



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;
sul ricorso numero di registro generale 513 del 2018, proposto da:
Eco Burgus s.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso
dagli avvocati Domenico Cacciatore e Salvatore Casarrubia; domicilio digitale:
avv.casarrubia@pec.it, domenicocacciatore@avvocatiagrigenti.it; domicilio fisico
presso lo studio dell'avv. Domenico Cacciatore sito in Palermo, via E. Notarbartolo,
n. 44;

contro

Comune di Mazara del Vallo, in persona del sindaco p.t., rappresentato e difeso
dall'avvocato Epifanio Giglio; domicilio digitale:
giglioepifanio@pec.ordineavvocatimarsala.it; domicilio fisico presso lo studio
dell'avv. Giuseppe Alberti sito in Palermo, via Tunisi, n. 11;

nei confronti

Tech Servizi s.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avvocati Stefano Scimeca, Giovanni Pappalardo; domicilio digitale: avv.giovanni.pappalardo@pec.studiolegalepappalardo.eu, stefano.scimeca@legalmail.it; domicilio fisico presso lo studio dell'avv. Stefano Scimeca sito in Palermo, via N. Turrisi n. 59; Icos s.r.l., Ecoin s.r.l.;

per l'annullamento, previa sospensione dell'efficacia:

- della Determinazione Dirigenziale n. 37 del 2.2.2018 del Comune di Mazara del Vallo, II Settore - Gestione Risorse, con protocollo generale in uscita n. 9727 del 5.2.2018 e in pari data pubblicata, non comunicata alla ricorrente;
- della nota del Comune di Mazara del Vallo prot. n. 9727 del 5.2.2018;
- ove occorra, del parere reso dall'ufficio Avvocatura del Comune di Mazara del Vallo n. 8460 del 31.01.2018, nonché della relativa richiesta di parere prot. n. 7956 del 29.01.2018, indicati nelle premesse delle Determinazione Dirigenziale n. 37 del 2.2.2018, non conosciuti;
- del rigetto, anche implicito, dell'istanza di annullamento in autotutela di cui alla nota del 5.2.2018;
- della nota del Comune di Mazara del Vallo, II Settore Gestione delle Risorse, prot. n. 13343 del 15.2.2018;
- della nota del Comune di Mazara del Vallo, II Settore Gestione delle Risorse, prot. n. 13565 del 15.2.2018;
- della nota del Comune di Mazara del Vallo, II Settore Gestione delle Risorse, prot. n. 13897 del 16.2.2018;
- ove occorra, dell'eventuale provvedimento - anche implicito e/o tacito - di esclusione della ricorrente dalla procedura di gara, conseguente alla Determinazione Dirigenziale n. 37 del 2.2.2018 del Comune di Mazara del Vallo, II Settore - Gestione Risorse;

- dell'aggiudicazione definitiva, disposta in favore della controinteressata, con Determinazione Dirigenziale n. 37 del 2.2.2018 del Comune di Mazara del Vallo, II Settore - Gestione Risorse, con protocollo in uscita n. 9727 del 5.2.2018 e in pari data pubblicata, non comunicata alla ricorrente;

- dell'atto di affidamento in via anticipata del servizio alla controinteressata, di data ed estremi sconosciuti;

- di ogni altro atto connesso, presupposto e/o consequenziale;

nonché

per la declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente stipulato tra l'amministrazione aggiudicatrice ed il soggetto individuato come aggiudicatario ai sensi degli artt. 121, co. 1, e 122 c.p.a.;

e per l'accoglimento della domanda di conseguire l'aggiudicazione del servizio e la stipulazione del contratto;

ovvero

per il risarcimento del danno per equivalente subito e provato dalla ricorrente anche in corso di causa, anche ai sensi dell'art. 124 c.p.a. e/o per il risarcimento del danno derivante dalla perdita di chance di conseguire l'aggiudicazione

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Mazara del Vallo e di Tech Servizi s.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 27 marzo 2018 il cons. Nicola Maisano e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Con ricorso notificato in data 7 marzo 2018, e depositato il successivo 16 marzo, la società ricorrente ha impugnato i provvedimenti indicati in epigrafe e proposto le domande ivi specificate, articolando le censure di: I) Violazione e falsa applicazione degli artt. 94 e 95 del D.Lgs n. 159/2011; II) Violazione e falsa applicazione dell'art. 97 cost., dell'art. 7 l. n. 241/1990 e ss.mm.ii., dell'art. 33 D. Lgs. n. 50/2016 e ss.mm.ii., in combinato disposto con l'art. 48, commi 17 e 19 ter, D. Lgs. n. 50/2016; Violazione del principio di buona fede e correttezza; Eccesso di potere per violazione e falsa applicazione del paragrafo 9 del disciplinare di gara; III) Violazione e falsa applicazione dell'art. 48 commi 17 e 19 ter D.Lgs n. 50/2016; IV) Eccesso di potere per contraddittorietà ed illogicità manifesta.

