

Le condizioni di ammissibilità delle modificazioni soggettive nella gara di appalto: punti di contatto e non tra il vecchio ed il nuovo Codice dei contratti pubblici

di Cristina Lenoci

Data di pubblicazione: 10-10-2017

1. In vigore del D. Lgs. n. 163/2006, le vicende modificative soggettive sono disciplinate, nelle varie fasi della gara, dall'art. 51 del medesimo decreto legislativo e, nella fase di esecuzione del contratto, dal successivo art. 116.

2. Le vicende modificative e organizzative dell'impresa sono ammesse purché il soggetto subentrante sia in possesso dei requisiti necessari e la stazione appaltante sia messa in condizione di effettuare i dovuti accertamenti. In altri termini, gli artt. 51 e 116 del codice dei contratti pubblici contengono una deroga al principio di immutabilità soggettiva dei raggruppamenti temporanei di imprese di cui all'art. 37, comma 9, del d.lgs. n. 163 del 2006. Nondimeno tali disposizioni vanno interpretate nel senso che il nuovo soggetto non può subentrare automaticamente nella procedura di gara, considerata la necessità, per la stazione appaltante, di tutelare l'interesse pubblico alla corretta esecuzione della prestazione attraverso i dovuti controlli in merito al possesso dei requisiti di ordine generale e speciale in capo al soggetto subentrante.

3. Benché le norme di cui sopra non prevedano una specifica disciplina del procedimento di comunicazione e di verifica dei requisiti del soggetto subentrato per effetto della cessione o dell'affitto e non contemplino, quindi, termini precisi per l'effettuazione, da parte del concorrente e/o contraente, degli adempimenti necessari ai fini della verifica, per quella che è la ratio sottesa all'art. 51 del d.lgs. n. 163 del 2006 (ossia rispondere all'esigenza di evitare che l'Amministrazione aggiudicatrice concluda il contratto o interloquisca con operatori economici che non abbiano partecipato alla gara e nei confronti dei quali non sia stata effettuata la verifica del possesso dei requisiti di ordine generale e di ordine tecnico ed economico-finanziario), l'onere imposto dalla norma può considerarsi adempiuto nei casi in cui la stazione appaltante sia posta in grado di effettuare una tempestiva verifica dei requisiti del concorrente, quale individuato a seguito della modificazione soggettiva.

N. 00723/2017 REG.PROV.COLL.

N. 00190/2017 REG.RIC.

N. 00194/2017 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO****Il Tribunale Amministrativo Regionale per le Marche****(Sezione Prima)**

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 190 del 2017, proposto da:
Laurentina Gruppo Sabbatini s.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Rosamaria Berloco, con domicilio eletto, ex articolo 25 cod. proc. amm., presso la Segreteria del Tribunale amministrativo per le Marche, in Ancona, Via della Loggia 24;

contro

Comune di Fabriano, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avvocati Alessandro Lucchetti e Alberto Lucchetti, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Alessandro Lucchetti in Ancona, corso Mazzini, 156;

sul ricorso numero di registro generale 194 del 2017, proposto da:
KCS Caregiver Cooperativa Sociale, Altrah s.r.l. e Impresa Costruzioni Carnevali Pietro s.r.l., in persona dei rispettivi legali rappresentanti p.t., rappresentate e difese dagli avvocati Enrico Maria Stramigioli e Enrico Di Ienno, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Marco Bertinelli Terzi in Ancona, corso Stamira, 29;

contro

Comune di Fabriano, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avvocati Alessandro Lucchetti e Alberto Lucchetti, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Alessandro Lucchetti in Ancona, corso Mazzini, 156;

nei confronti di

Laurentina Gruppo Sabbatini s.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Rosamaria Berloco, con domicilio eletto presso, ex articolo 25 cod. proc. amm., presso la Segreteria del Tribunale amministrativo per le Marche, in Ancona, Via della Loggia 24;

per l'annullamento

quanto al ricorso n. 190 del 2017:

- della determina dirigenziale del Comune di Fabriano n. 66 del 02.03.2017, notificata il 09.03.2017, a mezzo della quale si procedeva alla revoca dell'aggiudicazione definitiva e conseguente decadenza dal "*project financing per la progettazione definitiva, esecutiva, realizzazione e successiva gestione completa, comprensiva della manutenzione ordinaria e straordinaria di una struttura per anziani, comprendente residenza protetta, casa di riposo, casa albergo per anziani e centro diurno anziani*";
- di tutti gli altri atti presupposti connessi e consequenziali (anche se sconosciuti), ivi inclusi, per quanto di ragione, la nota prot. 0029233 del 06.07.2016 con cui il Comune di Fabriano ha avviato il procedimento amministrativo finalizzato alla dichiarazione di revoca e conseguente decadenza dell'A.T.I. aggiudicataria nell'ambito della predetta procedura di *project financing*;
- nonché dell'argomento della Giunta comunale del 5.07.2016 con il quale si è fornito l'indirizzo all'organo di gestione affinché fosse avviato il procedimento per la dichiarazione di decadenza della A.T.I. medesima dall'aggiudicazione definitiva disposta con determina dirigenziale n. 325 del 14.05.2012 in esito al procedimento di finanza di progetto;

quanto al ricorso n. 194 del 2017:

- della determinazione del Responsabile del Servizio Assetto e Tutela del Territorio architetto Roberto Evangelisti n. 97 del 02.03.2017, comunicata il 09.03.2017, avente ad oggetto:
"*Project Financing per la progettazione definitiva, esecutiva, realizzazione e successiva gestione completa, comprensiva della manutenzione ordinaria e straordinaria, di una struttura per anziani, comprendente residenza protetta, casa di riposo, casa albergo per anziani e centro diurno per anziani - revoca dell'aggiudicazione definitiva - seguito comunicazione artt. 7 e segg. L. 241/90 e smi*";
- di ogni atto presupposto, conseguente e comunque connesso;

nonché per la condanna dell'Amministrazione al risarcimento del danno subito dalle ricorrenti ai sensi dell'art. 158 del d.lgs. n. 163 del 2006;

Visti i ricorsi e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione, in entrambi i giudizi, del Comune di Fabriano e, nel ricorso n. 194 del 2017, di Laurentina Gruppo Sabbatini s.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 5 luglio 2017 la dott.ssa Simona De Mattia e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

I. Il Comune di Fabriano, con bando pubblicato nella G.U.U.E. del 28 novembre 2011, ha indetto una procedura aperta a gara unica, ex art. 153 del d.lgs. n. 163 del 2006, per la *“progettazione definitiva, esecutiva, realizzazione e successiva gestione completa, comprensiva della manutenzione ordinaria e straordinaria, di una struttura per anziani comprendente residenza protetta, casa di riposo, casa albergo per anziani e centro diurno per anziani”*.

Approvate le risultanze della procedura, con determinazione n. 325 del 14 maggio 2012 ha nominato promotore del *project financing* il costituendo raggruppamento temporaneo di imprese formato dalle società KCS Caregiver s.c.a.r.l. (capogruppo mandataria), Costruzioni Carnevali Pietro s.r.l., Altrah s.a.s., Sabbatini Bruno & C. s.n.c.

Detto raggruppamento si è formalmente costituito per atto a rogito del notaio Ottoni, rep. 8098, in data 9 gennaio 2013, mentre, in data 24 aprile 2013, è stata sottoscritta la convenzione ex art. 143 del d.lgs. n. 163 del 2006 tra il Comune di Fabriano e la mandataria dell'ATI.

Il 7 aprile 2014, a circa un anno dalla sottoscrizione del contratto, l'Amministrazione comunale ha ricevuto, a mezzo PEC, comunicazione dalla società Laurentina Gruppo Sabbatini s.r.l., con cui quest'ultima ha dichiarato di aver affittato, in data 24 aprile 2013, il ramo di azienda della Sabbatini Bruno & C. s.n.c. e, pertanto, di essere subentrata in tutti i contratti da questa posti in essere, tra cui, evidentemente, la finanza di progetto in parola, avendo, peraltro, provveduto, successivamente, ad un aumento del capitale sociale ad € 40.000,00, al fine di soddisfare i requisiti per il subentro nell'ATI (cfr. nota a mezzo PEC del 18 aprile 2014, con è stato inoltrato al Comune anche il certificato di attestazione SOA conseguito dalla Laurentina Gruppo Sabbatini s.r.l. in data 17 aprile 2014).

All'esito degli accertamenti effettuati e del parere espresso dall'ANAC, su richiesta dell'Amministrazione, in merito alla vicenda modificativa soggettiva in questione (parere n. 172845 del 18 dicembre 2015), il Comune di Fabriano ha avviato il procedimento di revoca dell'aggiudicazione definitiva e di decadenza dell'ATI dalla finanza di progetto, conclusosi con l'adozione dell'impugnata determina dirigenziale n. 97 del 2 marzo 2017.

L'Amministrazione, anche sulla scorta delle osservazioni formulate dall'Autorità anti-corruzione nel citato parere, è addivenuta a tale ultima determinazione assegnando decisivo rilievo alla circostanza che le modificazioni soggettive verificatesi nel corso della procedura, non tutte tempestivamente comunicate alla stazione appaltante, avrebbero dato luogo a molteplici interruzioni nel possesso dei requisiti di partecipazione.

Ed invero, la società Laurentina Gruppo Sabbatini, in data 24 marzo 2013, aveva stipulato un contratto di affitto di azienda non già con la società Sabbatini Bruno & C. s.n.c., bensì con la SAB Investimenti di "PM Scavi s.r.l." s.n.c., società costituita in data 20 marzo 2013 e nella quale erano confluiti i rami di azienda aventi ad oggetto l'attività di impresa delle società Sabbatini Bruno & C. s.n.c., PM Scavi s.r.l. e Laurentina Immobiliare. Di qui, ad avviso del Comune, una prima interruzione nel possesso dei requisiti, atteso che, da un lato, l'originaria mandante avrebbe perso i requisiti di partecipazione e la propria attestazione SOA già prima della stipula della convenzione tra KCS Caregiver e il Comune di Fabriano, avvenuta in data 24 marzo 2013, proprio in virtù del suddetto trasferimento d'azienda; dall'altro lato, la società conferitaria (SAB Investimenti), a dire dell'Amministrazione creata con il solo scopo di presentare una domanda di concordato, non avrebbe mai posseduto i requisiti di solidità economico finanziaria stabiliti dal disciplinare di gara, fra cui, in particolare, un capitale sociale sufficiente a soddisfare le prescrizioni dell'art. 8 del bando.

