



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

Delibera N. 117 del 3 febbraio 2016

OGGETTO: Richiesta di parere presentata dalla Eco Green s.r.l. – servizio di ordinaria manutenzione delle opere in verde - Lotto 1, tratto Brennero-Chiusa dal km 0+000 al km 52+700 – possibilità di rinnovo, ex art. 57, comma 5, lettera b) del d.lgs. 163/2006, del contratto di appalto in essere in caso di recesso, dall'ATI aggiudicataria del contratto iniziale, di una delle mandanti.

AG 7/2016/AP

Raggruppamento temporaneo di concorrenti – divieto di modificazione soggettiva – recesso di una delle imprese mandanti – condizioni di ammissibilità

Al di fuori dei casi tipizzati dall'art. 37, commi 18 e 19 del d.lgs. 163/2006 vige il divieto di modificazione soggettiva dei raggruppamenti temporanei o dei consorzi ordinari di concorrenti rispetto alla composizione risultante dall'impegno presentato in sede di offerta, sancito dall'art. 37, comma 9 del d.lgs. 163/2006.

Il rigore della disposizione di cui all'art. 37, comma 9 del d.lgs. n. 163/2006 è stato temperato da un consolidato orientamento giurisprudenziale, condiviso anche da questa Autorità (Determinazione n. 4/2012), secondo il quale il recesso di una o più imprese dell'ATI è possibile, dopo l'aggiudicazione, se quelle rimanenti sono in possesso dei requisiti necessari per l'esecuzione delle prestazioni oggetto dell'appalto, in quanto solo nelle ipotesi di aggiunta o di sostituzione nell'ATI di un'impresa resta impedito all'amministrazione un controllo tempestivo e completo del possesso dei requisiti anche da parte della nuova compagine associativa, mentre nel caso di recesso le predette esigenze non risultano frustrate, poiché l'amministrazione, al momento del mutamento soggettivo, ha già provveduto a verificare i requisiti di capacità e moralità dell'impresa o delle imprese che restano, così che i rischi che il divieto mira ad impedire non possono verificarsi.

Tale soluzione, tuttavia, va seguita purché la modifica della compagine soggettiva in senso riduttivo avvenga per esigenze organizzative proprie dell'ATI o del consorzio, e non invece per eludere la legge di gara e, in particolare, per evitare una sanzione di esclusione dalla gara per difetto dei requisiti in capo al componente dell'ATI che viene meno per effetto dell'operazione riduttiva.

Art. 37, commi 9, 18 e 19 d.lgs. 163/2006



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

Procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara – affidamento di nuovi servizi consistenti nella ripetizione di servizi analoghi – condizioni di legittimità

La possibilità di rinnovare il contratto di appalto secondo le modalità dell'art. 57, comma 5, lettera b) del d.lgs. 163/2006, espressamente prevista nel contratto medesimo, comporta che devono sussistere tutte le condizioni di legittimità disciplinate dalla suddetta disposizione normativa.

Deve trattarsi, quindi, di ripetizione di servizi analoghi con il medesimo contraente, quale esecuzione di un unico disegno progettuale, oggetto di procedura aperta o ristretta, con previsione sin dal primo affidamento, nel relativo bando di gara oltre che nel contratto stipulato con l'aggiudicatario della prima procedura, di tale possibilità di ripetizione. Ciò impone, peraltro, all'ente committente, ai fini della determinazione del valore globale dell'appalto, di prendere in considerazione l'importo complessivo stimato anche dei servizi successivi da ripetere eventualmente.

L'appaltatore, pertanto, è da subito al corrente che alla scadenza della prima esecuzione del servizio il committente potrà chiedergli l'esecuzione a trattativa diretta di un servizio analogo, evidentemente con costi determinati anni prima, quando venne redatto il progetto posto alla base della ripetizione del servizio. L'accettazione da parte dell'appaltatore delle condizioni stabilite nel primo contratto aggiudicato con gara implica anche l'acquiescenza al progetto ed al prezzo predeterminato, da applicare nel nuovo servizio costituente ripetizione di servizio analogo.

Art. 57, comma 5, lettera b) 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 nota acquisita al prot. n. 108912 del 31 agosto 2015, l'ATI costituita tra le imprese Eco Green s.r.l., capogruppo mandataria, Italverde s.r.l. e Geoverde s.r.l., mandanti, ha sottoposto all'attenzione di questa Autorità – per il tramite della predetta capogruppo – una richiesta di parere in ordine all'effettiva possibilità di rinnovo, fino al 31.12.2017, del contratto di appalto in essere per l'esecuzione del servizio in oggetto, stipulato con la committente Autostrada del Brennero S.p.A., in caso di recesso dall'ATI, aggiudicataria del contratto iniziale, di una delle mandanti.



