

## Il fallimento della mandante è causa di inammissibilità del ricorso

di Gianluca Taddeo

Data di pubblicazione: 2-9-2016

Il **fallimento** di una delle società **mandanti** in data anteriore alla **notifica** del **ricorso**, privando la stessa del requisito di ordine generale di cui all'art. 38, co.1, lett. a) del D.Lgs. 163/2006, deve considerarsi autonoma causa di **esclusione** del **raggruppamento** dalla gara con la conseguenza che il ricorso va dichiarato inammissibile non avendo l'**RTI** alcun **interesse** a censurare le ulteriori cause di esclusione addotte dalla stazione appaltante con il provvedimento gravato.

E' infatti consentita la **modifica della compagine soggettiva** del raggruppamento in senso **riduttivo** se determinata da esigenze organizzative dello stesso, mentre rientra nel divieto di cui all'art. 37, co. 9, se mira ad evitare la sanzione dell'esclusione dalla gara per difetto dei requisiti in campo al componente dell'**RTI** che viene meno per effetto dell'operazione riduttiva (1).

(1) *Conforme AVCP determinazione n. 4 del 10.10.2012; AVCP determinazione n. 5, 6.11.2013; Consiglio di Stato, Ad. Plen., 4.5.2012, n. 8; Consiglio di Stato, Sez. V, 20.1.2015, n. 169.*

### Guida alla lettura

La sentenza in commento affronta il dibattuto tema della modifica della compagine dell'**RTI** successivamente alla presentazione dell'offerta ed al di fuori delle eccezioni indicate dal Legislatore.

Il Collegio parte dal presupposto che il mutamento soggettivo in senso riduttivo del raggruppamento può ritenersi ammissibile solo laddove tale operazione sia stata determinata da esigenze organizzative, mentre rientra nel divieto di cui all'art. 37, comma 9, laddove miri ad evitare la sanzione dell'esclusione dalla gara per difetto dei requisiti in capo al componente del raggruppamento che viene meno per effetto dell'operazione riduttiva.

Nella fattispecie in esame la società mandante dell'RTI ricorrente, era stata dichiarata fallita in data anteriore a quella di notifica del ricorso, facendo venir meno la legittimazione dell'intero RTI a partecipare alla gara.

Deve ritenersi infatti che per l'intero arco della procedura di evidenza pubblica resti ferma l'applicazione dell'inderogabile divieto di modificazione della composizione del raggruppamento, posto che le eccezioni contemplate dai commi 18 e 19 dell'art. 37 del D.Lgs. 163/2006, riguardano unicamente evenienze relative alla successiva fase di esecuzione.

La declaratoria di inammissibilità del ricorso investe necessariamente anche la domanda di annullamento del provvedimento di escussione della cauzione provvisoria e della segnalazione all'ANAC in quanto l'esclusione dell'RTI per effetto del fallimento della società mandante costituisce di per sé ragione sufficiente per procedervi.

## **REPUBBLICA ITALIANA**

### **IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

Il Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa di Trento

(Sezione Unica)

ha pronunciato la presente

### **SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 127 del 2016, proposto dalla società Pessina Costruzioni Spa - in proprio e quale mandataria del costituendo raggruppamento temporaneo di imprese con la società Log Engineering Srl - in persona del suo legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Francesco De Marini, Barbara Savorelli e Franco Larentis, con i quali è elettivamente domiciliato in Trento, Via Brigata Acqui, n. 4, presso lo studio dell'avvocato Franco Larentis;

contro

- la Provincia Autonoma di Trento, in persona del Presidente *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Damiano Florenzano, Nicolò Pedrazzoli e Giuliana Fozzer, con domicilio eletto in Trento, piazza Mostra n. 15, presso lo studio dell'avvocato Damiano Florenzano;
- l'agenzia Provinciale per gli Appalti e Contratti, non costituita in giudizio;

- la società Trentino Sviluppo Spa, non costituita in giudizio;

nei confronti di

Intercantieri Vittadello Spa - in proprio e quale mandataria del costituendo raggruppamento temporaneo di imprese con le società Costruzioni Rossaro Srl, Gelmini Cav. Nello Spa ed Elettrica Srl - in persona del suo legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Emiliano Bandarin Troi, Flavia Degli Agostini e Franco Giampà, con i quali è domiciliato in Trento, via Calepina n. 50, presso la Segreteria di questo Tribunale;

e con l'intervento di

ad adiuvandum:

