



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

DELIBERA N. 334

DEL 23 marzo 2016

OGGETTO: Richiesta di parere presentata da Anas S.p.a. – Art. 37, co. 18 e 19 d.lgs. 163/2006. Gara CZ26/09 Lavori per l'esecuzione degli interventi per la messa in sicurezza della SS 106 Jonica. Gara ASR 22/09 per la messa in sicurezza dell'Autostrada A3 Salerno-Reggio Calabria tra il km 148+000 (Imbocco nord Galleria Fossino) e il km 153+400 (Svincolo di Laino Borgo)

AG 13/2016/AP

RTI – fase di esecuzione - modificazioni soggettive – subentro – liquidazione coatta amministrativa - concordato preventivo

E' ammissibile che, in fase di esecuzione, una delle mandanti dell'ATI affidataria dei lavori, purchè in possesso dei requisiti di qualificazione occorrenti, subentri nel ruolo di mandataria in conseguenza della fuoriuscita della mandataria originaria posta in liquidazione coatta amministrativa.

E' ammissibile che la mandataria prosegua direttamente nell'esecuzione dei lavori residui, qualora possieda le qualificazioni necessarie e purchè non diminuiscano le garanzie a favore dell'Amministrazione, a seguito della sopravvenuta inidoneità della mandante sottoposta a concordato preventivo ordinario.

Art. 37, co. 18 e 19 d.lgs. 163/2006

Il Consiglio

Visto il decreto legislativo n. 163/2006 e s.m.i.;

Visto l'appunto dell'Ufficio Precontenzioso e Affari Giuridici;

Considerato in fatto

Con distinte note acquisite ai prot. n. 21803 e n. 22208 del 9 febbraio 2016, l'Anas S.p.a. ha sottoposto all'attenzione dell'Autorità due richieste di parere in ordine all'ambito applicativo dell'art. 37, co. 18 e 19 del d.lgs. 12 aprile 2006, n.163.

Con la prima nota, relativa all'esecuzione degli interventi di messa in sicurezza della SS 106 Jonica, l'Anas riferisce che i lavori in parola venivano affidati nel 2014 al raggruppamento temporaneo di imprese costituito da Cooperativa Costruzioni Società Cooperativa (mandataria capogruppo),



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

Sammarco Giuseppe Costruzioni Generali S.r.l. e Calgeco S.r.l. (mandanti). Tuttavia, nel 2016 la mandataria veniva posta in liquidazione coatta amministrativa e, di conseguenza, la mandante Sammarco Giuseppe Costruzioni Generali S.r.l. chiedeva di subentrare, quale mandataria, nel contratto d'appalto, essendo in possesso dei requisiti di qualificazione occorrenti.

L'Anas chiede pertanto all'Autorità di esprimere un parere in merito all'applicabilità dell'art. 37, co. 18, e quindi alla possibilità per la stazione appaltante di proseguire il rapporto di appalto con altro operatore economico, anche in caso di procedura concorsuale diversa dal fallimento, in considerazione altresì del fatto che per le cooperative è prevista unicamente la possibilità di attivare la procedura della liquidazione coatta amministrativa.

Con la seconda nota, riferita ai lavori per la messa in sicurezza dell'Autostrada A3 Salerno-Reggio Calabria tra il km 148+000 (Imbocco nord Galleria Fossino) e il km 153+400 (Svincolo di Laino Borgo), l'Anas riferisce che la Carena S.p.a., mandataria di un'ATI composta da due soli operatori economici, presentava istanza di subentro ex art. 37, co. 19 d.lgs. 163/2006 al fine di proseguire direttamente nell'esecuzione dei lavori residui, a causa della sopravvenuta inidoneità della mandante Ielpo S.r.l. sottoposta a concordato preventivo.

