

Sostituzione dell'ausiliaria raggiunta da interdittiva antimafia

Data di pubblicazione: 12 maggio 2016

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 12 maggio 2016* (sulla possibilità o meno di sostituire la impresa ausiliaria raggiunta da informativa antimafia, analogamente a quanto previsto per il caso in cui la informativa riguardi una impresa mandante di una r.t.i.), con 6 documenti correlati.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 12 maggio 2016 n. 1883 - Pres. Severini, Est. Caputo - Arcobaleno Società Cooperativa Sociale s.r.l. (Avv.ti Cesali e Alfano) c. Comune di Vetralla (Avv. Valentini) e Ditta Lanzi O. di Lanzi Dante & C. S.n.c. ed altri (n.c.) - (annulla T.A.R. Lazio - Roma, Sez. II bis, n. 13131 del 2015, in *LexItalia.it*, pag. <http://www.lexitalia.it/a/2015/67251>).

Contratti della P.A. - Gara - Avalimento - Sostituzione dell'impresa ausiliaria colpita da informativa antimafia interdittiva - Prima della stipula del contratto di appalto - Possibilità - Sussiste - Riferimento all'analoga disciplina prevista dall'art. 95, comma 1, del d.lgs. n. 159 del 2011, che consente la sostituzione della mandante interessata da interdittiva antimafia.

L'art. 95, comma 1, del [d.lgs. 6 settembre 2011 n. 159](#) - Codice delle leggi antimafia (il quale, con riferimento ai raggruppamenti temporanei d'impresе, prevede che «*le cause di divieto e di sospensione di cui all'art. 67 non operano nei confronti delle altre imprese partecipanti quando la predetta impresa sia estromessa o sostituita anteriormente alla stipulazione del contratto*»), nello stabilire che, prima della stipula del contratto di appalto, è possibile la sostituzione dell'impresa mandante interessata da interdittiva antimafia, può applicarsi anche al caso della sostituzione dell'impresa ausiliaria divenuta destinataria di interdittiva antimafia (1).

(1) Ha osservato la sentenza in rassegna - che ha riformato la sentenza di primo grado - che è vero che [l'art. 95 cit.](#) ha natura speciale e che l'art. 14 delle preleggi esclude l'applicazione analogica delle leggi penali e di quelle che fanno eccezioni alle regole generali, le quali non si applicano oltre i casi e i tempi in esse considerati.

Tuttavia una tale preclusione non è qui operativa in quanto il Codice dei contratti pubblici, pur costituendo un *aliud* rispetto al diritto comune ed ai suoi principi, dei quali non rappresenta una specificazione o attuazione, rappresenta un insieme normativo retto da propri principi e regole, che non sono soggetti a divieto di interpretazione analogica; sicché non v'è ostacolo a che, ferma la coerenza e l'identità di tema, si possa procedere o per analogia o a fortiori.

L'immodificabilità soggettiva dei partecipanti alle procedure d'affidamento degli appalti pubblici, già espressa dall'art. 13, comma 5-*bis*, [l. n. 109 del 1994](#) e ribadita dall'art. 37 [d.lgs. n. 163 del 2006](#), è temperata dal comma 9 dello stesso art. 37, dall'art. 95 d.lgs. cit. nonché, in aggiunta, da altre ipotesi affermatesi nella pratica ed è confortata dalla giurisprudenza (cfr. recesso di un'impresa dall'RTI).

Le norme ivi concernenti l'individuazione delle imprese partecipanti all'evidenza pubblica rende la sostituzione (o il recesso) legittima nei limiti in cui persista integro il controllo tempestivo e completo del possesso dei requisiti anche in ordine alla nuova compagine associativa.

È sintomatica al riguardo Cons. Stato, Ad. plen., 4 maggio 2012, n. 8, in questa *Rivista*, pag. <http://www.lexitalia.it/a/2012/2526>, che, pur ribadendo il divieto della modifica della compagine soggettiva in corso di gara o dopo l'aggiudicazione, richiama, genericamente, i casi in cui la modifica è consentita, individuando la *ratio* del divieto nell'esigenza di "garantire una conoscenza piena da parte delle amministrazioni aggiudicatrici 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”.

Nel caso in questione, la sostituzione dell'impresa ausiliaria è stata effettuata nella fase anteriore alla stipula del contratto, lasciando modo alla stazione appaltante di verificare il possesso dei requisiti richiesti per l'avvalimento.

Vero è che l'analogia non è consentita per la norma a fattispecie esclusiva – per lo più individuata comunemente fra le norme derogatorie – vale a dire per la norma, corrispondente ad un fine specifico ed irripetibile, la cui *ratio* si esaurisce nella fattispecie disciplinata.

