

N. 01702/2010 REG.SEN.
N. 00536/2010 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria

Sezione Staccata di Reggio Calabria

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 536 del 2010, proposto da:

Impresa Raco Leandra, rappresentata e difesa dall'avv. Fabio Mammoliti, con domicilio eletto presso Sabrina Amodeo in Reggio Calabria, via Mazzini, 6;

contro

Comune di Maropati in persona del Sindaco p.t., rappresentato e difeso dall'avv. Leonardo Iamundo, con domicilio eletto presso Antonino Falcone, Avv. in Reggio Calabria, via Nazionale III Tratto 36, Gallico;

nei confronti di

Geobeton S.r.l. in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avv. Gerolamo Angotti, con domicilio eletto presso Francesco Caccamo Avv. in Reggio Calabria, via Fiume N. 28;

per l'annullamento

della determinazione n. 211 adottata dal Comune di Maropati – Servizi Tecnici - il 16.07.2010 (prot. n.5267 del 19.07.2010), notificata il 23.07.2010;

del provvedimento del Comune di Maropati del 19.07.2010 (prot. n. 5303 del 21.07.2010) a firma del responsabile del procedimento, pure notificato il 23.07.2010;

dell'ordine di servizio n.1 avente ad oggetto "sospensione immediata dei lavori" a firma del RUP, del 30.06.2010 prot. n. 4778 ;

della comunicazione del Comune di Maropati di avvio del procedimento di risoluzione del contratto d'appalto a cura del RUP, prot. n. 4780 del 30.06.2010 ;

di ogni atto connesso, prodromico e/o consequenziale ai suddetti provvedimenti;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Maropati e della Geobeton S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 17 novembre 2010 il dott. Giulio Veltri e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. In esito ad una procedura concorsuale ed alla conseguente stipula di contratto di appalto, il Comune di Maropati affidava all'impresa Raco Leandra (odierna ricorrente) i lavori di "Completamento e consolidamento Zone R3 via Risorgimento" per l'importo complessivo di € 287.895,22 oltre IVA.

Ai fini della partecipazione alla gara la ricorrente aveva in particolare fatto ricorso all'istituto dell'avvalimento, ex art. 49 D.Lgs 163/2006, offrendo i requisiti di qualificazione per la categoria OS21 classifica II^ posseduti da altra l'impresa, la RDM Costruzioni di Caratozzolo Roberto, e messi a disposizione da quest'ultima in virtù di apposito contratto.

Superata la fase di verifica dei requisiti sia in capo all'impresa esecutrice, sia in capo all'impresa ausiliaria, ed ottenuta dalla Prefettura rituali informative antimafia liberatorie per entrambe le ditte, i lavori venivano consegnati in via d'urgenza il 24 giugno. Il contratto veniva rogato il giorno successivo.

Tuttavia, dopo qualche giorno, interveniva un'informativa interdittiva antimafia della Prefettura di Reggio Calabria (prot. n. 41924 del 29.06.2010), riferita all'impresa ausiliaria RDM costruzioni di Caratozzolo Roberto, con la quale si disponeva la revoca dell'informazione antimafia, di diverso e cennato tenore, già rilasciata con prot. 18422 del 17.03.2010 nei confronti della stessa impresa.

Con ordine di servizio n. 1 del 30.06.2010 prot. n.4778, il RUP dell'amministrazione aggiudicatrice ordinava immediatamente la sospensione dei lavori e comunicava l'avvio del procedimento di

risoluzione del contratto d'appalto, giustamente disposto dall'art. 11 DPR 252/98.

Con missiva del 5 luglio, l'impresa ricorrente replicava con proprie argomentate deduzioni opponendosi alla minacciata risoluzione e dichiarandosi disponibile a sostituire l'ausiliaria con altra ditta avente requisiti pari o superiori. Anzi a tal fine, il successivo 12 luglio, la ricorrente liberava da ogni vincolo l'impresa ausiliaria stipulando, il 19 luglio, altro contratto di avvalimento con la Appalti Sud s.r.l., in possesso dei requisiti SOA richiesti dal bando. Di ciò, dava, in pari data, comunicazione al Comune appaltante.

