

Possibilità di recesso di un'impresa partecipante ad un r.t.i. dopo l'aggiudicazione definitiva

di Michela Colapinto

Data di pubblicazione: 11-12-2014

Consiglio di Stato, Sez. III, 21 novembre 2014, n. 5752

Presidente FF Cacace; Estensore D'Alessio

Nelle pubbliche gare, le modifiche soggettive nell'ambito di riunioni temporanee d'impresa che si pongono in contrasto con il principio di immodificabilità soggettiva dei partecipanti alle gare pubbliche – previsto dall'art. 37 del codice dei contratti pubblici – sono quelle che portano all'aggiunta o alla sostituzione delle imprese partecipanti alla r.t.i. Debbono invece ritenersi ammesse le modificazioni soggettive che conducono al recesso di una delle imprese del raggruppamento, a condizione che il recesso dell'impresa componente di un raggruppamento non sia volto a sanare una situazione di preclusione all'ammissione alla procedura sussistente 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.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 8571 del 2013, proposto da:

Coopservice S. Coop. p. A., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avv. Massimo Colarizi ed Ermes Coffrini, con domicilio eletto presso Massimo Colarizi in Roma, viale Bruno Buozzi, n. 87;

contro

Saste Servizi Ecologici S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avv. Giovanni Sellitto, con domicilio eletto presso Alfredo Placidi in Roma, via Cosseria, n. 2;

nei confronti di

Azienda Unità Locale Socio Sanitaria n. 17 di Monselice, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avv. Andrea Leoni e Andrea Manzi, con domicilio eletto presso Andrea Manzi in Roma, via Federico Confalonieri, n. 5;

Azienda Unità Locale Socio Sanitaria n. 15" Alta Padovana", Istituto Zooprofilattico Sperimentale delle Venezie e Hafner Service S.r.l., n.c.;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. per il Veneto, Sezione I, n. 1253 del 13 novembre 2013, resa tra le parti, concernente l'appalto per il servizio di raccolta e trasporto per il conferimento allo smaltimento di rifiuti sanitari.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Saste Servizi Ecologici S.r.l. e dell'Azienda Unità Locale Socio Sanitaria n. 17;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, comma 10, c.p.a.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 8 maggio 2014 il Cons. Dante D'Alessio e uditi per le parti gli avvocati Massimo Colarizi, Francesco Casertano, su delega di Giovanni Sellitto, e Andrea Reggio D'Acì, su delega di Andrea Manzi;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.- Coopservice Soc. Coop p. A., di seguito Coopservice, è risultata aggiudicataria della procedura ristretta per lo svolgimento del servizio di raccolta e trasporto per il conferimento allo smaltimento dei rifiuti sanitari, in acquisto unificato tra la Azienda U.L.S.S. n. 17 di Monselice, la Azienda U.L.S.S. n. 15 "Alta padovana" e l'Istituto Zooprofilattico Sperimentale delle Venezie.

Coopservice si è, infatti, classificata al primo posto nella relativa graduatoria con punti 96,07/100 (39,93/40 punti per la qualità e 56,14/60 punti per il prezzo).

2.- La società Saste Servizi Ecologici, di seguito Saste, classificatasi al secondo posto nella relativa procedura con punti 89,54/100 (33,93/40 punti per la qualità e 55,61/60 punti per il prezzo), ha impugnato davanti al T.A.R. per il Veneto la deliberazione n. 712 del 5 agosto 2013 con la quale l'Azienda U.L.S.S. n. 17 ha disposto l'aggiudicazione definitiva del servizio in questione, nonché la deliberazione, n. 776 del 2 settembre 2013, con la quale l'Azienda ha rinnovato l'aggiudicazione definitiva dopo aver rettificato alcuni errori materiali emersi nella precedente delibera.

La società Saste ha, in particolare, lamentato che illegittimamente l'Amministrazione aveva aggiudicato la procedura in favore della società Coopservice avendo la stessa partecipato alla gara in costituendo RTI con la società Hafner Service che era venuta meno all'impegno preso, dopo aver richiesto il concordato preventivo ed aver ceduto il ramo d'azienda interessato, in violazione dell'art. 37 del d. lgs. n. 163 del 2006 che vieta qualsiasi modificazione nei raggruppamenti temporanei di impresa fatta eccezione per i casi indicati nei commi 18 e 19.

3.- Il T.A.R. per il Veneto, con sentenza della Sezione I, n. 1253 del 13 novembre 2013, ha accolto il ricorso.

Secondo il T.A.R., infatti, *«una volta che un raggruppamento abbia partecipato ad una gara e ne abbia ottenuto l'aggiudicazione, non è possibile alcuna modifica della composizione dichiarata in sede di domanda di partecipazione ... con la conseguenza che nel caso di*

componente rinunciatario l'Amministrazione deve procedere ai sensi dell'art. 37, X comma» del codice dei contratti «annullando l'aggiudicazione o dichiarando la nullità del contratto, fermo ogni ulteriore profilo di (eventuale) responsabilità dell'impresa nei confronti della stazione appaltante».