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

Nello specifico, sono state rappresentate le seguenti circostanze:

- in data 01.10.2012 è stato stipulato il contratto in oggetto (n. 45/2012/C), nel cui art. 7, rubricato *“Durata del servizio”*, è previsto che la durata è di tre anni dalla data di consegna del servizio *“con possibilità di rinnovo per un massimo di ulteriori anni tre, secondo le modalità dell’art. 57, comma 5, lettera b)”* del d.lgs. n. 163/2006;
- con lettera del 06.02.2015 la committente Autostrada del Brennero S.p.A. ha informato la capogruppo Eco Green s.r.l. che con delibera del C.d.A. del 19.12.2014 è stato affidato il rinnovo del contratto a tutto il 31 dicembre 2017. Nell’occasione sono stati richiesti all’ATI una serie di documenti per la verifica del possesso dei requisiti nonché dell’assenza di cause ostative;
- con lettera del 05.03.2015 l’impresa Geoverde s.r.l., mandante, ha informato sia la committente che le altre due imprese dell’ATI della propria intenzione di non partecipare al rinnovo del contratto in questione, evidenziando problematiche sul proprio futuro aziendale (liquidazione);
- con lettera del 23.03.2015 la committente ha preso atto del recesso della mandante Geoverde s.r.l. dall’ATI e, parimenti, anche della volontà di proseguire il servizio da parte delle imprese Eco Green s.r.l., capogruppo mandataria, e Italverde s.r.l., mandante, specificando, inoltre, che sarebbe rimasta in attesa della documentazione di avvio della procedura di liquidazione della Geoverde s.r.l. presso la Camera di Commercio di competenza, al fine di configurare in via analogica l’applicazione dell’art. 37, comma 19 del d.lgs. n. 163/2006;
- con lettera del 25.08.2015 la committente ha invitato l’ATI a chiarire, entro il termine di sette giorni, il modo in cui la stessa intende proseguire il servizio in oggetto, non ritenendo possibile la *“riduzione”* della compagine dell’ATI.

Con riferimento ai fatti sopra esposti, la capogruppo Eco Green s.r.l. ha, innanzitutto, rilevato che erroneamente la committente Autostrada del Brennero S.p.A. configura, nel caso di specie, un’applicazione analogica dell’art. 37, comma 19 del d.lgs. n. 163/2006, non potendo detta norma riguardare le vicende del futuro assetto societario di una delle mandanti.

Inoltre, la capogruppo stessa ha precisato che il divieto di modificazioni soggettive di un’ATI riguarda solo l’aggiunta o la sostituzione di un’impresa partecipante, e non anche il venir meno di una di esse (recesso), sul presupposto della sussistenza della garanzia dei requisiti delle imprese restanti.

Tale conclusione, ad avviso della predetta capogruppo, vale anche in una prospettiva di *“rinnovo”* del contratto – sempre che permanga la garanzia dei requisiti delle rimanenti imprese – considerato che le situazioni imprenditoriali delle società componenti l’ATI possono essere variate in relazione al decorso del tempo, tanto da far recedere una di esse dal raggruppamento temporaneo.



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

Alla luce di tutto quanto sopra, la capogruppo Eco Green s.r.l. ritiene che sia effettivamente possibile il rinnovo del contratto di appalto in oggetto, da sottoscrivere con le restanti imprese dell'ATI (la medesima capogruppo mandataria e la mandante Italverde s.r.l.), possedendo le stesse complessivamente i requisiti necessari, e chiede all'Autorità di esprimere il proprio parere nel merito. Da ultimo, con nota acquisita al prot. n. 113937 del 10 settembre 2015, la committente Autostrada del Brennero S.p.A. si è associata alla richiesta di parere in oggetto, fatto salvo il possesso in capo alle restanti imprese dell'ATI in questione di tutti i requisiti necessari, ed ha rappresentato che, in attesa delle risultanze del parere, non assumerà alcuna determinazione in ordine alla prosecuzione o meno del rapporto contrattuale.