Ulteriori interruzioni si sarebbero inoltre verificate nel momento in cui la SAB Investimenti di "PM Scavi s.r.l." s.n.c. ha concesso in affitto alla Laurentina Gruppo Sabbatini s.r.l. il predetto ramo di azienda, avendo quest'ultima acquisito le attestazioni SOA richieste dalla *lex specialis* solo in data 17 aprile 2014 e avendo regolarizzato il suo capitale sociale solo in data 16 aprile 2014.

Il tutto senza alcuna preventiva comunicazione alla stazione appaltante, se non attraverso l'inoltro delle citate note a mezzo PEC, da parte della Laurentina Gruppo Sabbatini s.r.l., a distanza di circa un anno dalla stipula della convenzione tra KCS Caregiver e il Comune di Fabriano.

Quest'ultimo, sul presupposto, quindi, che si sarebbero verificate più soluzioni di continuità nel possesso dei requisiti in capo all'ATI aggiudicataria, non ha neppure ritenuto possibile un'esecuzione della prestazione da parte delle residue componenti del R.T.I., assumendo che esse non disporrebbero dei requisiti necessari per svolgere la prestazione, atteso che la società Sabbatini Bruno & C. s.n.c. era titolare del 33% della quota di partecipazione ai lavori - per come delineato dalle stesse mandanti nell'atto costitutivo dell'ATI - pari al 16,5% dei requisiti dell'intero appalto.

Sostiene inoltre l'Amministrazione l'inapplicabilità, al caso di specie, dell'art. 37, comma 19, del d.lgs. n. 163 del 2006, in quanto la Sabbatini Bruno & C. s.n.c., al momento del fallimento, aveva già ceduto la propria azienda ed era già priva dei requisiti.

II. Con ricorso depositato in data 18 aprile 2017 e rubricato al n. 190 del 2017 RG, la società Laurentina Gruppo Sabbatini s.r.l. ha impugnato la determina dirigenziale n. 97 del 2 marzo 2017 e gli altri atti connessi.

- Con il primo motivo, lamenta eccesso di potere e violazione degli artt. 41 della Costituzione, 2558 c.c., 38, comma 1, lett. a) del d.lgs. n. 163 del 2006 e 161 del r.d. n. 267 del 1942. Le modifiche soggettive all'interno delle procedure di gara, infatti, sarebbero consentite in virtù sia della libera organizzazione delle imprese di cui all'art. 41 della Costituzione, sia degli artt. 51 e 116 del codice dei contratti pubblici applicabile *ratione temporis*. Peraltro, il duplice

trasferimento di azienda non sarebbe mai stato contestato dall'Amministrazione resistente, che invece si sarebbe limitata a contestare il fatto che la ricorrente aveva acquisito l'azienda dalla SAB Investimenti piuttosto che direttamente dalla Sabbatini Bruno & C. s.n.c. Sotto altro profilo, premesso che, alla data di stipula del contratto di affitto, la SAB Investimenti non aveva ancora presentato alcuna domanda di concordato, la mera intenzione di presentare un concordato non determinerebbe l'impossibilità di assumere commesse pubbliche ma, anzi, la norma di cui all'art. 38, comma 1, lett. a, del d.lgs. n. 163 del 2006, consentirebbe la partecipazione alle procedure di gara alle imprese ammesse al concordato con continuità aziendale ed a quelle che hanno presentato domanda di ammissione al concordato preventivo. Il Comune di Fabriano, invece, avrebbe dedotto la mancanza dei requisiti economico finanziari dalla mera intenzione di richiedere il concordato senza effettuare ulteriori accertamenti in merito alla solidità della SAB Investimenti. In prima battuta, in base all'art. 95, secondo comma, del D.P.R. n. 554 del 1999, richiamato dall'art. 8 del bando, ciascuna impresa che ricopre il ruolo di mandante in un raggruppamento temporaneo deve possedere quantomeno il 10% dei requisiti totali richiesti all'intero raggruppamento. Inoltre, detta disposizione del bando di gara assimila il concetto di capitale sociale a quello di solidità economica e gestionale, quest'ultima da dimostrare mediante il possesso di un patrimonio netto pari ad almeno un ventesimo del valore dell'investimento previsto per l'intervento. La valutazione del Comune sarebbe quindi errata, posto che la SAB Investimenti di "PM Scavi s.r.l." s.n.c., al momento della costituzione, disponeva di un capitale sociale inferiore di soli € 250,00 al limite del 10% (€ 32,000 in luogo di € 32.250,00) ed aveva un patrimonio netto costituito da beni per un valore di € 1.603.100.

- Con il secondo motivo di gravame, lamenta eccesso di potere e violazione dell'art. 40 del d.lgs. n. 163 del 2006, degli artt. 15 e 18 del D.P.R. n. 34 del 2000 e degli artt. 76 e 79 del D.P.R. n. 207 del 2010, nella parte in cui il Comune di Fabriano ha ravvisato plurime interruzioni nel possesso dei requisiti. In virtù del principio di ultrattività dell'attestazione SOA, il cessionario potrebbe avvalersi dei requisiti di qualificazione posseduti dal cedente, tanto che gli organismi di attestazione dovrebbero solamente verificare l'effettivo passaggio dei requisiti indicati dall'art. 18 del D.P.R. 25 gennaio 2000 n. 34 (corrispondente all'odierno art. 79 del Regolamento). L'art. 76, comma 9, del D.P.R. n. 207 del 2010 stabilisce che *"in caso di fusione o di altra operazione che comporti il trasferimento di azienda o di un suo ramo, il nuovo soggetto può avvalersi per la qualificazione dei requisiti posseduti dalle imprese che ad esso hanno dato origine. Nel caso di affitto di azienda l'affittuario può avvalersi dei requisiti posseduti dall'impresa locatrice se il contratto di affitto abbia durata non inferiore a tre anni"*. Posto che i requisiti sarebbero transitati una prima volta il 20 marzo 2013 dalla Sabbatini Bruno & C. S.n.c. alla SAB Investimenti ed una seconda volta da quest'ultima alla Laurentina Gruppo Sabbatini s.r.l. in data 24 aprile 2013, nel caso di specie non vi sarebbe stata alcuna interruzione nel relativo possesso. A conferma delle proprie ragioni, la ricorrente asserisce di aver ottenuto l'attestazione SOA il 17 aprile 2014, previa perizia giurata ex art. 76, comma 10, del regolamento effettuata il 10 febbraio 2014 dal dott. Federico Pellegrini dietro incarico del Tribunale di Ancona.

In ultimo, la stessa nega qualsiasi rilievo alla perdita dei requisiti da parte della Bruno Sabbatini & C. s.n.c., posto che i requisiti dovrebbero essere posseduti dal cessionario e non dal cedente, e precisa che la verifica *ex post* da parte della società di certificazione

escluderebbe ogni soluzione di continuità nel possesso degli stessi.

- Con il terzo motivo di gravame, lamenta eccesso di potere e violazione di legge con riferimento agli artt. 6, lett. d), della convenzione, 51 e 116 del d.lgs. n. 163 del 2006, 15 e 18 del D.P.R. n. 34 del 2000, 76 e 79 del D.P.R. n. 207 del 2010 e 156 del d.lgs. n. 163 del 2006.

L'Amministrazione avrebbe errato nel porre a fondamento del provvedimento di revoca la tardività della comunicazione dell'affitto d'azienda dalla SAB Investimenti di "PM Scavi s.r.l." s.n.c. alla Laurentina Gruppo Sabbatini s.r.l. Gli artt. 51 e 116 del codice dei contratti pubblici, infatti, non prevedrebbero termini decadenziali per tale comunicazione, né vi sarebbero state ragioni di urgenza legate all'esecuzione del progetto, considerato che i lavori non erano neppure iniziati, in quanto il Comune di Fabriano non aveva ancora acquisito le aree necessarie alla realizzazione della nuova viabilità. In merito all'interruzione nel possesso dei requisiti, osserva la ricorrente che il *project financing* si atteggierebbe in maniera diversa rispetto al modello tipico di un appalto di lavori pubblici, consentendo la sostituzione dell'aggiudicatario da parte di una società terza; lo si ricaverebbe innanzitutto dal disposto dell'art. 156 del codice dei contratti pubblici, ma anche dallo stesso art. 6, lett. d), della convenzione, che prevedrebbe specificamente l'ipotesi della perdita dei requisiti per l'aggiudicazione, attribuendo al concessionario l'onere di porvi rimedio non appena possibile, senza che a ciò consegua la sua esclusione (*"Il Concessionario si impegna, altresì, a comunicare al concedente ogni notizia o fatto che possa determinare la diminuzione o perdita dei requisiti e delle garanzie di carattere tecnico, economico e finanziario posti a fondamento dell'aggiudicazione della concessione, o a porvi rimedio non appena possibile o comunque entro il termine perentorio a tal fine assegnato dal concedente"*).

Con riguardo all'aumento di capitale, la ricorrente osserva che tale possibilità sarebbe stata prevista dalla convenzione stessa e che, inoltre, il Comune avrebbe dovuto riferirsi alla consistenza del suo patrimonio netto quale criterio alternativo al capitale sociale. Invero, l'art. 8 del bando di gara avrebbe disposto l'assimilazione del capitale sociale al concetto di solidità economica e gestionale, da dimostrarsi, quest'ultima, attraverso il possesso di un patrimonio netto pari ad almeno un ventesimo del valore dell'investimento previsto per l'intervento.

Sotto un ulteriore profilo, la stessa lamenta la violazione dell'art. 2558 c.c., la cui applicabilità al caso di specie sarebbe stata erroneamente esclusa dall'Amministrazione resistente. La disposizione in parola consentirebbe il subentro anche in quelle posizioni giuridiche di mera aspettativa in ordine ad una futura aggiudicazione o stipula del contratto. Peraltro, i rapporti interni alla ATI esulerebbero da ogni valutazione e sindacato della Stazione appaltante, il cui compito, invece, sarebbe solo quello di verificare il possesso dei requisiti richiesti dalla legge da parte del soggetto subentrante.