Studio Iorio Srl, in persona del suo legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Alberto Nevola, Aldo Coppeti e Cristiana Pinamonti, con i quali è elettivamente domiciliato in Trento, via Cavour n. 24, presso lo studio dell'avvocato Cristiana Pinamonti;

per l'annullamento

dei seguenti atti: A) determinazione del Dirigente del Servizio Appalti della Provincia Autonoma di Trento n. 2 del 13 aprile 2016 (ivi compreso l'Allegato A), con la quale è stato disposto l'annullamento dell'aggiudicazione della gara d'appalto per l'affidamento della progettazione esecutiva ed esecuzione dei lavori di realizzazione del progetto Manifattura - Green Innovation Factory - Ambito B, Lotto I, a Rovereto (TN), disposta in favore del RTI tra la società Pessina Costruzioni Spa e la società Log Engineering Srl, con la determinazione n. 5 del 25 novembre 2015; B) dei provvedimenti di aggiudicazione provvisoria e definitiva della procedura di qua disposti in favore del RTI tra la società Intercantieri Vittadello e le società Costruzioni Rossaro Srl, Gelmini Cav. Nello Spa; Elettrica Srl; C) di ogni altro provvedimento presupposto, consequenziale e/o connesso, ivi compresi i verbali di gara delle sedute pubbliche del 12 marzo 2014, 9 aprile 2014, 3 giugno 2014, 12 giugno 2014, 24 aprile 2015 e 25 agosto 2015, i verbali delle sedute della commissione tecnica del 31 luglio 2014, 4 e 7 agosto 2014, 2, 4, 9, 11, 25 e 30 settembre 2014, 2, 9, 14, 16, 21, 23, 28 e 30 ottobre 2014, 6, 11, 13, 18, 20 e 25 novembre 2014, 2, 4, 9, 11, 16 e 18 dicembre 2014, 8, 13, 15, 21, 22 e 29 gennaio 2015, 2, 5, 9, 12, 16, 19 e 24 febbraio 2015, 2, 3, 5, 9, 10, 12, 16 e 17 marzo 2015, i verbali delle sedute di gara eventualmente tenutesi successivamente all'impugnato provvedimento di annullamento d'ufficio, e gli eventuali ulteriori atti non conosciuti, quali il provvedimento di escussione della cauzione provvisoria e la segnalazione all'ANAC;

nonché per la disapplicazione e/o l'annullamento e/o la declaratoria di nullità del bando di gara prot. n. S171/2013/592267 del 30 ottobre 2013 e del bando di gara europeo prot. n. S171/201/580870/3.5/1123-13 del 24 ottobre 2013, nella parte in cui richiedono ai concorrenti di indicare nell'atto sostitutivo di notorietà tutti i precedenti penali riportati e dispongono l'esclusione dei concorrenti per mancata indicazione anche di un solo precedente penale,

e per la condanna della Provincia Autonoma di Trento, dell'APAC e/o della società Trentino Sviluppo Spa al risarcimento dei danni in forma specifica, con conseguente assegnazione

dell'appalto al RTI Pessina o, in via meramente subordinata, per equivalente economico,

nonché per la dichiarazione di inefficacia del contratto eventualmente nelle more stipulato, con espressa richiesta di subentro nello stesso;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Provincia Autonoma di Trento, della società Intercantieri Vittadello Spa e della società Studio Iorio Srl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 luglio 2016 il dott. Carlo Polidori e uditi gli avvocati Francesco de Marini, per la società ricorrente, Damiano Florenzano, per la Provincia Autonoma di Trento, Alberto Nevola, per la società Studio Iorio Srl, e Emiliano Bandarin Troi, per la società Intercantieri Vittadello Spa;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO

1. In punto di fatto giova preliminarmente evidenziare quanto segue: A) alla procedura di gara in epigrafe indicata hanno preso parte, tra gli altri, oltre al costituendo RTI tra la società Pessina Costruzioni Spa e la società Log Engineering Srl (di seguito denominato RTI Pessina), anche il costituendo RTI tra la società Intercantieri Vittadello e le società Costruzioni Rossaro Srl, Gelmini Cav. Nello Spa ed Elettrica Srl (di seguito denominato RTI Intercantieri), nonché il RTI originariamente composto dalla società Marsilli Costruzioni Spa (mandataria), con le società Collini Lavori Spa, Premetal Srl, Consorzio Lavori Ambiente Soc. Coop ed Ediltione Spa; B) all'esito della gara è risultato aggiudicatario il RTI da ultimo citato, che nelle more della procedura ha mutato la propria composizione soggettiva, sostituendo la società Collini Lavori alla società mandataria Marsilli Costruzioni; C) il provvedimento di aggiudicazione è stato, quindi, impugnato dalla società Pessina Costruzioni, che ha eccepito l'illegittimità della modifica soggettiva del RTI aggiudicatario (di seguito denominato RTI Collini); D) la Provincia di Trento ha però disposto, con la determinazione n. 5 del 25 novembre 2015, l'annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione, con contestuale aggiudicazione dell'appalto in favore del RTI Pessina; E) tale provvedimento è stato impugnato sia dalla società Collini Lavori (con il ricorso n. 468/2015 di R.G.), sia dal RTI Intercantieri (con il ricorso n. 3/2016 di R.G.); F) questo Tribunale con la sentenza n. 191 in data 8 aprile 2016 ha confermato la legittimità dell'esclusione del RTI Collini per aver indebitamente modificato la propria composizione soggettiva.

