

Publicato il 08/02/2022

N. 00899/2022REG.PROV.COLL.
N. 01864/2021 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1864 del 2021, proposto da Go For Green S.r.l., Gione S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentati e difesi dagli avvocati Carlo Tangari, Andrea Vecchio Verderame, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Foggia, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Gianluca Greco De Pascalis, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia (Sezione Prima) n. 00092/2021, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Foggia;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 27 gennaio 2022 il Cons. Massimo Santini e uditi per le parti gli avvocati Vecchio Verderame, anche in sostituzione dell'Avvocato Tangari per dichiarata delega, e Greco De Pascalis; Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Si premette in punto di fatto che:

1.1. La ricorrente società, quale mandante dell'ATI con mandataria la SITIE s.p.a., partecipava alla procedura per l'affidamento in concessione, mediante *project financing*, di lavori di riqualificazione/adeguamento e gestione del servizio di pubblica illuminazione del Comune di Foggia. Importo stimato: oltre 53 milioni di euro. Durata dell'affidamento: venti anni.

La concessione veniva affidata all'unico partecipante ATI formato da SITIE (mandataria) e Go for Green (mandante).

1.2. L'ATI faceva successivamente presente che la società mandataria (SITIE) era stata sottoposta a concordato "in bianco". Di qui la sua prospettata sostituzione con la mandante (Go for Green) e la ulteriore sostituzione di quest'ultima con altra mandante estranea al raggruppamento (GIONE). Il Comune di Foggia rigettava la proposta di "sostituzione esterna" e revocava la concessione. Ciò sia per il divieto di modificazioni soggettive dell'ATI "per addizione", sia per la ritenuta inaffidabilità del proposto nuovo mandante (GIONE, la quale aveva subito nel tempo diverse risoluzioni contrattuali).

1.3. La revoca veniva impugnata davanti al TAR Bari che rigettava il ricorso con la sentenza qui appellata. Questo in sintesi il ragionamento del giudice di primo grado: a) sussiste in materia un principio di "immutabilità dei concorrenti nella gara": di qui il divieto di modificazione soggettiva di questi soggetti che partecipano in associazione oppure in consorzio; b) tale divieto risponde alla finalità di evitare comportamenti elusivi in ordine alla verifica dei requisiti soggettivi onde poter prendere parte alle gare pubbliche: eventuali modificazioni soggettive in corso di gara, ossia all'indomani dei prescritti

controlli, potrebbero infatti rivelarsi preordinate ad impedire le suddette verifiche di ordine preliminare; c) in questa stessa direzione: le modificazioni “per sottrazione”, ossia mediante mero recesso di alcuni associati e consorziati e senza sostituzione dei medesimi, sono in linea generale ammesse (ove naturalmente i requisiti del recedente siano comunque posseduti dai rimanenti associati o consorziati) dal momento che la verifica sui rimanenti soci è già stata effettuata; le modificazioni “per addizione” sono invece vietate dal momento che il nuovo associato non sarebbe stato preliminarmente sottoposto a simili preventive verifiche. Dunque sarebbero ammesse, in altre parole, solo modifiche “riduttive” e non anche “additive”; d) poiché nel caso di specie si prospettava una sostituzione esterna, con subentro di nuovo associato (GIONE), la predetta modificazione “per addizione” non poteva dunque essere ammessa; e) i residui motivi di ricorso (violazione dell’art. 7 della legge n. 241 del 1990 ed omessa considerazione delle procedure di *self cleaning* alle quali si era nel tempo sottoposta l’impresa di cui si proponeva il subentro, ossia GIONE) non venivano affrontati in quanto “non rilevanti ai fini della decisione”.

1.4. La sentenza di primo grado formava oggetto di appello, in questa sede, per le ragioni di seguito sintetizzate: A. Erroneità nella parte in cui sarebbe stato falsamente applicato l’art. 48, commi 17 e 19-ter, del decreto legislativo n. 50 del 2016 (Codice dei contratti, d’ora in avanti). Si contesta in particolare l’affermazione “*secondo cui l’ordinamento dei contratti pubblici consentirebbe la sostituzione della mandataria dell’a.t.i. soltanto con un soggetto già facente parte ab origine del raggruppamento*” (cfr. pag. 9 atto di appello introduttivo). E ciò anche sulla base di quanto affermato da una parte della giurisprudenza (cfr. C.g.a.r.s., sez. giurisd., 20 gennaio 2021, n. 37); B. Omessa pronunzia sulla violazione dell’art. 7 della legge n. 241 del 1990: le ragioni su cui poggia il provvedimento impugnato non sarebbero state ritualmente e tempestivamente prospettate, da parte dell’intimata amministrazione comunale, nella prescritta comunicazione di avvio del procedimento; C.

