

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia

Lecce - Sezione Terza

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1057 del 2017, proposto da:
T. s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli
Avv.ti Angelo Giuseppe Orofino, Raffaello Giuseppe Orofino e Anna Floriana
Resta, con domicilio eletto presso lo studio dell'Avv. Angelo Giuseppe Orofino in
Casamassima, via Pietro Mascagni, n. 7;

contro

A.R.O. LE/11, Comune di Alliste, Comune di Melissano, Comune di Racale,
Comune di Taviano, n.c.;
A.N.A.C., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa
per legge dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato, domiciliata in Lecce, Piazza S.
Oronzo (ex Palazzo di Giustizia);
Comune di Gallipoli, in qualità di Capofila dell'A.R.O. LE/11, in persona del legale
rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'Avv. Domenico Mastrolia,
con domicilio eletto presso il suo studio in Lecce, via Montello, n. 13/A;

nei confronti di

G. P. s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa
dagli Avv.ti Pietro Quinto e Luigi Quinto, con domicilio eletto presso lo studio
dell'Avv. Pietro Quinto in Lecce, via Giuseppe Garibaldi, n. 43;
D. C. s.r.l., n.c.;

per l'annullamento,

- con il ricorso introduttivo:

- a) della determinazione dirigenziale n. 1314 del 20 luglio 2017, di aggiudicazione definitiva del servizio all'A.T.I. controinteressata e della relativa nota di comunicazione (di pari data);
- b) della determinazione dirigenziale n. 1023 del 9 giugno 2017, di aggiudicazione provvisoria e della relativa nota di comunicazione;
- c) della determinazione dirigenziale n. 417 del 16 marzo 2017;
- d) di tutti i verbali, ivi compresi: I) quelli del 3 dicembre 2015, del 9 dicembre 2015, del 26 maggio 2016; II) quelli del 27 giugno 2017, del 4 luglio 2016, del 13 luglio 2016, del 20 luglio 2016, del 19 aprile 2016, del 19 settembre 2016, del 26 settembre 2016, del 3 ottobre 2016, dell'11 ottobre 2016, del 19 ottobre 2016, del 31 ottobre 2016, del 16 novembre 2016, del 7 dicembre 2016, del 14 dicembre 2016, tutti relativi alla fase di gara; III) quelli del 18 marzo 2017, del 2 maggio 2017 e del 7 giugno 2017, relativi alla fase di verifica della anomalia; IV) quello del 23 marzo 2017, di ammissione della D. C. in sostituzione della precedente mandante/ausiliaria;
- e) della nota del 16 febbraio 2017, con cui l'A.R.O. LE/11 ha chiesto all'A.N.A.C. ed alla Prefettura di Lecce se fosse possibile consentire la sostituzione della precedente mandante/ausiliaria;
- f) di tutti gli atti presupposti, connessi e/o consequenziali, ivi compresi, ove occorra e nelle sole parti in cui lesivi, la determinazione n. 2259 del 14 dicembre 2015, il Bando di Gara, la Lettera di Invito, il C.S.A., i chiarimenti, le note di comunicazione intervenute con la Stazione Appaltante (inclusa la nota prot. 12958 del 16 marzo 2017 e la nota prot. 14518 del 27 marzo 2017), e tutti gli atti componenti la *lex specialis*;
- g) sempre a fini cautelativi, e pur non ritenendolo necessario, la nota del 10 marzo 2017, con cui l'A.N.A.C. ha riscontrato il quesito posto dalla Stazione Appaltante;

- nonché per la declaratoria di inefficacia del contratto *medio tempore* eventualmente stipulato e del diritto della Società ricorrente al subentro nella gestione del servizio;
- con il ricorso incidentale presentato da G. P. s.r.l. il 15 settembre 2017:
 - a) tutti gli atti di gara, ivi compresa, ove occorra e nei limiti dell'interesse, la determina n. 2259 del 14 dicembre 2015, con cui la società T., sulla base degli esiti della fase di prequalifica, è stata ammessa a partecipare alla procedura ristretta, nonché i verbali della Commissione nn. 1, 2, 3, 4 e 5, nella parte in cui, invece di escluderla dalla gara, ammettono la predetta società alla valutazione dell'offerta tecnica, il verbale n. 9 di valutazione dell'offerta tecnica della società T. e di ammissione della stessa alla valutazione dell'offerta economica, nonché il verbale n. 12 di attribuzione dei punteggi alle offerte tecniche, segnatamente nella parte in cui assegna all'offerta di T. punti 66,855, ed ancora i verbali nn. 13 e 14 che collocano al secondo posto della graduatoria l'offerta della ridetta società;
 - b) nei medesimi limiti, anche la determinazione dirigenziale n. 1023 del 9 giugno 2017, con la quale sono stati approvati gli atti della Commissione di Gara.