Ciò nonostante, con provvedimento del 19 luglio, prot. 5303, il RUP, in dichiarata applicazione degli art.11 comma 2 e 3 del DPR 252/98, notificava il recesso dell'amministrazione dal contratto di appalto, nel frattempo deciso con determinazione del 16.07.2010, prot. n.5267 del 19 luglio, sul presupposto, non già del rischio di una possibile infiltrazione mafiosa, ma della sopravvenuta carenza del requisito della qualificazione e della conseguente impossibilità di sostituire l'impresa ausiliaria colpita da informativa interdittiva. Ordinava, quindi, la predisposizione della contabilità dei lavori eseguiti sì da procedere ad un nuovo affidamento dell'appalto.

La ricorrente, in via cautelativa, in data 19.08.2010, preannunciava ricorso con contestuale invito a revocare gli atti adottati ed a sospendere ogni procedura conseguente al recesso, fino all'esito dell'istanza cautelare di imminente proposizione.

2. Proposto ricorso, in assenza di ripensamenti da parte

dell'amministrazione, il collegio, in esito alla delibazione cautelare, sospendeva l'efficacia del recesso e dei provvedimenti conseguenti.

2.1. All'udienza del 17 novembre 2010, la causa è stata trattenuta in decisione.

3. La ricorrente ha affidato le sorti della propria domanda giudiziale ai seguenti motivi: 1) Violazione dell'art. 11 del dPR 252/98- Arbitraria estensione degli effetti pregiudizievoli in danno di terzi. L'effetto interdittivo avrebbe dovuto generarsi solo in ordine alla RDM costruzioni (impresa avvalsa) e non in capo alla ricorrente (avvalitrice), diversamente generandosi un'eccezionale ed indebita compromissione della capacità di contrarre in danno di un soggetto che è terzo rispetto al perimetro applicativo dell'informativa; 2) Eccesso di potere per inesistenza e falsità dei presupposti, difetto di istruttoria, omessa valutazione di elementi favorevoli. I requisiti di ordine "morale" disciplinati dall'art. 38 del codice dei contratti, non sono stati oggetto di avvalimento, né potrebbero esserlo a mente della norma citata e dei principi generali dell'ordinamento, indi, la traslazione automatica dell'effetto interdittivo dall'avvalsa all'avvalitrice ed il conseguente recesso da contratto stipulato con quest'ultima, muoverebbero da una falsa quanto erronea prospettiva; 3) Eccesso di potere per contraddittorietà manifesta, illogicità e irrazionalità nell'iter motivazionale, sproporzione e sviamento della causa. Nella motivazione degli atti di recesso non vi sarebbe alcun riferimento al pericolo di infiltrazione della società ricorrente ed anzi la stessa sembrerebbe esclusa. Inoltre l'aver considerato quale

sopravvenienza negativa in punto di qualificazione del contraente, l'avvenuta "interdizione" del soggetto prestatore di tale requisito, avrebbe comportato uno sviamento dalla causa tipica del peculiare potere di recesso e, nondimeno, una reazione sproporzionata rispetto ai termini della questione; 4) Difetto di motivazione e violazione di legge in relazione ai principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza di cui all'art. 2 del codice dei contratti. L'esercizio del recesso, ampiamente discrezionale avuto riguardo alle peculiarità del caso concreto, non sarebbe sorretto da quei principi di economicità ed efficacia dettati dall'art 2 cit., poiché, essendo i lavori già iniziati, il subentro nel contratto della seconda classificata si risolverebbe in un dispendio di tempi e risorse.

4. L'amministrazione si è difesa evidenziando che l'impresa ausiliaria non è affatto terza rispetto al contratto di appalto, essendosi obbligata a cooperare con l'appaltatore e rispondendo in via solidale con questi delle relative obbligazioni. Se, in assenza di una norma specifica – sostiene l'amministrazione - si consentisse la sostituzione dell'impresa ausiliaria raggiunta dall'effetto interdittivo, si violerebbe con ciò il generale e pacifico principio di divieto di mutamento della compagine successivamente alla presentazione dell'offerta.

