

CAMERA ARBITRALE PER I CONTRATTI PUBBLICI
PRESSO L'AUTORITA' NAZIONALE ANTICORRUZIONE

Il collegio Arbitrale composti dai Signori:

- Prof. Avv. Pietro Perlingieri, Arbitro;
- Avv. Luigi Stefano Sorvino, Arbitro;
- Prof. Avv. Domenico Dalfino, Presidente;

ha pronunciato il seguente

LODO NON DEFINITIVO

nel procedimento iscritto al n. R.G.A. 02/21 tra

- Gino Di Cesare Costruzioni e Manutenzioni s.r.l. (p.i. 13307651003), in persona del legale rappresentante pro tempore sig. Di Cesare Williams, con sede in Roma alla piazza Cavour P2 scala B int. 2, rappresentata e difesa nel presente giudizio arbitrale dall'avv. Walter Mauriello, ed elettivamente domiciliata in Avellino alla via Iannaccone 7 presso il suddetto difensore che ha dichiarato di voler ricevere le comunicazioni e gli avvisi previsti dalla legge al n. di tel. e fax 0825/35799 o all'indirizzo di posta elettronica certificata walter.mauriello@avvocatiavellinopec.it

e

- Comune di Formia (c.f. 81000270595), in persona del Sindaco e legale rappresentante pro tempore, con sede in Formia (LT), alla via via Vitruvio, 190, rappresentato e difeso dall'Avvocatura comunale, indirizzo di posta elettronica certificata protocollo@pec.cittadiformia.it.

* * *

In data 8.2.2022 ore 17:00 si svolgeva udienza arbitrale in via telematica sulla piattaforma della camera arbitrale accessibile tramite il collegamento al sito web https://aenet.sala.vc/aver_sala_m403, per ogni valutazione in

ordine alle istanze istruttorie formulate dalle parti nelle memorie nei termini ad esse assegnati con ordinanza del 10.1.2022.

All'udienza il Collegio, in via preliminare, invitava le parti a discutere oralmente in ordine all'eccezione di difetto di legittimazione ad agire della società attrice sollevata dal Comune di Formia e contestata dalla società attrice nelle suddette memorie.

All'esito della discussione, il Collegio si riservava, anche alla luce della giurisprudenza allegata soltanto in udienza dall'avv. Di Russo (per il Comune di Formia) e comunque ben nota all'avv. Mauriello (per la società istante), al fine di una più ponderata valutazione.

Ciò premesso, il Collegio ritiene quanto segue.

* * *

Nella memoria depositata in data 24.1.2022, il Comune di Formia ha sostenuto che:

«Dagli atti risulta che l'appalto di cui si discute è stato aggiudicato alla A.T.I. IMPRESA DI CESARE GINO S.R.L. - SO.GE.MAR. COSTRUZIONI s.r.l. Con Atto Rep. 12746 del 14-1-2014 per Notaio Fabiana Togandi, l'A.T.I. ha conferito mandato collettivo speciale con rappresentanza in favore della società IMPRESA DI CESARE GINO S.R.L (c.f. 01643310590 – p.i. 0649001004). In data 6-2-2014 è stato stipulato il contratto di appalto tra la società IMPRESA DI CESARE GINO S.R.L (c.f. 01643310590 – p.i. 0649001004), in qualità di capogruppo in virtù del mandato all'uopo conferito.

Viceversa, la domanda di arbitrato è stata presentata da un altro soggetto giuridico e cioè dalla società Gino Di Cesare Costruzioni e Manutenzioni s.r.l. (c.f. p.i. 13307651003), che non ha dedotto né dimostrato a che titolo agisce in giudizio. Si aggiunge che l'IMPRESA DI CESARE GINO S.R.L. (c.f. 01643310590 – p.i.

0649001004) è stata dichiarata fallita con sentenza del Tribunale di Roma n. 664 del 10/10/2019».

A tale eccezione la società attrice ha replicato (cfr. memora del 28.1.2022) che:

«[...] la ricorrente agisce in forza di atto di scissione del 14.9.2015, della Impresa Di Cesare Gino S.r.l., con cui è stata costituita la Gino Di Cesare Costruzioni e Manutenzioni S.r.l. con allegato progetto di scissione, ove al punto 38 viene riportato l'appalto de quo, proseguito dalla odierna ricorrente. Com'è noto – in punto di teoria – le cessioni, trasformazioni, fusioni e scissioni hanno effetto nei confronti della stazione appaltante con la comunicazione, giova precisare che è onere della stazione nei 60 giorni successivi opporsi al subentro nella titolarità del contratto».