Omessa pronunzia circa l'erroneità del giudizio di affidabilità compiuto dalla stazione appaltante in ordine alla impresa (GIONE) che era stata indicata per subentrare quale mandante, *ab externo*, nel raggruppamento affidatario. Ciò in particolare a seguito delle procedure di *self cleaning* cui la stessa impresa si era sottoposta all'indomani di alcune risoluzioni contrattuali nel tempo subite. Vi sarebbe stata altresì violazione, in tal senso, delle regole sul contraddittorio procedimentale;

1.5. Si costituiva in giudizio l'appellato Comune di Foggia per chiedere la reiezione dell'atto di impugnazione mediante articolate controdeduzioni che, più avanti, formeranno oggetto di specifica trattazione.

1.6. Con successiva memoria, depositata in data 11 gennaio 2022, la difesa di parte appellante faceva presente che, con decreto in data 14 luglio 2021, il Tribunale di Ferrara aveva omologato il concordato preventivo di SITIE nelle forme della continuità aziendale ai sensi dell'art. 186-*bis* della Legge Fallimentare. Di qui la invocazione di quanto previsto dalla sentenza della Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 9 del 27 maggio 2021, la quale ha affermato che la presentazione di una domanda di concordato in bianco o con riserva non possa considerarsi causa di automatica esclusione dalle gare;

1.7. Nella stessa memoria in data 11 gennaio 2022, la difesa di parte appellante chiedeva il rinvio dell'udienza di merito in attesa che l'Adunanza plenaria si pronunziasse sull'ordinanza di rimessione di questa stessa sezione n. 6959 del 18 ottobre 2021. Veniva inoltre sollevata, nella medesima memoria, questione di pregiudiziale comunitaria.

1.8. Alla pubblica udienza del 27 gennaio 2022 le parti rassegnavano le proprie rispettive conclusioni e la causa veniva infine trattenuta in decisione.

02. Tanto premesso l'appello è nel merito infondato per le ragioni di seguito esposte.

2. Va innanzitutto premesso che la censura riguardante la violazione dell'art. 80, comma 5, del Codice di contratti, prospettata a fronte della ritenuta automatica esclusione della mandataria SITIE dalla gara (per avere questa

presentato una domanda di concordato in bianco), deve essere dichiarata integralmente inammissibile in quanto per la prima volta formulata soltanto nel presente giudizio di appello – peraltro con memoria difensiva ex art. 73 c.p.a. – e ciò in aperta violazione del divieto di *ius novorum* (si veda al riguardo il contenuto del ricorso introduttivo di primo grado, depositato in data 31 luglio 2020). La questione della prospettata illegittima automatica esclusione della mandataria SITIE, in conclusione, non è mai stata propugnata in occasione del giudizio di primo grado. Di qui – si ripete – la inevitabile declaratoria di inammissibilità della relativa censura.

3. Con il primo motivo si lamenta la erroneità della sentenza nella parte in cui sarebbe stato falsamente applicato l'art. 48, commi 17 e 19-ter, del decreto legislativo n. 50 del 2016 (Codice dei contratti, d'ora in avanti). Si contesta in particolare l'affermazione *“secondo cui l'ordinamento dei contratti pubblici consentirebbe la sostituzione della mandataria dell'a.t.i. soltanto con un soggetto già facente parte ab origine del raggruppamento”* (cfr. pag. 9 atto di appello introduttivo). E ciò anche sulla base di quanto affermato da una parte della giurisprudenza (cfr. C.g.a.r.s., sez. giurisd., 20 gennaio 2021, n. 37). Osserva al riguardo il collegio che:

3.1. Ai sensi dell'art. 48, comma 9, del Codice dei contratti: *“è vietata qualsiasi modificazione alla composizione dei raggruppamenti temporanei ... rispetto a quella risultante dall'impegno presentato in sede di offerta”*.

Tale regola (immutabilità soggettiva dei concorrenti) soffre di due eccezioni: la prima è prevista dal successivo comma 17 e riguarda la “mandataria”, la quale può essere sostituita al ricorrere di alcune tassative ipotesi e, tra queste, anche in caso di concordato preventivo (come nella specie). Condizione di fattibilità di tale sostituzione è che l'impresa subentrante abbia gli stessi requisiti di qualificazione necessari per eseguire l'appalto; la seconda eccezione è prevista dal comma 18 e riguarda la “mandante”, la quale può essere sostituita al ricorrere delle stesse ipotesi (sottoposizione a fallimento o

comunque ad altre procedure concorsuali) ed alle stesse condizioni di cui al comma 17.