Con la precisazione che nel caso di specie non vi era stata « (solo) una modifica soggettiva della costituendo ATI successivamente all'aggiudicazione provvisoria, ma la mancata costituzione dell'ATI stessa da parte delle due imprese aggiudicatrici, che in tal senso si erano formalmente impegnate».

4.- La società Coopservice ha appellato l'indicata sentenza ritenendola erronea.

In particolare, Coopservice ha sostenuto che erroneamente il T.A.R. non aveva applicato il principio di diritto, affermato dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, nella recente sentenza n. 8 del 2012 (richiamata dalla stessa Amministrazione in fase di aggiudicazione), secondo cui il venir meno di una partecipante ad un RTI non determina l'esclusione dell'impresa rimasta se la stessa ha i requisiti per poter svolgere, anche nella ridotta composizione, l'appalto, ed a condizione che la riduzione della compagine non sia stata fatta al solo scopo di evitare la sanzione dell'esclusione dalla gara per la mancanza dei requisiti.

4.1.- All'appello si oppone la società Saste che ha anche riproposto gli altri motivi di ricorso che aveva sollevato nei confronti dell'aggiudicazione della gara in favore di Coopservice e che il T.A.R. non ha esaminato perché assorbiti.

Si è costituita in giudizio anche l'Azienda Unità Locale Socio Sanitaria n. 17 per chiedere l'accoglimento dell'appello.

5.- Con ordinanza n. 336 del 23 gennaio 2014, questa Sezione ha sospeso in via cautelare gli effetti della sentenza appellata.

All'Udienza Pubblica dell'8 maggio 2014 l'appello è passato in decisione.

6.- Premesso che è inammissibile l'atto di costituzione *ad adiuvandum* dell'Azienda Sanitaria che in quanto soccombente in primo grado avrebbe dovuto proporre autonomo appello, la questione posta con il gravame in esame riguarda l'ammissibilità del recesso di una impresa da un raggruppamento temporaneo (RTI) in un caso che non è espressamente disciplinato dall'articolo 37, commi 18 e 19 del codice dei contratti pubblici.

6.1.- L'articolo 37, comma 9, del codice dei contratti, 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*».

6.2.- I commi 18 e 19 dell'art. 37 prevedono poi la possibile prosecuzione del rapporto in caso di vicende patologiche che colpiscono il mandante o il mandatario e, quindi, nel caso di fallimento dell'impresa, ovvero, qualora si tratti di imprenditore individuale, in caso di morte,

interdizione, inabilitazione o fallimento del medesimo o nei casi previsti dalla normativa antimafia.

7.- Nella fattispecie, l'aggiudicataria Coopservice (mandataria) aveva partecipato alla gara per lo svolgimento del servizio di raccolta e trasporto per il conferimento allo smaltimento dei rifiuti sanitari, bandita dall'Azienda U.L.S.S. n. 17 del Veneto, in costituendo RTI con la mandante Hafner Service. Prima dell'aggiudicazione definitiva, il 1 agosto 2013, Coopservice ed Hafner Service avevano però congiuntamente comunicato alla stazione appaltante che Hafner Service intendeva recedere dall'impegno preso alla costituzione del RTI, per una sopravvenuta difficoltà gestionale ed organizzativa, e che Coopservice intendeva provvedere comunque in proprio, avendo i requisiti, allo svolgimento delle prestazioni oggetto della procedura.

L'Amministrazione, rilevato che al momento della presentazione della domanda di partecipazione entrambe le imprese possedevano i requisiti per la partecipazione alla gara ha ritenuto, il 5 agosto 2013, di poter assegnare il servizio a Coopservice, richiamando i contenuti della citata decisione dell'Adunanza Plenaria n. 8 del 2012 e rilevando che Coopservice aveva comunque i requisiti per svolgere da sola il servizio.

Tale determinazione era stata poi confermata con la deliberazione, n. 776 del 2 settembre 2013, con la quale l'ULSS n. 17 ha rinnovato l'aggiudicazione definitiva in favore di Coopservice dopo aver rettificato alcuni errori materiali emersi nella precedente delibera.

8.- Sulla questione riguardante le modificazioni soggettive dei raggruppamenti temporanei di impresa, la giurisprudenza non si è pronunciata univocamente.