In ordine a tale fattispecie, l'Anas chiede un parere all'Autorità in merito all'applicabilità dell'art. 37, co. 19, che prevede un'eccezione al principio di immodificabilità soggettiva delle ATI in ipotesi di fallimento di uno dei mandanti, evidenziando altresì, nel caso di specie, la problematica della riduzione del raggruppamento iniziale, costituito da soli due soggetti, ad un solo operatore economico.

In entrambi i casi l'Anas sottolinea l'aggravio, in termini di tempi e costi, che comporterebbe un'eventuale inapplicabilità delle norme sopra richiamate, e il conseguente obbligo di procedere a un nuovo affidamento a seguito delle intervenute modifiche soggettive dei raggruppamenti in parola.

Ritenuto in diritto

In considerazione dell'analogia delle questioni poste, si ritiene di riunire le due istanze e di rendere un parere unico.

A tal fine, si richiamano preliminarmente le norme di cui si chiede di delineare l'ambito di applicazione. L'art. 37 d.lgs. 163/2006 prevede al comma 9 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».

Il comma 18 stabilisce quindi 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



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

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». Al comma 19 analoga previsione è riferita all'ipotesi di fallimento di uno dei mandanti. In tal caso «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».

Partendo quindi dal principio generale dell'immodificabilità soggettiva dei partecipanti alle gare, per cui l'aggiudicazione di un appalto disposta in favore di un costituendo o costituito raggruppamento temporaneo di imprese si intende effettuata in favore del medesimo raggruppamento così come risultante dall'impegno presentato in sede di offerta, la giurisprudenza ha inteso le disposizioni dei commi 18 e 19 sopra richiamate come riferite a ipotesi eccezionali, «che riguardano situazioni indipendenti dalla volontà del soggetto partecipante alla gara e che trovano giustificazione nell'interesse della stazione appaltante alla continuazione della gara o dell'appalto affidato» (Cons. Stato Sez. V, 2 marzo 2015, n. 986). E' stato quindi sottolineato che «La ratio dei commi 18 e 19 dell'articolo 37 del d. lgs. 163 del 2006 risponde evidentemente alla esigenza di garantire gli operatori economici che partecipano a gare pubbliche in formazione soggettivamente complessa dagli eventi (fallimento o, se imprenditore individuale, morte, interdizione, inabilitazione, fallimento ovvero anche nei casi previsti dalla normativa antimafia) che possono colpire gli altri componenti del raggruppamento (il mandatario o uno dei mandanti), minimizzando i rischi di perdita della commessa pubblica aggiudicata» (TAR Campania Napoli sez. I 3 giugno 2013 n. 2867).

La giurisprudenza ha tuttavia ormai accolto un'interpretazione estensiva delle disposizioni in parola, laddove afferma (Cons. Stato, Ad. plen. 4 maggio 2012 n. 8) che «Il rigore di detta disposizione va 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 come 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 (Cons. St., sez. VI, 13 maggio 2009, n. 2964). Anche i Pareri sulla Normativa Avcp in materia (AG 23/11 del 21 novembre 2012; AG 2/11 del 27 gennaio 2011) hanno accolto tale orientamento più ampio, e il Parere di precontenzioso n. 44 del 27 marzo 2013, ha evidenziato *che* «il principio di immodificabilità soggettiva dei partecipanti alle gare pubbliche,



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

che mira a garantire una conoscenza piena da parte dell'Amministrazione delle imprese che intendono contrarre, consentendole una verifica preliminare e compiuta dei requisiti di idoneità morale, tecnico-organizzativa ed economico-finanziaria delle concorrenti, non preclude il recesso di una o più imprese dell'a.t.i. qualora le imprese rimanenti siano in possesso dei requisiti di qualificazione per l'esecuzione dell'appalto, dovendo il divieto riferirsi soltanto all'aggiunta o alla sostituzione di componenti, non anche al semplice venir meno di taluno di essi senza subentro [...] sempreché la modifica in senso riduttivo avvenga per esigenze organizzative proprie dell'a.t.i. ovvero per vicende patologiche sopravvenute che colpiscono una delle imprese associate, e non invece per eludere la legge di gara ed evitare l'esclusione per difetto di un requisito di ammissione al momento della presentazione dell'offerta» (in tal senso anche determinazione n. 4 del 10 ottobre 2012).

