



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

DELIBERA N. 782 DEL 20 LUGLIO 2016

Oggetto: istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 presentata congiuntamente dal Comune di Pescara e dalla società ICA – Imposte Comunali Affini S.r.l – *Concessione del servizio di gestione, accertamento, liquidazione e riscossione volontaria e coattiva di: imposta comunale pubblicità, diritti pubbliche affissioni, canone occupazione spazi e aree pubbliche, tassa rifiuti solidi urbani giornaliera, canone spazi, banchi e box mercato coperto. Gestione e manutenzione impianti affissionali* - Importo a base di gara: 8.704.411,00 Euro – S.A.: Comune di Pescara

PREC 50/16/S

Raggruppamenti temporanei di imprese – modificabilità soggettiva del raggruppamento – ammissibilità - condizioni

È ammissibile la modifica soggettiva di un raggruppamento in riduzione mediante il recesso di uno dei suoi componenti ed essa non costituisce violazione della *par condicio* dei concorrenti, a condizione che la modifica sia in senso riduttivo e avvenga per esigenze organizzative proprie del raggruppamento e non per eludere la legge o per evitare la sanzione di esclusione dalla gara per difetto dei requisiti in capo al componente del raggruppamento che recede e previa verifica che l'esecutore sia singolarmente in possesso dei requisiti indicati dalla *lex specialis*.

Articolo 37 d.lgs. n. 163/2006

Il Consiglio

Considerato in fatto

In data 22 giugno 2016, prot. n. 99592, è pervenuta l'istanza di parere presentata congiuntamente dal Comune di Pescara e dalla società ICA – Imposte Comunali Affini S.r.l relativamente alla procedura di gara in epigrafe, con la quale sono stati rappresentate le vicende che hanno riguardato il soggetto aggiudicatario della gara, il raggruppamento temporaneo di imprese costituito dalla Poste Tributi S.c.p.a., mandataria, e dalla ICA S.r.l., mandante, in relazione alle quali viene chiesto all'Autorità un parere.

Più dettagliatamente, le parti rappresentano che la gara veniva aggiudicata definitivamente in data 8 maggio 2015 al raggruppamento costituito da Poste Tributi S.c.p.a. - mandataria con quota di partecipazione al raggruppamento pari al 51%, che aveva individuato come esecutrice del servizio la sua consorziata AIPA S.p.a. detentrici di quote azionarie pari al 10% della società consortile e in possesso dei requisiti di ordine generale e speciale – e ICA S.r.l. – mandante con quota di partecipazione pari al 49%, che avevano presentato offerta entro il termine del 9 dicembre 2014, fissato dal bando.

Successivamente all'aggiudicazione definitiva, il Comune procedeva ad autorizzare una proroga al precedente concessionario AIPA S.p.a., prima fino al 30 giugno 2015, poi fino al 30 settembre 2015 e nelle more di tale periodo di proroga interveniva l'affitto di ramo d'azienda di AIPA S.p.a. da parte di



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

Mazal Global Solution S.r.l., ai sensi dell'articolo 116 del d.lgs. n. 163/2006, con effetti dal 1 luglio 2015; inoltre, alla Mazal Global Solution S.r.l. viene riconosciuta una proroga fino al 31 ottobre 2015 e, in data 2 novembre 2015, si procedeva alla consegna anticipata del contratto di cui in epigrafe.

Il Comune, dopo aver effettuato tutti i controlli necessari, comunicava in data 22 febbraio 2016 la perdita di persistenza dei requisiti in capo a Poste Tributi S.c.p.a., verificatasi dopo la presentazione dell'offerta. Infatti, dall'analisi della documentazione, sarebbero risultate diverse vicende modificative intervenute dopo l'aggiudicazione definitiva, consistenti in: la sottoscrizione da parte di AIPA di 2 contratti di affitto di ramo di azienda, aventi ad oggetto, tra l'altro concessioni attive alla data del 14 gennaio 2015, in cui non sarebbe elencata la procedura in questione; la presentazione da parte di AIPA dell'istanza di ammissione alla procedura di concordato preventivo ai sensi dell'articolo 161, comma 6 della legge fallimentare in data 5 agosto 2015, con conseguente incapacità di contrarre con la PA; la mancata individuazione da parte di Poste Tributi della Mazal quale esecutrice in sostituzione di AIPA e il mancato riconoscimento alla Mazal quale socia consorziata di Poste Tributi. Tali criticità secondo il Comune non consentivano la stipula del contratto.