Secondo un orientamento più restrittivo, l'immodificabilità soggettiva dei partecipanti alle gare pubbliche, preordinata a garantire l'Amministrazione appaltante in ordine alla verifica dei requisiti di idoneità morale, tecnico organizzativa ed economica, non consente altre modifiche se non quelle ammesse (tassativamente) dall'art. 37, commi 18 e 19 del d. lgs. n. 163 del 2006 (Consiglio di Stato, Sez. IV, 14 dicembre 2012 n. 6446 e, di recente, 3 luglio 2014 n. 3344).

Secondo un altro orientamento, più estensivo, le modifiche soggettive elusive del divieto posto dall'articolo 37, comma 9, del codice dei contratti, sono quelle riguardanti l'aggiunta o la sostituzione di imprese, rispetto a quelle indicate al momento di partecipazione alla gara e non anche quelle che conducono al recesso di una delle imprese del raggruppamento o consorzio. In tal caso, infatti, l'amministrazione, al momento del mutamento soggettivo, ha già provveduto a verificare i requisiti di capacità tecnica e di moralità dell'impresa o delle imprese che restano, con la conseguenza che i rischi che il divieto posto dal citato comma 9 dell'art. 37 del codice dei contratti mira ad impedire non potrebbero verificarsi (Consiglio di Stato, Sez. VI, n. 842 del 16 febbraio 2010, Sez. V, n. 6546 del 10 settembre 2010).

9.- Sulla questione si è espressa quindi l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, con la decisione n. 8 del 4 maggio 2012.

L'Adunanza Plenaria ha preliminarmente ricordato che il principio di immodificabilità soggettiva dei partecipanti alle gare pubbliche mira a garantire una conoscenza piena, da

parte delle amministrazioni aggiudicatrici, dei soggetti che intendono contrarre con le amministrazioni stesse, consentendo una verifica preliminare e compiuta dei requisiti di idoneità morale, tecnico-organizzativa ed economico-finanziaria dei concorrenti. Ciò posto, l'Adunanza Plenaria ha ritenuto che le modifiche soggettive che si pongono in contrasto con il principio di immodificabilità soggettiva dei partecipanti alle gare pubbliche 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: in tal caso, infatti, le esigenze di effettuare una verifica preliminare dei requisiti di idoneità morale, tecnico-organizzativa ed economico-finanziaria dei concorrenti non risultano frustrate poiché l'Amministrazione, al momento del recesso, 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.

9.1.- L'Adunanza Plenaria ha tuttavia aggiunto che il recesso dell'impresa componente di un raggruppamento nel corso della procedura di gara non può valere a sanare una situazione di preclusione all'ammissione alla procedura sussistente 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.

9.2.- Il divieto di modificazione soggettiva, di cui all'art. 37 del codice dei contratti, secondo quanto affermato dall'Adunanza Plenaria, non ha, quindi, l'obiettivo di precludere sempre e comunque il recesso dal raggruppamento in costanza di procedura di gara ma il rigore della 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.

Tale essendo, dunque, la funzione di detta disposizione è evidente, ha aggiunto la Plenaria, che le uniche modifiche soggettive elusive del dettato legislativo siano quelle che portano all'aggiunta o alla sostituzione delle imprese partecipanti e non anche quelle che conducono al recesso di una delle imprese del raggruppamento, *«in tal caso, infatti, le esigenze succitate non risultano affatto frustrate poiché l'amministrazione, al momento del mutamento soggettivo, ha già provveduto a verificare i requisiti di capacità e di moralità dell'impresa o delle imprese che restano, sicché i rischi che il divieto mira ad impedire non possono verificarsi»*.

10.- Dopo l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato anche l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici (AVCP) si è espressa sulla questione, con la Determinazione n. 4 del 10 ottobre 2012 (contenente indicazioni generali per la redazione dei bandi di gara ai sensi degli articoli 64, comma 4-bis e 46, comma 1-bis, del Codice dei contratti pubblici) e con la Determinazione n. 5 del 6 novembre 2013, con la quale ha approvato le "Linee guida su programmazione, progettazione ed esecuzione del contratto nei servizi e nelle forniture".

10.1.- L'AVCP, richiamando espressamente le conclusioni raggiunte dall'Adunanza Plenaria, ha affermato, con la Determinazione n. 4 del 10 ottobre 2012, che *«anche al di fuori delle ipotesi espressamente normate, deve ritenersi ammissibile il recesso di una o più imprese dal*

raggruppamento (e non l'aggiunta o la sostituzione), a patto che i rimanenti soggetti siano comunque in possesso dei requisiti di qualificazione per le prestazioni oggetto dell'appalto. Tale limitata facoltà può essere esercitata (cfr. Cons. St., Ad. Plen. n. 8/2012) a condizione che la modifica della compagine soggettiva, in senso riduttivo, avvenga per esigenze organizzative proprie del raggruppamento o del consorzio e non per evitare una sanzione di esclusione dalla gara per difetto dei requisiti in capo al componente che recede... In altri termini, il recesso dell'impresa componente, nel corso della procedura di gara, non può mai valere a sanare ex post una situazione di preclusione all'ammissione alla procedura in ragione della esistenza, a suo carico, di cause di esclusione».