Il sopra richiamato Parere sulla Normativa AG 2/11 ha in particolare evidenziato che «Appurata, pertanto, la possibilità di procedere alla sostituzione della mandataria anche in casi diversi da quello tipizzato dall'art. 37, co. 18 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 mandataria. 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 più nel caso di ATI orizzontale), sono probabilmente i soggetti più idonei a sostituire la mandataria. Resta fermo, ovviamente, il possesso dei necessari requisiti di capacità tecnico - professionale ed economico - finanziaria in capo all'operatore economico sostituto, chiunque esso sia. Tale interpretazione, infine, è confortata 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 sé, alcuna giustificazione razionale." (Cons. Stato, parere delle Commissione speciale del 22 gennaio 2008, n. prot. 4575/2007)».

In ipotesi di interdittiva antimafia a carico della mandataria, è stato affermato (TAR Campania Napoli sez. VIII 17 gennaio 2013 n. 371) che, poiché viene meno il soggetto che ha la responsabilità generale e solidale della buona esecuzione dell'appalto, la norma prevede che, solo se sussista la condizione secondo cui la mandante (o le mandanti) abbia di per sé tutti i requisiti necessari, è possibile la prosecuzione del rapporto (dove l'uso del verbo "può" non va inteso in accezione facoltizzante per la stazione appaltante, ma esprime solo una eventualità – il possesso di tutti i requisiti in capo alla



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

mandante – che potrebbe non verificarsi in concreto: cfr. Cons. Stato, comm. sp., 22 gennaio 2008, n. 4575)».

La giurisprudenza più recente (Consiglio di Stato sez. II 21 novembre 2014, n. 5752) ha quindi accolto le indicazioni fornite anche con Determinazione Avcp 6 novembre 2013, n. 5, che ribadivano di ritenere «ammissibile il 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», senza dimenticare che «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» (Cons. Stato sez. V 9 aprile 2015, n. 1800).

Alla luce di quanto sopra esposto si ritiene di poter risolvere in senso affermativo la richiesta relativa alla possibilità che una delle mandanti dell'ATI affidataria dei lavori, purchè in possesso dei requisiti di qualificazione occorrenti, subentri nel ruolo di mandataria in conseguenza della fuoriuscita della mandataria originaria posta in liquidazione coatta amministrativa.

Con riferimento al secondo quesito, relativo alla possibilità che la mandataria di un'ATI composta da due soli operatori economici prosegua direttamente l'esecuzione dei lavori residui, a causa della sopravvenuta inidoneità della mandante sottoposta a concordato preventivo, si premette quanto segue. La richiesta di parere non specifica se la mandante sia sottoposta a un procedimento per concordato ordinario, o liquidatorio, (che costituirebbe causa ostativa alla prosecuzione del rapporto contrattuale) oppure a concordato con continuità aziendale, introdotto dall'articolo 186-bis della legge fallimentare e finalizzato al ritorno in bonis dell'impresa.

La determinazione n. 3 del 23 aprile 2014 ha precisato, con riferimento a tale ultima fattispecie, che la norma salvaguarda la possibilità di esecuzione dei contratti in corso, risultando ulteriormente previsto che una volta emesso il decreto che ammette l'impresa alla procedura di concordato preventivo con continuità aziendale, l'esecuzione del contratto è consentita a condizione che venga prodotta la relazione del professionista attestante la conformità al piano e la ragionevole capacità di adempimento del contratto pubblico.