Visti il ricorso principale, il ricorso incidentale e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della società G. P. s.r.l., di A.N.A.C. e del Comune di Gallipoli, in qualità di Capofila dell'A.R.O. LE/11;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 9 gennaio 2018 la dott.ssa Maria Luisa Rotondano e uditi per le parti l'Avv. L. Quinto, l'Avv. D. Mastrolia, l'Avv. M. Alterio, in sostituzione degli Avv.ti G.A. Orofino, R.G. Orofino e A.F. Resta, e l'Avvocato dello Stato G.C. Matteo;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con il ricorso introduttivo, la Società ricorrente principale - seconda classificata nella procedura selettiva ristretta, per la durata di anni sette, indetta dall'A.R.O. Lecce/11 con bando del 23 ottobre 2015 per l'affidamento, con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, del servizio di igiene urbana nel territorio dell'A.R.O. LE/11, comprendente i Comuni di Alliste, Gallipoli, Melissano, Racale e Taviano - ha impugnato, domandandone l'annullamento:

- 1) la determinazione dirigenziale n. 1314 del 20 luglio 2017, di aggiudicazione definitiva del servizio *de quo* al Raggruppamento Temporaneo di Imprese controinteressato, composto (all'esito della sostituzione della precedente mandante ed ausiliaria della Capogruppo, raggiunta da interdittiva prefettizia antimafia "a valle della individuazione dell'aggiudicatario provvisorio, e prima che avessero inizio le operazioni di verifica dell'anomalia") da G. P. s.r.l. (mandataria, partecipante al R.T.I. nella misura del 75%, ed ausiliata dalla mandante) e D. C. s.r.l. ("nuova" mandante ed ausiliaria della Capogruppo), nonché la relativa nota di comunicazione (di pari data);
- 2) la determinazione dirigenziale n. 1023 del 9 giugno 2017, di approvazione dei verbali della procedura concorsuale in questione e di aggiudicazione provvisoria, in uno alla relativa nota di comunicazione;
- 3) la determinazione dirigenziale n. 417 del 16 marzo 2017, inerente al "Procedimento di sostituzione della mandante della R.T.I. prima classificata", colpita da interdittiva prefettizia antimafia;
- 4) tutti i verbali, di cui in epigrafe;
- 5) la nota del 16 febbraio 2017, con cui l'A.R.O. LE/11 ha chiesto all'A.N.A.C. ed alla Prefettura di Lecce se fosse possibile consentire la sostituzione della mandante/ausiliaria della Capogruppo colpita da interdittiva antimafia;
- 6) tutti gli atti presupposti, connessi e/o consequenziali, ivi compresi, ove occorra e nelle sole parti in cui lesivi, la determinazione dirigenziale n. 2259 del 14 dicembre 2015, il Bando di Gara, la Lettera di Invito, il Capitolato Speciale di

Appalto, i chiarimenti, le note di comunicazione intervenute con la Stazione appaltante (inclusa la nota prot. 12958 del 16 marzo 2017 e la nota prot. 14518 del 27 marzo 2017), e tutti gli atti componenti la *lex specialis*;

7) a fini cautelativi, e pur non ritenendolo necessario, la nota del 10 marzo 2017, con cui l'A.N.A.C. ha riscontrato il quesito posto dalla Stazione Appaltante (parere A.N.A.C.).

Ha chiesto, altresì, la declaratoria di inefficacia del contratto *medio tempore* eventualmente stipulato e il subentro nella gestione del servizio.

A sostegno dell'impugnazione interposta ha dedotto:

1) violazione della *lex specialis*, violazione e falsa applicazione degli artt. 42 e 49 del Decreto Legislativo n. 163/2006, eccesso di potere (errore di fatto, travisamento dei presupposti);

2) violazione degli artt. 37 e 49 del Decreto Legislativo n. 163/2006, violazione dell'art. 95 del Decreto Legislativo n. 159/2011;

3) violazione degli artt. 37 e 49 del Decreto Legislativo n. 163/2006, violazione dell'art. 95 del Decreto Legislativo n. 159/2011;

4) violazione della *lex specialis*, eccesso di potere (illogicità manifesta; travisamento dei presupposti; sviamento).

Si è costituita in giudizio, per il tramite dell'Avvocatura Distrettuale Erariale, l'Autorità Nazionale Anticorruzione, chiedendo che il ricorso sia dichiarato "inammissibile, irricevibile, improponibile ovvero rigettarlo perché infondato". In particolare, ha eccepito l'inammissibilità del gravame avverso il parere A.N.A.C., "a fronte di atti dell'Autorità - quale quello oggetto di impugnazione - assolutamente privi del carattere provvedimento e di vincolatività per le parti destinatarie di esso".