10.2.- Con la successiva Determinazione 6 novembre 2013, n. 5, l'AVCP ha ribadito di dover condividere sul punto l'orientamento giurisprudenziale più estensivo *«ritenendo ammissibile il solo mutamento soggettivo in senso riduttivo del raggruppamento, con assunzione del servizio in capo al/ai rimanenti componenti dello stesso, 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».*

11.- Questa Sezione ritiene che l'interpretazione delle citate disposizioni fornita dall'Adunanza Plenaria e dalla AVCP debba essere seguita anche perché tiene conto delle frequenti modificazioni soggettive che si verificano nel mondo delle imprese e dell'interesse (che è anche delle amministrazioni) di non escludere dalle procedure (solo a causa dell'intervenuto recesso di una partecipante) RTI che potrebbero essere aggiudicatari di una gara ed in grado di eseguire comunque l'appalto.

12.- Peraltro l'indicata soluzione, come ha affermato l'Adunanza Plenaria non determina una 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».*

13.- Secondo la società Saste, tuttavia, anche a volere ammettere un possibile recesso di una componente di un RTI in corso di gara, comunque, nella fattispecie, il recesso della società Hafner Service avrebbe dovuto determinare l'esclusione del RTI Coopservice poiché tale recesso risultava volto a sanare ex post una situazione che avrebbe condotto all'esclusione dalla procedura del RTI Coopservice a causa del venir meno dei requisiti, sia generali che tecnici, che dovevano essere posseduti per la partecipazione alla gara.

Infatti la società Hafner Service non era in possesso dei requisiti richiesti per la partecipazione alla gara già prima della aggiudicazione provvisoria (ed ovviamente dell'aggiudicazione definitiva), avendo, sin dal 17 dicembre 2012, ceduto il ramo di azienda riguardante la raccolta, il trasporto e lo smaltimento rifiuti ad altra società (la Mistral FVG S.r.l.) e sin dal 20 dicembre 2012 chiesto al Tribunale di Bolzano di essere ammessa al concordato preventivo.

Secondo la società Saste, il RTI Coopservice doveva, quindi, essere escluso dalla gara in virtù del consolidato principio secondo il quale i requisiti di partecipazione devono sussistere al momento della scadenza del termine per la presentazione della domanda e permanere fino alla stipula del contratto.

14.- In proposito si deve però osservare che l'Adunanza Plenaria, come si è già ricordato, ha ritenuto che i requisiti di ammissione, nell'ipotesi di recesso di una partecipante ad un RTI, devono essere posseduti (da tutte le imprese partecipanti al RTI compreso quella che recede) al momento della presentazione dell'offerta, pena la violazione del principio della par condicio tra i concorrenti.

Mentre, evidentemente, non ha più rilievo, per l'Amministrazione (e non viola il principio della par condicio), la sorte dell'impresa che al momento della domanda di partecipazione era in possesso dei requisiti di partecipazione e che ha poi esercitato il recesso nel corso della procedura (anche eventualmente per aver perso i requisiti di partecipazione), per ragioni legate all'evoluzione delle attività imprenditoriali che prescindono dalla singola gara, come ad esempio nel caso di cessione del ramo di azienda.

14.1.- Fermo restando che i requisiti morali e tecnici devono essere posseduti (fino alla stipula del contratto) dall'impresa o delle imprese del RTI che, avendone la capacità, hanno assunto l'onere di eseguire il contratto nella sua interezza secondo le modalità contenute nell'offerta. Nel rispetto del principio secondo il quale i requisiti di partecipazione devono sussistere al momento della scadenza del termine per la presentazione della domanda e permanere fino alla stipula del contratto (Consiglio di Stato, Sez. III, n. 101 del 14 gennaio 2014).

15.- Applicando tali principi al caso di specie anche l'indicata censura sollevata della società Saste deve ritenersi infondata. Infatti, come emerge dalla documentazione in atti, quando il RTI formato da Coopservice (mandataria) e Hafner Service (mandante) ha presentato l'offerta per la partecipazione alla gara non sussisteva una causa di possibile esclusione della mandante Hafner Service che solo successivamente, in data 17 dicembre 2012, ha ceduto il ramo di azienda riguardante la raccolta, il trasporto e lo smaltimento rifiuti ad altra società (la Mistral FVG S.r.l.) e poi il 20 dicembre 2012 ha chiesto al Tribunale di Bolzano di essere ammessa al concordato preventivo. Peraltro la società Saste non ha sostenuto che la Hafner Service al momento della presentazione dell'offerta non fosse in possesso di tutti i requisiti di carattere morale e tecnico per partecipare alla procedura ed eseguire l'appalto.