- Con il quarto motivo di impugnazione deduce violazione e falsa applicazione degli artt. 21 *quinquies* della legge n. 241 del 1990 e 158 del d.lgs. n. 163 del 2006, nonché eccesso di potere per difetto di motivazione circa l'interesse pubblico attuale all'adozione del provvedimento di secondo grado, per ingiustizia manifesta, superficialità e sviamento. Essenzialmente, l'istante contesta l'emanazione di un provvedimento di revoca in luogo del recesso previsto dall'art. 134 del codice dei contratti pubblici. Ciò in quanto l'art. 21 *quinquies* della legge n. 241 del 1990 sarebbe norma di carattere residuale,

astrattamente applicabile ove non sia prevista una diversa disciplina di settore e pertanto ne andrebbe definito l'ambito applicativo nel procedimento di *project financing*. In materia di contratti pubblici, in particolare, i limiti all'applicazione della revoca sarebbero stati evidenziati dall'adunanza plenaria del Consiglio di Stato, la quale, occupatasi del confine tra autotutela privatistica e pubblicistica, ha affermato il principio di diritto secondo cui "*nel procedimento di affidamento di lavori pubblici le pubbliche amministrazioni se, stipulato il contratto di appalto, rinvenivano sopravvenute ragioni di inopportunità della prosecuzione del rapporto negoziale, non possono utilizzare lo strumento pubblicistico della revoca dell'aggiudicazione ma devono esercitare il diritto potestativo di recesso regolato dall'articolo 134 del d.lgs. n. 163 del 2006*" (Cons. St., Ad. Plen., 20 giugno 2014, n. 14). In altri termini, una volta stipulato il contratto, ove vengano in essere ragioni di opportunità, ovvero la rinnovata valutazione dell'interesse pubblico per sopravvenienze, l'Amministrazione non potrebbe esercitare il potere di revoca bensì quello di recesso, quest'ultimo avente l'effetto di determinare la cessazione *ex nunc* del rapporto negoziale.

Ne consegue che il provvedimento impugnato sarebbe illegittimo in quanto, in forza della speciale previsione dell'art. 134 del d.lgs. n. 163 del 2006, non vi sarebbe la possibilità di revocare un rapporto negoziale fondato sul contratto d'appalto di lavori pubblici.

III. Il Comune di Fabriano si è costituito in giudizio chiedendo il rigetto del ricorso in quanto infondato.

Con memoria depositata il 1° luglio 2017, ha preso posizione in ordine alle censure sollevate dalla ricorrente, chiarendo, in sintesi, che il provvedimento gravato sarebbe stato emesso non per questioni inerenti alla successione di soggetti o al subentro nel contratto, bensì per la perdita dei requisiti da parte della Sabbatini Bruno & C. s.n.c., la quale, unitamente alla mancata comunicazione delle vicende circolatorie dell'azienda, avrebbe reso superflua ogni valutazione circa l'applicabilità degli articoli 51 e 116 del d.lgs. n. 163 del 2006. Se, infatti, il conferimento del ramo di azienda alla società SAB Investimenti di "PM Scavi s.r.l." s.n.c. era avvenuto il 20 marzo 2013 e l'attività era cessata definitivamente il 18 aprile 2014, allora al momento della stipula della convenzione la Sabbatini Bruno & C. s.n.c. non era più in possesso dei requisiti per la partecipazione alla procedura. D'altronde, l'omessa comunicazione dei trasferimenti di azienda, precludendo la verifica dei requisiti delle subentranti, avrebbe determinato una violazione dei principi di concorrenza, parità di trattamento e massima partecipazione alle gare pubbliche, oltre che dell'art. 97 della Costituzione. Quanto all'asserita tardività del provvedimento di secondo grado, replica che tardiva sarebbe, semmai, la comunicazione della ricorrente, la quale ha atteso un anno dall'affitto di azienda prima di portare a conoscenza della stazione appaltante gli avvenuti mutamenti soggettivi. Peraltro, l'attestazione SOA non potrebbe essere ceduta e dunque non si sarebbe verificata alcuna trasmissione dell'attestazione stessa tra le tre società coinvolte dai trasferimenti di azienda. Né alla certificazione conseguita il 17 aprile 2014 dalla Laurentina Gruppo Sabbatini s.r.l. potrebbe attribuirsi efficacia retroattiva.

Da ultimo, contesta la tesi per cui la stazione appaltante non avrebbe potuto utilizzare l'istituto di cui all'art. 21 *quinquies* della legge n. 241 del 1990. La revoca, invero, sarebbe esperibile sia a seguito di una valutazione di elementi sopravvenuti, sia in base ad una rivalutazione

dell'interesse pubblico. Nel caso di specie, inoltre, la decadenza dai requisiti, pur se scoperta successivamente alla stipula, ha fatto emergere un vizio riguardante la fase dell'aggiudicazione e non quella dell'esecuzione del contratto.

IV. Con il ricorso depositato in data 20 aprile 2017, rubricato al n. 194 del 2017 RG, anche le società KCS Caregiver s.r.l., Altrah s.r.l. e Impresa Costruzioni Carnevali Pietro s.r.l. hanno impugnato il citato provvedimento n. 97 del 2 marzo 2017, chiedendo, altresì, la condanna del Comune di Fabriano al risarcimento del danno subito in ragione della revoca ai sensi dell'art. 158 del d.lgs. n. 163 del 2006.

- Con il primo motivo di ricorso, censurano la violazione e falsa applicazione degli artt. 21 *nonies* della legge n. 241 del 1990 e 158 del d.lgs. n. 163 del 2006, oltre che l'eccesso di potere per difetto di istruttoria e di motivazione. Premesso, infatti, che la determina gravata sarebbe da qualificarsi come annullamento e non come revoca, il Comune di Fabriano avrebbe conseguentemente violato il termine di diciotto mesi prescritto dall'art. 21 *nonies* della legge n. 241 del 1990, poiché il provvedimento sarebbe stato emanato quattro anni dopo la stipula della convenzione. Peraltro, la revoca del provvedimento di aggiudicazione non sarebbe supportata da motivi di interesse pubblico in violazione dell'art. 158 del d.lgs. n. 163 del 2006 (*"Qualora il rapporto di concessione sia risolto per inadempimento del soggetto concedente ovvero quest'ultimo revochi la concessione per motivi di pubblico interesse"*). Considerato che il legittimo esercizio del potere di autotutela non potrebbe fondarsi solo sull'esigenza di ripristinare la legittimità violata, il provvedimento sarebbe illegittimo anche per difetto di istruttoria e di motivazione non avendo, l'Amministrazione, esposto alcuna ragione oltre al mutamento soggettivo.

- Con il secondo motivo di ricorso censurano la violazione dell'art. 37 del d.lgs. n. 163 del 2006. Assumono, in particolare, che le vicende societarie che hanno coinvolto la società Sabbatini Bruno & C. s.n.c. non avrebbero prodotto alcun effetto sul raggruppamento temporaneo di imprese, il quale, in assenza di un consenso al trasferimento del contratto, non avrebbe subito variazioni nella compagine per effetto del subentro dell'impresa Laurentina Gruppo Sabbatini s.r.l. Né il trasferimento dell'azienda avrebbe determinato il subentro automatico dell'acquirente nel contratto di associazione temporanea di impresa in questione, per il quale, stante quanto previsto dall'art. 2558 c.c. e rivestendo esso carattere personale, sarebbe stata necessaria l'accettazione espressa del contraente ceduto. Di qui, sempre a dire della ricorrente, l'irrelevanza dell'omessa comunicazione alla stazione appaltante della modifica soggettiva in parola, anche in considerazione del fatto che i requisiti di partecipazione posseduti dagli altri componenti dell'ATI aggiudicataria al momento della stipula della convenzione erano comunque sufficienti a soddisfare quanto richiesto dal disciplinare.

Sotto altro profilo, il fallimento della SAB Investimenti di "PM Scavi s.r.l." s.n.c. - e quindi anche dei soci illimitatamente responsabili, tra cui la società Sabbatini Bruno & C. s.n.c. - dichiarato con sentenza del Tribunale di Pesaro del 29 settembre 2014, renderebbe applicabile l'art. 37, comma 19, del codice dei contratti pubblici, secondo cui il fallimento di uno dei mandanti legittima il mandatario ad eseguire la prestazione direttamente o a mezzo degli altri mandanti, purché in possesso dei requisiti di qualificazione adeguati. Il fallimento della Impresa Sabbatini Bruno avrebbe quindi solamente comportato la sua esclusione dal R.T.I.,

consentendo agli altri membri del R.T.I., asseritamente in grado di coprire il complesso dei requisiti richiesti dal disciplinare di gara, di dare corso ai lavori in oggetto senza che alla società fallita subentrasse un altro operatore economico. Secondo le ricorrenti, infatti, l'Impresa Costruzioni Carnevali Pietro s.r.l., da sola, avrebbe un attestato di qualificazione per la categoria OG1 - Classifica V, corrispondente alla classificazione complessiva richiesta per l'esecuzione dell'appalto.

Inoltre, il principio di immodificabilità soggettiva, ricavabile dal citato art. 37, dovrebbe interpretarsi in maniera non restrittiva, fermo che la sua *ratio* risiede nel consentire il controllo dei requisiti e di precludere quelle modificazioni soggettive che, sopraggiunte alle verifiche, siano finalizzate ad eludere detti accertamenti. Tra le modifiche elusive non potrebbe annoverarsi l'ipotesi del recesso di uno dei partecipanti, stante il fatto che l'Amministrazione, al momento del mutamento soggettivo, ha già potuto controllare i requisiti di capacità e di moralità dell'impresa o delle imprese che restano. In linea con il citato orientamento giurisprudenziale si sarebbe espressa anche l'Autorità di Vigilanza sui Contratti pubblici, con i pareri n. 2 del 27 gennaio 2011 e n. 40 del 3 dicembre 2009. Il comma 19 dell'art. 37 troverebbe applicazione anche nella fase, successiva all'aggiudicazione definitiva, precedente alla stipula.

- In ultimo, le ricorrenti chiedono la condanna dell'Amministrazione resistente al risarcimento per equivalente dei danni subiti, ai sensi dell'art. 158, comma 1, del d.lgs. n. 163 del 2006 in materia di risoluzione dei contratti di concessione. In particolare, la mandataria pretende il rimborso dei costi sostenuti unitamente ad un indennizzo pari al 10% del costo del servizio che avrebbe dovuto gestire, valutato sulla base del piano economico-finanziario, mentre le società Altrah s.r.l. e Impresa Costruzioni Carnevali Pietro s.r.l. chiedono il rimborso dei costi sostenuti e un indennizzo pari al 10% del valore delle opere che avrebbero dovuto eseguire valutato sulla base dello studio di fattibilità approvato dallo stesso Comune di Fabriano.

V. Si sono costituiti in giudizio, per resistere al gravame, sia il Comune di Fabriano che la società Laurentina Gruppo Sabbatini s.r.l.

In particolare quest'ultima, da un lato si associa alle deduzioni difensive della ricorrente KCS Caregiver esposte nel primo motivo di ricorso, dall'altro contesta quanto dalla medesima dedotto nel secondo motivo, ritenendo che il proprio subentro nell'azienda ceduta da Sabbatini Bruno & C. s.n.c. si sia perfezionato, atteso che il contratto di associazione temporanea di imprese, contrariamente a quanto asserito dalle ricorrenti, non avrebbe carattere personale. Inoltre, l'intervenuto fallimento della società Sabbatini Bruno non assumerebbe alcuna rilevanza, atteso che esso è intervenuto successivamente al conferimento di azienda.