Si è costituito in giudizio il Comune di Gallipoli, nella qualità di Ente Capofila dell'A.R.O. LE/11, contestando *in toto* le avverse pretese e chiedendo la reiezione del gravame.

Si è costituita in giudizio, altresì, la società controinteressata G. P. s.r.l., in proprio e quale capogruppo mandataria del Raggruppamento Temporaneo di Imprese aggiudicatario, costituito con la società D. C. s.r.l.. Ha proposto ricorso incidentale “escludente”, nei limiti dell’interesse, avverso gli atti di cui in epigrafe (riguardanti l’ammissione alla procedura selettiva della Società ricorrente principale), a sostegno del quale ha dedotto:

- 1) violazione e falsa applicazione della *lex specialis*, violazione e falsa applicazione del Decreto Legislativo n. 163/2006;
- 2) violazione e falsa applicazione della *lex specialis* e del Decreto Legislativo n. 163/2006 per indeterminatezza dell’offerta, violazione della principio della *par condicio*;
- 3) violazione e falsa applicazione della *lex specialis* e del Decreto Legislativo n. 163/2006 per violazione degli standard minimi, offerta impossibile e/o peggiorativa;
- 4) violazione e falsa applicazione della *lex specialis* e del Decreto Legislativo n. 163/2006 sotto altro profilo, indeterminatezza ed antieconomicità dell’offerta.

Con successive memorie, la Società controinteressata ha, inoltre, contestato le deduzioni avverse e domandato la reiezione del ricorso principale.

Con ordinanza 19 ottobre 2017, n. 514, questo Tribunale ha respinto l’istanza cautelare incidentalmente formulata dalla Società ricorrente principale, “*Considerato, ad una sommaria delibazione (propria della presente fase cautelare del giudizio), che il ricorso principale non appare assistito dal necessario fumus di fondatezza (sicchè può prescindersi dall’esame delle censure formulate con il ricorso incidentale “escludente” presentato dalla società controinteressata aggiudicataria G. P. s.r.l.), atteso che:*

- 1) *la previsione di cui all’art. 8, n. 1, lett. b) del Bando di gara consente, in caso di R.T.I., che (anche) il requisito esperenziale di cui al (precedente) punto n. 7.2, lett. m) del Bando medesimo sia posseduto dalla mandataria solo per il 40% (sicchè il predetto requisito appare frazionabile), e, quindi, anche nella misura del 75% di partecipazione dalla mandataria G. P. s.r.l.;*

2) *l'art. 95 del D.Lgs. n. 195/2011 (norma in parte derogatoria, ma non a fattispecie esclusiva), correttamente interpretato, consente - ora - la sostituzione (anche prima della sottoscrizione del contratto, e, quindi, in corso di gara) della mandante e della ausiliaria colpite da interdittiva antimafia (v. Consiglio di Stato, V, 12 maggio 2016, n. 1883) e non pare in contrasto con le Direttive U.E.;*

3) *l'art. 6 della Lettera di invito prescrive, "a pena di esclusione", il sopralluogo solo per le imprese invitate, "preliminarmente alla presentazione della propria offerta" e in un lasso temporale limitato".*

Con ordinanza 24 novembre 2017, n. 5080, la Quinta Sezione del Consiglio di Stato ha respinto l'appello cautelare, considerato che "*a) risulta già stipulato il contratto d'appalto; b) l'udienza pubblica davanti al TAR è calendarizzata per il giorno 9 gennaio 2018*".

Con successive memorie le parti hanno ulteriormente svolto le rispettive difese.

All'udienza pubblica del 9 gennaio 2018, su richiesta di parte, la causa è stata introitata per la decisione.

DIRITTO

0. - Per ragioni di economia processuale, si può prescindere sia dall'esame dell'eccezione preliminare di inammissibilità formulata dall'Avvocatura Distrettuale Erariale, sia dall'esame del ricorso incidentale "escludente" (proposto dalla Società controinteressata G. P. s.r.l.), poiché il ricorso principale è sicuramente infondato nel merito e va respinto (per tale secondo aspetto, cfr. Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 25 febbraio 2014, n. 9).

1. - Con la prima doglianza, la Società ricorrente principale censura l'omessa esclusione (dalla procedura selettiva in parola) del Raggruppamento aggiudicatario, il quale, a seguito della sostituzione (all'interno del R.T.I.), della Società precedente mandante e ausiliaria della mandataria con la nuova mandante e ausiliaria D. C. s.r.l., avrebbe perso il requisito esperenziale prescritto dall'art. 7, lett. m) del bando

di gara, e cioè “*lo svolgimento, nell’ultimo triennio (esercizi 2014 - 2013 - 2012), di almeno un servizio pubblico di igiene urbana svolto con modalità di raccolta domiciliare per le principali frazioni merceologiche, per un Comune con una popolazione complessivamente servita non inferiore ad almeno n. 25.000 abitanti (mediante un unico contratto stipulato con un unico ente locale)*”.