16.- La società Saste ha anche sostenuto che l'offerta del RTI aggiudicatario è stata valutata ed ha ricevuto un punteggio dalla Commissione di gara presupponendo una determinata metodologia del servizio che prevedeva una gestione integrata delle attività ed ha aggiunto che con il recesso di una delle due imprese del RTI non è possibile affermare che la valutazione di quel servizio sarebbe stata la medesima ottenuta in sede di gara.

16.- Sul punto si deve però replicare che l'offerta presentata da un RTI deve considerarsi unitaria e ciò vale a maggior ragione se il servizio è stato proposto in modo integrato. Ed unitaria è stata evidentemente la valutazione dell'offerta fatta dalla Stazione appaltante.

In ogni caso, come si è detto, la società Coopservice, avendone la capacità, si è impegnata a svolgere il servizio esattamente nelle modalità contenute nell'offerta.

17.- Alla luce di tutte le esposte considerazioni l'appellata sentenza del T.A.R. per il Veneto non può essere condivisa e deve essere quindi riformata.

18.- La società Saste ha anche riproposto in appello gli altri motivi del ricorso di primo grado sui quali il T.A.R. non si è pronunciato avendo ritenuto assorbente il rilevato profilo di illegittimità dell'aggiudicazione a Coopservice della gara in questione.

18.1.- Con un primo motivo Saste ha sostenuto che Coopservice doveva essere esclusa per aver presentato l'offerta tecnica in modalità diverse da quelle consentite.

Infatti la Stazione appaltante aveva previsto, alla pagina 8 della lettera di invito, per la Busta B "Documentazione tecnica", la «*compilazione per un massimo di 70 pagine solo fronte, font Arial, dimensione 12, interlinea singolo, ivi inclusi gli allegati brochure o depliant illustrativi*», ed aveva poi precisato, con apposito chiarimento, che le pagine complessive dovevano essere massimo 70 ma che si poteva stampare in fronte retro (per un totale di 140 pagine), mentre il RTI Coopservice ha prodotto una relazione tecnica di 139 pagine, peraltro non in formato Arial, e ulteriori schede tecniche per un totale di 214 pagine, in violazione del principio della par condicio fra i concorrenti. La società Saste ha citato, a conforto della fondatezza della sua censura, una recente sentenza del T.A.R. per il Lazio (Sez. II bis n. 10568 del 9 dicembre 2013) nella quale si è affermato il principio secondo cui il mancato rispetto del limite di pagine della relazione tecnica posto dalla stazione appaltante, determinando un indebito vantaggio per la concorrente, deve essere sanzionato con l'esclusione dalla gara.

18.2 – La censura deve ritenersi tuttavia infondata. Infatti la presentazione della relazione e di schede tecniche in un numero di pagine eccedenti il limite posto nella lettera di invito non era, nella fattispecie, sanzionata con l'esclusione dalla gara dell'impresa che eventualmente avesse ecceduto.

Peraltro la sentenza del T.A.R. per il Lazio citata dalla società Saste è stata di recente riformata dal Consiglio di Stato con la sentenza della Sezione V, n. 5123 del 14 ottobre 2014.

In tale decisione il Consiglio di Stato ha, fra l'altro, affermato che in assenza di una disposizione normativa o di una espressa previsione del bando che preveda espressamente l'esclusione (ed a prescindere dalla legittimità di una tale clausola), la relazione tecnica può essere formulata come meglio ritenga l'offerente, il quale ha però tutto l'interesse a presentare una offerta che possa conseguire un consistente punteggio non solo per la chiarezza delle questioni segnalate e affrontate, ovvero per la qualità delle soluzioni proposte, ma anche per la sinteticità dello scritto, che di per sé ne valorizza il contenuto. Infatti, può essere un pregio della relazione tecnica proprio la manifestata dote di sintesi, che evidenzia con immediatezza (se del caso rinviano ad allegati) i suoi punti caratterizzanti: tale pregio può comportare una valutazione positiva, dunque, sotto un duplice profilo e cioè sia in ordine alla maggiore efficacia persuasiva o descrittiva dello scritto sintetico, sia in ordine al buon andamento dei lavori dell'organo amministrativo.

La Sezione V ha poi aggiunto, nella citata decisione, che rientra quindi nell'ambito dei poteri tecnico-discrezionali della commissione verificare se lo scritto vada considerato prolisso e inutilmente ripetitivo di concetti (e dunque meritevole di conseguire un basso punteggio), ovvero valutare se la lunghezza dell'esposizione non abbia intralciato i lavori ed abbia contribuito a chiarire aspetti effettivamente meritevoli di trattazione.