Ritenuto in diritto

Al fine di rendere il parere richiesto appare opportuno evidenziare, preliminarmente, che la possibilità di rinnovare il contratto in essere tra la committente Autostrada del Brennero S.p.A. e l'ATI costituita tra le imprese Eco Green s.r.l., capogruppo mandataria, Italverde s.r.l. e Geoverde s.r.l., mandanti, è espressamente prevista dall'art. 7 del contratto medesimo (n. 45/2012/C), stipulato in data 01.10.2012, che ne fissa la durata in tre anni dalla data di consegna del servizio *“con possibilità di rinnovo per un massimo di ulteriori anni tre, secondo le modalità dell'art. 57, comma 5, lettera b)”* del d.lgs. n. 163/2006.

La fattispecie in esame, pertanto, deve innanzitutto rispettare le condizioni di legittimità disciplinate dall'art. 57, comma 5, lettera b) del d.lgs. n. 163/2006, secondo il quale, il ricorso alla procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara, è consentito, tra l'altro, (lettera b) *“per nuovi servizi consistenti nella ripetizione di servizi analoghi già affidati all'operatore economico aggiudicatario del contratto iniziale dalla medesima stazione appaltante, a condizione che tali servizi siano conformi a un progetto di base e che tale progetto sia stato oggetto di un primo contratto aggiudicato secondo una procedura aperta o ristretta; in questa ipotesi la possibilità del ricorso alla procedura negoziata senza bando è consentita solo nei tre anni successivi alla stipulazione del contratto iniziale e deve essere indicata nel bando del contratto originario; l'importo complessivo stimato dei servizi successivi è computato per la determinazione del valore globale del contratto, ai fini delle soglie di cui all'articolo 28”*.

Deve trattarsi, quindi, di ripetizione di servizi analoghi con il medesimo contraente, quale esecuzione di un unico disegno progettuale, oggetto di procedura aperta o ristretta, con previsione sin dal primo affidamento, nel relativo bando di gara oltre che nel contratto stipulato con l'aggiudicatario della prima procedura, di tale possibilità di ripetizione. Ciò impone, peraltro, all'ente committente, ai fini della determinazione del valore globale dell'appalto, di prendere in considerazione l'importo complessivo stimato anche dei servizi successivi da ripetere eventualmente.



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

L'appaltatore, pertanto, è da subito al corrente che alla scadenza della prima esecuzione del servizio il committente potrà chiedergli l'esecuzione a trattativa diretta di un servizio analogo, evidentemente con costi determinati anni prima, quando venne redatto il progetto posto alla base della ripetizione del servizio. L'accettazione da parte dell'appaltatore delle condizioni stabilite nel primo contratto aggiudicato con gara implica anche l'acquiescenza al progetto ed al prezzo predeterminato, da applicare nel nuovo servizio costituente ripetizione di servizio analogo.

Fermo restando che nel caso di specie, in quanto rientrante nel campo di applicazione dell'art. 57, comma 5, lettera b) del d.lgs. n. 163/2006, per procedere legittimamente al rinnovo contrattuale (o meglio alla ripetizione di servizi analoghi) devono sussistere tutte le condizioni sopra richiamate, si tratta di stabilire, in considerazione di quanto espressamente richiesto e rappresentato dall'istante, se tale rinnovo sia effettivamente possibile nonostante la modificazione soggettiva dell'ATI, aggiudicataria del contratto iniziale, verificatasi a seguito della formale comunicazione di recesso dall'ATI medesima dell'impresa mandante Geoverde s.r.l.

La risposta al quesito sottoposto non può prescindere da un'attenta considerazione delle caratteristiche del caso concreto.

In particolare, rileva che l'affidamento del c.d. rinnovo contrattuale è avvenuto, come sopra chiarito, attraverso la procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara, disciplinata dall'art. 57, comma 5, lettera b) del d.lgs. n. 163/2006. E' stata, quindi, seguita una procedura negoziata tipizzata dal legislatore, caratterizzata da una sua propria proceduralizzazione, in quanto non comporta un nuovo confronto concorrenziale tra soggetti idonei da invitare alla negoziazione (secondo i principi generali dell'art. 57, comma 6 del d.lgs. n. 163/2006), ma ha, di fatto, un esecutore già predeterminato, poiché ha per oggetto la ripetizione di servizi analoghi con il medesimo aggiudicatario del contratto iniziale, frutto di un disegno preconstituito, esistendo, a monte, un progetto di base complessivo messo a gara, che ha preso in considerazione sin dall'origine la possibilità di detta ripetizione.