La questione della modificazione soggettiva è stata nel tempo risolta, dalla giurisprudenza, nel senso che essa debba avvenire soltanto “per sottrazione” (ossia mediante subentro di soggetti già appartenenti al raggruppamento) e mai “per addizione” (ossia mediante soggetti esterni al raggruppamento medesimo).

La sostituzione unicamente interna riguarda la figura sia del mandatario (comma 17) sia del mandante (comma 18).

In questi termini si è definitivamente indirizzata la Adunanza plenaria, con sentenza n. 10 del 27 maggio 2021, la quale ha ribadito l'impossibilità di ricorrere ad un soggetto esterno all'ATI per la sostituzione non solo della mandataria ma anche della mandante. Questi in sintesi i passaggi salienti della giurisprudenza che ha avuto modo di occuparsi di questa tematica:

3.1.1. Già il Consiglio di Stato, Ad. plen., 4 maggio 2012, n. 8, aveva affermato 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, verifica che non deve essere resa vana in corso di gara con modificazioni di alcun genere”;*

3.1.2. Obiettivo di siffatto divieto è quello evitare che simili modificazioni soggettive, sopraggiunte ai controlli, siano *“dunque in grado di impedire le suddette verifiche preliminari”*. Ciò risponde, come evidenziato dalla citata Plenaria n. 10 del 2021, ad una duplice esigenza: a) *“evitare ... 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”* (principio di trasparenza); *“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" (principio della parità di trattamento).

3.1.3. Di qui la netta tendenza a privilegiare sostituzioni di carattere soltanto "interno" al raggruppamento (le imprese uscenti vengono dunque sostituite da altri soggetti già presenti nel raggruppamento) e non "esterno" ad esso, ossia mediante il ricorso a soggetti estranei al raggruppamento. La stessa Adunanza plenaria n. 10 del 27 maggio 2021 ha così affermato che tali modifiche soggettive sono ammesse nella sola misura in cui queste operino *"in riduzione, anziché in aggiunta o in sostituzione, e quindi solo internamente e senza innesti dall'esterno del raggruppamento"*. Tali modificazioni, in altre parole, debbono eventualmente svolgersi *"senza l'aggiunzione di nuovi soggetti che non abbiano partecipato alla gara"* (punto 15). Del resto, come anche di recente espresso dalla Adunanza plenaria n. 2 del 25 gennaio 2022: *"la modifica sostituiva c.d. per addizione costituisce ex se una deroga non consentita al principio della concorrenza perché ammette ad eseguire la prestazione un soggetto che non ha preso parte alla gara secondo regole di correttezza e trasparenza"*;

3.1.4. Quanto alla possibile distinzione tra le due figure della mandataria e della mandante, la Adunanza plenaria n. 10 del 2021 ha così affermato che: *"La sostituzione esterna non è consentita né per la figura della mandataria né per quella della mandante e, in senso contrario, non assume alcun rilievo sul piano letterale né deve trarre in errore la diversa formulazione del comma 17 al rispetto al comma 18 dell'art. 48 del codice dei contratti pubblici, perché il riferimento del comma 18 all'operatore economico "subentrante" non allude certo all'ingresso nel raggruppamento di soggetto esterno, ma semplicemente alla struttura stessa del raggruppamento, che presuppone una pluralità di mandanti, e al subentro, appunto, di un mandante in possesso dei prescritti requisiti di idoneità ad altro mandante, salvo l'obbligo, per il mandatario, di eseguire direttamente le prestazioni, direttamente o a mezzo degli "altri mandanti", purché abbiano i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori e ai servizi o fornitura "ancora da eseguire"* (punto 33.1);

3.1.5. La stessa Adunanza plenaria n. 10 del 27 maggio 2021 ha dunque stabilito in sintesi che: a) le modificazioni soggettive dei raggruppamenti sono solo quelle a carattere “interno” (dette anche “per sottrazione” od ancora “per riduzione”), ossia dove le sostituzioni sono sì ammesse ma soltanto attraverso altri soggetti del raggruppamento stesso (ed in possesso dei necessari requisiti per eseguire la commessa); b) una tale limitazione riguarda sia la figura del mandatario, sia quella del mandante.