Con successiva determinazione n. 5 dell'8 aprile 2015 l'Autorità rilevava la prassi diffusa delle imprese di fare ricorso alla domanda "in bianco", seppur finalizzata ad un concordato preventivo "con continuità aziendale". Pertanto riteneva possibile un'interpretazione che agevolasse il recupero della situazione di crisi da parte delle imprese attraverso l'istituto del concordato preventivo con "continuità aziendale" anche nel caso di presentazione di ricorso "in bianco", a condizione che l'istanza presenti chiari ed inconfutabili effetti prenotativi del concordato con continuità aziendale. In tal caso «laddove sia stata presentata domanda "in bianco" con riserva espressa di produrre un piano recante proposta di



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

prosecuzione dell'attività d'impresa, deve ritenersi che quest'ultima non costituisca, inoltre, causa di risoluzione del contratto, in quanto non viene meno – durante la pendenza del termine per la presentazione del piano – il requisito di qualificazione che è necessario anche per l'esecuzione del contratto, come si evince dalla formulazione dell'art. 60, comma 2 del d.p.r. 5 ottobre 2010, n. 207».

Ciò premesso, occorre tuttavia considerare il caso di effettiva fuoriuscita della mandante nell'ipotesi di RTI costituita da due soli soggetti, e di conseguente richiesta di subentro da parte della mandataria.

Con la costituzione di un raggruppamento temporaneo di imprese, si verifica una riunione soggettiva giustificata dall'unico contratto e al mandatario spetta la rappresentanza esclusiva, anche processuale, dei mandanti nei confronti della stazione appaltante per tutte le operazioni e gli atti di qualsiasi natura dipendenti dall'appalto (art. 37, comma 16).

Con riferimento all'ipotesi, opposta rispetto al caso di specie, di RTI costituita da due soggetti nella quale fallisca il mandatario, il Consiglio di Stato aveva reso in sede consultiva apposito parere (Consiglio di Stato, Adunanza della Commissione speciale del 22 gennaio 2008), richiamato appunto nel Parere AG 23/2011 citato, in ordine alla possibilità di subentro dell'unico mandante, in possesso dei requisiti di qualificazione, in relazione alla residua parte di appalto ancora da eseguire, e aveva in quell'occasione osservato che “tale soluzione non sembrerebbe possibile, in quanto la norma richiede la costituzione di un nuovo mandatario, e dunque sembra postulare che in ogni caso l'esecutore, che originariamente era un'a.t.i. continui ad essere un'a.t.i.”. Il Consiglio di Stato riteneva quindi che, nel caso di sostituzione dell'unico mandante al mandatario fallito, verrebbe del tutto meno l'originario soggetto contraente, vale a dire l'a.t.i., e il rapporto si svolgerebbe con un soggetto nuovo, l'impresa singola. Inoltre verrebbe meno il regime della responsabilità solidale (proprio dell'a.t.i.) caratterizzato dal mandatario, responsabile in solido, e dal mandante responsabile per la propria parte (a.t.i. verticale) o in solido (a.t.i. orizzontale), e si porrebbe la questione di chi risponda della parte di appalto già eseguita dalla mandataria nel frattempo fallita, e ancora non oggetto di collaudo.

A fronte di tale impostazione, il Parere AG 23/2011 cit. rammentava tuttavia che «la ratio che presiede e sostiene la previsione dei raggruppamenti temporanei non è quella di aumentare, grazie alla pluralità soggettiva, le garanzie patrimoniali delle stazioni appaltanti contraenti, quanto piuttosto quella, pro concorrenziale, di ampliare il novero degli operatori economici che siano in grado di partecipare alle gare. Appare non sostenibile, in tal senso, l'argomentazione secondo cui – in ragione della mutazione soggettiva – cambia il regime di responsabilità. D'altra parte, sembra potersi ritenere che il divieto di cui all'art. 37, comma 9 del Codice dei contratti pubblici – particolarmente radicale nei riguardi dei Raggruppamenti Temporanei – subisca un temperamento in fase esecutiva in caso di cessione di ramo d'azienda, soprattutto se si considera che l'aspetto della mutazione soggettiva appare, in tal caso, disciplinato dall'antinomica disposizione dell'art. 116 del Codice, che assume carattere di specialità nella fase dell'esecuzione. [...] Il Codice dei contratti pubblici – quando tratta dei soggetti esecutori di un



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

contratto pubblico – ammette espressamente e senza eccezioni che il soggetto esecutore – nel corso del rapporto contrattuale – possa non solo mutare la propria composizione interna, ma altresì trasformarsi in altro soggetto. Alla luce della generale norma favorevole, si verificherebbe una irragionevole disparità di trattamento tra gli operatori economici, laddove si ammettesse che – in corso di esecuzione – siano consentiti i mutamenti soggettivi di qualunque aggiudicatario, salvo il caso in cui questo si presenti nella forma del RTI».