4.1. La difesa della controinteressata, Gabeon srl, muove invece dal presupposto dell'oggettiva estensione dell'effetto interdittivo anche all'aggiudicatario e ne trae quale logico corollario quello della sufficienza della motivazione e della natura vincolata del potere esercitato. Nelle memorie conclusive - successive all'ordinanza con la

quale il Tribunale ha, sia pur nei limiti del *fumus cautelare*, ritenuto plausibile, nella *fattispecie de qua*, l'applicazione dell'art. 12 del DPR 252/98 nella parte in cui consente l'espromissione o la sostituzione del partecipante all'ATI colpito da informativa interdittiva, con salvezza del contratto di appalto – sottolinea altresì la diversità strutturale tra associazione temporanee di imprese ed avvalimento. Nella discussione ha altresì valorizzato la natura eccezionale dell'art. 12 cit. che ne impedirebbe ogni applicazione in via analogica o estensiva.

5. Il ricorso è fondato. Sono in particolare meritevoli di condivisione le censure che attengono alla non estensibilità soggettiva degli effetti interdittivi che riguardano un soggetto che coopera con altri.

5.1. L'assunto da cui implicitamente muove l'amministrazione è che l'aggiudicatario che abbia dichiarato in sede di gara di avvalersi delle prestazioni di altra impresa, rimanga un soggetto di natura individuale dotato di una capacità di impresa in ordine all'esecuzione di un appalto, integrata, in ispecie, dal supporto gestionale ed organizzativo cui è vincolata l'impresa ausiliaria. Il corollario che ne trae è che, nel caso in cui, l'impresa ausiliaria obbligatasi (nei confronti dell'aggiudicatario e dell'amministrazione aggiudicatrice) a fornire il proprio supporto, sia colpita da un divieto di contrarre con l'amministrazione giustificato dal sopravvenire d una informativa antimafia interdittiva, l'impresa aggiudicataria rimane irrimediabilmente priva dei requisiti prestati, non potendo provvedere alla sostituzione dell'ausiliaria con altre imprese disponibili sul

mercato, in forza del generale principio di immodificabilità del soggetto che ha partecipato alla gara.

5.2. Il controinteressato aggiunge che la possibilità concessa dall'art. 12 della dPR 252/98 al Raggruppamento Temporaneo di Imprese aggiudicatario di un appalto di lavori pubblici, di estromettere o sostituire una delle mandanti colpite da informativa antimafia, con salvezza del contratto di appalto medio tempore stipulato, non può per converso riconoscersi all'aggiudicatario che si è avvalso dei requisiti di altra impresa, poiché, a parte la natura eccezionale della norma citata che ne impedirebbe comunque un'applicazione in via analogica, osterebbe la diversa configurazione giuridica del rapporto che intercorre tra membro di una RTI ed amministrazione da una parte, e soggetto ausiliario ed amministrazione dall'altra: nel primo caso entrambi sarebbero parti contrattuali dell'appalto, nel secondo caso lo sarebbe solo l'amministrazione, obbligandosi l'ausiliario a prestare i requisiti, sebbene nel quadro dell'appalto. Indi, la deroga al principio dell'immutabilità soggettiva portata dall'art. 12 del dPR e dall'art. 37, comma 19 del codice dei contratti proprio sulla base della natura plurisoggettiva del concorrente, non avrebbe qui ragion d'essere.

5.3. Entrambe le argomentazioni non appaiono convincenti.

E' pur vero che l'appaltatore che si è avvalso dei requisiti di altre imprese non muta, nei rapporti con l'amministrazione, per il sol fatto dell'avvalimento, la sua originaria natura monosoggettiva, ma è parimenti vero che esso non veda mutata nemmeno la sua generale

capacità di contrarre con la PA, non potendosi dubitare che l'avvalimento riguardi requisiti oggettivi attinenti alla idoneità finanziaria, organizzativa, operativa, e non certamente morali. Discorrere in questo caso del principio di immutabilità soggettiva non sembra del tutto pertinente, poiché non v'è dubbio che nel caso del venir meno dell'ausiliario il soggetto rimanga lo stesso mutando solo il suo concreto assetto gestionale ed organizzativo e, con esso, la sua specifica idoneità all'esecuzione dell'appalto.