2. Tuttavia il Dirigente del Servizio Appalti della Provincia Autonoma di Trento con la determinazione n. 2 del 13 aprile 2016 - impugnata con il presente ricorso - ha disposto l'annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione al raggruppamento Pessina disposto con la suddetta determinazione n. 5 del 25 novembre 2015, adducendo due distinte ragioni: A) il socio di maggioranza (signor Francesco Iorio) di uno dei progettisti (Studio Iorio S.r.l.) indicati dal predetto RTI ha omesso di dichiarare la sussistenza di due decreti penali di condanna adottati nei propri confronti per il reato di omesso versamento delle ritenute previdenziali e assistenziali; B) alla data dell'aggiudicazione dell'appalto a carico della società mandante Log Engineering sono emerse violazioni, definitivamente accertate, degli obblighi relativi al pagamento di imposte e tasse.

3. Avverso l'impugnata determinazione n. 2 del 13 aprile 2016 la società Pessina Costruzioni ha dedotto tre distinti gruppi di censure, di seguito illustrate. In particolare i primi cinque motivi di ricorso mirano a sindacare la prima ragione che ha determinato l'annullamento dell'aggiudicazione disposta in suo favore, mentre il sesto ed il settimo motivo sono finalizzati, rispettivamente, a sindacare l'ulteriore ragione su cui si fonda l'annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione, nonché la decisione della stazione appaltante di procedere all'escussione della cauzione.

I) *Violazione e falsa applicazione degli artt. 38, 46, 48 e 53 del D.Lgs. n. 163/2006 e dell'art. 263 del D.P.R. n. 207/2010; violazione dell'art. 75 del D.P.R. n. 445/2000; violazione dell'art. 45 della Direttiva 2004/18/CE; eccesso di potere per erroneità dei presupposti di fatti e di diritto, difetto di motivazione, illogicità ed ingiustizia manifesta*, perché il c.d. progettista indicato che partecipa alla gara ai sensi dell'art. 53, comma 3, del D.Lgs. n. 163/2006 non assume la qualità di concorrente e, quindi, la società Studio Iorio deve essere considerata come un soggetto terzo rispetto al RTI Pessina; di conseguenza - anche a voler ammettere che le previsioni dell'art. 38 del D.Lgs. n. 163/2006 in materia di requisiti generali trovino applicazione anche nei confronti del c.d. progettista indicato - in relazione al presunto errore commesso nel caso in esame dal progettista indicato nell'indicare i precedenti penali il RTI Pessina può comunque beneficiare, ai sensi dell'art. 2, comma 4, del D.Lgs. n. 163/2006, dell'esimente della forza maggiore, con l'ulteriore conseguenza che la stazione appaltante, in ossequio al principio di recente sancito dall'art. 89 del D.Lgs. n. 50/2016, avrebbe dovuto quantomeno consentire la sostituzione del progettista indicato. In via subordinata la società ricorrente chiede che venga rimessa alla Corte di Giustizia, ai sensi dell'art. 267 del TFUE, la seguente questione pregiudiziale: «il diritto europeo fino ad oggi esistente ed in particolare la Direttiva 2004/18/CE e la Direttiva 2014/24/UE devono essere interpretati nel senso che ad essi osta una normativa nazionale che esclude, o possa essere interpretata nel senso di escludere, la possibilità per un operatore economico, ossia per il soggetto che concorre alla gara, di indicare altra impresa in luogo di quella originariamente assunta come "progettista indicato", nei confronti del quale sia emerso un motivo obbligatorio o non obbligatorio di esclusione per fatto non riconducibile né oggettivamente, né soggettivamente al concorrente?».

II) *Violazione e falsa applicazione dell'art. 38 del D.Lgs. n. 163/2006 sotto altro profilo; eccesso di potere per difetto di istruttoria e per travisamento dei presupposti di fatto e di diritto, violazione e falsa applicazione dell'art. 2 del D.Lgs. n. 163/2006, eccesso di potere per*

*violazione dei principi di economicità, efficacia, tempestività, trasparenza, correttezza e proporzionalità, perché il reato contestato al progettista indicato è stato depenalizzato dal D.Lgs. n. 8/2016 e, quindi, per effetto dell'abolitio criminis, la condanna per tale reato diviene irrilevante anche ai fini dell'applicazione di una fattispecie come quella dell'art. 38 del D.Lgs. n. 163/2006, nella quale la condanna in sede penale è assunta come indice della inaffidabilità morale dell'operatore economico.*