Quanto alla posizione del Comune di Fabriano, quest'ultimo, dopo aver ribadito la legittimità dell'istituto della revoca utilizzato dall'Amministrazione e il fatto che la doppia cessione di azienda, senza alcuna preventiva comunicazione alla stazione appaltante, avrebbe determinato una doppia soluzione di continuità nel possesso dei requisiti, contesta la circostanza che l'ATI, nelle sue residue componenti, avrebbe comunque posseduto i requisiti necessari e sufficienti alla stipula della convenzione. Ciò sull'assunto secondo cui, stante il

disposto dell'art. 8 del bando (che rinvia all'art. 95 del DPR n. 554 del 1999), avendo la ditta Sabbatini Bruno acquisito la quota del 33% per la fase di realizzazione, la stessa era titolare del 16,5 % dei requisiti dell'intero appalto, di cui erano conseguentemente prive le altre componenti dell'ATI, compresa la mandataria, interessata alla sola fase di gestione.

L'Amministrazione assume ancora l'inapplicabilità, alla fattispecie, dell'art. 37, comma 19, del d.lgs. n. 163 del 2006, atteso che al momento dell'intervenuto fallimento la mandante era già priva dei requisiti necessari, dato il conferimento di azienda alla SAB Investimenti avvenuto nel marzo del 2013.

Il Comune conclude quindi per il rigetto del ricorso e della coeva domanda risarcitoria.

VI. Alla pubblica udienza del 5 luglio 2017 entrambi i gravami sono stati trattenuti in decisione.

VII. Preliminarmente il Collegio reputa opportuno disporre la riunione dei ricorsi in esame ai sensi dell'art. 70 c.p.a., dati gli evidenti profili di connessione.

VIII. Ciò posto, partendo dall'esame del ricorso n. 190 del 2017 proposto dalla società Laurentina Gruppo Sabbatini s.r.l., vanno di seguito esaminati i primi tre motivi, con cui la ricorrente, attraverso diverse censure, lamenta, essenzialmente, l'illegittimità del provvedimento di revoca dell'aggiudicazione e della decadenza dal contratto di concessione sull'assunto che i mutamenti soggettivi riguardanti le società Sabbatini Bruno & C. s.n.c., SAB Investimenti di "PM Scavi s.r.l." s.n.c. e Laurentina Gruppo Sabbatini s.r.l. sarebbero avvenuti nel pieno rispetto delle condizioni imposte dal codice dei contratti pubblici vigente *ratione temporis*, stante, in particolare, quanto disposto dagli art. 51 e 116 dello stesso.

Le censure dedotte nei motivi in esame non possono essere condivise per le ragioni che seguono.

- L'art. 51 del d.lgs. n. 163 del 2006 prevede testualmente: "*Qualora i candidati o i concorrenti, singoli, associati o consorziati, cedano, affittino l'azienda o un ramo d'azienda, ovvero procedano alla trasformazione, fusione o scissione della società, il cessionario, l'affittuario, ovvero il soggetto risultante dall'avvenuta trasformazione, fusione o scissione, sono ammessi alla gara, all'aggiudicazione, alla stipulazione, previo accertamento sia dei requisiti di ordine generale, sia di ordine speciale, nonché dei requisiti necessari in base agli eventuali criteri selettivi utilizzati dalla stazione appaltante ai sensi dell'articolo 62, anche in ragione della cessione, della locazione, della fusione, della scissione e della trasformazione previsti dal presente codice*".

L'art. 116 del d.lgs. n. 163 del 2006, inoltre, stabilisce che: "*Le cessioni di azienda e gli atti di trasformazione, fusione e scissione relativi ai soggetti esecutori di contratti pubblici non hanno singolarmente effetto nei confronti di ciascuna stazione appaltante fino a che il cessionario, ovvero il soggetto risultante dall'avvenuta trasformazione, fusione o scissione, non abbia proceduto nei confronti di essa alle comunicazioni previste dall'articolo 1 del decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 11 maggio 1991, n. 187, e non abbia documentato il possesso dei requisiti di qualificazione previsti dal presente codice. 2. Nei sessanta giorni successivi la stazione appaltante può opporsi al subentro del nuovo soggetto nella titolarità del*

contratto, con effetti risolutivi sulla situazione in essere, laddove, in relazione alle comunicazioni di cui al comma 1, non risultino sussistere i requisiti di cui all'articolo 10-sexies della legge 31 maggio 1965, n. 575, e successive modificazioni”.

Entrambe le disposizioni innanzi citate disciplinano le vicende modificative soggettive, nelle varie fasi della gara (art. 51) e nella fase dell'esecuzione del contratto (art. 116).

Dette vicende modificative e organizzative dell'impresa sono ammesse purché il soggetto subentrante sia in possesso dei requisiti necessari e purché la stazione appaltante sia messa in condizione di effettuare i dovuti accertamenti.

Come infatti affermato dalla giurisprudenza amministrativa, *“ai sensi dell'art. 51 del d.lgs. n. 163 del 2006, qualora i candidati o concorrenti consorziati cedano o affittino l'azienda o un ramo d'azienda, il cessionario o l'affittuario sono ammessi alla gara previo accertamento sia dei requisiti di ordine generale, sia di ordine speciale, per cui l'operatività della norma postula la comunicazione alla stazione appaltante dell'avvenuto contratto di fitto o cessione del ramo di azienda e l'avvenuta comprova dei requisiti”* (TAR Lazio Roma, sez. II, 6 giugno 2016, n. 6509; in termini, TAR Calabria Catanzaro, sez. I, 5 settembre 2014, n. 1464; Consiglio di Stato, sez. IV, 20 maggio 2014, n. 2556).

Pertanto, se è vero, come sostenuto dalla ricorrente, che gli artt. 51 e 116 del codice dei contratti pubblici contengono una deroga al principio di immutabilità soggettiva dei raggruppamenti temporanei di imprese di cui all'art. 37, comma 9, del d.lgs. n. 163 del 2006, nondimeno tali disposizioni vanno interpretate nel senso che il nuovo soggetto non può subentrare automaticamente nella procedura di gara, considerata la necessità, per la stazione appaltante, di tutelare l'interesse pubblico alla corretta esecuzione della prestazione attraverso i dovuti controlli in merito al possesso dei requisiti di ordine generale e speciale in capo al soggetto subentrante. E' evidente che nel caso di successive vicende modificative, come accaduto nella fattispecie, il possesso dei requisiti deve essere garantito senza soluzione di continuità sino all'ultimo subentro.

- Occorre precisare, tuttavia, che le norme di cui sopra non hanno previsto una specifica disciplina del procedimento di comunicazione e di verifica dei requisiti del soggetto subentrato per effetto della cessione o dell'affitto e non contemplano, quindi, termini precisi per l'effettuazione, da parte del concorrente e/o contraente, degli adempimenti necessari ai fini della verifica.

Ritiene il Collegio che, se la finalità della comunicazione - con particolare riferimento a quella di cui all'art. 51 del d.lgs. n. 163 del 2006 - risponde all'esigenza di evitare che l'Amministrazione aggiudicatrice concluda il contratto o interloquisca con operatori economici che non abbiano partecipato alla gara e nei confronti dei quali non sia stata effettuata la verifica del possesso dei requisiti di ordine generale e di ordine tecnico ed economico-finanziario, l'onere imposto dalla norma può considerarsi adempiuto nei casi in cui la stazione appaltante sia posta in grado di effettuare una tempestiva verifica dei requisiti del concorrente, quale individuato a seguito della modificazione soggettiva.

Nel caso di specie, il Comune di Fabriano, non avendo ricevuto alcuna comunicazione in merito al trasferimento di azienda della mandante Sabbatini Bruno & C. s.n.c., ha proceduto alla stipula della convenzione di finanzia di progetto ex art. 143 del d.lgs. n. 163 del 2006 con l'ATI aggiudicataria senza essere a conoscenza dell'avvenuta modificazione soggettiva nella composizione del raggruppamento e, soprattutto, senza poter verificare il possesso dei requisiti di partecipazione in capo alla società SAB Investimenti di "PM Scavi s.r.l." s.n.c., prima subentrante. Quest'ultima, peraltro, nello stesso giorno in cui è stata stipulata la convenzione tra KCS Caregiver e il Comune di Fabriano (24 marzo 2013), ha sottoscritto il contratto di affitto di azienda con la società Laurentina Gruppo Sabbatini s.r.l. avente ad oggetto il ramo d'azienda industriale ovvero le attività di costruzione.

La comunicazione delle operazioni descritte, tuttavia, non è stata effettuata all'Amministrazione; solo a distanza di circa un anno dalla stipula della suddetta convenzione la ricorrente Laurentina Gruppo Sabbatini, costituita in data 19 marzo 2013, ha comunicato di aver affittato il ramo di azienda della società Sabbatini Bruno & C. s.n.c. il successivo 24 marzo (PEC del 7 aprile 2014) e di aver provveduto ad un aumento del capitale sociale in data 16 aprile 2014 al fine di soddisfare i requisiti di partecipazione al *project financing* in questione (PEC del 18 aprile 2014). E' evidente, pertanto, che non può considerarsi rispettato quanto prescritto dall'art. 51 citato, atteso che la stazione appaltante non è stata posta in condizione di effettuare una tempestiva verifica dei requisiti del concorrente, inteso come il soggetto individuato a seguito della modificazione soggettiva.

- La ricorrente asserisce che la verifica effettuata dalla società di certificazione sulla base della perizia giurata redatta, ex art. 76, comma 10, del DPR n. 207 su incarico del Tribunale civile di Ancona, confermerebbe il possesso dei requisiti di qualificazione senza soluzione di continuità in capo alla Laurentina Gruppo Sabbatini, atteso che quest'ultima si sarebbe avvalsa, ai fini dell'attestazione SOA, dei requisiti della sua dante causa (SAB Investimenti), che, a sua volta, li avrebbe ottenuti dalla mandante Sabbatini Bruno; conseguentemente, la verifica operata *ex post* dalla società di certificazione sarebbe stata perfettamente in grado di saldare retroattivamente gli effetti dell'accertamento del requisito speciale di qualificazione.

Osserva il Collegio che quand'anche la verifica favorevole *ex post* sul possesso dei requisiti in capo alla Laurentina Gruppo Sabbatini da parte della SOA abbia accertato che essi siano stati mantenuti senza soluzione di continuità, ciò vale, tuttalpiù, per la sola cessione d'azienda intervenuta tra questa e la società SAB Investimenti; non risulta, infatti, che analogo adempimento sia stato posto in essere da tale ultima società all'atto dell'intervenuta cessione del ramo d'azienda da parte della Sabbatini Bruno, nel senso che non vi è stata una formale comunicazione alla SOA finalizzata all'accertamento del trasferimento dei requisiti in capo alla cessionaria.