Ma ad essa, contrariamente a quanto ritenuto dal primo giudice, non è concettualmente riconducibile l'art. 95 del [d.lgs. n. 159 del 2011](#) che, in continuità con l'art. 37, comma 19, [d. lgs. n.163 del 2006](#) ne specifica il contenuto – in termini di specificazione e non di contrasto di valori – prevedendo la sostituzione della mandante e della consorziata colpita da interdittiva anche prima della conclusione del contratto, e non solo nel corso dell'esecuzione del contratto.

Documenti correlati:

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. IV – ordinanza 15 aprile 2016, pag. <http://www.lexitalia.it/a/2016/75425> (rimette alla Corte di Giustizia U.E. la questione se sia compatibile con la normativa comunitaria la normativa nazionale nella parte in cui esclude, o possa essere interpretata nel senso che esclude, la possibilità di indicare altra impresa in luogo di quella originariamente assunta quale “impresa ausiliaria”).

CGA, SEZ. GIURISDIZIONALE – sentenza 8 febbraio 2016, pag. <http://www.lexitalia.it/a/2016/71860> (sull'applicabilità o meno, a seguito del codice antimafia, dell'art. 37 del codice dei contratti pubblici che consente la sostituzione dell'impresa mandataria che ha ricevuto una informativa antimafia interdittiva).

TAR LAZIO - ROMA SEZ. II BIS, sentenza 20 novembre 2015, pag. <http://www.lexitalia.it/a/2015/67251> (sulla possibilità o meno di sostituire l'impresa ausiliaria nel caso in cui sia raggiunta da una informativa antimafia interdittiva, sul principio di immodificabilità dell'offerta e sugli effetti che conseguono dal decorso del termine di 30 giorni dall'aggiudicazione provvisoria).

TAR SICILIA – CATANIA – sentenza 13 maggio 2015, pag. <http://www.lexitalia.it/a/2015/53440> (sulla possibilità o meno, nel caso in cui sia stata emessa una informativa antimafia interdittiva nei confronti dell'impresa mandataria, di proseguire il rapporto di appalto con la mandante previa individuazione di una nuova mandataria).

TAR CAMPANIA – NAPOLI – sentenza 11 novembre 2013, pag. <http://www.lexitalia.it/a/2013/8455> (sulla legittimità o meno del diniego espresso dalla stazione appaltante in merito all'istanza dell'aggiudicataria avvalente tendente ad ottenere la sostituzione dell'impresa ausiliaria fallita, ove il fallimento dell'ausiliaria sia intervenuto dopo l'aggiudicazione).

TAR CAMPANIA – NAPOLI – sentenza 21 marzo 2012, pag. <http://www.lexitalia.it/a/2012/2011> (sulla legittimità o meno della revoca dell'aggiudicazione di una gara ad una r.t.i., disposta in ragione di una informativa interdittiva nei confronti di una impresa mandante ove, ex art.37 d.lgs. n. 163 del 2006, non sia stato preventivamente consentito alla capogruppo di proseguire nell'affidamento direttamente o mediante indicazione di altro operatore economico).

N. 01883/2016REG.PROV.COLL.

N. 09914/2015 REG.RIC.

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 9914 del 2015, proposto da: Arcobaleno Società Cooperativa Sociale s.r.l., in nome del legale rappresentante, rappresentata e difesa dagli avv.ti Massimiliano Cesali e Gianluca Alfano, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Massimiliano Cesali in Roma, Via G.G. Belli, 36;

contro

Comune di Vetralla, in nome del sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Enrico Valentini, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, viale Parioli, 67;

nei confronti di

Ditta Lanzi O. di Lanzi Dante & C. S.n.c., Hdi Assicurazioni S.p.A., Soc. Coop. Edera A R.L.;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. LAZIO - ROMA: SEZIONE II BIS n. 13131/2015, resa tra le parti, concernente revoca dell'aggiudicazione della gara indetta dal Comune di Vetralla per l'affidamento dei servizi di igiene - risarcimento danni mcp;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Vetralla;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 3 marzo 2016 il Cons. Oreste Mario Caputo e uditi per le parti gli avvocati Massimiliano Cesali, Gianluca Alfano e Enrico Valentini;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Arcobaleno Società Cooperativa Sociale s.r.l. ha impugnato il provvedimento (n. 120 del 9 giugno 2015) del comune di Vetralla avente ad oggetto la revoca dell'aggiudicazione provvisoria del contratto d'igiene urbana disposta inizialmente in suo favore nonché l'aggiudicazione definitiva in favore dell'impresa concorrente.

