

Parere Aut. vig. sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture 27/1/2011 n. AG 2/2011

ATI Orizzontale - Sostituzione dell'impresa mandataria a seguito di liquidazione volontaria con una delle imprese mandanti

In esito a quanto richiesto con nota delle società Alesi s.r.l. e Costruzioni Generali s.r.l. in data 6 dicembre u.s. si comunica che il Consiglio dell'Autorità nell'adunanza del 26-27 gennaio 2011 ha approvato le seguenti considerazioni.

In base all'art. 37, co. 9 del d. lgs. 12 aprile 2006, n. 163 "È vietata l'associazione in partecipazione. 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." Il comma 18 del medesimo articolo dispone, però, che: "In caso di fallimento del mandatario ovvero, qualora si tratti di imprenditore individuale, in caso di morte, interdizione, inabilitazione o fallimento del medesimo ovvero nei casi previsti dalla normativa antimafia, la stazione appaltante può proseguire il rapporto di appalto con altro operatore economico che sia costituito mandatario nei modi previsti dal presente codice purché abbia i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori o servizi o forniture ancora da eseguire; non sussistendo tali condizioni la stazione appaltante può recedere dall'appalto." In base a quanto espressamente disposto dal Codice dei contratti, pertanto, sarebbe consentita la sostituzione della mandataria solamente nel caso, trattandosi di società, di fallimento e, nel caso di imprenditore persona fisica, anche a seguito di morte, interdizione e inabilitazione.

La volontà del legislatore è evidentemente quella di garantire il rispetto del principio sancito dall'art. 116 del codice, secondo cui "I soggetti affidatari dei contratti di cui al presente codice sono tenuti ad eseguire in proprio le opere o i lavori, i servizi, le forniture compresi nel contratto." (cfr. deliberazione dell'Autorità del 25 febbraio 2002, n. 183), nonché del principio di corrispondenza sostanziale tra la quota di qualificazione, la quota di partecipazione all'associazione e quella di esecuzione dei lavori (cfr. Parere di Precontenzioso dell'Autorità del 25 marzo 2010, n. 65).

Si deve dare atto, però, di un orientamento ormai prevalente nella giurisprudenza del supremo consesso amministrativo, secondo il quale “la norma non ha l’obiettivo di precludere sempre e comunque il recesso dal raggruppamento in costanza di procedura di gara e anzi il rigore della disposizione è da temperare in ragione dello scopo che essa persegue. Pertanto, secondo la pronuncia indicata, dalla quale non c’è ragione di discostarsi, la ratio della disposizione è quella di consentire alla p.a. 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. Orbene, se è questa la funzione della disposizione di cui si discute, appare evidente come le uniche modifiche soggettive elusive del dettato legislativo siano unicamente 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 questo secondo caso le predette esigenze 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 in questione mira ad impedire non possono verificarsi” (Consiglio di Stato sez. VI, 13 maggio, 2009 n. 2964; conformi: Consiglio di Stato sez. IV, sentenza 23 luglio 2007, n. 4101, Consiglio di Stato, Sez. VI, 16 febbraio 2010, n. 842. Si veda anche il Parere sulla normativa dell’Autorità del 3 dicembre 2009, AG 40/09).

Osserva, peraltro, la giurisprudenza citata che: “Tale orientamento da un lato, non penalizza la stazione appaltante, non creando incertezze, e dall’altro lato non penalizza le imprese, le cui dinamiche non di rado impongono modificazioni soggettive di consorzi e raggruppamenti, per ragioni che prescindono dalla singola gara, e che non possono precluderne la partecipazione se nessun documento ne deriva per la stazione appaltante. Né si verifica 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.” (Consiglio di Stato, sent. 842/2010, cit.).

Appurata, pertanto, la possibilità di procedere alla sostituzione della mandataria anche in casi diversi da quello tipizzato dall’art. 37, co. 19 del d. lgs. 163/2006, è opportuno interrogarsi sulle modalità di scelta del nuovo mandatario e, per quanto di interesse in questa sede, sulla possibilità che una delle imprese mandanti possa, attraverso un cambiamento di qualità all’interno della medesima associazione, divenire mandataria. È appena il caso di ricordare, infatti, che la disposizione appena citata prevede espressamente che “la stazione appaltante può proseguire il rapporto di appalto con altro operatore economico”. La generica formulazione della disposizione (operatore economico) permette di comprendere anche una delle imprese

mandanti tra i soggetti designabili come mandatarî. Del resto i componenti sono stati già sottoposti al processo di qualificazione e di verifica dei requisiti, senza considerare che, avendo preso parte all'esecuzione del contratto (tanto piú nel caso di ATI orizzontale), sono probabilmente i soggetti piú idonei a sostituire la mandataria. Resta fermo, ovviamente, il possesso dei necessari requisiti di capacit  tecnico - professionale ed economico – finanziaria in capo all'operatore economico sostituto, chiunque esso sia. Tale interpretazione, infine,   confermata da autorevole parere del Consiglio di Stato, che afferma: "Non va condivisa la tesi secondo cui il nuovo mandatario potrebbe essere solo un soggetto estraneo all'originario raggruppamento, soluzione che non ha appiglio nel dato letterale e che non ha, in s , alcuna giustificazione razionale." (Cons. Stato, parere della Commissione speciale del 22 gennaio 2008, n. prot. 4575/2007).

In virt  delle suesposte considerazioni, pertanto, si ritiene di poter dare parere positivo ad entrambi i quesiti sottoposti all'attenzione dell'Autorit , peraltro considerando che nel caso di specie i lavori, ancorch  non collaudati, risultano terminati il 21 dicembre 1999 e che, quindi, appare fare difetto il presupposto della perdurante esecuzione del contratto.

Avv. Giuseppe Busia