*III) Violazione e falsa applicazione dell'art. 45 della Direttiva 2004/18/CE; violazione e falsa applicazione dell'art. 35 della L.P. n. 26/1993 ed art 38 del D.Lgs. n. 163/2006; violazione e falsa applicazione dell'art. 2 del D.Lgs. n. 163/2006; eccesso di potere per violazione dei principi di economicità, efficacia, tempestività, trasparenza, correttezza, proporzionalità e ragionevolezza, difetto dei presupposti, illogicità ed ingiustizia manifesta, perché - anche a voler prescindere dall'intervenuta depenalizzazione del reato contestato al progettista indicato - resta comunque il fatto che i decreti penali di condanna della cui omessa dichiarazione si controverte non presentavano, *ictu oculi*, alcuna valenza pregiudizievole in ordine ai requisiti morali del progettista indicato, di talché la condotta del signor Iorio si configurerebbe come un "falso innocuo", irrilevante ai fini della partecipazione alla procedura di gara. In via subordinata la ricorrente chiede che venga rimessa alla Corte di Giustizia, ai sensi dell'art. 267 del TFUE, la seguente questione pregiudiziale «il diritto europeo fino ad oggi esistente ed in particolare l'art. 45 della Direttiva 2004/18/CE e l'art. 57 della Direttiva 2014/24/UE devono essere interpretati nel senso che ad essi osta una normativa nazionale che consenta, o possa essere interpretata nel senso di consentire, l'esclusione di un operatore economico da una procedura per avere esso omesso di indicare, nella dichiarazione resa ai fini dell'ammissione alla gara, una condanna per reato non incidente sulla moralità professionale, ancorché dai documenti acquisiti dalla Stazione Appaltante emerga che non sussistono in merito all'operatore economico motivi obbligatori o non obbligatori di esclusione?».*

*IV) Violazione dell'art. 2 del D.Lgs. n. 163/2006; eccesso di potere per manifesta contraddittorietà; eccesso di potere per violazione del principio di aggravio del procedimento; eccesso di potere per violazione dei principi di economicità, efficacia, tempestività, trasparenza, correttezza, proporzionalità, ragionevolezza, ingiustizia manifesta, perché la scelta operata dalla Provincia di Trento con il bando di gara, di valutare l'incidenza dei precedenti penali dichiarati solo con riferimento all'aggiudicatario ed in un momento successivo all'aggiudicazione rende superflua, oltre che contraria al principio di non aggravamento del procedimento, la stessa richiesta di presentazione di un'autocertificazione in ordine al requisito di cui all'art. 38, lett. c), del D.Lgs. n. 163/2006, in quanto la stazione appaltante ha disposto di verificare il contenuto dell'autocertificazione solo in un momento (ossia dopo aggiudicazione) in cui è certo che essa abbia già nelle sue mani il casellario giudiziale dell'aggiudicatario, con l'ulteriore conseguenza che - in ragione delle peculiari modalità di svolgimento della procedura - l'omessa dichiarazione dei precedenti penali del signor Iorio non avrebbe comunque potuto influire sull'ammissione del concorrente aggiudicatario alla gara e sul regolare e tempestivo espletamento della stessa.*

*V) Violazione e falsa applicazione dell'art. 45 della Direttiva 2004/18/CE; violazione e falsa applicazione dell'art. 38 e 46, comma 1-bis, del D.Lgs. n. 163/2006; violazione e falsa applicazione dell'art. 2 del D.Lgs. n. 163/2006; eccesso di potere contraddittorietà manifesta,*

per violazione dei principi di economicità, efficacia, tempestività, trasparenza, correttezza, proporzionalità e ragionevolezza, per difetto dei presupposti, nonché per illogicità ed ingiustizia manifesta, perché la circostanza che il bando di gara sanzionasse con l'esclusione l'omessa dichiarazione anche solo di un precedente penale comporta che in bando stesso, in parte qua, debba essere: A) annullato in quanto affetto da intrinseca contraddittorietà, atteso che, come illustrato, da un lato impone a tutti i concorrenti di autocertificare tutti i precedenti penali riportati e, dall'altro, sancisce che tali autocertificazioni non verranno valutate ai fini della partecipazione alla gara; B) ovvero dichiarato nullo in quanto introduce una causa di esclusione non espressamente contemplata dall'ordinamento, in violazione dell'art. 46, comma 1-bis, D.Lgs. n. 163/2006; C) ovvero disapplicato in quanto palesemente contrastante con i principi contenuti nella Direttiva 2004/18/CE.