Deduce, in proposito, che nessuna delle due Società associate possiede autonomamente e per intero il suddetto requisito asseritamente “infrazionabile”, atteso che la “nuova” mandante/ausiliaria D. C. s.r.l.: da un lato, “ha messo a disposizione della G. P. il servizio prestato presso il Comune di Gorgonzola, avente 19.875 abitanti”, e, dall’altro, “ha offerto le proprie prestazioni per diverse amministrazioni aventi un numero di abitanti superiore a 6.250”. L’A.T.I. avversaria ha, quindi, “provato il requisito esperienziale previsto dal par. 7, lett. m), del bando sommando due Comuni, cioè Gorgonzola ed un altro degli Enti compresi nell’ambito del Consorzio Cem Ambiente”, nessuno dei quali con popolazione pari a 25.000 abitanti.

1.1 - L’assunto non coglie nel segno.

Osserva la Sezione che il punto 8 (“*Raggruppamenti temporanei e avvalimento*”), n. 1, lett. b) del bando testualmente dispone che: “*I requisiti di capacità economica e tecnica di cui ai precedenti punti 7.2 G), H), I), J), K), L), M) devono essere posseduti dai soggetti che eseguono la specifica attività per cui i requisiti vengono richiesti in conformità alla vigente normativa, fermo restando che:*

i. in caso di RTI o consorzi di tipo orizzontale, tali requisiti devono essere posseduti dalla mandataria o da una impresa consorziata nella misura minima del quaranta per cento dell’importo dell’affidamento; la restante percentuale deve essere posseduta cumulativamente dalle mandanti o dalle altre imprese consorziate ciascuna nella misura minima del dieci per cento dell’importo dell’affidamento, comunque in misura tale da coprire il 100% di ciascun requisito”.

E’ evidente, quindi, che la *lex specialis* (peraltro, non impugnata sul punto dalla Società ricorrente in via principale) prevede limpidamente la “frazionabilità” del

requisito speciale in questione: sicchè - considerata “*la dovuta prevalenza da attribuire alle espressioni letterali, se chiare, contenute nel bando*” (Consiglio di Stato, V, 12 settembre 2017, n. 4307), in applicazione delle regole dettate dall’art. 1362 del Codice Civile (applicabile anche al bando di gara, che “*soggiace alle stesse regole dettate dall’art. 1362 e ss. c.c. per l’interpretazione dei contratti*”, cfr., *ex multis*, Consiglio di Stato, V, 13 gennaio 2014, n. 72) -, deve ritenersi consentita la “frazionabilità” del requisito esperenziale in questione.

Nel caso in esame, risulta, quindi, adeguato il requisito esperenziale corrispondente al 75% di partecipazione al Raggruppamento posseduto dalla mandataria G. P. s.r.l. (corrispondente al pregresso svolgimento del servizio nel triennio precedente per un Comune con popolazione pari, al 31 dicembre 2014, a 18.750 abitanti, sicchè si appalesa idoneo il “prestito” dei servizi *de quibus* svolti presso il Comune di Gorgonzola, avente n. 19.785 abitanti), nel mentre, per quanto riguarda la mandante, è sufficiente lo svolgimento del servizio in un Comune con popolazione di 6.250 abitanti (pari alla differenza tra 25.000 e 18.750 e corrispondente al 25% di partecipazione al R.T.I.).

D’altro canto, la stessa Stazione Appaltante, proprio con riferimento alla frazionabilità dei requisiti “speciali” con specifico riferimento ai Raggruppamenti Temporanei di Imprese, con la risposta al quesito n. 5 ha (pure) espressamente (e inequivocabilmente) affermato: “Si rappresenta che - come chiarito in modo espresso dal tenore letterale del par. 8.1. lett. b) - la ripartizione dei requisiti in caso di RTI vale con riferimento a tutti i requisiti di capacità economica e tecnica di cui al punti 7.2 lett. g), h), i), j), k), l), m) del Bando. La specifica ripartizione dei requisiti medesimi deve avvenire a seconda della tipologia di RTI adottato (orizzontale, verticale, misto), facendo applicazione dei criteri indicati al medesimo punto 8.1. lett. b) (i.-ii.-iii)”.

Per converso, non pertinente risulta il richiamo operato dalla Società ricorrente principale alla FAQ n. 4, che si riferisce (invece) alla diversa questione relativa alla

definizione di “Ente locale” (“se per Ente Locale si devono intendere anche i Consorzi ATO o simili”), chiarendo che “laddove il concorrente abbia svolto il servizio, sulla base di un unico contratto, ma per una pluralità di Comuni, eventualmente riuniti in forma associata, dovrà dimostrare che tra i Comuni serviti ve n'è uno (singolarmente considerato) con almeno 25.000 abitanti”.