Le imprese interessate controdeducevano a tale posizione della stazione appaltante rilevando che, in forza della disciplina dettata dagli articoli 51 e 116 del d.lgs. n. 163/2006, nei casi di trasferimento d'azienda i requisiti di capacità tecnica ed economica legati al ramo di azienda trasferito seguono automaticamente l'azienda stessa e sono pertanto imputabili all'affittuario o al concessionario ed, inoltre, che il subentro della Mazal nelle posizioni giuridiche di AIPA si è verificato ed ha prodotto i suoi effetti prima che la AIPA chiedesse di essere ammessa a procedura di concordato preventivo.

In data 4 aprile 2016, il Comune avviava il procedimento di decadenza dell'aggiudicazione definitiva in favore del citato raggruppamento in ragione della perdita dei requisiti di Poste Tributi, per i motivi sopra evidenziati.

Poste Tributi S.c.p.a. e ICA S.r.l. contestavano la decisione dell'amministrazione sostenendo che, fermo restando il persistente possesso dei requisiti di partecipazione in capo a Mazal e alla stessa Poste Tributi, ICA fosse munita da sola di tutti i requisiti richiesti dalla *lex specialis* di gara, il che avrebbe permesso il recesso della mandataria del RTI e l'assunzione della titolarità della concessione in capo alla sola ICA.

Successivamente, Poste Tributi, in data 20 maggio 2016, comunicava al Comune il recesso formale e irrevocabile dal raggruppamento a decorrere dal 31 luglio 2016, per "sopravvenute esigenze organizzative che, unitamente alla necessità di valutare lo sviluppo di sinergie imprenditoriali con nuovi soggetti anche all'interno del consorzio, non consentono la stipulazione del contratto e, più in generale, la prosecuzione della commessa."

Conseguentemente, le due società intendono procedere alla modifica soggettiva del raggruppamento in riduzione a seguito del recesso irrevocabile comunicato dalla Poste Tributi con prosecuzione del contratto esclusivamente in capo ad ICA S.r.l., sostenendone la piena legittimità, in quanto ICA S.r.l. possiede in proprio tutti i requisiti generali e speciali previsti dalla *lex specialis* di gara per l'espletamento del servizio nella sua totalità.



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

Viene, pertanto, richiesto parere all'Autorità al fine di verificare se il recesso irrevocabile di Poste Tributi S.c.p.a. non assuma una portata elusiva della disciplina di gara e se la modifica in riduzione del raggruppamento sia ammissibile nella misura in cui comporta la sostituzione dell'originario raggruppamento con un singolo operatore economico.

Dal loro canto, la società ICA e Poste e Tributi rilevano che almeno fino alla data in cui la società Mazal non era concretamente subentrata, per affitto di ramo d'azienda, nelle posizioni giuridiche di AIPA anche nei rapporti con il Comune, la AIPA era nel pieno possesso di tutti i requisiti occorrenti per la qualificazione di Poste Tributi e che il Comune aveva preso atto di tale subentro, in data 25 agosto 2015, previa verifica dei requisiti di legge e che pertanto, all'atto di aggiudicazione definitiva dell'8 maggio 2015, il Comune aveva potuto verificare la persistenza dei requisiti in capo ad AIPA non avendo a quella data ancora acquisito efficacia l'affitto di ramo di azienda nei confronti del Comune. Successivamente, nel momento in cui AIPA e Mazal hanno notificato, il 28 luglio 2015, il subentro ex articolo 116 del d.lgs. n. 163/2006, lo stesso Comune aveva potuto verificare il possesso dei requisiti richiesti in capo alla Mazal.

Il fatto poi che AIPA abbia presentato il 5 agosto 2015 presso il Tribunale di Milano domanda di concordato in bianco non sarebbe rilevante in quanto a quella data era già efficace il subentro della Mazal, così come altrettanto irrilevante sarebbe il fatto che il Tribunale di Milano abbia dichiarato lo stato di insolvenza di Mazal e di AIPA, ravvisando l'esistenza dei presupposti di cui all'articolo 3, comma 3, del d.l. 40/2010, convertito in l. 73/2010, in ordine all'ammissione di diritto di entrambe le società alla procedura di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi prevista dal d.l. 347/2003. Ciò, in quanto l'articolo 38 del d.lgs. n. 163/2006 non contempla tra le ipotesi di esclusione il caso del contraente che si trova in amministrazione straordinaria, ma anche in quanto secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale le società in amministrazione straordinaria possono concorrere per l'affidamento degli appalti pubblici, visto che l'autorizzazione all'esercizio provvisorio dell'attività economica deve consentire loro un'effettiva permanenza sul mercato.