Sostiene la società ricorrente che le disposizioni dettate dagli artt. 94 e 95 del D.Lgs. n. 159/2011 devono essere lette in combinato disposto con quelle dettate dall'art. 48, comma 17 e 19 *ter*, del D.Lgs. n. 50/2016, dalle quali si evincerebbe la possibilità di sostituire anche il mandatario di un'A.T.I. colpito da un provvedimento interdittivo antimafia; il comportamento tenuto dalla stazione appaltante non sarebbe conforme all'iter previsto per legge e avrebbe leso le garanzie di partecipazione procedimentale della ricorrente, non consentendole di operare la sostituzione del mandatario, in considerazione dei ristrettissimi tempi nei quali ha disposto l'esclusione dell'A.T.I. Senesi - Eco Burgus e lo scorrimento della graduatoria. Tale indebito *modus operandi*, oltre a violare gli interessi della ricorrente, sarebbe contrario anche agli interessi pubblici, che l'amministrazione è tenuta a perseguire.

Si sono costituiti il comune di Mazara del Vallo, la Ecoin s.r.l. e la Tech Servizi s.r.l. che hanno replicato alle argomentazioni sviluppate in ricorso, chiedendone il rigetto. Alla camera di consiglio fissata per la trattazione della domanda cautelare proposta nel ricorso in epigrafe, il Presidente del collegio ha fatto presente che, in sede di camera di consiglio, sarebbe stata valutata la possibilità di definire la controversia

con sentenza in forma semplificata, soluzione per la quale il legislatore ha manifestato una chiara preferenza, in materia di controversie relative all'aggiudicazione degli appalti.

Il ricorso è stato quindi posto in decisione.

Ritiene preliminarmente il Collegio che il giudizio può essere definito con sentenza in forma semplificata ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm. e adottata in esito alla camera di consiglio per la trattazione delle istanze cautelari, sussistendone tutti i presupposti; possibilità, questa, espressamente indicata alle parti dal Presidente del Collegio, in occasione della predetta adunanza camerale.

Il ricorso è infondato alla stregua di quanto verrà precisato.

Punto nodale della controversia è la corretta interpretazione e ricostruzione delle disposizioni dettate dall'art. 48, comma 17, del D.Lgs. n. 50/2016, che riproduce le previsioni già contenute dal comma 18 dell'art. 37 del D.Lgs. n. 136/2006, al di là dell'estensione operata dal successivo comma 19 *ter*.

Parte ricorrente dà per scontato che la norma consenta la possibilità di sostituire il mandatario di un A.T.I., ove ricorra una delle condizioni specificate, con altra ditta estranea all'originario raggruppamento.

Pur in assenza di una specifica esegesi sul punto, anche la, invero non numerosa, giurisprudenza che si è occupata della norma in questione, sembra concordare con tale assunto, che però il collegio ritiene errato, sia sulla base dell'interpretazione letterale che della ricostruzione logico sistematico della disposizione che viene in rilievo.

In linea di principio è vietata qualsiasi modificazione delle A.T.I. che hanno partecipato a una gara pubblica, in quanto la modifica determinerebbe, almeno in parte, la modifica dello stesso soggetto che vi partecipa (Cons. di Stato, V, n. 169/2015).

Nell'attuale normativa sugli appalti pubblici, tale principio è espresso dal comma 9 dell'art. 48 del D.Lgs. n. 50/2016 che, ovviamente, fa salve le deroghe consentite dai successivi commi 17 e 18.

Da tale ricostruzione si ricava agevolmente che i presupposti indicati nei commi 17 e 18 sono di stretta interpretazione, in quanto dettano una disciplina derogatoria a un importante e fondante criterio generale (l'immodificabilità soggettiva dei partecipanti a una gara pubblica).

Ciò premesso, il comma 18 espressamente prevede la possibilità di sostituire il mandante, colpito da uno degli eventi prima indicati, con altro operatore economico *subentrante*, mentre analoga previsione non è contenuta nel precedente comma 17 - relativo all'ipotesi che uno degli eventi interdittivi colpisca il mandatario - che indica sì la possibilità che il rapporto venga proseguito con altro operatore economico, ma non che questi possa essere un *subentrante* nell'A.T.I.

Inoltre l'ultimo inciso del comma 17 contiene un riferimento alla valutazione della sussistenza di condizioni, di cui non vi è traccia nel comma successivo, relativo ai mandanti.

Da tali non insignificanti differenze ritiene il collegio che si ricavi un diverso regime applicabile all'ipotesi in cui l'evento interdittivo colpisca una mandante di un'A.T.I. impegnata in un appalto (esecuzione o fase di gara che sia, in conseguenza dell'estensione operata dal comma 19 *ter*), ovvero una mandataria, in quanto anche in quest'ultimo caso la normativa consente la sua sostituzione, ma soltanto con un operatore che fa già parte dell'A.T.I., purché sia disponibile e ne sussistano le condizioni, e cioè abbia i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori, servizi o fornitura da eseguire; condizioni quindi che la stazione appaltante può valutare in astratto, e a monte di qualsiasi interlocuzione con l'A.T.I. interessata.