2. - La Società ricorrente principale si duole, poi, sostanzialmente, della sostituzione dell'Impresa mandante ed ausiliaria della Capogruppo mandataria dell'A.T.I. controinteressata, (ausiliaria) colpita da interdittiva antimafia antecedentemente alla stipulazione del contratto, in asserita violazione dell'art. 95 del Decreto Legislativo n. 159/2011 (considerato che “Per l'ausiliaria della mandataria vige lo stesso divieto sostitutivo che l'art. 95 pone per la capogruppo colpita da provvedimento interdittivo”). Deduce, inoltre, la “natura di stretta interpretazione” del suddetto art. 95 ed assume che non vi sarebbe spazio per un'interpretazione analogica, trattandosi di norme di carattere speciale e derogatorio del principio generale di immodificabilità soggettiva del partecipante alle gare pubbliche, di cui all'art. 37, comma 9 del Decreto Legislativo n. 163/2006, applicabile *ratione temporis* (cita, a sostegno, T.A.R. Lazio, Roma, II Bis, 20 novembre 2015, n. 13131).

2.1 - Neppure tali rilievi convincono.

L'art. 95 del Decreto Legislativo 6 settembre 2011, n. 159 (“*Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, nonché nuove disposizioni in materia di documentazione antimafia, a norma degli articoli 1 e 2 della legge 13 agosto 2010, n. 136*”) dispone che: “1. *Se taluna delle situazioni da cui emerge un tentativo di infiltrazione mafiosa, di cui all'articolo 84, comma 4, ed all'articolo 91, comma 6, interessa un'impresa diversa da quella mandataria che partecipa ad un'associazione o raggruppamento temporaneo di imprese, le cause di divieto o di sospensione di cui all'articolo 67 non operano nei confronti delle altre imprese partecipanti quando la predetta impresa sia estromessa o sostituita anteriormente alla stipulazione del contratto*”.

Con specifico riferimento all'applicazione della suddetta norma alla fattispecie (come quella oggi in esame) della sostituzione dell'impresa ausiliaria, divenuta (anzitutto alla stipula del contratto di appalto) destinataria di interdittiva antimafia, il Collegio ritiene di confermare il richiamo (già anticipato nella fase cautelare del giudizio) alla sentenza della Quinta Sezione del Consiglio di Stato 12 giugno 2016, n. 1883 (che ha riformato proprio la sentenza del T.A.R. Lazio, Roma, II Bis, n. 13131/2015, richiamata dalla Società ricorrente principale a sostegno delle proprie tesi).

In tale pronuncia, il Supremo Consesso amministrativo, dopo aver ricordato che l'art. 14 delle Preleggi *“esclude l'applicazione analogica delle leggi penali e di quelle che fanno eccezioni alle regole generali, le quali non si applicano oltre i casi e i tempi in esse considerati”*, rileva che *“Una tale preclusione non è qui operativa in quanto il Codice dei contratti pubblici, pur costituendo un aliud rispetto al diritto comune ed ai suoi principi, dei quali non rappresenta una specificazione o attuazione, rappresenta un insieme normativo retto da propri principi e regole, che non sono soggetti a divieto di interpretazione analogica. Sicché non v'è ostacolo a che, ferma la coerenza e l'identità di tema, si possa procedere o per analogia o a fortiori”*.

Ed invero, l'immodificabilità soggettiva dei partecipanti alle procedure di affidamento degli appalti pubblici (sancito dall'art. 37, comma 9 del Decreto Legislativo n. 163/2006, allorchè prevede 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”*) trova la sua ratio nell'esigenza di *“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”* (Consiglio di Stato, Sezione V, cit., n. 1883/2016, argomentando da Adunanza Plenaria, 4 maggio 2012, n. 8): il rigore del divieto legislativo *de quo* rinviene, quindi, il suo fondamento non già

nell'immodificabilità soggettiva “*tout court*”, ma solo se e in quanto risulti impedita la verifica dei requisiti idoneativi da parte della P.A., e deve essere, pertanto, attenuato in funzione del raggiungimento dello scopo con esso perseguito.

Tale immodificabilità è, quindi, temperata dallo stesso art. 37 del D. Lgs. n. 163/2006 (laddove questo fa salve le ipotesi di cui ai successivi commi 18 e 19, rispettivamente inerenti, quanto ai Raggruppamenti temporanei, al fallimento del mandatario o di una delle imprese mandanti, nonché i casi previsti dalla normativa antimafia, fermo restando il possesso dei prescritti requisiti di idoneità e di qualificazione adeguati ai lavori o servizi o forniture ancora da eseguire), nonché (proprio) dal citato art. 95 del Decreto Legislativo n. 159/2011 e, in aggiunta, da altre ipotesi affermatesi nella pratica e confortate dalla giurisprudenza (cfr. il recesso di un'impresa dal R.T.I.).