Ed invero, muovendo dagli assunti dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nella recente pronuncia n. 3 del 3 luglio 2017, poiché l'art. 76, comma 11, del D.P.R. n. 207/2010 deve essere interpretato nel senso che la cessione del ramo d'azienda non comporta automaticamente la perdita delle qualificazioni in capo al cedente, così come non comporta automaticamente l'acquisto delle stesse in capo al cessionario, ai fini di detta verifica occorre procedere a una valutazione in concreto dell'atto di cessione, da condursi sulla base degli

scopi perseguiti dalle parti e dell'oggetto del trasferimento. Tale accertamento può avvenire tanto in sede di verifica periodica, quanto in sede di verifica straordinaria. La verifica straordinaria può essere attivata dalla SOA su segnalazione dell'ANAC ovvero, nel caso cui la cessione avvenga in corso di gara, su istanza della stazione appaltante (cui la cessione dev'essere tempestivamente comunicata) o delle altre imprese partecipanti alla gara. Pertanto, in ipotesi di cessione di un ramo d'azienda, solo l'accertamento effettuato dalla SOA, su richiesta o in sede di verifica periodica, in ordine al mantenimento dei requisiti di qualificazione da parte dell'impresa cedente o all'acquisto di essi in capo alla cessionaria, può stabilire se gli stessi siano stati trasferiti o meno senza soluzione di continuità.

Tale accertamento è tuttavia del tutto mancato rispetto all'atto di cessione intervenuto tra la Sabbatini Bruno e la SAB Investimenti; né la verifica è stata possibile su segnalazione dell'Amministrazione, dal momento che a quest'ultima detto trasferimento non è mai stato comunicato. Conseguentemente, anche a voler seguire la tesi della ricorrente, secondo cui il trasferimento di azienda ha comportato anche il trasferimento dei requisiti, la mancanza di una certificazione SOA volta ad attestare il possesso di detti requisiti in capo alla SAB Investimenti ha determinato sicuramente una soluzione di continuità in relazione a detto passaggio; ciò anche valorizzando la natura meramente certificativa della SOA e quindi la sua valenza retroattiva, atteso che l'attestato di qualificazione rilasciato il 17 aprile 2014 non può che riguardare la posizione della sola società richiedente, ossia della Laurentina Gruppo Sabbatini s.r.l..

- Neppure convince quanto sostenuto dalla ricorrente al fine di dimostrare che la perdita dei requisiti comunque non avrebbe potuto condurre alla revoca dell'aggiudicazione anche in virtù di quanto previsto dall'art. 6 della stessa convenzione stipulata con il Comune di Fabriano ai sensi dell'art. 143 del d.lgs. n. 163 del 2006. Ed invero, il citato art. 6, seppure consente che il concessionario ponga rimedio all'eventuale perdita o diminuzione dei requisiti non appena possibile, impone ugualmente al medesimo un onere di tempestiva comunicazione nei confronti del concedente di ogni notizia o fatto che vi abbia dato luogo (lettera d), oltre che di tutte le modificazioni soggettive riguardanti il raggruppamento, nei limiti in cui le stesse siano consentite dalla vigente normativa (lettera e). Poiché, come più volte ribadito, detto onere di preventiva e tempestiva comunicazione non è stato adempiuto, anche il disposto di cui all'art. 6 della suddetta convenzione risulta essere stato, nella fattispecie, violato.

- Peraltro, sotto un diverso profilo, la ricorrente ha provveduto all'aumento del proprio capitale sociale al fine di soddisfare il requisito di partecipazione all'appalto in parola solo in data 16 aprile 2014 - ossia a distanza di oltre un anno dalla stipula del contratto di affitto di azienda con la SAB Investimenti - come si evince dalla comunicazione inoltrata a mezzo PEC dalla stessa società al Comune di Fabriano in data 18 aprile 2014. Né l'omessa verifica in merito alla consistenza del suo patrimonio (art. 8 del bando) è da attribuire alla responsabilità dell'Amministrazione, dal momento che la stessa non è stata posta nella condizione di effettuare tale verifica sia perché non tempestivamente informata delle intervenute vicende modificative, sia perché, ai sensi dell'art. 8 citato, incombe sui concorrenti l'onere di dimostrare l'eventuale possesso di un patrimonio netto pari ad almeno un ventesimo del valore dell'investimento previsto per l'intervento, come criterio alternativo al capitale sociale.

IX. Il quarto motivo del ricorso n. 190 può essere esaminato unitamente al primo motivo del ricorso n. 194.

Secondo le ricorrenti, l'Amministrazione avrebbe errato nel ricorrere all'istituto della revoca.

La società Laurentina Gruppo Sabbatini s.r.l. sostiene che, essendo l'autotutela intervenuta successivamente alla stipula della convenzione, si sarebbe dovuto procedere al recesso, previsto in materia di contratti pubblici dall'art. 134 del d.lgs. n. 163 del 2006.

Le altre società, invece, sostengono che la determina gravata, da qualificarsi piuttosto come annullamento d'ufficio, sarebbe illegittima per violazione del termine di diciotto mesi di cui all'art. 21 *nonies* della legge n. 241 del 1990 e che, inoltre, l'autotutela non sarebbe supportata da quelle ragioni di pubblico interesse richieste dal dettato dell'art. 158 del codice dei contratti pubblici vigente *ratione temporis*.

Le censure prospettate richiedono talune precisazioni.

Come chiarito dalla adunanza plenaria del Consiglio di Stato nella sentenza n. 14 del 20 giugno 2014, "*nel procedimento di affidamento di lavori pubblici le pubbliche amministrazioni, stipulato il contratto di appalto, rinvergono sopravvenute ragioni di inopportunità della prosecuzione del rapporto negoziale, non possono utilizzare lo strumento pubblicistico della revoca dell'aggiudicazione ma devono esercitare il diritto potestativo regolato dall'art. 134 del d.lgs. n. 163 del 2006*". Tuttavia, non può non osservarsi che il presupposto del potere di revoca è il medesimo che è posto a base del recesso ex art. 134 del d.lgs. n. 163 del 2006, ossia la diversa valutazione dell'interesse pubblico a causa di sopravvenienze e quindi per sopraggiunti motivi di opportunità. Il *discrimen* sta nel momento in cui si verificano dette sopravvenienze; si utilizzerà, pertanto, lo strumento della revoca nella fase della procedura di gara che si conclude con l'aggiudicazione, che ha carattere pubblicistico e risulta distinta da quella, successiva, della stipulazione e conseguente esecuzione del contratto (pur costituendone, l'aggiudicazione, il necessario presupposto funzionale), che invece ha carattere privatistico, nella quale l'Amministrazione non può esercitare il potere di revoca, dovendo operare con l'esercizio del diritto di recesso.

Analogamente, anche lo speciale potere di revoca di cui all'art. 158 del d.lgs. n. 163 del 2006 può essere esercitato per sopraggiunti motivi di interesse pubblico.

- Ciò posto in termini generali, nella fattispecie concreta difetta proprio il presupposto per addvenire alla revoca o al recesso, atteso che l'Amministrazione non ha effettuato alcuna diversa valutazione dell'interesse pubblico né l'autotutela è stata dettata da ragioni di opportunità. Il potere esercitato nel caso in esame, infatti, nonostante il *nomen* di "revoca" utilizzato dal Comune di Fabriano, si attegga più propriamente come annullamento d'ufficio, essendo l'autotutela basata sul venir meno dei requisiti di qualificazione in capo ad un componente del raggruppamento, per effetto della cessione d'azienda, sin dalla fase antecedente alla stipulazione della convenzione.

Sul punto giova precisare che "*la giurisprudenza amministrativa ammette pacificamente che*

l'amministrazione possa intervenire in via di autotutela anche dopo la conclusione della gara annullando l'aggiudicazione, proprio per la ritenuta mancanza di un requisito di partecipazione, la cui relativa verifica, pertanto, può essere effettuata in qualsiasi momento, avuto in particolare riguardo allo specifico momento in cui sia stata acquisita la piena conoscenza in ordine alla mancanza dello stesso. E, infatti, ai sensi dell'articolo 11, comma 8, del d.lgs. n. 163 del 2006, la fase di verifica del possesso dei requisiti prescritti per la partecipazione alla gara può essere effettuata anche dopo l'adozione dell'aggiudicazione definitiva posto che la norma citata subordina l'efficacia dell'atto a tale adempimento (TAR Roma, Sezione II ter, 9 maggio 2011, n. 3994) (TAR Lazio Roma, sez. II, 13 luglio 2012, n. 6405).

Nel caso di specie non rileva, ai fini dell'esatta qualificazione giuridica del potere in concreto esercitato, che l'autotutela sia intervenuta successivamente alla stipula della convenzione, atteso che, come sopra precisato, essa non è dipesa da sopraggiunte ragioni di opportunità, bensì dal venir meno dei requisiti in capo al concessionario prima ancora della stipula della convenzione, della quale circostanza l'Amministrazione ha avuto contezza solo in un momento successivo.

Come infatti chiarito dall'adunanza plenaria del Consiglio di Stato (sentenza 20 luglio 2015, n. 8), *"nelle gare di appalto per l'aggiudicazione di contratti pubblici i requisiti generali e speciali devono essere posseduti dai candidati non solo alla data di scadenza del termine per la presentazione della richiesta di partecipazione alla procedura di affidamento, ma anche per tutta la durata della procedura stessa fino all'aggiudicazione definitiva ed alla stipula del contratto, nonché per tutto il periodo dell'esecuzione dello stesso, senza soluzione di continuità"*; conseguentemente, l'accertamento - ancorché avvenuto in un momento successivo alla stipulazione - della perdita dei requisiti già in una fase antecedente ad essa, legittima l'annullamento in autotutela dell'aggiudicazione, dal quale deriva, come effetto, la caducazione del contratto nel frattempo stipulato per la stretta consequenzialità funzionale tra l'aggiudicazione della gara e la stipulazione dello stesso (Consiglio di Stato, ad. plen., n. 14 del 2014 cit.).

Tanto chiarito, occorre stabilire, avuto riguardo alle circostanze del caso concreto, se il potere di annullamento incontri, anche nella fattispecie, i limiti indicati dall'art. 21 *nonies* della legge n. 241 del 1990, in esito alle modificazioni da ultimo apportate con la legge 7 agosto 2015, n. 124, soprattutto nella parte in cui ha ammesso la possibilità di esercitare detto potere di autotutela da parte dell'Amministrazione entro un termine *"ragionevole, comunque non superiore a diciotto mesi dal momento dell'adozione dei provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici"* (comma 1), introducendo, peraltro, una deroga al termine in esame per i casi in cui i provvedimenti di cui si discute siano stati *"conseguiti sulla base di false rappresentazioni dei fatti o di dichiarazioni sostitutive di certificazioni e dell'atto di notorietà false o mendaci per effetto di condotte costituenti reato, accertate con sentenza passata in giudicato..... , fatta salva l'applicazione delle sanzioni penali nonché delle sanzioni previste dal capo VI del testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445"*.