Nel caso di specie, si osserva altresì che il rapporto contrattuale proseguirebbe con la sola mandataria, già responsabile in solido della prestazione, e pertanto non dovrebbe estinguersi il rapporto di responsabilità solidale per la pregressa esecuzione, nè dovrebbero diminuire le garanzie patrimoniali per quella futura.

D'altra parte in ipotesi di misura interdittiva antimafia che colpisca un'impresa mandante o mandataria di un RTI, «Ai sensi dell'art. 37 commi 18 e 19 del Codice dei contratti è consentito all'Amministrazione di proseguire il rapporto di appalto con l'impresa superstita (naturalmente, alle condizioni del possesso dei necessari requisiti di qualificazione richiesti dal bando)» (Cons. Stato sez. III 7 marzo 2016, n. 923).

Come osservato dalla giurisprudenza (TAR Campania, n. 371/2013 cit.), «la ratio delle disposizioni dianzi riportate è quella di garantire gli operatori economici che partecipano a gare pubbliche in formazione soggettivamente complessa dagli eventi che possono colpire gli altri componenti del raggruppamento, minimizzando i rischi di perdita della commessa pubblica aggiudicata. In questa prospettiva, la distinzione fra gli eventi che colpiscono la mandataria (comma 18 dell'art. 37 del d.lgs. n. 163/2006) e quelli che colpiscono la mandante (comma 19 dell'art. 37 del d.lgs. n. 163/2006) risiede nella circostanza che, in caso di interdittiva antimafia a carico della mandante, la mandataria resta obbligata all'esecuzione della prestazione e, per rispettare tale impegno negoziale, può, secondo una previsione chiaramente eccezionale, sostituire la mandante colpita con altro soggetto parimenti idoneo, anche esterno all'originaria composizione partecipante alla gara. In tale ipotesi, il mantenimento della responsabilità della buona esecuzione dell'appalto in capo alla mandataria è in grado di controbilanciare la possibilità di sostituire la mandante divenuta incapace con altro soggetto ovvero dalla stessa mandataria in proprio (o dalle residue mandanti in proprio), laddove in possesso i requisiti necessari per l'esecuzione della prestazione aggiudicata.

Sulla base delle considerazioni che precedono, si ritiene di poter risolvere in senso affermativo la richiesta relativa alla possibilità che la mandataria prosegua direttamente nell'esecuzione dei lavori residui, qualora possieda le qualificazioni necessarie e purchè non diminuiscano le garanzie a favore dell'Amministrazione per la globalità della prestazione, fino al collaudo, a seguito della sopravvenuta inidoneità della mandante eventualmente sottoposta a concordato preventivo ordinario.



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che:

- E' ammissibile che, in fase di esecuzione, una delle mandanti dell'ATI affidataria dei lavori, purchè in possesso dei requisiti di qualificazione occorrenti, subentri nel ruolo di mandataria in conseguenza della fuoriuscita della mandataria originaria posta in liquidazione coatta amministrativa.
- E' ammissibile che la mandataria prosegua direttamente nell'esecuzione dei lavori residui, qualora posseda le qualificazioni necessarie e purchè non diminuiscano le garanzie a favore dell'Amministrazione, a seguito della sopravvenuta inidoneità della mandante sottoposta a concordato preventivo ordinario.

Raffaele Cantone

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 31 marzo 2016

Il Segretario, Maria Esposito