Orbene, la sostituzione (o il recesso) sono legittimi “*nei limiti in cui persista integro il controllo tempestivo e completo del possesso dei requisiti anche in ordine alla nuova compagine associativa Vero è che l'analogia non è consentita per la norma a fattispecie esclusiva - per lo più individuata comunemente fra le norme derogatorie - vale a dire per la norma, corrispondente ad un fine specifico ed irripetibile, la cui ratio si esaurisce nella fattispecie disciplinata.*

Ma ad essa ... non è concettualmente riconducibile l'art. 95 d.lgs. n. 195 del 2011 che, in continuità con l'art. 37, comma 19, d. lgs. n.163 del 2006 ne specifica il contenuto - in termini di specificazione e non di contrasto di valori - prevedendo la sostituzione della mandante e della consorziata colpita da interdittiva anche prima della conclusione del contratto, e non solo nel corso dell'esecuzione del contratto” (Consiglio di Stato, V, cit., n. 1883/2016).

Sicché, qualificata la disposizione di cui all'art. 95 del D. Lgs. n. 159/2011 quale norma “*non a fattispecie esclusiva*”, individuata la *ratio* del suddetto divieto di modificazione soggettiva e salvaguardato, altresì, l'interesse sostanziale sotteso al principio di immodificabilità soggettiva dell'offerente (e garantito in tal modo, altresì, il principio generale della massima partecipazione), “*è consentita, a fortiori, l'applicazione della previsione relativa alla sostituzione dell'impresa raggruppata, partner*

contrattuale pro quota della stazione appaltante, al caso della sostituzione dell'impresa ausiliaria, colpita da interdittiva antimafia che non è parte del contratto e presta solo una garanzia' (Consiglio di Stato, cit., Sezione V, n. 1883/2016).

E tanto, in definitiva, in applicazione della regola logica (prima ancora che giuridica) della continenza: il più (rapporto mandataria/mandante) contiene il meno (rapporto avvalente/ausiliaria), non avendo senso alcuno ammettere la sostituzione della mandante, che pure è contraente diretta ed obbligata alla prestazione contrattuale, e negare, poi, la sostituzione dell'ausiliaria, che, invece, non esegue alcuna attività e presta solo un'obbligazione di garanzia, con assunzione della responsabilità solidale.

In conclusione, il Collegio condivide in pieno le argomentazioni e l'approdo giurisprudenziale di cui alla pronuncia del Supremo Consesso amministrativo n. 1883/2016 e, inoltre, è dell'avviso meditato che l'art. 95 del D. Lgs. n. 159/2011 non abbia natura di disposizione derogatoria (neppure in parte), in quanto si pone non già quale eccezione alla norma relativa all'immodificabilità soggettiva dei partecipanti alle pubbliche gara (art. 37, comma 9 del D. Lgs. n. 163/2006), bensì "in continuità" con la medesima, limitandosi, nel rispetto della *ratio* sostanziale come innanzi individuata, a specificarne e a delimitarne il contenuto.

Quanto, poi, al richiamo alla sentenza del Consiglio di Stato, Sezione V, 10 aprile 2017, n. 1680, è dirimente rilevare che il Giudice di Appello si è ivi pronunciato non già sull'ammissibilità della sostituzione dell'ausiliaria della Capogruppo mandataria, ma ha ritenuto ("*indipendentemente*" dalla - pure in quella sede eccepita - "*immodificabilità soggettiva di un R.T.I. per l'intero arco di una procedura ad evidenza pubblica*") "*preminente e condivisibile*" l'omessa produzione di "*alcuna documentazione contrattuale sul punto e nemmeno un impegno scritto della mandante a prestare i propri requisiti identificandone il contenuto*". Nel caso in esame, invece, risulta in atti il contratto di avvalimento, oltre alla specifica dichiarazione d'impegno resa in data 8 marzo 2017 (erroneamente indicata dalla Società ricorrente principale come mancante).

3. - Con ulteriore censura, la Società ricorrente principale lamenta la violazione dei commi 18 e 19 dell'art. 37 del Decreto Legislativo n. 163/2006, sostenendo che dovrebbe privilegiarsi l'opzione interpretativa volta a legittimare la sostituzione della mandante solo ad avvenuta sottoscrizione del contratto (o, quanto meno, allorchè sia intervenuta l'aggiudicazione definitiva).

Neppure tale rilievi convincono.