Viene inoltre rappresentato che Poste Tributi aveva manifestato la propria volontà di recesso già il 21 marzo 2016, ovvero prima dell'avvio del procedimento di decadenza.

Con nota del 7 luglio 2016, prot. n. 105304, è stato avviato il procedimento di precontenzioso.

Ritenuto in diritto

Le questioni giuridiche sottoposte all'attenzione dell'Autorità con l'istanza di parere in epigrafe presuppongono la necessità di definire l'ambito di operatività del principio dell'immodificabilità dei concorrenti ad una gara pubblica e, in particolare, dei raggruppamenti temporanei di imprese.

Al riguardo, l'ormai consolidato orientamento espresso da questa Autorità e dalla giurisprudenza amministrativa, ha evidenziato 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. Dunque, le modifiche soggettive che si pongono in contrasto con il



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

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.

È stato, altresì, precisato 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.

In tal senso si è espressa l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nella decisione n. 8 del 4 maggio 2012, secondo cui il divieto di modificazione soggettiva, di cui all'articolo 37 del d.lgs. n. 163/2006 non ha 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. Ne consegue, pertanto, 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» (*Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, sentenza n. 8 del 4 maggio 2012, Consiglio di Stato, sez. II, sentenza n. 5752 del 21 novembre 2014*).

Sul punto, è stato altresì osservato che tale orientamento, da un lato, non penalizza la stazione appaltante, non creando incertezze e, dall'altro, 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. Tale soluzione va seguita purché la modifica della compagine soggettiva in senso riduttivo avvenga per esigenze organizzative proprie del raggruppamento o 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 del raggruppamento che viene meno per effetto dell'operazione riduttiva. (*Consiglio di Stato, sez. III, sentenza n. 5519 del 4 dicembre 2015*).



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

In tal senso si è espressa anche l'Autorità che, con la determinazione n. 4 del 10 ottobre 2012 e con la determinazione n. 5 del 6 novembre 2013, richiamando le conclusioni dell'Adunanza Plenaria, ha affermato, 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 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. Inoltre, è stato ritenuto 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.

Alla luce delle argomentazioni esposte, nel caso di specie, la volontà espressa dalla mandataria Poste Tributi del raggruppamento aggiudicatario di recedere dall'associazione, appare legittima stante il fatto che si tratta di una modifica della composizione del raggruppamento in diminuzione, che dunque non aggiunge un nuovo concorrente in un momento successivo alla presentazione delle offerte.

In relazione poi alla valutazione relativa ai possibili intenti elusivi della scelta di recedere dal raggruppamento, possono rappresentarsi le seguenti osservazioni evincibili dalla documentazione in atti, fermo restando che l'effettiva verifica in ordine al possesso dei requisiti dei soggetti coinvolti e dunque la valutazione sull'eventuale elusività del recesso spettano alla stazione appaltante.

La società Poste Tributi, in qualità di mandataria del raggruppamento aveva presentato l'offerta entro il 9 dicembre 2014, termine previsto dalla *lex specialis* e aveva indicato come esecutrice del servizio la sua consorziata AIPA S.p.a., detentrici di quote azionarie pari al 10% di Poste Tributi e già concessionaria del servizio oggetto di gara, come rappresentato nella ricostruzione in fatto. Le ulteriori vicende che hanno riguardato la AIPA S.p.a., tutte verificatesi successivamente alla presentazione dell'offerta e dopo l'aggiudicazione definitiva del contratto, consistenti prima nell'affitto di ramo d'azienda alla Mazal Global Solution, dal 1 luglio 2015, e poi nella presentazione della domanda di concordato preventivo ex articolo 161, comma 6 della legge fallimentare (concordato in bianco), avvenuta in data 5 agosto 2015, non appaiono in tal senso rilevanti. Quanto alla prima circostanza, ai sensi dell'articolo 116, la stazione appaltante ha verificato il possesso dei requisiti in capo alla Mazal ed ha preso atto dell'avvenuto subentro nel contratto precedente a quello oggetto della gara, in forza dell'affitto di ramo d'azienda. In relazione, invece, alla presentazione della domanda di concordato preventivo della società AIPA, essa non comporta, come ritenuto dall'amministrazione nella nota di avvio del procedimento di decadenza del 4 aprile 2016, l'incapacità a partecipare alle gare pubbliche ex articolo 38, in quanto nella determinazione dell'Autorità n. 5 dell'8 aprile 2015, che ha modificato la determinazione n. 3/2014, è stato precisato che laddove siano rispettate le condizioni e soddisfatti gli