Il Collegio, sul punto, condivide le argomentazioni esposte nella recente sentenza del TAR Lazio, sede di Roma, sezione II *bis*, 7 marzo 2017, n. 3215. La citata pronuncia, in sintesi, nel

sottolineare che l'esigenza sottesa all'introduzione della prescrizione che ammette l'esercizio del potere di annullamento d'ufficio entro un termine preciso è strettamente correlata con la tutela dell'affidamento ingenerato nei destinatari degli atti ampliativi, precisa che occorre comunque tener conto dei casi connotati da specifiche peculiarità, atte a sminuire o addirittura ad annientare l'esigenza di cui sopra, rispetto ai quali l'esercizio di tale potere esclusivamente entro il termine assoluto di diciotto mesi non potrebbe non rivelarsi incostituzionale per contrasto, tra gli altri, con l'art. 97 della Costituzione. Pertanto, proprio all'inevitabile necessità di non trascurare la sussistenza di tali casi, è ragionevolmente riconducibile l'introduzione da parte del legislatore del comma 2 bis dell'art. 21 *nonies*, prescrivente - come già ricordato - un'eccezione all'esercizio del potere di autotutela entro il termine dei diciotto mesi per il caso in cui i provvedimenti siano stati conseguiti sulla base di *"false rappresentazioni dei fatti o di dichiarazioni sostitutive di certificazioni e dell'atto di notorietà false o mendaci"*.

Sulla scorta di tali premesse, il Collegio osserva che la fattispecie in esame è sicuramente riconducibile all'ambito di operatività dell'art. 21 *nonies*, comma 2 bis, della legge n. 241 del 1990; posto, infatti, che la sussistenza di uno stato di affidamento effettivamente meritevole di tutela non può prescindere dalla correttezza del comportamento del privato, beneficiario dei vantaggi economici derivanti dall'azione amministrativa, nel caso in esame rileva la circostanza che la ragione per cui la stazione appaltante non ha provveduto tempestivamente all'annullamento dell'aggiudicazione dipende dal comportamento dell'aggiudicatario/concessionario, che ha omesso di informare tempestivamente l'Amministrazione dell'intervenuta modifica soggettiva. Seppure detto comportamento non costituisca una *"falsa rappresentazione dei fatti"* in senso stretto, tuttavia esso si è rivelato ugualmente idoneo ad ingenerare nella concedente Amministrazione una falsa rappresentazione rispetto alla effettiva situazione in essere al momento della stipulazione della convenzione.

A ciò aggiungasi che l'Amministrazione, una volta appreso, all'esito delle comunicazioni inoltrate a mezzo PEC nelle date del 7 e del 18 aprile 2014 dalla società Laurentina Gruppo Sabbatini s.r.l., dell'intervenuta modifica soggettiva, ha subito avviato i relativi accertamenti, anche inoltrando all'ANAC una richiesta di parere, e provvedendo, in data 6 luglio 2016, a conclusione dell'istruttoria, all'avvio del procedimento volto alla revoca (*recte* annullamento) dell'aggiudicazione in parola.

Quanto alle ragioni di interesse pubblico sottese all'annullamento, esse sono agevolmente evincibili dalla diffusa motivazione dell'atto impugnato e risiedono nell'esigenza della stazione appaltante di conoscere in ogni tempo dell'affidabilità del suo interlocutore "operatore economico" (e dunque di poter monitorare stabilmente la perdurante idoneità tecnica ed economica del concorrente, anche nella fase dell'esecuzione del contratto), a presidio della quale è imposto l'onere di continuità nel possesso dei requisiti, che non solo è del tutto ragionevole per i motivi appena esposti, ma non è neppure sproporzionato, essendo assolvibile *"...in modo del tutto agevole, mediante ricorso all'ordinaria diligenza, che gli operatori professionali devono tenere al fine di poter correttamente insistere e gareggiare nel concorrenziale mercato degli appalti pubblici; il che significa, per quanto qui ne occupa, garantire costantemente la qualificazione loro richiesta e la possibilità concreta della sua dimostrazione e verifica"* (cfr. Consiglio di Stato, adunanza plenaria, 20 luglio 2015, n. 8).

Per le ragioni illustrate, i motivi in esame (quarto del ricorso n. 190 e primo del ricorso n. 194), non possono essere favorevolmente apprezzati.

X. Continuando con lo scrutinio del ricorso n. 194 del 2017, del pari infondato è il secondo (e ultimo) motivo.

Le ricorrenti asseriscono, in sostanza, che il duplice trasferimento di azienda non sarebbe stato idoneo ad incidere sulla composizione soggettiva dell'ATI, la quale, in assenza di un consenso al trasferimento del contratto, non avrebbe subito variazioni nella compagine per effetto del subentro dell'impresa Laurentina Gruppo Sabbatini s.r.l. Né il trasferimento dell'azienda avrebbe determinato il subentro automatico dell'acquirente nel contratto di associazione temporanea di impresa in questione, per il quale, stante quanto previsto dall'art. 2558 c.c. e rivestendo esso carattere personale, sarebbe stata necessaria l'accettazione espressa del contraente ceduto. Inoltre, nonostante il fallimento della Sabbatini Bruno & C. s.n.c., la prestazione dedotta nella convenzione sarebbe stata comunque eseguibile dagli altri membri del raggruppamento, muniti, da soli, dei requisiti necessari. A sostegno di tale ultimo assunto invocano l'applicazione dell'art. 37, comma 19, del d.lgs. n. 163 del 2006, il quale recita testualmente: *"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"*.

Tali argomentazioni non possono essere condivise.

Il problema, infatti, non è quello di stabilire se il contratto di associazione di impresa abbia o meno carattere personale e quindi sia trasferibile o meno senza il consenso di tutti i contraenti; ed invero, anche a voler accedere alla tesi delle ricorrenti - secondo cui il contratto di associazione temporanea di impresa ha carattere personale e non è quindi trasferibile senza il consenso di tutti i contraenti, sicché l'avvenuto trasferimento di azienda non avrebbe determinato anche il trasferimento di detto contratto, con la conseguenza che nella compagine sarebbe ancora presente la ditta Sabbatini Bruno & C. s.n.c. - resta fermo che l'art. 76, comma 11, del D.P.R. n. 207/2010 deve essere interpretato nel senso che la cessione del ramo d'azienda non comporta automaticamente la perdita della qualificazione in capo al cedente, così come non comporta automaticamente l'acquisto della stessa in capo al cessionario; pertanto, ai fini della verifica sul possesso dei requisiti occorre procedere a una valutazione in concreto dell'atto di cessione, da condursi sulla base degli scopi perseguiti dalle parti e dell'oggetto del trasferimento. Tale accertamento deve essere effettuato dalla SOA, ma esso, come sopra esposto, è del tutto mancato rispetto all'atto di cessione intervenuto tra la Sabbatini Bruno e la SAB Investimenti. L'omessa verifica da parte della SOA, a fronte del trasferimento di azienda, ha determinato, quindi, tanto rispetto alla cedente quanto rispetto alla cessionaria, una soluzione di continuità nel possesso dei requisiti ancor prima dell'intervenuta dichiarazione di fallimento della società Sabbatini Bruno in data 29 settembre 2014, con la conseguenza che non può trovare applicazione, nel caso in esame, neppure il disposto dell'art. 37, comma 19, del d.lgs. n. 163 del 2006.

Sul punto giova peraltro ribadire quanto già statuito dalla giurisprudenza amministrativa, secondo cui *“le eccezioni previste dai commi 18 e 19 dell'articolo riguardano casi tassativi (fallimento del mandante, del mandatario, ovvero morte dell'imprenditore individuale, interdizione o inabilitazione, ipotesi previste dalla normativa antimafia). Si tratta di eccezioni alla regola generale che non consente modifiche alla composizione del raggruppamento affidatario, collegate a fatti indipendenti dalla volontà del soggetto e che trovano giustificazione nell'interesse della stazione appaltante alla continuazione del rapporto contrattuale (cfr., Cons. Stato, sez. V, 20 aprile 2012, n. 2328). Diversa è la situazione in esame, in cui la società mandataria è stata estromessa dal rapporto in fase esecutiva per gravi inadempimenti nello svolgimento del servizio ed il fallimento è sopravvenuto, quando il rapporto era già cessato. Comunque, la prosecuzione del rapporto in diversa composizione e il conferimento di un nuovo mandato ad uno delle componenti del raggruppamento superstite rientra nella discrezionalità della stazione appaltante, sicché il mancato esercizio deve ritenersi ragionevole laddove, come nel caso, sia venuto meno il socio operativo (c.d. socio industriale) e il raggruppamento sia mutato in riduzione, sì da richiedere un'ulteriore ricapitalizzazione”* (Consiglio di Stato, sez. V, 9 aprile 2015, n. 1800).

Quanto poi all'ammissibilità del mutamento soggettivo in senso riduttivo del raggruppamento, con assunzione del servizio in capo ai rimanenti componenti dello stesso, tale evenienza è pacificamente ammessa dalla giurisprudenza amministrativa, sempre che il recesso dell'impresa componente di un raggruppamento nel corso della procedura di gara non sia volto a sanare una situazione di preclusione all'ammissione alla procedura esistente al momento dell'offerta in ragione della sussistenza di cause di esclusione riguardanti il soggetto recedente, pena la violazione della *par condicio* tra i concorrenti. Più specificamente, occorre verificare che tale operazione non sia stata effettuata per eludere la disciplina di gara e che le restanti componenti siano esse stesse in possesso dei requisiti indicati nella *lex specialis* per l'esecuzione della prestazione (Consiglio di Stato, adunanza plenaria, 4 maggio 2012, n. 8; Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici, determinazioni n. 4 del 10 ottobre 2012 e n. 5 del 6 novembre 2013).