Rileva, altresì, che nel caso in esame la modificazione soggettiva dell'ATI, aggiudicataria del contratto iniziale, si è prodotta, nell'ambito della suddetta procedura negoziata, dopo l'affidamento dei nuovi servizi in ripetizione (delibera del C.d.A. del 19.12.2014) e prima della stipula del relativo contratto (per quanto in atti non ancora intervenuta), a causa del recesso di una delle mandanti (impresa Geoverde s.r.l.), che con atto unilaterale ha formalmente manifestato la volontà di liquidare l'impresa (nota del 05/03/2015 in atti).

Tutto ciò sembra consentire l'estensione anche al caso di specie delle conclusioni raggiunte dalla giurisprudenza in materia di modificazione soggettiva dell'ATI già aggiudicataria, effettuata in termini "riduttivi" con recesso di una delle mandanti, dopo la maturazione del termine di scadenza dell'offerta.



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

Nel merito, si deve rilevare, preliminarmente, che il Codice dei contratti pubblici indica i casi in cui è possibile la modificazione soggettiva dell'ATI già aggiudicataria nell'art. 37, commi 18 e 19 del d.lgs. n. 163/2006.

Si tratta di casi relativi a vicende patologiche, indipendenti dalla volontà del soggetto partecipante alla gara, che colpiscono il mandatario o il mandante di un raggruppamento temporaneo di imprese (fallimento del mandatario o di uno dei mandanti ovvero, in caso di imprenditore individuale, morte, interdizione, inabilitazione o fallimento del medesimo ovvero nei casi previsti dalla normativa antimafia), insuscettibili, come tali, di applicazione analogica al caso di specie, che si configura, invece, quale recesso dall'ATI di una delle mandanti, che con atto unilaterale ha manifestato la volontà di liquidare l'impresa.

Al di fuori dei casi tipizzati dall'art. 37, commi 18 e 19 del d.lgs. n. 163/2006 vige il divieto di modificazione soggettiva dei raggruppamenti temporanei o dei consorzi ordinari di concorrenti rispetto alla composizione risultante dall'impegno presentato in sede di offerta, sancito dall'art. 37, comma 9 del d.lgs. n. 163/2006.

La *ratio* di tale divieto è stata rinvenuta dalla giurisprudenza nell'esigenza di assicurare alle amministrazioni aggiudicatrici, attraverso la sottoscrizione del mandato da parte di tutte le componenti dell'ATI, una conoscenza piena dei soggetti che intendono contrattare con esse, al fine di consentire un controllo preliminare e compiuto dei requisiti di idoneità morale, tecnico-organizzativa ed economico-finanziaria e all'ulteriore scopo di impedire che tale verifica venga vanificata od elusa con modificazioni soggettive adattabili agli sviluppi della procedura di gara e, in quanto tali, lesive della *par condicio*. (Consiglio di Stato, sez. V, 7 aprile 2006, n. 1903; Consiglio di Stato, sez. V, 30 agosto 2006, n. 5081).

Peraltro, intesa in questi termini la *ratio* del divieto di modificazione soggettiva, altre pronunce giurisprudenziali hanno temperato il rigore della disposizione di cui all'art. 37, comma 9 del d.lgs. n. 163/2006. Si è rilevato, infatti, che il recesso di una o più imprese dell'ATI sarebbe possibile, dopo l'aggiudicazione, se quelle rimanenti siano in possesso dei requisiti necessari per l'esecuzione delle prestazioni oggetto dell'appalto, in quanto solo nelle ipotesi di aggiunta o di sostituzione nell'ATI di un'impresa resta impedito all'amministrazione un controllo tempestivo e completo del possesso dei requisiti anche da parte della nuova compagine associativa, mentre nel caso di recesso le predette esigenze non risultano frustrate, poiché l'amministrazione, al momento del mutamento soggettivo, ha già provveduto a verificare i requisiti di capacità e moralità dell'impresa o delle imprese che restano, così che i rischi che il divieto mira ad impedire non possono verificarsi (Consiglio di Stato, sez. IV, 23 luglio 2007, n. 4101; Consiglio di Stato, sez. VI, 13 maggio 2009, n. 2964).

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



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

raggruppamenti o consorzi per ragioni che prescindono dalla singola gara; né si verifica una violazione della *par condicio* dei concorrenti, perché non si tratta di introdurre nuovi soggetti in corsa, ma solo di consentire ad alcuni associati o consorziati il recesso, mediante utilizzo dei requisiti dei soggetti residui, già comunque posseduti.