19.- Con il secondo motivo la società Saste ha sostenuto che, come si evince dal verbale n. 8 della Commissione giudicatrice, Coopservice non ha fornito l'attestazione del produttore dei sacchi circa l'aderenza dei contenitori a quanto previsto dalla normativa UNI 7315 1989:2000, richiesta dall'art. 5 del Capitolato speciale, lettera H) paragrafo VI, con riferimento ai Contenitori rigidi per rifiuti sanitari pericolosi a rischio infettivo.

19.1.- Anche tale censura non è fondata tenuto conto che, a prescindere dalla circostanza che la mancata annotazione di tale attestazione nei verbali di gara non ne prova l'effettiva mancata esibizione in sede di gara, anche la mancata allegazione del documento attestante la conformità dei sacchi proposti dalla Coopservice alla normativa UNI 7315 1989:2000 non era sanzionata con l'esclusione dalla gara dell'impresa.

Peraltro la conformità dei sacchi alla normativa UNI 7315 1989:2000 risultava facilmente accertabile anche in una fase successiva della procedura mentre la società Saste non ha provato che, in concreto, i sacchi proposti da Coopservice non hanno il requisito richiesto.

20.- La società Saste ha, infine, sostenuto che dall'esame del verbale n. 8 della Commissione giudicatrice emergono palesi errori in danno della società riguardanti l'asserita carenza della documentazione di conformità alla norma BS7320, per il rapporto di prova per le taniche da 5, 10 e 20 lt. (che non risultava scaduto) e per il fusto da 60 litri (che risultava pertinente), con la conseguente illogica assegnazione del punteggio, per tale voce di 3,60/6.

Anche tale censura è infondata tenuto conto che, anche a voler ammettere la presenza di alcuni errori nelle operazioni compiute dalla Commissione giudicatrice, gli errori indicati non appaiono rilevanti e comunque tali da incidere in modo decisivo sulle valutazioni complessive espresse dalla Commissione giudicatrice sull'offerta presentata, come si evince proprio dalla lettura del verbale n. 8, in data 12 aprile 2013 (pagg. 13 e 14).

Peraltro, anche qualora la società Saste avesse ottenuto, per la voce dell'offerta in questione, il punteggio massimo di 6/6 (invece di quello assegnato di 3,60/6) egualmente non sarebbe risultata prima in graduatoria e quindi aggiudicataria della gara in questione. Infatti all'offerta tecnica della società Saste era stato assegnato il complessivo punteggio di 28,40/40 (poi riparametrato in 33,93/40), mentre a Coopservice era stato assegnato il complessivo punteggio di 32,42/40 (poi riparametrato in 39,93/40).

21.- In conclusione, per tutti gli esposti motivi, l'appello proposto dalla società Coopservice deve essere accolto e, per l'effetto, in integrale riforma della sentenza del T.A.R. per il Veneto, Sezione I, n. 1253 del 13 novembre 2013, deve essere respinto il ricorso di primo grado.

22.- Considerate anche le oscillazioni giurisprudenziali evidenziate sulla questione principale esaminata, le spese del doppio grado di giudizio possono essere integralmente compensate fra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in integrale riforma della sentenza del T.A.R. per il Veneto, Sezione I, n. 1253 del 13 novembre 2013, respinge il ricorso di primo grado.

Dispone la compensazione integrale fra le parti delle spese e competenze del doppio grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nelle camere di consiglio dei giorni 8 maggio e 29 ottobre 2014 con l'intervento dei magistrati:

Salvatore Cacace, Presidente FF

Vittorio Stelo, Consigliere

Roberto Capuzzi, Consigliere

Dante D'Alessio, Consigliere, Estensore

Alessandro Palanza, Consigliere

BREVI ANNOTAZIONI

L'OGGETTO DELLA PRONUNCIA

La Sentenza in commento ha ad oggetto la questione riguardante le **modificazioni soggettive** dei raggruppamenti temporanei di impresa, sulla cui risoluzione la giurisprudenza non è stata sempre univoca. I Giudici della III sezione del Consiglio di Stato hanno ritenuto di aderire a

quell'orientamento espresso dall'**Adunanza Plenaria** con la decisione **n. 8 del 4 maggio 2012** a mente della quale il divieto di cui all'art. 37 del Codice dei contratti pubblici non ha l'obiettivo di precludere sempre il **recesso** dal raggruppamento in costanza di procedura di gara; in tal guisa, 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 di esse, poiché la stazione appaltante al momento del mutamento soggettivo ha già verificato l'esistenza dei requisiti di capacità e moralità delle imprese che restano.

IL PERCORSO ARGOMENTATIVO

La Sentenza epigrafata, in totale riforma della pronuncia dei Giudici di prime cure, opera un'interessante disamina sull'**art. 37 del Codice dei contratti** e sul relativo divieto di modificazioni soggettive, per queste intendendo quelle che portano all'aggiunta o alla sostituzione delle imprese partecipanti alla gara.