3.1 - Soccorre, in proposito, il chiaro dettato normativo del più volte citato art. 95, comma 1 del D.Lgs. n. 159/2011, il quale fa (appunto) espresso riferimento all'interdittiva che *“interessa un'impresa diversa da quella mandataria che partecipa ad un'associazione o raggruppamento temporaneo di imprese”*, sancendo (*tout court* e senza distinzione alcuna in ordine alle fasi della procedura di gara) la non operatività delle cause di divieto o di sospensione *“nei confronti delle altre imprese partecipanti quando la predetta impresa sia estromessa o sostituita anteriormente alla stipulazione del contratto”*.

Ne deriva che, sia prima di addivenire alla stipula del contratto sia successivamente alla stipula stessa, l'informazione antimafia interdittiva non impedisce la costituzione né la prosecuzione del rapporto di appalto ove il provvedimento interdittivo riguardi un'impresa mandante all'interno del raggruppamento sempre che la stessa sia estromessa o sostituita nell'ambito del raggruppamento aggiudicatario (arg. *ex* parere A.N.A.C., 21 ottobre 2015, AG 68/15/AC).

Il tutto temperando, altresì, il prosieguo dell'iniziativa economica delle imprese in forma associata con le esigenze afferenti alla sicurezza ed all'ordine pubblico connesse alla repressione dei fenomeni di stampo mafioso ogni volta che, a mezzo di pronte misure espulsive, si determini volontariamente l'allontanamento e la sterilizzazione delle imprese in pericolo di condizionamento malavitoso (arg. *ex* Consiglio di Stato, VI, 7 ottobre 2010 n. 7345).

4. - Le conclusioni di cui ai precedenti punti n. 2.1 e n. 3.1, ad avviso della Sezione, non si pongono in contrasto (come, invece, sostenuto dalla Società ricorrente

principale) con il diritto U.E. e con le richiamate sentenze della Corte di Giustizia Europea.

4.1 - Ed invero, quanto all'invocata sentenza della C.G.U.E. del 14 settembre 2017, rileva il Collegio che tale pronuncia ha riconosciuto la compatibilità comunitaria della “*normativa nazionale che esclude la possibilità per l'operatore economico, che partecipa a una gara d'appalto, di sostituire un'impresa ausiliaria che ha perduto le qualificazioni richieste successivamente al deposito della sua offerta, e che determina l'esclusione automatica del suddetto operatore*”.

Viceversa, l'art. 95 del D.Lgs. n. 159/2011 non esclude, ma (al contrario) consente espressamente la sostituzione delle imprese, diverse dalla mandataria, colpite (specificamente) da interdittiva antimafia.

E', quindi, palese che si tratta di ipotesi differenti e non sovrapponibili.

4.2 - Riguardo alla richiamata sentenza della Corte di Giustizia U.E. del 4 maggio 2017 (asseritamente riguardante “questioni non dissimili” da quella in esame), è sufficiente osservare che tale pronuncia ha affrontato la differente questione della introduzione in corso di gara di documenti non inclusi nell'offerta iniziale, comprovanti requisiti non posseduti al momento della partecipazione, e, pertanto, costituenti modifica sostanziale dell'offerta medesima. Al contrario, nel caso *de quo*, la sostituzione della mandante e ausiliaria a seguito dell'interdittiva antimafia (sopravvenuta alla sottoscrizione del contratto di avvalimento - originariamente idoneo allo scopo - e alla presentazione dell'offerta), in applicazione dell'art. 95 del D. Lgs. n. 159/2011, non ha comportato l'indebita modifica dell'offerta iniziale: sicchè non si ravvisa, in tale ipotesi, la dedotta violazione dei principi comunitari di parità di trattamento, non discriminazione e trasparenza.

4.3 - La sentenza del Giudice del Lussemburgo in data 8 maggio 2014 (causa C-161/13, richiamata, peraltro tardivamente, nella memoria del 23 dicembre 2017), poi, nel pronunciarsi sulle osservazioni del Giudice nazionale del rinvio volte a scrutinare la questione della ricevibilità del gravame, si riferisce al “*termine per la*

proposizione di un ricorso di annullamento contro la decisione di aggiudicazione di un appalto” (nello specifico, a seguito della sopravvenienza, all’aggiudicazione definitiva medesima, della “*decisione volta ad autorizzare la modifica della composizione del raggruppamento aggiudicatario*”, adottata dopo la scadenza del termine di ricorso, a seguito di recesso di una delle partecipanti dall’A.T.I. aggiudicataria), dichiarando che: “*il termine per la proposizione di un ricorso di annullamento contro la decisione di aggiudicazione di un appalto deve iniziare nuovamente a decorrere qualora sia intervenuta una nuova decisione dell’amministrazione aggiudicatrice, adottata dopo tale decisione di aggiudicazione ma prima della firma del contratto e che possa incidere sulla legittimità di detta decisione di attribuzione*”.