Premetteva in fatto nell'atto introduttivo:

di aver partecipato alla gara indetta dal comune di Vetralla per l'aggiudicazione – secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa – del servizio d'igiene urbana della durata di nove anni con importo a base d'asta pari a 14.025.000,00 euro;

che, non possedendo il requisito di capacità tecnica richiesto dalla lex specialis di “aver svolto per almeno tre anni nell’ultimo quadriennio in un Comune avente popolazione complessiva non inferiore a 10.000 abitanti residenti serviti con il sistema domiciliare”, ricorreva all’avvalimento di Coop Edera s.r.l.;

che al termine della gara risultava prima nella graduatoria, divenendo aggiudicataria provvisoria del contratto;

che, in pendenza dell’aggiudicazione definitiva, nel lungo lasso di tempo protrattosi per sei mesi dall’aggiudicazione provvisoria, la ricorrente apprendeva che Coop Edera aveva ricevuto un provvedimento interdittivo ai sensi dell’art.91 d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159 ;

che, previa comunicazione alla stazione appaltante, sostituiva nella fase anteriore alla stipula del contratto, l’impresa ausiliaria colpita da interdittiva antimafia, con altra impresa in possesso del requisito richiesto dal bando,

che, nondimeno, il Comune la escludeva dalla gara e aggiudicava il contratto all’impresa Lanzi O. di Lanzi Dante & C. s.n.c., seconda classificata in graduatoria.

Avverso l’esclusione e l’aggiudicazione la ricorrente deduceva la violazione dell’art. 95 (Disposizioni relative ai contratti pubblici), comma 1, del d.lgs. n. 159 del 2011 laddove, con riferimento ai raggruppamenti temporanei d’imprese, prevede che «le cause di divieto e di sospensione di cui all’art. 67 non operano nei confronti delle altre imprese partecipanti quando la predetta impresa sia estromessa o sostituita anteriormente alla stipulazione del contratto».

Si costituiva in giudizio il comune di Vetralla instando per l’infondatezza del ricorso.

Il Tribunale amministrativo regionale per il Lazio , sez. II bis, respingeva il ricorso.

Affermata la natura eccezionale e derogatoria degli artt. 37, comma 18, d.lgs. n. 163 del 2006 e dell’art. 95, comma 1, del d.lgs. n. 159 del 2011, riteneva il giudice di prime cure preclusa l’interpretazione analogica di quest’ultima norma, riguardante i raggruppamenti temporanei e i consorzi, sì da non consentire, prima della stipula del contratto, la sostituzione dell’impresa ausiliaria interessata da un’interdittiva antimafia.

Appella la sentenza Arcobaleno Società Cooperativa Sociale s.r.l. e resiste il comune di Vetralla.

Alla pubblica udienza del 3 marzo 2016 la causa è stata trattenuta in decisione.

La Cooperativa appellante deduce l’error in iudicando per violazione e falsa applicazione dell’art. 95, comma 1, d.lgs. n. 159 del 2011 in cui sarebbe incorso il primo giudice non ritenendo applicabile la norma che, prima della stipula del contratto, consente la sostituzione dell’impresa mandante interessata da interdittiva antimafia al caso – qui in esame - della sostituzione dell’impresa ausiliaria divenuta destinataria di interdittiva antimafia.

Si tratta qui di un’ipotesi, argomenta l’appellante, “più semplice e meno vincolante” rispetto alla sostituzione dell’impresa mandante, disciplinata da “una regola logica, prima ancora che giuridica, quella della continenza: il più (rapporto mandataria/mandante) contiene il meno (rapporto avvalente/ausiliaria)”. Aggiunge poi: “non avrebbe alcun senso ammettere la sostituzione della mandante, che pure è contraente diretta ed obbligata alla prestazione contrattuale, e negare la sostituzione dell’ausiliaria, che, invece, non esegue alcuna attività e presta solo un’obbligazione di garanzia”.

In simmetria: l’espressa previsione della sostituzione dell’impresa consorziata, di cui all’art. 95, comma 2, d.lgs. n. 159 del 2011, obbedirebbe alla medesima logica della continenza (questa volta rovesciata): “il meno (rapporto fra imprese raggruppate) non può contenere il più (rapporto fra consorziate) da qui la precisazione di cui al comma 2”.

L’appello è fondato.

Gli argomenti a sostegno del motivo d’appello, fondati da considerazioni di logica e valutati invece nell’ottica della

valenza prescrittiva dell'art. 95 d.lgs. n. 195 del 2011 disciplinante situazioni paradigmatiche – quale la sostituzione, rispettivamente, dell'impresa mandante (comma 1) e dell'impresa consorziata (comma 2) colpite da interdittiva antimafia – evocano la questione dell'applicazione analogica della norma al caso dell'impresa ausiliaria, destinataria d'interdittiva, non prevista dalla lettera della legge. Il che la sentenza appellata ha radicalmente escluso con la seguente motivazione: “non vi è spazio per un'interpretazione analogica, che risulta preclusa, trattandosi di norme di carattere speciale e derogatorio del principio di immodificabilità soggettiva del partecipante alle gare ad evidenza pubblica”.