L'impresa seconda classificata aveva adito il Tar competente lamentandosi dell'illegittima aggiudicazione avvenuta in favore di un costituendo RTI per avere, poi, una delle società dello stesso, ceduto il ramo d'azienda interessato in violazione del riferito art. 37.

Il Tar in accoglimento del ricorso riteneva che in seguito ad avvenuta aggiudicazione di una gara, l'impresa aggiudicataria non può più modificare la composizione dei soggetti partecipanti, dichiarata in sede di partecipazione.

La terza Sezione del Consiglio di Stato, ribaltando le conclusioni cui era giunto il Tar adito in primo grado, sosteneva che il venir meno di un partecipante ad un RTI non determina l'esclusione dell'impresa rimasta se la stessa ha i requisiti per poter svolgere, anche nella ridotta composizione, l'appalto ed a condizione che la riduzione non sia stata fatta al solo scopo di evitare la sanzione dell'esclusione dalla gara per mancanza dei requisiti ma, al contrario, risponda ad esigenze organizzative e gestionali della stessa.

Sul punto la giurisprudenza non ha mostrato orientamenti unanimi nel tempo.

Un primo e più **restrittivo orientamento** ritiene che l'**immodificabilità soggettiva** dei soggetti partecipanti alle gare pubbliche sia finalizzata a garantire il controllo dei requisiti di idoneità morale, tecnico-organizzativa ed economica e, in quanto tale, non consente altre modifiche se non quelle tassativamente ammesse dall'art. 37, commi 18 e 19, del D.Lgs. n. 163 del 2006.

Un diverso orientamento, sicuramente più estensivo, invece, sostiene che le modifiche soggettive in senso stretto siano quelle riguardanti l'aggiunta o la sostituzione di imprese,

rispetto a quelle indicate al momento di partecipazione alla gara e non anche quelle che portano al recesso di una delle imprese del raggruppamento o consorzio. In tal caso, infatti, l'amministrazione, al momento del mutamento soggettivo, ha già provveduto a verificare i requisiti di capacità tecnica e di moralità dell'impresa o delle imprese che restano, con la conseguenza che i rischi che il divieto posto dal citato comma 9 dell'art. 37 del codice dei contratti mira ad impedire non potrebbero verificarsi.

Questo secondo orientamento, accolto dalla decisione in esame, è anche quello fatto proprio dalla pronuncia dell'**Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici** con la determinazione **n. 4 del 10 ottobre 2012** e, prima ancora, dall'**Adunanza Plenaria n. 8 del 4 maggio 2012**.

L'**immodificabilità soggettiva** dei partecipanti alle gare pubbliche è preordinata a garantire l'amministrazione appaltante in ordine alla **verifica dei requisiti** di idoneità morale, tecnico organizzativa ed economica, nonché alla legittimazione delle imprese che hanno partecipato alla gara, non potendo ammettersi la sanatoria di irregolarità che avrebbero precluso ad una impresa di partecipare alla gara fin dall'inizio. Per tali ragioni, l'art. 37, comma 9, del D.Lgs. n. 163/2006 stabilisce il divieto di modificare la composizione dei raggruppamenti temporanei e le eccezioni previste ai commi 18 e 19 (fallimento del mandante, del mandatario e, se si tratta di imprenditore individuale, morte, interdizione o inabilitazione, nonché le ipotesi previste dalla normativa antimafia) sono ammissibili in quanto, riguardano motivi indipendenti dalla volontà del soggetto partecipante alla gara e trovano giustificazione nell'interesse della stazione appaltante alla continuazione della stessa. Pertanto, al di fuori di tali ipotesi, non è ammissibile alcuna modifica della composizione del raggruppamento affidatario (Cons. St., sez. V, 20 aprile 2012, n. 2328).?Posto dunque che la *ratio* che presiede al principio dell'immodificabilità soggettiva risiede nell'esigenza di **controllo dei requisiti di moralità**, non si può certamente ammettere che la modificazione soggettiva sia uno strumento per aggirare tale controllo. Appare indubitabile, infatti, che la modificazione soggettiva non possa configurare come ordinario meccanismo per eludere i controlli che la stazione appaltante deve operare sui soggetti partecipanti alla gara e sul soggetto aggiudicatario. Con riguardo alle modifiche soggettive di tutte le forme aggregate di partecipazione, l'Autorità ha già affermato con chiarezza che *"tale limitata facoltà può essere esercitata (cfr. Cons. St., Ad. plen. n. 8/2012) a condizione che la modifica della compagine soggettiva, in senso riduttivo, avvenga per esigenze organizzative proprie del raggruppamento o del consorzio e non per evitare una sanzione di esclusione dalla gara per difetto dei requisiti in capo al componente che recede (sul punto, si veda anche Cons. St., sez. VI, 16 febbraio 2010, n. 842). In altri termini, il recesso dell'impresa componente, nel corso della procedura di gara, non può mai valere a sanare ex post una situazione di preclusione all'ammissione alla procedura in ragione della esistenza, a suo carico, di cause di esclusione"* (Determinazione 10 ottobre 2012, n. 4). ?