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

adempimenti previsti dall'articolo 186-bis, comma 4, la domanda in sé non comporta la perdita dei requisiti né la risoluzione di diritto dei contratti in corso, in quanto l'istituto ha la finalità di incentivare le imprese ad anticipare la denuncia della situazione di crisi.

Tali circostanze sembrerebbero essere idonee ad escludere la possibilità che la decisione del recesso dal raggruppamento sia finalizzata elusivamente ad evitare un possibile provvedimento di esclusione per carenza dei requisiti del soggetto recedente, salvo in ogni caso la valutazione di propria che l'amministrazione svolgerà sulle vicende dei soggetti coinvolti.

Inoltre, secondo quanto riportato nelle memorie difensive, la volontà di Poste Tributi di recedere dal raggruppamento sarebbe stata manifestata in data 21 marzo 2016, quindi in un momento antecedente all'avvio del procedimento di decadenza, sebbene formalmente comunicate al Comune il 20 maggio 2016.

Infine, quale ulteriore condizione dell'esperibilità di una legittima modificazione soggettiva di un raggruppamento e dunque l'assunzione del servizio in capo al/ai rimanenti componenti dello stesso, accanto alla necessaria modifica in diminuzione e alla verifica dell'insussistenza di una finalità elusiva della normativa, gli orientamenti su esposti evidenziano come sia necessario che l'esecutore sia singolarmente in possesso dei requisiti indicati nella *lex specialis* per l'esecuzione della prestazione.

Tale circostanza, secondo quanto riportato dalla documentazione, sarebbe soddisfatta in quanto ICA S.r.l., unico concorrente rimanente dal recesso dal raggruppamento, sarebbe in possesso dei requisiti richiesti per l'esecuzione contrattuale. Requisiti rispetto ai quali spetta in ogni caso all'amministrazione comunale verificare il permanere del possesso in capo al concorrente al momento della stipula ed in corso di esecuzione contrattuale.

Considerato, altresì, che nel caso di specie, trattandosi di raggruppamento costituito da soli due componenti, il recesso della mandataria comporterebbe la "trasformazione" del soggetto concorrente da raggruppamento temporaneo di imprese a impresa singola, tale circostanza, in ragione di quanto espresso da questa Autorità nella delibera n. 334 del 23 marzo 2016 (AG/13/2016/AP), non appare impeditiva dell'operazione medesima. Infatti, in quella sede è stato sostenuto, in linea con la giurisprudenza amministrativa, che è ammissibile che una delle mandanti del raggruppamento, purchè in possesso dei requisiti di qualificazione occorrenti, subentri nel ruolo di mandataria in conseguenza della fuoriuscita della mandataria originaria ed ancora che è ammissibile la fattispecie in cui in un raggruppamento temporaneo di imprese composto da due membri, il rapporto contrattuale prosegue con una sola delle imprese, purchè ne possieda i requisiti. Ciò in ragione del fatto che, come sostenuto anche in altro parere del 21 novembre 2012 (AG 23/2011), 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. Il Codice dei contratti pubblici – quando tratta dei soggetti esecutori di un 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,



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

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 raggruppamento temporaneo di imprese.

La *ratio* di una tale interpretazione è evidentemente 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.

Alla luce di tali considerazioni ed in relazione alle questioni sottoposte all'attenzione dell'Autorità, appare dunque possibile ritenere che è ammissibile la modificazione soggettiva in riduzione del raggruppamento con prosecuzione dell'affidamento in capo al soggetto rimanente, la ICA S.r.l.

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che sia ammissibile la modificazione soggettiva in riduzione del raggruppamento temporaneo Poste Tributi S.c.p.a – ICA S.r.l., aggiudicatario del contratto, mediante il recesso dallo stesso di Poste Tributi, con conseguente assunzione e prosecuzione del servizio in affidamento alla società ICA S.r.l.

Raffaele Cantone

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 2 agosto 2016
Il segretario Maria Esposito