VI) *Violazione e falsa applicazione dell'art. 38 del D.Lgs. n. 163/2006; eccesso di potere per difetto di istruttoria e per travisamento dei presupposti di fatto e di diritto; violazione e falsa applicazione dell'art. 2 del D.Lgs. n. 163/2006*, perché la stazione appaltante, nell'invocare il principio secondo il quale i requisiti di partecipazione devono perdurare per tutto lo svolgimento della procedura di gara, fino alla stipulazione del contratto, non considera che la giurisprudenza ha già avuto modo di precisare l'irrelevanza di una situazione sopravvenuta di inadempimento fiscale del tutto transitoria; di conseguenza - premesso che la società mandante Log Engineering alla scadenza del termine di presentazione dell'offerta era in regola con gli obblighi relativi al pagamento di imposte e tasse - la stazione appaltante non avrebbe dovuto attribuire rilevanza decisiva alla certificazione acquisita dalla Agenzia delle Entrate, dalla quale sarebbe emersa la sussistenza di cartelle di pagamento inevase notificate alla predetta società dopo il termine di presentazione delle offerte, perché le predette cartelle di pagamento erano state, nella loro quasi totalità, liquidate prima dell'adozione del provvedimento impugnato, momento nel quale residuava un debito di soli € 4.861,13, ossia inferiore alla soglia di € 10.000,00, prevista dall'art. 38, comma 2, D.Lgs. n. 163/2006. In via subordinata la ricorrente chiede che venga rimessa alla Corte di Giustizia, ai sensi dell'art. 267 del TFUE, la seguente questione pregiudiziale «il diritto europeo fino ad oggi esistente ed in particolare l'art. 45 della Direttiva 2004/18/CE e l'art. 57 della Direttiva 2014/24/UE devono essere interpretati nel senso che ad essi osta una normativa nazionale che consenta, o possa essere interpretata nel senso di consentire, l'esclusione di un operatore economico da una procedura per inottemperanza agli obblighi relativi al pagamento di imposte, sopravvenuta rispetto alla scadenza del termine per la presentazione delle offerte, laddove l'operatore economico abbia ottemperato, prima della sua esclusione, agli obblighi di pagamento?».

VII) *Violazione e falsa applicazione dell'art. 75 del D.Lgs. n. 163/2006; eccesso di potere per difetto di istruttoria e per travisamento dei presupposti di fatto e di diritto*, perché l'art. 75 del D.Lgs. n. 163/2006 dispone che "la garanzia copre la mancata sottoscrizione del contratto per fatto dell'affidatario", mentre nel caso in esame - quantomeno con riferimento alle contestazioni mosse nei confronti del progettista indicato - trova applicazione l'esimente della forza maggiore, derivante dalla riconducibilità della mancata dichiarazione delle condanne al fatto del terzo, esulante dalla sfera di controllo del RTI aggiudicatario.

4. La società Intercantieri Vittadello (controinteressata) si è costituita in giudizio con memoria depositata in data 7 giugno 2016 ed ha diffusamente replicato alle suesposte censure.

5. Anche la Provincia Autonoma di Trento si è costituita in giudizio con memoria depositata in data 7 giugno 2016 ed ha eccepito l'infondatezza delle suesposte censure.

6. La società ricorrente con memoria depositata in data 30 giugno 2016 ha diffusamente illustrato le suesposte censure, insistendo per l'accoglimento delle proprie domande.

7. La Provincia Autonoma di Trento con memoria depositata in data 5 luglio 2016 ha eccepito, in via preliminare, l'inammissibilità del presente ricorso per carenza di interesse, evidenziando che - come si può evincere dalla documentazione versata in atti dalla società controinteressata in data 27 giugno 2016 - la società mandante Log Engineering è stata dichiarata fallita con sentenza del Tribunale di Trento e, quindi, tale sentenza ha privato la mandante del requisito di ordine generale di cui all'art. 38, comma 1, lett. a), del D.lgs. 163/2006, facendo venir meno la legittimazione dell'intero RTI Pessina a partecipare alla gara. Difatti i requisiti di ordine generale devono essere posseduti dagli operatori economici per tutta la durata della procedura gara, fino al momento della stipulazione del contratto, e non è possibile ipotizzare che la società Pessina Costruzioni si sostituisca (direttamente o con un terzo) alla società mandante fallita invocando l'art. 37, comma 19, del D.lgs. n. 163/2006, perché tale disposizione si riferisce soltanto alla fase di esecuzione del contratto, ferma restando, per il procedimento di gara, l'applicazione dell'inderogabile divieto di modificabilità della composizione del raggruppamento temporaneo.