In applicazione dei summenzionati principi il Consiglio di Stato accoglieva l'appello, ritenendo la facoltà di recesso legittimamente esercitata da parte di una delle imprese partecipanti all'associazione temporanea e ribadendo come le rimanenti imprese fossero *uti singulae*, comunque, in possesso dei requisiti di partecipazione e di qualificazione.

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

Alla base della disciplina in esame vi è l'acquisita consapevolezza secondo cui il principio dell'immodificabilità assoluta dell'offerente (o dell'esecutore), caratterizzata da un **fondamentale elemento di staticità**, mal si concilia con il **carattere dinamico della vita delle imprese** e con la loro intrinseca necessità di adeguare costantemente le loro stesse strutture organizzative alle vicende del mercato per poter conseguire i propri fini sociali ed essere così anche elemento di sviluppo e di crescita economica per l'intera collettività, tanto più che le esigenze pubbliche sottese allo stesso procedimento ad evidenza pubblica, quali **l'affidabilità, oggettiva e soggettiva** – anche sotto il profilo della sussistenza dei necessari requisiti di moralità pubblica – dei soggetti che concorrono per l'affidamento di appalti pubblici sono sufficientemente assicurate dagli obblighi che tali soggetti hanno nei confronti della pubblica amministrazione di comunicare le avvenute trasformazioni, onde consentire proprio l'esercizio dei necessari poteri di controllo e verifica.

L'attenuazione della rilevanza dell'**elemento personale**, e il conseguente superamento del principio di assoluta immodificabilità soggettiva, emerge anche da quegli orientamenti giurisprudenziali che, in sede di applicazione dell'art. 37, comma 9, del codice dei contratti, affermando che il divieto di modificare la composizione soggettiva delle A.T.I. debba essere riferito esclusivamente all'ipotesi in cui nuove imprese si aggiungano ovvero si sostituiscano a quelle che originariamente hanno dato vita al raggruppamento e non anche alle fattispecie in cui rispetto al raggruppamento originario vi sia stato il successivo **recesso** di uno dei componenti. Secondo tale orientamento, nel caso di recesso di uno o più soggetti già presenti in un R.T.I., quando il mutamento viene a determinarsi, la P.A. ha già verificato *ex ante* i requisiti di capacità e di moralità dell'impresa o delle imprese rimanenti; non vi è quindi il rischio che il contratto venga aggiudicato a soggetti privi dei necessari requisiti successivamente entrati a far parte del raggruppamento.

La descritta attenuazione della rilevanza dell'elemento personale non determina, tuttavia, un'integrale equiparazione al contratto di appalto privato.

Rimane, in piedi, infatti, in deroga rispetto alla disciplina civilistica, la regola che vieta il subentro nel rapporto contrattuale mediante la cessione del contratto, della quale l'art. 118 del codice commina espressamente la nullità, a prescindere da ogni verifica in ordine al possesso dei requisiti da parte del cessionario.

La *ratio* del divieto è che mediante la cessione si consentirebbe l'elusione dei principi di parità di trattamento, trasparenza e pubblicità sottesi alla procedura di evidenza pubblica finalizzata alla selezione del contraente. La differenza rispetto al subentro collegato alle vicende soggettive dell'operatore economico (cessione d'azienda e trasformazioni societarie) è giustificabile in considerazione del fatto che nei casi descritti dall'art. 116, a differenza della mera cessione, la modifica dell'elemento personale è per così dire compensata dalla

permanenza, totale o parziale, dell'elemento materiale-organizzativo, per effetto della sostanziale continuità aziendale che i predetti fenomeni societari comunque assicurano.

L'art. 118 ammette, invece, sia pure in presenza di stringenti condizioni, il subappalto.

A differenza della cessione del contratto, che realizza una sostituzione integrale di una delle parti del rapporto contrattuale determinando il subentro del cessionario nella stessa posizione negoziale del cedente, il subappalto costituisce una tipologia rientrante nella categoria dei contratti derivati dando origine ad un rapporto giuridico nuovo, funzionalmente collegata al contratto di appalto, di cui però non comporta alcun trasferimento di titolarità.

PERCORSO BIBLIOGRAFICO

F. Caringella, M. Giustiniani, *Manuale di diritto amministrativo. IV. I contratti pubblici*, Ed. Dike, 2014, pp. 483 ss.; F. Caringella, M. Giustiniani, *Codice dei contratti pubblici*, Ed. Dike, 2014.