Orbene, le ricorrenti lamentano che la stazione appaltante avrebbe omesso di verificare il possesso dei requisiti in capo alle restanti componenti del raggruppamento ai fini dell'esecuzione della prestazione pur in assenza di una delle mandanti. L'assunto, tuttavia, è smentito *per tabulas*. Ed invero, nel provvedimento di revoca impugnato il Comune di Fabriano, nel riscontrare le controdeduzioni della ditta KCS Caregiver, ha dato conto di detta verifica, sulla base della quale ha escluso che le restanti imprese facenti parte dell'ATI potessero da sole soddisfare i requisiti di partecipazione e di esecuzione; la motivazione del provvedimento impugnato – evidenziato il richiamo ai criteri di cui all'art. 95 del DPR n. 554 del 1999 operato dall'art. 8 del bando – rileva in particolare come la ditta Sabbatini Bruno, avendo assunto per la fase di realizzazione la quota del 33%, fosse titolare, fatte le dovute proporzioni con la fase di gestione (art. 11, par. I.b, lett. d), del bando), del 16,5% dei requisiti dell'intero appalto, requisiti di cui erano privi gli altri membri del raggruppamento, compresa la mandataria, interessata dalla sola fase di gestione. Sul punto, peraltro, non vi sono specifiche contestazioni da parte delle ricorrenti, né quanto obiettato dall'Amministrazione è stato fatto oggetto di una puntuale censura in ricorso.

XI. In conclusione, per tutte le argomentazioni sopra esposte, entrambi i ricorsi n. 190 del 2017 e n. 194 del 2017 sono infondati e vanno respinti.

XII. Conseguentemente, va respinta anche la domanda risarcitoria avanzata dalle società KCS Caregiver s.r.l., Altrah s.r.l. e Impresa Costruzioni Carnevali Pietro s.r.l., non trovando applicazione nella fattispecie, per tutto quanto sopra argomentato, l'art. 158 del d.lgs. n. 163 del 2006.

XIII. Avuto riguardo alla complessità e, per certi versi, alla novità delle questioni trattate, sussistono i presupposti per disporre la compensazione delle spese di entrambi i giudizi tra le parti.

GUIDA ALLA LETTURA

Nel sistema previgente le vicende soggettive del candidato, dell'offerente e dell'aggiudicatario, nonché le vicende soggettive dell'esecutore del contratto erano disciplinate rispettivamente dall'art. 51 e dall'art. 116 del D. Lgs. n. 163/2006.

Segnatamente, in base alle suindicate disposizioni normative: *<<qualora i candidati o i concorrenti, singoli, associati o consorziati, cedano, affittino l'azienda o un ramo d'azienda, ovvero procedano alla trasformazione, fusione o scissione della società, il cessionario, l'affittuario, ovvero il soggetto risultante dall'avvenuta trasformazione, fusione o scissione, sono ammessi alla gara, all'aggiudicazione, alla stipulazione, previo accertamento sia dei requisiti di ordine generale, sia di ordine speciale, nonché dei requisiti necessari in base agli eventuali criteri selettivi utilizzati dalla stazione appaltante ai sensi dell'[articolo 62](#), anche in ragione della cessione, della locazione, della fusione, della scissione e della trasformazione previsti dal presente codice>>* (cfr. art. 51, D. lgs. n. 163/2006, s.m.i.); ed ancora, *<<le cessioni di azienda e gli atti di trasformazione, fusione e scissione relativi ai soggetti esecutori di contratti pubblici non hanno singolarmente effetto nei confronti di ciascuna stazione appaltante fino a che il cessionario, ovvero il soggetto risultante dall'avvenuta trasformazione, fusione o scissione, non abbia proceduto nei confronti di essa alle comunicazioni previste dall'[articolo 1 del decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 11 maggio 1991, n. 187](#), e non abbia documentato il possesso dei requisiti di qualificazione previsti dal presente codice. Nei sessanta giorni successivi la stazione appaltante può opporsi al subentro del nuovo soggetto nella titolarità del contratto, con effetti risolutivi sulla situazione in essere, laddove, in relazione alle comunicazioni di cui al comma 1, non risultino sussistere i requisiti di cui all'[articolo 10-sexies della legge 31 maggio 1965, n. 575](#), e successive modificazioni. Ferme restando le ulteriori previsioni legislative vigenti in tema di prevenzione della delinquenza di tipo mafioso e di altre*

gravi forme di manifestazione di pericolosità sociale, decorsi i sessanta giorni di cui al comma 2 senza che sia intervenuta opposizione, gli atti di cui al comma 1 producono, nei confronti delle stazioni appaltanti, tutti gli effetti loro attribuiti dalla legge. Le disposizioni di cui ai commi che precedono si applicano anche nei casi di trasferimento o di affitto di azienda da parte degli organi della procedura concorsuale, se compiuto a favore di cooperative costituite o da costituirsi secondo le disposizioni della [legge 31 gennaio 1992, n. 59](#), e successive modificazioni, e con la partecipazione maggioritaria di almeno tre quarti di soci cooperatori, nei cui confronti risultino estinti, a seguito della procedura stessa, rapporti di lavoro subordinato oppure che si trovino in regime di cassa integrazione guadagni o in lista di mobilità di cui all'[articolo 6 della legge 23 luglio 1991, n. 223](#)>> (cfr. art. 116, D. Lgs. n. 163/2006, s.m.i.).

All'art. 51 del D. Lgs. n. 163/2006 va indubbiamente riconosciuto il merito di aver disciplinato, per la prima volta, in modo espresso ed organico le vicende soggettive del candidato, dell'offerente e dell'aggiudicatario e, sempre per la prima volta, di aver previsto la possibilità del subentro da parte di soggetti diversi rispetto a quelli che hanno presentato l'offerta, risultanti da operazioni di cessione e fitto d'azienda o da trasformazione, fusione e scissione di società.

Prima dell'entrata in vigore del D. Lgs. n. 163/2006, infatti, la cessione del contratto di appalto era ritenuta soprattutto da parte della dottrina il più rilevante mutamento soggettivo che si poteva verificare nel corso del rapporto instauratosi con la P.A. [\[1\]](#). Su questa scia la L. n. 55/1990 aveva severamente vietato la cessione del contratto di appalto. Veto di poi stemperato dall'art. 35 della L. n. 109/1994, che difatti, sia pure a fronte di determinate condizioni, ammetteva, anche se solo per le oo.pp., la cessione d'azienda, la trasformazione, la fusione e la scissione societaria.

Facendo proprio quanto previsto da quest'ultima norma, in relazione alla fase dell'esecuzione del contratto, l'art. 116 del D. Lgs. n. 163/2006, allineandosi alla *ratio* del precedente art. 51, ha uniformato la disciplina delle vicende soggettive dell'esecutore dell'appalto a tutta la contrattualistica pubblica, estendendola quindi anche ai contratti di servizi e di forniture.

Orbene, per quel che attiene alla fase di gara vera e propria, con l'art. 51 del D. Lgs. n. 163/2006 il Legislatore ha evidentemente voluto impedire che le vicende modificative afferenti ai partecipanti alla procedura di evidenza pubblica finissero col divenire cause di esclusione in aperto contrasto con la disciplina comunitaria che, invece, com'è noto, si è sempre dimostrata incline a riconoscere la massima libertà di organizzazione delle imprese.

Pur adeguandosi ai principi comunitari, il Legislatore con il suindicato art. 51 ha comunque inteso salvaguardare il primario interesse dell'ordinamento interno affinché le stazioni appaltanti ammettano e/o mantengano in gara soltanto coloro che a seguito delle verifiche sulle intervenute modifiche delle vicende soggettive fossero risultati in possesso delle necessarie condizioni soggettive generali e speciali di partecipazione.

Per tale ragione, con la norma di che trattasi è stato imposto al candidato, all'offerente ed all'aggiudicatario di comunicare alla stazione appaltante l'intervenuta modificazione soggettiva nell'esatto momento in cui quest'ultima si è verificata, di modo così da consentire

alla committente di constatare nell'immediato la permanenza dei requisiti soggettivi generali e speciali di partecipazione, malgrado l'intervenuta mutata identità del candidato, dell'offerente e dell'aggiudicatario medesimi.

La comunicazione dell'intervenuta vicenda soggettiva è il punto nevralgico dell'art. 51 del D. Lgs. n. 163/2006. Tuttavia, a ben vedere, la norma non ha disciplinato esplicitamente i caratteri e le modalità del sub-procedimento di verifica.

Il che ha comportato scontri anche piuttosto accessi in dottrina[2].

Secondo un primo orientamento, il sub-procedimento dovrebbe essere avviato su istanza di parte, dal momento che spetta all'impresa subentrante rappresentare alla stazione appaltante l'intervenuta vicenda modificativa ed il possesso dei requisiti per ammissione, partecipazione o aggiudicazione. Qualora l'impresa interessata ometta di far pervenire alla stazione appaltante la documentazione necessaria ai fini dell'accertamento dei pertinenti requisiti di partecipazione, la stessa, secondo questa corrente di pensiero, dovrebbe essere esclusa dalla gara[3].

Secondo altro orientamento, in analogia a quanto previsto dall'art. 116 del D. Lgs. n. 163/2006, l'iniziativa deve essere della parte interessata ed invece, qualora non venga dimostrata la permanenza dei requisiti per l'ammissione o la partecipazione alla gara, il potere di intervento risolutorio deve essere della stazione appaltante; inoltre, ad avviso dell'orientamento in questione, i requisiti devono sussistere dal momento dell'inizio della partecipazione alla gara dell'impresa sino al suo termine[4].

Benché la disciplina dell'art. 51 converga sotto diversi profili con quella di cui al successivo art. 116 del D. Lgs. n. 163/2006, non è mancato chi ha fatto subito notare come in realtà la sovrapposizione delle due norme non sia del tutto corretta, giacché mentre il procedimento dell'art. 116 può terminare con una decisione implicita, il procedimento di cui all'art. 51 impone che la ricorrenza dei requisiti di gara venga specificatamente appurata, se rilevante per l'esito della gara[5].

Come già innanzi evidenziato, l'art. 116 del D. Lgs. n. 163/2006 disciplina il trasferimento della posizione di contraente della P.A. a seguito della cessione dell'azienda, ovvero della fusione, scissione o trasformazione della società.

Affinché il subentrante possa opporre al committente le vicende modificative riguardanti i profili soggettivi dell'esecutore, egli è tenuto a procedere nei confronti della stazione appaltante *alle comunicazioni previste dall'art. 1 del D.P.C.M. 11 maggio 1991 n. 187 ed all'invio della comunicazione attestante il possesso dei requisiti di partecipazione previsti dal presente codice.*

In base all'art. 1 del D.P.C.M. n. 187, recante il "*Regolamento per il controllo delle composizioni azionarie dei soggetti aggiudicatari di opere pubbliche e per il divieto delle intestazioni fiduciarie, previsto dall'art. 17 comma 3 della L. 19 marzo 1990 n. 55 sulla prevenzione della delinquenza di tipo mafioso*", l'impresa subentrante deve comunicare <<la

propria composizione societaria, l'esistenza di diritti reali di godimento o di garanzia sulle azioni con diritto di voto sulla base delle risultanze del libro dei soci, delle comunicazioni ricevute e di qualsiasi altro dato a propria disposizione", nonché ad indicare "i soggetti muniti di procura irrevocabile che abbiano esercitato il voto nelle assemblee societarie nell'ultimo anno o che ne abbiano comunque diritto>>.