8. Anche la società Intercantieri Vittadello con memoria depositata in data 5 luglio 2016 ha eccepito l'inammissibilità del ricorso in ragione del fallimento della la società mandante Log Engineering, intervenuto prima della proposizione del ricorso stesso, evidenziando che nel caso in esame la società ricorrente non potrebbe giovare di una "modifica in riduzione" del RTI, perché la società mandante partecipava al raggruppamento al fine di garantire il possesso del requisito speciale relativo alla categoria OS32 per la classifica richiesta dal bando, della quale la società ricorrente risulta priva.

9. La società Studio Iorio (cointeressata) con memoria depositata in data 5 luglio 2016 ha insistito per l'accoglimento dei primi quattro motivi di ricorso.

10. La società ricorrente con memoria depositata in data 8 luglio 2016 ha replicato, in particolare, alle eccezioni di inammissibilità del ricorso evidenziando che: A) come ribadito dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nella sentenza n. 8 del 4 maggio 2012 e dall'AVCP nel parere n. 44 del 27 marzo 2013, il divieto di modifiche soggettive del RTI in corso di gara deve essere inteso nel senso che è inibita l'aggregazione di nuovi operatori economici o la sostituzione di quelli che compongono il raggruppamento, mentre sono consentite modifiche in senso riduttivo, nel senso che nulla osta al recesso di uno dei soggetti che compongono il RTI; B) non risponde al vero quanto affermato dalla società controinteressata in merito alla carenza del requisito speciale relativo alla categoria OS32, per la classifica richiesta dal bando, in capo alla ricorrente medesima, sia perché i lavori di cui alla categoria OS32 erano scorporabili e, quindi, integralmente subappaltabili, sia perché il bando indicava i lavori della categoria OS32 come lavori eseguibili da parte dell'aggiudicatario anche se privo della relativa qualificazione; C) i commi 18 e 19 dell'art. 37 del D.lgs. n. 163/2006 devono essere interpretati alla luce dei vigenti principi e indirizzi comunitari, oramai recepiti nel

D.lgs. n. 50/2016, in forza dei quali il fallimento di uno degli operatori economici che costituiscono il raggruppamento non può essere più annoverato tra le cause che comportano l'immediata ed automatica esclusione dalla gara; D) nel caso in esame l'allungamento dei tempi della gara, che ha comportato il sopravvenire delle difficoltà della società mandante, è da attribuire alla esclusiva responsabilità della stazione appaltante, che non ha estromesso immediatamente l'originario aggiudicatario; E) in via subordinata, per il caso in cui si ritenesse che sia venuto meno l'interesse all'aggiudicazione dell'appalto, residua comunque l'interesse ad una pronuncia sull'illegittimità dei provvedimenti impugnati ai fini risarcitori, nonché al fine di dimostrare l'illegittimità della decisione di procedere all'escussione della cauzione.

11. La società Intercantieri Vittadello con memoria depositata in data 8 luglio 2016 ha ulteriormente insistito per la reiezione delle suesposte censure.

12. Alla pubblica udienza del 21 luglio 2016 il difensore dell'Amministrazione intimata ha dichiarato che: A) non è stato ancora stipulato il contratto con la società ricorrente a seguito dell'aggiudicazione disposta a suo favore; B) la stazione appaltante non ha avviato la riscossione della cauzione ed è stata invece inoltrata una richiesta di rinnovo della garanzia fideiussoria. Quindi la causa è stata trattenuta per la decisione.

## DIRITTO

1. Il Collegio ritiene che, anche in accoglimento dell'eccezione processuale sollevata dalla Provincia Autonoma di Trento e dal RTI Intercantieri, il presente ricorso debba essere dichiarato inammissibile, per carenza di interesse, alla luce delle seguenti considerazioni.

2. Innanzi tutto il Collegio osserva che non sono controverse le seguenti circostanze: A) la società mandante Log Engineering è stata dichiarata fallita con sentenza del Tribunale di Trento n. 37 del 20 aprile 2016, ossia in data anteriore a quella di notifica del presente ricorso (12 maggio 2016); B) tale sentenza ha privato la predetta società del requisito di ordine generale di cui all'art. 38, comma 1, lett. a), del D.lgs. n. 163/2006, secondo il quale "sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi ... i soggetti: a) che si trovano in stato di fallimento, di liquidazione coatta, di concordato preventivo, salvo il caso di cui all'articolo 186-bis del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, o nei cui riguardi sia in corso un procedimento per la dichiarazione di una di tali situazioni".