Ha poi richiamato il parere ANAC 244/2017, nel quale si afferma la derogabilità del generale principio della non modificabilità soggettiva dell'offerente, che, però, non impedisce il subentro allo stesso di altro soggetto nella posizione di contraente o di partecipante ad una gara per l'aggiudicazione di un appalto pubblico in caso di cessione di azienda e di trasformazione di società.

Ha dedotto ancora che:

«La predetta scissione è stata opportunamente notificata all'Ente appaltante sia a mani con tanto di timbro di ricevuta [...] Notificato anche a mezzo pec in data 14.10.2015 all'Arch. Astarita, e il 28.10.2015 all'indirizzo manutenzione@pec.cittadiformia.it. [...] La scissione è stata opportunamente resa nota, e mai impugnata o contestata, il lavoro è stato proseguito dalla odierna ricorrente, come evincibile da ogni fattura, certificato di pagamento, certificazione di ultimazione e conto finale. La trattativa per la composizione bonaria è intercorsa – pacificamente – tra le parti del presente giudizio arbitrale. All'esito della notifica dell'atto di

scissione, il Comune di Formia chiedeva addirittura documentazione integrativa, tempestivamente fornita».

Il Comune di Formia ha poi ribadito l'eccezione (v. memoria di replica del 31.1.2002), affermando che:

«La scrivente difesa, letta la memoria istruttoria di controparte ed in particolare l'atto di scissione societaria del 14-9-2015 Rep. n. 132799 contestualmente depositato, non può che ribadire l'assoluto difetto di legittimazione attiva ad causam della Società Gino Di Cesare Costruzioni e Manutenzioni s.r.l. rispetto al presente procedimento. Tale atto di scissione, ai sensi dell'art. 116 comma 1 del D.Lgs. 12/4/2006, n. 163, è privo di qualsivoglia effetto nei confronti della stazione appaltante Comune di Formia, in quanto il soggetto risultante dall'avvenuta scissione non ha mai comunicato l'atto alla stazione appaltante, non ha mai proceduto alle comunicazioni previste dall'articolo 1 del decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 11 maggio 1991, n. 187, e non ha mai documentato il possesso dei requisiti di qualificazione previsti dal codice.

Così come si evince dalla contabilità dei lavori e dal collaudo tecnico amministrativo dell'opera prodotto in atti dalla stessa ricorrente.

Ma v'è di più, l'atto di scissione - solo oggi conosciuto - con cui è stata costituita la Gino Di Cesare Costruzioni e Manutenzioni s.r.l., e attraverso il quale la stessa è subentrata nel contratto di appalto, concretizzando una modificazione illegittima e non autorizzata alla composizione dell'ATI appaltatrice, ha comportato la nullità del contratto di appalto per violazione del divieto di cui all'art. 37 del D.lgs. n. 163/2006.

Delle due l'una: - o l'atto di scissione è rimasto interna corporis e come tale non opponibile alla stazione appaltante, per cui la Società Gino Di Cesare Costruzioni e Manutenzioni s.r.l. non ha alcun titolo per proporre la presente azione arbitrale; - o peggio, l'atto di scissione ha modificato illegittimamente la composizione dell'A.T.I. appaltatrice durante l'esecuzione dell'appalto, e dunque ha comportato la nullità del

contratto di appalto, con conseguente nullità della clausola arbitrale oggi attivata».

In sede di discussione orale, l'avv. Di Russo, nel ribadire l'eccezione di difetto di legittimazione attiva della società istante, ha osservato che l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, con la pronuncia n. 10 del 27.5.2021, ha confermato il principio della immodificabilità soggettiva della mandataria di R.T.I.

L'avv. Mauriello ha replicato che tale pronuncia riguarda tutt'altra fattispecie e si limita ad affermare il principio di immodificabilità con riferimento ai soli casi in cui dalla variazione soggettiva derivi la violazione della *par condicio competitorum*, circostanza che, a suo avviso, non ricorre con riguardo alla presente controversia.

* * *

A scioglimento della riserva, il Collegio, con il presente provvedimento, vista la documentazione prodotta dalle parti, alla luce del testo normativo, considerato il parere ANAC 244/2017, esaminata la giurisprudenza ivi richiamata e quella richiamata e discussa nell'udienza dell'8.2.2022, ritiene **infondata l'eccezione di difetto di legittimazione ad agire** formulata dal Comune di Formia nei confronti della società attrice.