E’ evidente, quindi, che la suddetta pronuncia non riguarda la diversa questione (di diritto sostanziale) in esame.

4.4 - In definitiva, non ricorrono i presupposti per l’invocata disapplicazione dell’art. 95 del D. Lgs. n. 159/2011, né per la richiesta rimessione pregiudiziale alla Corte di Giustizia Europea, *ex art.* 267 T.F.U.E. (non sussistendo dubbi interpretativi inerenti il diritto U.E.).

5. - La Società ricorrente principale lamenta, inoltre, il travisamento della vicenda, da parte dell’A.N.A.C., con il parere del 10 marzo 2017 (cui la Stazione appaltante ha disposto di adeguarsi), in quanto tale Autorità si sarebbe riferita a modificazioni soggettive intervenute in fase di esecuzione dell’appalto, ritenendo erroneamente che <<si trattasse “di proseguire il rapporto di appalto con l’impresa superstite”>> (nel mentre la vicenda in parola riguarda ipotesi diversa). Si duole, poi, della violazione del Protocollo d’Intesa sottoscritto con la Prefettura di Lecce, laddove si statuisce (con “preciso autovincolo della Stazione Appaltante”) che, “Qualora la Prefettura accerti elementi relativi a tentativi di infiltrazione mafiosa ed emetta una informativa ostativa, la stazione appaltante non procede alla stipula del contratto di appalto, ovvero revoca l’aggiudicazione”.

5.1 - Quanto al dedotto travisamento dei fatti da parte dell'A.N.A.C. con il suddetto parere (impugnato a meri “fini cautelativi e pur non ritenendolo necessario”), deve rilevarsi che, comunque, la predetta Autorità si è pronunciata sullo specifico appalto, con il richiamo ai commi 18 e 19 dell’art. 37 del D.Lgs. n. 163/2006, distinguendo le fattispecie relative alla sostituzione della mandataria e della mandante ed individuandone la *ratio*, e pronunciandosi, sostanzialmente, in senso favorevole alla sostituzione (“naturalmente, alle condizioni del possesso dei necessari requisiti di qualificazione richiesti dal bando”).

5.2 - Riguardo all’invocata sottoscrizione del Protocollo d’Intesa con la Prefettura di Lecce, è dirimente osservare che detto Protocollo costituisce, *in parte qua*, (proprio) applicazione della normativa in materia e che si è proceduto alla pronta sostituzione dell’impresa mandante/ausiliaria colpita da interdittiva (non stipulando, quindi, alcun contratto con l’impresa interdetta), in applicazione (anche) analogica (corretta, per quanto innanzi esposto) delle pertinenti norme nazionali.

6. - Neppure fondata è l’ultima censura, con cui la Società ricorrente principale deduce l’omissione del sopralluogo da parte della nuova mandante/ausiliaria (in asserita violazione dell’art. 6 della Lettera di Invito).

Al riguardo è dirimente rilevare che l’art. 6 della Lettera di Invito prescrive, “a pena di esclusione”, il sopralluogo solo per le imprese invitate, “preliminarmente alla presentazione della propria offerta” (comma 1) e in un lasso temporale limitato (precisamente “tra il 20 gennaio 2016 ed il 10 febbraio 2016”, cfr. il comma 3).

Peraltro, la Società “subentrante” C. s.r.l., con nota p.e.c. del 17 marzo 2017, aveva chiesto alla Stazione Appaltante di effettuare il sopralluogo: richiesta mai riscontrata dall’A.R.O., che ha, quindi, ritenuto superfluo il rinnovo del sopralluogo.

7. - Per tutto quanto innanzi esposto, il ricorso principale è infondato e va respinto, in ragione della evidenziata piena legittimità degli atti impugnati, con la conseguente reiezione delle domande proposte dalla Società ricorrente T. s.r.l.

Conseguentemente, il ricorso incidentale “escludente” proposto dalla società controinteressata G. P. s.r.l. è improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse.

8. - Sussistono i presupposti di legge (l'assoluta novità di talune delle questioni trattate) per giustificare l'integrale compensazione tra le parti delle spese processuali.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia Lecce - Sezione Terza, definitivamente pronunciando sul ricorso principale e sul ricorso incidentale, come in epigrafe proposti:

- respinge il ricorso principale;
- dichiara improcedibile il ricorso incidentale per sopravvenuta carenza di interesse.

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Lecce nella Camera di Consiglio del giorno 9 gennaio 2018 con l'intervento dei magistrati:

Enrico d'Arpe, Presidente

Antonella Lariccia, Referendario

Maria Luisa Rotondano, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

Maria Luisa Rotondano

IL PRESIDENTE

Enrico d'Arpe

IL SEGRETARIO