3. Occorre poi rammentare che la giurisprudenza ha già avuto occasione di precisare la *ratio* e la portata del divieto di modificazione della composizione soggettiva dei raggruppamenti temporanei, sancito dalla disposizione dell'art. 37, comma 9, del D.lgs. n. 163/2006. In particolare tale disposizione prevede che, "salvo quanto disposto ai commi 18 e 19, è vietata qualsiasi modificazione alla composizione dei raggruppamenti temporanei e dei consorzi ordinari di concorrenti rispetto a quella risultante dall'impegno presentato in sede di offerta". I commi 18 e 19 dell'art. 37, a loro volta, così statuiscono: A) "in caso di fallimento del mandatario ovvero, qualora si tratti di imprenditore individuale, in caso di morte, interdizione, inabilitazione o fallimento del medesimo ovvero nei casi previsti dalla normativa antimafia, la

stazione appaltante può proseguire il 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; non sussistendo tali condizioni la stazione appaltante può recedere dall'appalto" (comma 18); B) "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" (comma 19). A fronte di tale quadro normativo il Giudice d'appello (cfr., in particolare, Consiglio di Stato, Ad. Plen., 4 maggio 2012, n. 8; id., Sez. V, 20 gennaio 2015, n. 169) ha da tempo fissato i seguenti punti fermi: A) il generale divieto di modificazione della composizione soggettiva dei raggruppamenti temporanei di imprese è volto a garantire la stazione appaltante in ordine alla verifica dei requisiti di idoneità morale, tecnico-organizzativa ed economica, nonché alla legittimazione delle imprese che hanno partecipato alla gara, oltre che a presidiare la complessiva serietà delle imprese che partecipano alla gara, onde assicurare l'affidabilità del futuro contraente dell'amministrazione; B) una volta che un raggruppamento temporaneo abbia partecipato a una gara, non è possibile alcuna modifica, tanto meno soggettiva, in ordine alla composizione del raggruppamento ed a quanto dichiarato in sede di gara con l'impegno presentato in sede di offerta; C) il divieto di modificare la composizione dei raggruppamenti temporanei riguarda l'arco intero della procedura di evidenza pubblica, mentre le eccezioni contemplate ai commi 18 e 19 dell'art. 37, concernenti il fallimento del mandante e del mandatario, la morte, l'interdizione o inabilitazione dell'imprenditore individuale, nonché le ipotesi previste dalla normativa antimafia, riguardano evenienze relative alla successiva fase dell'esecuzione del contratto; D) l'illegittima modificazione soggettiva del raggruppamento produce le conseguenze disciplinate dall'art. 37, comma 10, ossia, a seconda dei casi, l'esclusione dalla procedura, l'annullamento dell'aggiudicazione e la nullità del contratto eventualmente stipulato; E) il divieto di modificazione della compagine dei raggruppamenti temporanei nella fase procedurale corrente tra la presentazione delle offerte e la definizione della procedura di aggiudicazione è finalizzato a impedire l'aggiunta o la sostituzione di imprese partecipanti al raggruppamento, e non anche a precludere il recesso di una o più di esse, a condizione che quelle che restano a farne parte risultino titolari, da sole, dei requisiti di partecipazione e di qualificazione e che ciò avvenga per esigenze organizzative proprie del raggruppamento, e non invece per eludere la legge di gara e, in particolare, per evitare una sanzione di esclusione dalla gara per difetto dei requisiti in capo al componente del raggruppamento venuto meno per effetto dell'operazione riduttiva.

4. Inoltre il Giudice d'appello in una più recente occasione (Consiglio di Stato, Sez. III, 4 dicembre 2015, n. 5519) ha ulteriormente precisato che: A) il divieto di modificazioni soggettive, previsto dall'art. 37, comma 9, del D.Lgs. n. 163/2006, non ha l'obiettivo di precludere sempre e comunque il recesso dal raggruppamento in costanza di procedura di gara; difatti il rigore di questa disposizione deve essere 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; B) di conseguenza le uniche modifiche soggettive elusive del dettato legislativo sono 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, non risultando in tal caso le esigenze succitate affatto frustrate, se 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; C) tale orientamento non penalizza la stazione appaltante, non creando incertezze, non penalizza le imprese, le cui dinamiche non di rado impongono modificazioni soggettive di consorzi e raggruppamenti per ragioni che prescindono dalla singola gara, e non determina alcuna violazione della par condicio dei concorrenti perché non si tratta di introdurre nuovi soggetti in corsa, ma solo di consentire a taluno degli associati o consorziati il recesso, mediante utilizzo dei requisiti dei soggetti residui, già comunque posseduti; E) resta fermo però che - come affermato dall'Adunanza Plenaria nella sentenza n. 8 del 2012 - la modifica della compagine soggettiva in senso riduttivo è consentita se determinata da esigenze organizzative proprie del raggruppamento o del consorzio, mentre rientra nel divieto di cui all'art. 37, comma 9, se mira ad evitare la sanzione dell'esclusione dalla gara per difetto dei requisiti in capo al componente del raggruppamento che viene meno per effetto dell'operazione riduttiva.