E' stato, tuttavia, opportunamente puntualizzato che tale soluzione va seguita purché la modifica della compagine soggettiva in senso riduttivo avvenga per esigenze organizzative proprie dell'ATI o del consorzio, e non invece per eludere la legge di gara e, in particolare, per evitare una sanzione di esclusione dalla gara per difetto dei requisiti in capo al componente dell'ATI che viene meno per effetto dell'operazione riduttiva (Consiglio di Stato, sez. VI, 16 febbraio 2010, n. 842; Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 4 maggio 2012, n. 8).

Applicando al caso in esame tale consolidato orientamento giurisprudenziale, condiviso anche da questa Autorità (cfr. Determinazione n. 4/2012), si deve riscontrare che il recesso di una delle mandanti (impresa Geoverde s.r.l.) dall'ATI in questione, aggiudicataria del contratto di appalto di servizi originario, si è verificato nell'ambito della suddetta procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara ex art. 57, comma 5, lettera b) del d.lgs. n. 163/2006, dopo l'affidamento dei nuovi servizi in ripetizione e prima della stipula del relativo contratto, senza alcuna aggiunta o sostituzione di componenti dell'ATI medesima.

Detto recesso senza integrazione soggettiva, pertanto, come chiarito dalla richiamata giurisprudenza amministrativa, è da ritenersi ammissibile, se le restanti imprese dell'ATI siano in possesso dei requisiti necessari per l'esecuzione delle prestazioni oggetto dell'appalto, in quanto non è di per sé idoneo a frustrare l'esigenza di piena conoscenza e valutazione dei requisiti sussistenti in capo alle imprese rimanenti, presumibilmente già verificati nell'ambito della suddetta procedura negoziata ex art. 57, comma 5, lettera b) del d.lgs. n. 163/2006.

Ciò sembra avvalorato dal fatto che già con lettera del 06.02.2015 (presente in atti) la committente Autostrada del Brennero S.p.A., nell'informare la capogruppo Eco Green s.r.l. dell'avvenuto affidamento del rinnovo del contratto con delibera del C.d.A. del 19.12.2014, ha contestualmente chiesto all'ATI nel suo complesso una serie di documenti per la verifica del possesso dei requisiti nonché dell'assenza di cause ostative, mentre il recesso della mandante Geoverde s.r.l. è intervenuto successivamente (nota del 05/03/2015 in atti).

La committente tuttavia, è tenuta ad accertare, secondo il richiamato insegnamento giurisprudenziale, che non sussista un difetto dei requisiti in capo alla suddetta mandante dell'ATI che viene meno per effetto dell'operazione riduttiva, per escludere che la modifica soggettiva in questione abbia intenti elusivi delle verifiche su tale componente dell'ATI.



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

In conclusione, la committente Autostrada del Brennero S.p.A. potrà stipulare il rinnovo del contratto di appalto in oggetto (n. 45/2012/C) con le due restanti imprese dell'ATI, Eco Green s.r.l. capogruppo mandataria e Italverde s.r.l. mandante, purché sussistano tutte le condizioni di legittimità previste dall'art. 57, comma 5, lettera b) del d.lgs. n. 163/2006, illustrate in premessa, e previa imprescindibile verifica che dette imprese posseggano tutti i requisiti necessari per l'esecuzione dei servizi analoghi in affidamento anche senza l'apporto della mandante Geoverde s.r.l. che ha esercitato il recesso, nonché previo doveroso accertamento che non sussista un difetto di requisiti in capo alla suddetta mandante che viene meno per effetto della modifica soggettiva in riduzione.

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che:

- la committente Autostrada del Brennero S.p.A. possa stipulare il rinnovo del contratto di appalto in oggetto (n. 45/2012/C) con le due restanti imprese dell'ATI, Eco Green s.r.l. capogruppo mandataria e Italverde s.r.l. mandante, purché sussistano tutte le condizioni di legittimità previste dall'art. 57, comma 5, lettera b) del d.lgs. n. 163/2006 e previa imprescindibile verifica che dette imprese posseggano tutti i requisiti necessari per l'esecuzione dei servizi analoghi in affidamento anche senza l'apporto della mandante Geoverde s.r.l. che ha esercitato il recesso, nonché previo doveroso accertamento che non sussista un difetto di requisiti in capo alla suddetta mandante che viene meno per effetto della modifica soggettiva in riduzione.

Il Presidente

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 18 febbraio 2016

Il Segretario, Maria Esposito