L'impresa subentrante, inoltre, sebbene l'art. 116 non lo menzioni espressamente, deve trasmettere alla stazione appaltante anche gli atti di cessione, trasformazione, fusione o scissione che fondano la variazione dell'assetto societario dell'esecutore del contratto, poiché la stazione appaltante deve avere la possibilità di valutare approfonditamente se la fattispecie riguardi l'effettiva traslazione di un complesso aziendale, ovvero riguardi il caso vietato di cessione del contratto.

La norma non impone termini per le comunicazioni di cui innanzi, ma è ovvio che sino a quando il subentrante non provveda ad esse, il contratto rimarrà senza effetti nei confronti della stazione appaltante, sicché il soggetto esecutore continuerà ad essere l'impresa dante causa.

Alla luce di tutto quanto innanzi, con la sentenza n. 723/2017, il TAR Ancona non ha fatto altro che rimarcare l'ineludibilità dell'obbligo di comunicazione da parte del soggetto subentrante delle intervenute vicende soggettive ex artt. 51 e/o 116 del D. Lgs. n. 163/2006 ai fini della loro ammissione.

Con tale pronuncia il TAR ha chiarito che i suindicati artt. 51 e 116, se da una parte è vero che hanno introdotto una deroga al principio dell'immutabilità del concorrente e soprattutto alla incedibilità del contratto di appalto, dall'altra hanno chiarito senza mezzi termini che il subentro da parte del nuovo soggetto non è automatico, necessitando della previa verifica da parte della stazione appaltante circa il possesso dei requisiti di ordine generale e speciale in capo al soggetto subentrante.

Anche il TAR ha riconosciuto che le norme di cui sopra non hanno previsto una specifica disciplina del procedimento di comunicazione e di verifica dei requisiti del soggetto subentrato per effetto della cessione o dell'affitto. Con estremo acume, tuttavia, il Tribunale ha superato tale vuoto normativo, facendo notare che *<<se la finalità della comunicazione - con particolare riferimento a quella di cui all'art. 51 del d.lgs. n. 163 del 2006 - risponde all'esigenza di evitare che l'Amministrazione aggiudicatrice concluda il contratto o interloquisca con operatori economici che non abbiano partecipato alla gara e nei confronti dei quali non sia stata effettuata la verifica del possesso dei requisiti di ordine generale e di ordine tecnico ed economico-finanziario, l'onere imposto dalla norma può considerarsi adempiuto nei casi in cui la stazione appaltante sia posta in grado di effettuare una tempestiva verifica dei requisiti del concorrente, quale individuato a seguito della modificazione soggettiva>>.*

Muovendo da tale assunto, dunque, il TAR ha dato torto alla ricorrente, ritenendo che la comunicazione delle modifiche soggettive a distanza di circa un anno dalla stipula del contratto non può essere ritenuta tempestiva, anzi. Di conseguenza, più che legittima deve ritenersi la revoca dell'aggiudicazione disposta dalla stazione appaltante, anche a fronte di contratto

sottoscritto, atteso che la mancata tempestiva comunicazione delle vicende soggettive comporta di fatto la preclusione alla P.A. di effettuare per tempo la verifica dei requisiti del concorrente, inteso come il soggetto individuato a seguito della modificazione soggettiva.

* * * * *

Con l'entrata in vigore del nuovo Codice dei contratti pubblici sembrerebbe che il Legislatore sia ritornato in un certo senso sui suoi passi, ridando vigore al principio della L. n. 55/1990 che negava la cedibilità del contratto di appalto. Al comma 1, dell'art. 105 del D. Lgs. n. 50/2017 si legge, infatti, che <<*il contratto non può essere ceduto a pena di nullità*>>. Anche questa volta, però, il Legislatore ha dovuto fare i conti con la disciplina comunitaria, sicché, pur avvertendo la necessità di preservare la stazione appaltante dal rischio che la sostituzione dell'operatore economico possa vanificare le operazioni selettive, come accaduto in sede di adozione del previgente del D. Lgs. n. 163/2006, ha dovuto stemperare il principio di incedibilità del contratto, consentendo ancora una volta variazioni soggettive, sia pure sempre a fronte di determinate condizioni.

Oggi la norma di riferimento è l'art. 106, comma 1, lett. d), del D. Lgs. n. 50/2016, la quale per l'appunto tiene luogo di quanto previsto dagli ormai abrogati artt. 51 e 116 del D. Lgs. n. 163/2006.

In base all'art. 106, comma 1, lett. d), del D. Lgs. n. 50/2016 <<*le modifiche, nonché le varianti, dei contratti di appalto in corso di validità devono essere autorizzate dal RUP con le modalità previste dall'ordinamento della stazione appaltante cui il RUP dipende. I contratti di appalto nei settori ordinari e nei settori speciali possono essere modificati senza una nuova procedura di affidamento nei casi seguenti: (omissis) se un nuovo contraente sostituisce quello a cui la stazione appaltante aveva inizialmente aggiudicato l'appalto a causa di una delle seguenti circostanze: 1) una clausola di revisione inequivocabile in conformità alle disposizioni di cui alla lettera a); 2) all'aggiudicatario iniziale succede, per causa di morte o a seguito di ristrutturazioni societarie, comprese rilevazioni, fusioni, scissioni, acquisizione o insolvenza, un altro operatore economico che soddisfi i criteri di selezione qualitativa stabiliti inizialmente, purché ciò non implichi altre modifiche sostanziali al contratto e non sia finalizzato ad eludere l'applicazione del presente codice; 3) nel caso in cui l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore si assuma gli obblighi del contraente principale nei confronti dei suoi subappaltatori*>>.

A dire il vero, diversamente dal Codice dei contratti pubblici previgente, in quello attuale manca una specifica disciplina per le vicende soggettive intervenute prima della stipula del contratto.

Parte della dottrina ha, tuttavia, ritenuto colmabile tale lacuna applicando per analogia a tale fattispecie la disciplina prevista per la fase dell'esecuzione del contratto.

Con l'entrata in vigore del D. Lgs. n. 50/2016, quindi, sembra che siano state superate, o meglio accantonate, le perplessità sulla sovrapposibilità o meno degli artt. 51 e 116 del D. Lgs. n. 163/2006 di cui si è detto innanzi [\[6\]](#).

In realtà, l'art. 106 del D. Lgs. n. 50/2016 riprende l'art. 72 della direttiva 2014/24/UE, prevedendo la modificazione soggettiva del contratto solo in tre casi.

Il primo, che invero rappresenta la vera novità del nuovo codice, è quello della sostituzione dell'operatore economico a causa di una clausola di revisione inequivocabile in conformità alle disposizioni di cui alla lettera a) del medesimo art. 106, ossia in applicazione diretta di una clausola di revisione contenuta nel bando originario e nel contratto, che consenta un mutamento del soggetto, ovvero un trasferimento dell'appalto.

Con tale disposizione è palese che si è voluta riservare alla P.A. la possibilità di prevedere già negli atti di gara la revisione di alcuni punti del contratto, nonché la facoltà per la controparte di accettare o meno tale modifiche. Ovviamente, in caso di rifiuto alle nuove condizioni può seguire la risoluzione del contratto e lo scorrimento della graduatoria, oppure l'interpello degli altri operatori in graduatoria ai fini della sostituzione dell'operatore economico.

Il secondo caso per cui l'art. 106 consente la modificazione soggettiva del contratto è connesso proprio alle vicende soggettive dell'operatore. A differenza di quanto previsto dalla previgente disciplina, però, la modifica dell'elemento soggettivo non coincide necessariamente con la modifica dell'elemento materiale-organizzativo.

L'art. 106, infatti, oltre alle fusioni ed alle scissioni, fa menzione alle ipotesi di successione *mortis causa*.

La norma in parola non fa espresso riferimento alle cessioni d'azienda. Molto probabilmente, come già sottolineato da parte della dottrina, trattasi di mera svista, non essendoci alcuna ragione per escludere dalla sua applicazione tale fattispecie^[7].

Ultima ipotesi di modificazione soggettiva del contratto ammessa dall'art. 106 è quella della sostituzione per insolvenza.

Trattasi di fattispecie che va raccordata con l'art. 110, commi 3 e 4 del D. Lgs. n. 50/2016 afferente alle ipotesi di subentro nel contratto di appalto a seguito di fallimento o concordato preventivo.

Balza da subito agli occhi che diversamente che in passato il fallimento dell'appaltatore non costituisce più ragione di scioglimento del contratto.

Oggi, infatti, il curatore fallimentare autorizzato all'esercizio provvisorio, come pure l'impresa ammessa al concordato preventivo possono proseguire nell'esecuzione dell'appalto, previa autorizzazione del giudice delegato, sentita Anac.

Quest'ultima, però, può condizionare la prosecuzione alla condizione che il curatore fallimentare e l'impresa ammessa al concordato preventivo si avvalgano di altro operatore in possesso dei requisiti richiesti per l'affidamento.

Anche in forza del D. Lgs. n. 50/2016 il subentro non è automatico, ma è condizionato alla

sussistenza di tre requisiti:

- il subentrante deve soddisfare i criteri di selezione qualitativa stabiliti inizialmente;
- l'operazione non deve implicare altre successive modifiche;
- l'operazione non deve avere finalità elusive del Codice dei contratti pubblici.

Tirando, dunque, le somme anche a fronte del D. Lgs. n. 50/2016, s.m.i., la verifica da parte della stazione appaltante della sussistenza in capo al subentrante dei requisiti necessari costituisce il punto nevralgico della disciplina sulle modificazioni soggettive dell'operatore economico.

[1] Cfr. Virga, in *"Le modificazioni soggettive dell'appalto di opere pubbliche"*, 1990, 13; nello stesso senso A. Dapas, in *"Commento art. 116 D. Lgs. n. 163/2006"*, Nel Diritto Editore, 2011, 1213 e segg..

[2] Cfr. G. Greco, *"Legittimazione a ricorrere e modificazioni soggettive in corso di gara"*, su questa Rivista.

[3] Cfr. P. Alberti, *"Le vicende soggettive del candidato, dell'offerente e dell'aggiudicatario"*, Trattato sui contratti pubblici, diretto da M. A. Sandulli-R. De Nictolis-R. Garofili, Milano 2008, col. V, 3433, ss.

[4] Cfr. P. Alberti, *op. cit.*.

[5] Cfr. G. Greco, *op. cit.*.

[6] Cfr. G. Greco, *op. cit.*

[7] Cfr. F. Satta-A. Romano, “*Codice dei contratti pubblici*”, cura di G. M. Esposito, Utet 2017, 1465 e segg.