Quella conclusione si fonda sul carattere speciale e derogatorio della norma, che è ritenuto ex se ostativo all'applicazione analogica.

Questo assunto, sulla base di un più approfondito esame delle nozioni di norma speciale e derogatoria, non è però condivisibile.

Quanto alla natura speciale della norma, l'art.14 esclude l'applicazione analogica delle leggi penali e di quelle che fanno eccezioni alle regole generali, le quali non si applicano oltre i casi e i tempi in esse considerati.

Una tale preclusione non è qui operativa in quanto il Codice dei contratti pubblici, pur costituendo un aliud rispetto al diritto comune ed ai suoi principi, dei quali non rappresenta una specificazione o attuazione, rappresenta un insieme normativo retto da propri principi e regole, che non sono soggetti a divieto di interpretazione analogica. Sicché non v'è ostacolo a che, ferma la coerenza e l'identità di tema, si possa procedere o per analogia o a fortiori.

L'immodificabilità soggettiva dei partecipanti alle procedure d'affidamento degli appalti pubblici, già espressa dall'art. 13, comma 5-bis, l. n. 109 del 1994 e ribadita dall'art. 37 d.lgs. n. 163 del 2006, è temperata dal comma 9 dello stesso art.37, dall'art. 95 d.lgs. cit. nonché, in aggiunta, da altre ipotesi affermatesi nella pratica ed è confortata dalla giurisprudenza (cfr. recesso di un'impresa dall'RTI).

Le norme ivi concernenti l'individuazione delle imprese partecipanti all'evidenza pubblica rende la sostituzione (o il recesso) legittima nei limiti in cui persista integro il controllo tempestivo e completo del possesso dei requisiti anche in ordine alla nuova compagine associativa.

È sintomatica al riguardo Cons. Stato, Ad. plen., 4 maggio 2012, n. 8, che, pur ribadendo il divieto della modifica della compagine soggettiva in corso di gara o dopo l'aggiudicazione, richiama, genericamente, i casi in cui la modifica è consentita, individuando la ratio del divieto nell'esigenza di “garantire una conoscenza piena da parte delle amministrazioni aggiudicatrici 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”.

Nel caso in esame, la sostituzione dell'impresa ausiliaria è stata effettuata nella fase anteriore alla stipula del contratto, lasciando modo alla stazione appaltante di verificare il possesso dei requisiti richiesti per l'avvalimento.

Vero è che l'analogia non è consentita per la norma a fattispecie esclusiva – per lo più individuata comunemente fra le norme derogatorie – vale a dire per la norma, corrispondente ad un fine specifico ed irripetibile, la cui ratio si esaurisce nella fattispecie disciplinata.

Ma ad essa, contrariamente a quanto ritenuto dal primo giudice, non è concettualmente riconducibile l'art. 95 d.lgs. n. 195 del 2011 che, in continuità con l'art.37, comma 19, d. lgs. n.163 del 2006 ne specifica il contenuto – in termini di specificazione e non di contrasto di valori – prevedendo la sostituzione della mandante e della consorziata colpita da interdittiva anche prima della conclusione del contratto, e non solo nel corso dell'esecuzione del contratto.

Sicché, qualificata la disposizione contenuta nell'art. 95 d.lgs. n. 195 del 2011 come norma in parte derogatoria, ma non a fattispecie esclusiva, individuata la ratio, salvaguardato altresì l'interesse sostanziale sotteso al principio di immodificabilità soggettiva dell'offerente, è consentita, a fortiori, l'applicazione della previsione relativa alla

sostituzione dell'impresa raggruppata, partner contrattuale pro quota della stazione appaltante, al caso della sostituzione dell'impresa ausiliaria, colpita da interdittiva antimafia che non è parte del contratto e presta solo una garanzia.

Conclusivamente l'appello deve essere accolto.

La novità della questione trattata giustifica la compensazione delle spese di lite dei due gradi di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma dell'appellata sentenza, accoglie il ricorso.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 3 marzo 2016 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Severini, Presidente

Salvatore Cacace, Consigliere

Fabio Franconiero, Consigliere

Alessandro Maggio, Consigliere

Oreste Mario Caputo, Consigliere, Estensore

DEPOSITATA IN SEGRETERIA il 12/05/2016.