3.2. Quanto al caso di specie, si è qui assistiti ad una sorta di “collegamento negoziale” dato dalla contestuale presenza di una sostituzione interna (originaria mandataria SITIE con originaria mandante Go for Green) e di una sostituzione esterna (originaria mandante Go for Green con neo mandante GIONI). Ora, alla luce dell’orientamento appena riportato, quand’anche si volesse ritenere ammissibile la prima sostituzione (mandataria originaria con mandante originaria e dunque interna al raggruppamento) non si potrebbe tuttavia giammai ammettere il secondo avvicendamento (originaria mandante con sopravvenuta ed esterna nuova mandante). E ciò per le ragioni partitamente indicate ai punti che precedono. Di qui il rigetto della censura sotto tale specifico profilo.

3.3. Va poi evidenziato che l’oggetto della rimessione di cui alla citata ordinanza di questa stessa sezione n. 6959 del 18 ottobre 2021, i cui quesiti hanno nelle more trovato risoluzione nella sentenza n. 2 del 25 gennaio 2022 della Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, profondamente diverge da quello che viene in questa sede affrontato. Ed infatti, mentre nel caso di specie si tratta di stabilire la ammissibilità di modificazioni soggettive “per addizione” del soggetto associativo che ha preso parte alla gara, nell’ipotesi affrontata dalla Adunanza plenaria n. 2 del 2022 il tema riguarda la modifica soggettiva del raggruppamento temporaneo di imprese – sempre “per riduzione” e giammai “per addizione” – in caso di perdita dei requisiti di partecipazione ex art. 80 del Codice dei contratti non solo “in fase di esecuzione” ma anche “in corso di gara”. La stessa Adunanza plenaria, anzi,

in più passaggi conferma la bontà della impostazione di cui alla Plenaria n. 10 del 2021 in ordine al fatto che, vuoi per la sostituzione della mandataria vuoi per quella della mandante, si deve sempre provvedere “per riduzione”, ossia mediante modifiche meramente interne, e giammai “per addizione” (cfr. punti 10.1 e 12). Di qui il rigetto della censura per come ulteriormente prospettata dalla difesa di parte appellante.

3.4. Del tutto generica si rivela infine la richiesta di rinvio pregiudiziale alla Corte UE. Ciò dal momento che la difesa di parte appellante si limita ad affermare che occorrerebbe valutare, in quella stessa sede, la *“conformità delle suindicate norme interne, ove intese nei termini fin qui censurati, al considerando 110 della citata direttiva 2014/24/UE e al principio di libera concorrenza”* (pag. 13 memoria in data 11 gennaio 2021). Il tutto senza indicare, anche in via soltanto generale, in cosa consisterebbe la prospettata difformità e quali sarebbero i parametri eurounitari eventualmente violati. Ciò non esime in ogni caso il collegio dal considerare che la stessa Adunanza plenaria n. 10 del 2021 ha affrontato in senso positivo il tema della conformità dell’art. 48 del Codice dei contratti, per come interpretato, rispetto alle direttive eurounitarie in materia di appalti, in particolare laddove si afferma che: *“La Corte di Giustizia UE, nella sentenza del 24 maggio 2016 in C-396/14, ha chiarito che il principio di parità di trattamento e l’obbligo di trasparenza significano, in particolare, che gli offerenti devono trovarsi su un piano di parità sia al momento in cui preparano le offerte sia al momento in cui queste vengono valutate dall’amministrazione aggiudicatrice e, in questi termini, detto principio e detto obbligo “costituiscono la base delle norme dell’Unione relative ai procedimenti di aggiudicazione degli appalti pubblici”*. Ed ancora che: *“Il principio di parità di trattamento tra gli offerenti, che ha lo scopo di favorire lo sviluppo di una concorrenza sana ed effettiva tra le imprese che partecipano ad un appalto pubblico, impone che tutti gli offerenti dispongano delle stesse opportunità nella formulazione dei termini delle loro offerte e implica quindi che queste siano soggette alle medesime condizioni per tutti i concorrenti”*. Da tanto consegue il radicale rigetto di tale richiesta.

3.5. Sulla base di quanto complessivamente considerato, la prima censura deve dunque essere disattesa nella sua globalità.

4. Quanto al secondo motivo di appello, si lamenta la omessa pronunzia sulla violazione dell'art. 7 della legge n. 241 del 1990: le ragioni su cui poggia il provvedimento impugnato non sarebbero state ritualmente e tempestivamente prospettate, da parte dell'intimata amministrazione comunale, nella prescritta comunicazione di avvio del procedimento.