In ciò può ravvisarsi, nella tesi dell'amministrazione, un primo elemento di stridente contraddittorietà: essa, dapprima postula la natura monosoggettiva dell'appaltatore anche per il peculiare caso di avvalimento, salvo poi richiamare il principio di *immutatio* soggettiva del concorrente quasi come se lo stesso potesse addirittura subire un mutamento delle proprie caratteristiche soggettive in forza dell'interdizione dell'ausiliario. Il principio di cui si discorre (divieto di mutamento delle condizioni soggettive in corso di gara) costituisce un corollario del più generale principio di concorsualità ed è teso ad impedire che il soggetto che esegue la prestazione possa essere un soggetto sostanzialmente diverso da quello che si è aggiudicato il contratto sottoponendosi alle regole del concorso, salve le specifiche vicende soggettive contemplate dall'art. 51 del codice dei contratti.

Il principio è coordinato - nella vigente legislazione - con la generale estensione della legittimazione alla partecipazione alle gare, dei gruppi temporanei di imprese, a mezzo di previsioni che assicurano, in caso di cessazione o interdizione dell'imprenditore mandatario, la

possibilità di *“prosecuzione del rapporto di appalto con altro operatore economico che sia costituito mandatario nei modi previsti dal presente codice purché abbia i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori o servizi o forniture ancora da eseguire”*, in caso di cessazione o interdizione di uno degli imprenditori mandanti, la possibilità per il mandatario di indicare *“altro operatore economico subentrante che sia in possesso dei prescritti requisiti di idoneità, ovvero di eseguire il contratto, direttamente o a mezzo degli altri mandanti, purché questi abbiano i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori o servizi o forniture ancora da eseguire”* (Cfr. art. 37, commi 18 e 19, d.lgs 163/2006).

5.4. Nell'ambito applicativo della norma da ultimo citata, ricade anche l'ipotesi dell'interdizione conseguente all'informativa antimafia, già prevista, seppur limitatamente alla sola posizione del mandante (ma sul punto la norma è da ritenersi superata dall'espressa disposizione estensiva del codice dei contratti) dall'art. 12 del dPR 252/98 : *“Se taluna delle situazioni indicate nell'articolo 10, comma 7, interessa un'impresa diversa da quella mandataria che partecipa ad un'associazione o raggruppamento temporaneo di imprese, le cause di divieto o di sospensione di cui all'articolo 10 della legge 31 maggio 1965, n. 575, e quelle di divieto di cui all'articolo 4, comma 6, del decreto legislativo n. 490 del 1994, non operano nei confronti delle altre imprese partecipanti quando la predetta impresa sia estromessa o sostituita anteriormente alla stipulazione del contratto o alla concessione dei lavori?”*.

Nei casi di aggiudicatario a composizione plurisoggettiva, l'ordinamento consente dunque la sostituzione di uno dei soggetti del gruppo, anche quanto la causa dell'interdizione sia da ricondursi ad una informativa antimafia.

5.5. Ciò chiarito, non rimane che sciogliere un ultimo interrogativo: *quid iuris* per l'aggiudicatario, singolarmente considerato, che si sia avvalso dei requisiti di altra impresa ai fini dell'aggiudicazione, qualora quest'ultima sia stata oggetto di una informativa antimafia interdittiva?

Il quadro normativo vigente non offre una soluzione espressa. L'unica norma contenuta nel codice dei contratti che fa riferimento alla normativa antimafia in tema di avvalimento è contenuta nel comma 5 dell'art. 49, il quale prescrive "*gli obblighi previsti dalla normativa antimafia a carico del concorrente si applicano anche nei confronti del soggetto ausiliario, in ragione dell'importo dell'appalto posto a base di gara*". Essa, tuttavia, null'altro dice se non ribadire che l'impresa ausiliaria è un soggetto, distinto dall'aggiudicatario, che comunque ha un rapporto contrattuale con l'amministrazione, legato all'esecuzione dell'appalto, dal quale ritrae un profitto connesso ai requisiti prestati, in relazione al quale l'ordinamento pretende (così come per l'ipotesi generale) che sia esente da contaminazioni criminali.

In assenza di indicazioni normative puntuali la soluzione deve essere allora cercata nei principi. Come anticipato, l'ordinamento consente, in via generale, la sostituibilità di una delle imprese del gruppo di imprese che si sia costituito in vista ed in funzione del contratto di appalto. Si è di fronte ad un fenomeno associativo in cui le imprese, unendo le forze in vista del conseguimento dell'occasione di lucro costituita dall'appalto, programmano giuridicamente di dividere obbligazioni e profitti scaturenti dallo stesso e, quanto ai rapporti con

la PA, conferiscono, con un unico atto, mandato collettivo speciale con rappresentanza ad una di esse, detta mandataria. L'associazione ha carattere temporaneo e non genera un soggetto diverso ed autonomo (come nel caso di consorzi) essendo la rappresentanza collettiva nella conduzione dei rapporti con la PA, oggetto, come predetto, di apposito mandato.