5. Ad analoghe conclusioni è pervenuta l'Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici che, con le determinazioni n. 4 del 10 ottobre 2012 e n. 5 del 6 novembre 2013, ha ritenuto ammissibile il solo mutamento soggettivo in senso riduttivo del raggruppamento, con assunzione del servizio in capo ai rimanenti componenti, previa verifica che tale operazione non sia stata effettuata per eludere la disciplina di gara e che l'esecutore sia singolarmente in possesso dei requisiti indicati nella lex specialis per l'esecuzione della prestazione.

6. L'applicazione delle suesposte coordinate ermeneutiche alla fattispecie in esame comporta che il fallimento della società mandante Log Engineering si è inevitabilmente tradotto in un'autonoma causa di esclusione del RTI Pessina dalla gara in questione, con la conseguenza che la società Pessina Costruzioni al momento della proposizione del presente ricorso non aveva alcun interesse a censurare le ulteriori cause di esclusione addotte dalla stazione appaltante con l'impugnata determinazione n. 2 del 13 aprile 2016. Difatti - anche a voler ammettere che la società Pessina Costruzioni sia in possesso, da sola, di tutti i requisiti speciali richiesti per l'esecuzione dei lavori oggetto dell'appalto - resta il fatto la modifica in senso riduttivo della compagine del RTI Pessina non sarebbe determinata da esigenze organizzative proprie del raggruppamento stesso (e, quindi, consentita), bensì dall'esigenza di evitare la sanzione dell'esclusione dalla gara per difetto del requisito di ordine generale di cui all'art. 38, comma 1, lett. a), del D.lgs. n. 163/2006 in capo alla società mandante Log Engineering.

7. Ciò posto, resta solo da precisare che: A) non giova affatto alla società ricorrente invocare la disposizione dell'art. 37, comma 19, del D.lgs. n. 163/2006, sia perché, come già evidenziato, tale disposizione si configura come un'eccezione che trova applicazione solo nella fase dell'esecuzione del contratto, che nel caso in esame non è mai iniziata in quanto, come il difensore dell'Amministrazione intimata ha confermato all'odierna udienza, con dichiarazione resa a verbale, il contratto con il RTI Pessina non è stato stipulato, sia perché l'interpretazione

estensiva dell'art. 37, comma 19, che tenga conto dei principi sanciti dalle nuove direttive in materia di appalti, trova ostacolo nella circostanza che la fattispecie in esame, *ratione temporis*, va ricondotta alla disciplina posta dal D.lgs. n. 163/2006, e non a quella di recente introdotta dal D.lgs. n. 50/2016; B) non giova alla società ricorrente neppure invocare la circostanza che l'allungamento dei tempi della gara - da imputare alla responsabilità della stazione appaltante - possa aver determinato il sopravvenire delle difficoltà della società mandante, perché il divieto riguarda l'arco intero della procedura di evidenza pubblica, a prescindere dalla durata della stessa; C) la declaratoria di inammissibilità del presente ricorso investe inevitabilmente anche la domanda di annullamento del provvedimento di escussione della cauzione provvisoria e della segnalazione all'ANAC in quanto - anche a voler prescindere dalla circostanza che il difensore dell'Amministrazione intimata ha precisato, con dichiarazione resa a verbale, che l'escussione della cauzione non è stata ancora disposta - resta comunque il fatto che l'esclusione del RTI Pessina per effetto del fallimento della società mandante Log Engineering costituisce, di per sé, ragione sufficiente per procedere all'escussione della cauzione provvisoria ed alla segnalazione all'ANAC; D) analoghe considerazioni valgono anche per la domanda risarcitoria proposta dalla società ricorrente, che presuppone evidentemente l'accertamento della fondatezza della domanda di accertamento dell'illegittimità dei provvedimenti impugnati.

8. In conclusione, il ricorso va dichiarato inammissibile.

Le spese del giudizio - liquidate come da dispositivo - seguono la soccombenza e devono essere, quindi, poste a carico della società ricorrente e della società Studio Iorio.

P.Q.M.

*Il Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa della Regione autonoma Trentino - Alto Adige/Südtirol, sede di Trento, definitivamente pronunciando sul ricorso n. 127/2016 lo dichiara inammissibile.*

*Condanna, in solido, la società ricorrente e la società Studio Iorio al pagamento delle spese di giudizio, che si liquidano in complessivi euro 6.000,00 (seimila/00) - di cui euro 3.000,00 (tremila/00) in favore della Provincia Autonoma di Trento e euro 3.000,00 (tremila/00) in favore della Intercantieri Vittadello Spa - oltre i.v.a. e c.p.a. come per legge, nonché alla rifusione del contributo unificato.*

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

Così deciso in Trento nella camera di consiglio del giorno 21 luglio 2016 con l'intervento dei magistrati:

Roberta Vigotti, Presidente

Carlo Polidori, Consigliere, Estensore

Alma Chiettoni, Consigliere