La violazione degli artt. 7 e 10 della legge n. 241 del 1990 non sussiste dal momento che, già nella comunicazione di avvio del procedimento di revoca, il Comune di Foggia aveva adeguatamente prospettato le ragioni – quanto meno di quelle qui ritenute dirimenti – della suddetta revoca (*id est*: impossibilità di dare luogo alla prospettata doppia sostituzione stante il divieto di modificare, *ab externo*, la compagine associativa).

Nella comunicazione di avvio del procedimento di revoca in data 5 marzo 2020, oltre agli aspetti ostativi legati al concordato “in bianco” di SITIE l'appellata amministrazione comunale aveva infatti già messo in evidenza che: *“si manifestano perplessità ... in riferimento al subentro di una nuova società ... in sostituzione della Sitie ... Tale subentro connoterebbe un nuovo soggetto aggiudicatario completamente diverso da quello oggetto di aggiudicazione della concessione”*.

Ora, poiché tale ragione di revoca – come pure si dirà appresso al punto 5 – è da sola sufficiente a sorreggere interamente il gravato provvedimento definitivo di revoca, va da sé che alcuna violazione delle regole di partecipazione procedimentale può dirsi essersi effettivamente perpetrata in danno della odierna società appellante.

Da quanto detto deriva il rigetto, altresì, di tale motivo di impugnativa.

5. Quanto infine al terzo motivo di appello, si lamenta la omessa pronunzia circa l'erroneità del giudizio di affidabilità compiuto dalla stazione appaltante in ordine alla impresa (GIONE) che era stata indicata per subentrare quale mandante, *ab externo*, all'interno del raggruppamento affidatario. Ciò in particolare a seguito delle procedure di *self cleaning* cui la stessa impresa si era

sottoposta. Si evidenzia infine la violazione, in tal senso, delle regole sul contraddittorio procedimentale.

Come in premessa anticipato, il provvedimento di revoca qui impugnato poggia su due fattori motivazionali: a) non sono possibili modificazioni soggettive del raggruppamento “in addizione”, ossia mediante soggetti esterni al raggruppamento stesso; b) sussistono seri dubbi circa l’affidabilità professionale del soggetto proposto come subentrante (GIONE) dal momento che il medesimo avrebbe nel tempo subito numerose risoluzioni contrattuali da parte di altri soggetti pubblici committenti. Tali ragioni sono tra loro autonome e indipendenti.

Trattasi dunque di atto pacificamente plurimotivato, o a motivazione plurima. Ebbene la giurisprudenza ha al riguardo avuto modo di affermare che, in presenza di simili provvedimenti, è sufficiente il riscontro della legittimità di una soltanto delle autonome ragioni giustificatrici della decisione amministrativa per sorreggere l’atto in sede giurisdizionale e dunque per condurre al rigetto dell’intero ricorso. Ciò in considerazione del fatto che, anche in caso di fondatezza degli ulteriori motivi di doglianza riferiti alle altre ragioni poste a fondamento del provvedimento amministrativo, questo non potrebbe essere annullato in quanto comunque sorretto da un’autonoma ragione giustificatrice la cui legittimità è stata appena confermata (Cons. Stato, sez. IV, 30 agosto 2021, n. 6115). In sostanza, in caso di atto amministrativo fondato su una pluralità di ragioni, indipendenti ed autonome le une dalle altre, il rigetto delle censure proposte contro una di esse rende superfluo l’esame di quelle relative alle altre parti del provvedimento (Cons. Stato, sez. VI, 8 luglio 2021, n. 5198).

Alla luce di quanto appena riportato, sulla omessa considerazione delle misure di *self cleaning* adottate dalla proposta neo mandante GIONE il collegio può dunque esimersi dall’esaminare la relativa censura atteso il carattere dirimente della ragione di revoca legata alla impossibilità di ammettere, comunque, la ridetta “sostituzione esterna” (manca, in altre parole, l’interesse a coltivare le

censure riguardanti la restante parte del provvedimento sulla ritenuta inaffidabilità della subentranda impresa GIONE).

La specifica censura va dunque superata nei termini di cui si è appena detto.

6. In conclusione l'appello è infondato e deve essere rigettato.

La sostanziale novità delle questioni esaminate (sul punto è di recente intervenuta la Adunanza plenaria, come prima esposto) induce ad ogni modo il collegio a compensare integralmente tra le parti costituite le spese del presente giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Spese compensate.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 27 gennaio 2022 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Angela Rotondano, Consigliere

Giovanni Grasso, Consigliere

Anna Bottiglieri, Consigliere

Massimo Santini, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Massimo Santini

IL PRESIDENTE
Francesco Caringella

IL SEGRETARIO