Questa partnership fra imprenditori è presente anche nella fattispecie dell'avvalimento. Qui, essa non raggiunge la soglia esterna della rappresentanza collettiva (e per ciò, come sottolineato dalla difesa del controinteressato, l'impresa ausiliaria non diviene mai appaltatrice, neppure pro quota), ma analogamente a quanto visto per l'associazione temporanea, le imprese programmano contrattualmente una vicenda, avente anche un rilievo esterno, che li lega in ordine all'adempimento delle obbligazioni che assumerà l'aggiudicataria con il contratto di appalto (l'indice del rilievo giuridico anche esterno e dato dalla responsabilità solidale), e che può tradursi anche nella materiale esecuzione della prestazione (*...l'impresa ausiliaria può assumere il ruolo di subappaltatore nei limiti dei requisiti prestati*, recita il comma 10 dell'art. 49 cit.).

Volendo usare una espressione di sintesi, come tale sommaria ma efficace, potrebbe dirsi che l'avvalimento è una partnership fra imprese che non ha raggiunto il livello dell'associazione.

Se così è, e se non costituisce mutamento soggettivo impediente, l'interdizione di un partner associato, perché mai dovrebbe costituirlo quello di un partner non associato?

E' questa la ragione che spinge ragionevolmente verso una interpretazione estensiva delle norme che disciplinano il mutamento dei soggetti plurisoggettivi.

Non sono condivisibili sul punto le affermazioni del controinteressato in ordine alla diversità strutturale ed ontologica delle due fattispecie talchè solo nel caso di raggruppamento temporaneo sussisterebbe il presupposto soggettivo/oggettivo (l'essere parte del contratto) per l'applicazione della deroga al divieto di *mutatio*. A prescindere da ogni considerazione sul se, quello citato, sia o meno, il fondamento della decritta deroga, ciò che ictu oculi emerge è che anche nell'ipotesi dell'avvalimento l'impresa ausiliaria appare quale soggetto distinto, che sin dalla formulazione dell'offerta assume obblighi anche nei confronti della PA, rispondendo in via solidale con l'impresa appaltatrice delle prestazioni dedotte nel contratto d'appalto. Dunque, assume obbligazioni connesse e strumentali a quelle tipiche dell'appalto, in una logica di insieme sicuramente analoga a quella che fisiologicamente governa il fenomeno dell'associazionismo temporaneo.

Non è sicuramente di ostacolo alla cennata interpretazione estensiva la natura eccezionale della fonte che quella norma contiene (art. 12, DPR 252/98), poiché la norma, lungi dal ripetere l'eccezionalità dalla fonte, ripristina invece il normale vigore di principi generali quali il libero esercizio dell'impresa e l'eccezionalità e tipicità della sua limitazione (a riprova che non trattasi di norma eccezionale v'è l'art. 37 del codice dei contratti che non solo ha ripreso la previsione ma

l'ha generalizzata a tutte le ipotesi di cessazione/interdizione del mandante o del mandatario).

In conclusione, il ricorso deve essere accolto e gli atti impugnati, annullati.

6. La peculiarità e la complessità della controversia, l'assenza di precedenti giurisprudenziali sul punto controverso, sono elementi sufficienti a giustificare la compensazione delle spese del giudizio, salvo quelle relative al contributo unificato necessario all'instaurazione della lite, che restano a carico dell'amministrazione, come per legge.

P.Q.M.

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla gli atti impugnati.

Spese compensate, salvo quelle relative al contributo unificato necessario all'instaurazione della lite, che restano a carico dell'amministrazione, come per legge.

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

Così deciso in Reggio Calabria nella camera di consiglio del giorno 17 novembre 2010 con l'intervento dei magistrati:

Ettore Leotta, Presidente

Giuseppe Caruso, Consigliere

Giulio Veltri, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 15/12/2010

IL SEGRETARIO

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