In particolare, osserva che:

- dal tenore degli art. 37, 51 e 116 d.lgs. 163/2006 (sostanzialmente ribaditi, nel loro contenuto, dal d.lgs. 50/2016) emerge che il principio di immodificabilità soggettiva (ovvero, il principio della modificabilità del raggruppamento solo in tassative, eccezionali, ipotesi), risponde alla duplice esigenza di evitare, da un lato, che la stazione appaltante si trovi ad aggiudicare la gara e a stipulare il contratto con un soggetto, del quale non abbia potuto verificare i requisiti, generali o speciali, di partecipazione, in

conseguenza di modifiche della composizione del raggruppamento avvenute nel corso della procedura ad evidenza pubblica o nella fase esecutiva del contratto; dall'altro, di tutelare la *par condicio* dei partecipanti alla gara con modifiche della composizione soggettiva del raggruppamento "calibrate" sull'evoluzione della gara o sull'andamento del rapporto contrattuale;

2. la direttiva n. 24/2014/UE (considerando n. 110) precisa che *«in linea con i principi di parità di trattamento e di trasparenza, l'aggiudicatario non dovrebbe essere sostituito da un altro operatore economico, ad esempio in caso di cessazione dell'appalto a motivo di carenze nell'esecuzione, senza riaprire l'appalto alla concorrenza»*;

3. **sennonché**, non soltanto la giurisprudenza già citata, ma anche la stessa direttiva appena richiamata enunciano un temperamento alla rigidità di tale principio, in base al quale l'aggiudicatario dell'appalto può ben procedere alla propria riorganizzazione interna, con una diversa distribuzione di compiti e ruoli, ferma restando la garanzia dell'esecuzione dell'appalto;

4. tra le ipotesi di riorganizzazione interna idonee a comportare una ammissibile deroga al principio di immodificabilità soggettiva ricorre sicuramente quella della scissione (v. art. 116, 1° comma, d.lgs. 163/2006), che, nella specie, ha visto subentrare la Gino di Cesare Costruzioni e Manutenzioni s.r.l. alla Impresa Di Cesare Gino S.r.l.;

5. come risulta *per tabulas*, la vicenda modificativa suddetta è stata notificata formalmente e tempestivamente dalla società attrice al Comune di Formia sia a mani (2.10.2015) sia con pec del 14.10.2015 all'Arch. Astarita e del 28.10.2015 all'indirizzo manutenzione@pec.cittadiformia.it.

6. successivamente il Comune di Formia non risulta avere mosso

contestazioni alla legittimazione della Gino di Cesare Manutenzioni e Costruzioni s.r.l. all'esecuzione dei lavori per cui è causa (ai sensi dell'art. 116, 2° comma, d.lgs. 163/2006) e, anzi, dalla documentazione in atti si evince che esso ha continuato a interloquire nella fase di esecuzione sempre e solo con la società attrice, considerandola come la "giusta parte" contrattuale;

7. la pronuncia richiamata dall'avv. Di Russo (Cons. Stato, ad. plen., n. 10 del 2021) riguarda una fattispecie (fallimento della mandataria in raggruppamento temporaneo di imprese) del tutto diversa e si limita ad affermare il principio di immodificabilità con riferimento ai soli casi in cui dalla variazione soggettiva derivi la violazione della *par condicio competitorum*, circostanza che, ad avviso del Collegio, non ricorre con riguardo alla presente controversia. Pertanto, tale giurisprudenza è del tutto inconferente. In ogni caso, il fallimento della Impresa Di Cesare Gino s.r.l. è avvenuto solo dopo (10.10.2019) il perfezionamento della scissione (14.9.2015).

PQM

il Collegio Arbitrale, non definitivamente pronunciando, così provvede all'unanimità:

- rigetta l'eccezione di «*difetto di legittimazione attiva ad causam*», sollevata dal Comune di Formia, per tutte le ragioni precisate in motivazione;
- dispone la prosecuzione del procedimento come da separata ordinanza emessa in data odierna;
- rinvia al lodo definitivo la decisione di ogni diversa questione o domanda, ivi compresa quella relativa alle spese del presente procedimento.

Il presente lodo è deliberato all'unanimità degli Arbitri riunitisi sulla piattaforma digitale della Camera Arbitrale dell'ANAC in data 25.2.2022 alle

ore 10:00, sottoscritto da ciascuno di essi nel luogo e nel giorno indicato accanto a ciascuna sottoscrizione. Imposta di bollo assolta mediante contrassegni recanti i seguenti codici identificativi: 1) 01200163813185; 2) 01200163813174.

Prof. Avv. Pietro Perlingieri - Napoli

Avv. Luigi Stefano Sorvino - Napoli

Prof. Avv. Domenico Dalfino - Bari