruzioni Generali (d'ora in poi Sled) ha impugnato il provvedimento (prot. n. 210514 del 25 marzo 2016) con il quale la regione Campania prendeva atto del recesso/esclusione dalla società consortile AGRI s.c. a.r.l. gestore dell'impianto di depurazione "Angri/S. Marzano/S.E. di Montalbino", realizzato dall'a.t.i. Passavant Impianti

s.p.a. a sua volta partecipata, in qualità d'impresa mandante, dalla essa stessa ricorrente.

Deduceva nei motivi d'impugnazione la plurima e concorrente violazione degli artt. 37 e 116 d.lgs. n. 163 del 2006, oltre che eccesso di potere sotto vari profili sintomatici.

La Regione, in violazione dell'art.116 cod. contr., non avrebbe attivato il potere autoritativo di verifica dei requisiti soggettivi ed oggettivi dei soggetti subentranti alla società ricorrente, estromessa, sicché sarebbe affetto da nullità il subentro della Passavant e della Voelia nella quota di Sled nonché lo stesso contratto di gestione per violazione dell'art. 37, commi 9 e 10, del d.lgs. n. 163/2006.

2. Si costituivano in giudizio la regione Campania, Angri Sc Arl e Passavant Impianti s.p.a., Veolia Water Technologies Italia s.p.a.

3. Il Tribunale amministrativo regionale per la Campania, sez. I, dichiarava il ricorso inammissibile per difetto di giurisdizione.

Ripercorse le tappe della vicenda societaria che aveva dato causa all'estromissione della società ricorrente, ritenevano i giudici di prime cure le censure "attengono a vicende societarie che esulano dalla giurisdizione del giudice amministrativo e vanno accertate nelle competenti sedi processuali innanzi al giudice ordinario afferendo a posizioni di diritto soggettivo nei rapporti interni tra i partecipanti all'a.t.i."

La controversia, aggiungeva il Tar, attiene alla fase di esecuzione dell'appalto devoluta, ai sensi dell'art. 133 lett. e) n. 1, cod. proc. amm., e del "consolidato indirizzo espresso dalla giurisprudenza amministrativa (Consiglio di Stato, n. 4025/2014; Adunanza Plenaria, n. 14/2014)", alla cognizione della giurisdizione del giudice ordinario.

4. Appella la sentenza Sled. Resistono la regione Campania, Angri Sc Arl , Passavant Impianti s.p.a. e Veolia Water Technologies Italia s.p.a.

5. Alla Camera di consiglio del 27.10 206 la causa, su richiesta delle parti, è stata trattenuta in decisione.

6. Coi motivi d'appello annodati da un comune filo conduttore, incentrato sulla sussistenza delle condizioni, richieste dall'art.116 cod. contr. in coordinato disposto con l'art. 37cod. contr., per consentire la novazione soggettiva dell'esecutore di un contratto pubblico – per inciso consistenti, rispettivamente: nel necessario possesso dei requisiti di qualificazione da parte del soggetto risultante dalla stessa e nella comunicazione da parte del richiedente dell'avvenuta trasformazione, non opposta dalla stazione appaltante nel termine di sessanta giorni – la società appellante lamenta gli errori di giudizio in cui sarebbero incorsi i giudici di prime cure nell'omettere di considerare che le censure proposte afferivano proprio all'insussistenza delle condizioni previste dalle norme richiamate per consentire la modifica della composizione della compagine affidataria della concessione di gestione dell'impianto di depurazione.

7. L'appello è infondato.

7.1 I motivi d'appello muovono da un presupposto non affatto condivisibile: l'assoluta immodificabilità soggettiva dell'ATI – o del Consorzio che come nel caso in esame ad esso è subentrato – affidatario del servizio che la giurisprudenza s'è invece incaricata di smentire.

La postulata immodificabilità soggettiva dell'affidataria è assunta in presa diretta dalla società estromessa per sostenere che il divieto assoluto – derogato solo nelle ipotesi espressamente previste (cfr. commi 18 e 19 art. 37 cod. contr.) che qui non ricorrono – comporta *ipso facto* – a prescindere dai motivi dedotti – la giurisdizione del giudice amministrativo sul potere esercitato dall'amministrazione che, ai sensi dell'art. 116 co.d. contr., non s'è opposta al subentro.

Il principio di immodificabilità soggettiva, lungi dall'essere il portato precettivo di un divieto assoluto, ai sensi del combinato disposto dell'art. 37, comma 9 e commi 18 e 19 del Codice, persegue piuttosto lo scopo di consentire alla p.a. appaltante di verificare il possesso dei requisiti da parte dei soggetti che partecipano alla gara e, correlativamente, di precludere modificazioni soggettive, sopraggiunte ai controlli in grado di impedire le suddette verifiche preliminari (cfr., Consiglio di Stato, 13 maggio 2009, n. 2964) ovvero che tale verifica venga vanificata (cfr., Consiglio di Stato, 2 agosto 2006, n. 5081, nonché Consiglio di Stato 23 luglio 2007, n. 4101).

In aggiunta, sul piano sistematico, non va passato sotto silenzio che l'art. 106 d.lgs. n.50/2016, recependo l'art. 72 della direttiva 2014/24/Ue e l'art. 89 della direttiva 2014/25/Ue, prevede al comma 1, lett *d*, n. 2, la possibilità di modifica del contratto in corso qualora all'aggiudicatario iniziale succeda “per causa di morte o per contratto, anche a seguito di ristrutturazioni societarie, comprese rilevazioni, fusioni scissioni acquisizione o insolvenza , un altro operatore che soddisfi i criteri di selezione qualitativa stabiliti inizialmente, purché ciò non implichi altre modifiche sostanziali al contratto”.

Nel segno della maggiore flessibilità della regolamentazione della continuità aziendale si è inteso agevolare la continuazione dell'esecuzione dei contratti pubblici già stipulati.

7.2 Nel caso in esame la società ha dapprima diffidato la stazione appaltante a non dare corso alla richiesta di Passavant circa l'intervenuta modifica soggettiva dell'a.t.i. sì (così si legge) da “attestare la costante situazione di persistenza della condizione di associato della stessa dall'Associazione Temporanea di Imprese in discorso”. Quindi ha impugnato l'atto con il quale la Regione deliberava di continuare il rapporto contrattuale con l'a.t.i. Passavant/Voelia Water Technologies.

7.3 Le ragioni di contestazione dell'atto di estromissione dall'a.t.i. – mai, va sottolineato, impugnato innanzi al giudice civile – sono divenute l'oggetto del giudizio all'esame. Le *cause petendi*, ossia i motivi d'impugnazione, nella prospettazione di vizi attinenti alla supposta assoluta immodificabilità soggettiva dell'ATI, in realtà dissimulano questioni relative a vicende societarie che, coinvolgendo posizioni di diritto soggettivo nei rapporti interni tra i partecipanti all'a.t.i., esulano dalla giurisdizione del giudice amministrativo e sono pertanto devolute alla cognizione accertate del giudice ordinario.

8. Conclusivamente l'appello deve essere respinto.

9. Sussistono giustificati motivi, individuabili nella particolarità della vicenda dedotta in causa, per compensare le spese del presente grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge, e, per l'effetto, dichiara il difetto di giurisdizione.