Appare opportuno evidenziare che già da tempo la giurisprudenza del Consiglio di Stato ha messo in evidenza il differente impatto - con riferimento al principio del

divieto di modificazione soggettiva - dell'ipotesi in cui un nuovo operatore economico venga a fare parte di un'A.T.I., rispetto a quella in cui un operatore economico, che ne faceva parte, ne receda; in particolare l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 8 del 4 maggio 2012 precisa che: *“Tale essendo, dunque, la funzione di detta disposizione è evidente come le uniche modifiche soggettive elusive del dettato legislativo siano quelle che portano all'aggiunta o alla sostituzione delle imprese partecipanti e non anche quelle che conducono al recesso di una delle imprese del raggruppamento, in tal caso, infatti, le esigenze succitate non risultano affatto frustrate poiché l'amministrazione, al momento del mutamento soggettivo, ha già provveduto a verificare i requisiti di capacità e di moralità dell'impresa o delle imprese che restano, sicché i rischi che il divieto mira ad impedire non possono verificarsi [Cons. St., sez. VI, 13 maggio 2009, n. 2964].”*

In considerazione della corretta interpretazione del comma 17 che viene in rilievo, e dei limiti entro i quali può operare - almeno a parere di questo collegio - si dissolve anche l'asserita distonia tra il codice degli appalti e la normativa antimafia di cui al D.Lgs. n. 159/2011.

L'art. 95, comma 1, del D.Lgs. n. 159/2011 contempla l'unica ipotesi in cui è possibile sostituire un soggetto facente parte di un'A.T.I. con altro operatore economico a essa estraneo (in deroga al principio dell'immodificabilità soggettiva), e cioè l'ipotesi in cui venga sostituito un mandante.

Non ha previsto l'ipotesi del mandatario, in sintonia con il comma 18 dell'art. 37 del D.Lgs. n. 163/2006 (del tutto identico al comma 17 dell'art. 48 del D.Lgs. n. 50/2016 e già esistente al momento dell'emanazione del D.Lgs. n. 159/2011), che non lo prevede, non perché lo ha dimenticato (ricostruzione invero poco verosimile a fronte dell'attenzione che viene data sia alla normativa in materia di appalti che a quella sul contrasto alla mafia), ma perché avrebbe determinato un ben maggiore strappo al principio di immodificabilità soggettiva dell'A.T.I..

La possibilità invece, prevista dalla normativa sugli appalti, che, nei casi in esame, un mandante, già facente parte dell'A.T.I., avendone i presupposti, possa diventare mandatario, determina conseguenze ben più ridotte rispetto al principio di immodificabilità dell'A.T.I., anche alla luce della già citata giurisprudenza del Consiglio di Stato.

L'interpretazione letterale della norma che viene in rilievo, nel senso propugnato, risulta anche la più ragionevole, da un punto di vista logico.

Il mandatario di un'A.T.I. costituisce il soggetto principale di un raggruppamento, talvolta assolutamente preponderante rispetto agli altri partecipanti, e quindi il sostanziale interlocutore dell'amministrazione; mentre i mandanti, in alcuni casi, rivestono un ruolo puramente marginale, rispetto all'esecuzione dell'appalto che viene in rilievo.

Appare quindi ragionevole che le due posizioni vengano trattate in modo differente, in quanto la generalizzata possibilità di sostituire il mandatario consentirebbe il cambiamento in corsa del protagonista principale del soggetto che partecipa alla gara - ovvero che svolge l'appalto - con l'assoluto svuotamento del principio di immodificabilità soggettiva, e con esiti persino paradossali, ove l'imprenditore subentrante sia un operatore economico che ha partecipato alla stessa gara, senza averne ottenuto l'aggiudicazione.

Nel caso invece in cui il rapporto tra mandatario e mandante sia sostanzialmente paritario (cosa possibile a fronte dell'ampiezza delle disposizioni che regolano le A.T.I.), la norma consente al mandante di divenire mandatario, avendone i presupposti, e quindi la prosecuzione del rapporto di appalto con un soggetto che si è ridotto, ma non è significativamente differente rispetto a quello che ha inizialmente partecipato alla gara ed eventualmente all'esecuzione dell'appalto (cfr. la già richiamata A.P. del Cons. di Stato n. 8/2012).

Sulla base di tali presupposti, viene a cadere il presupposto sul quale è fondato l'intero ricorso, e cioè che la società ricorrente avrebbe potuto sostituire la mandataria Senesi con altro operatore economico, estraneo all'A.T.I. e peraltro già individuato, e quindi tutte le censure sostanziali e procedurali articolate.

Solo ove la Eco Burgus s.r.l. avesse avuto i requisiti per proseguire autonomamente l'appalto per cui è causa, avrebbe potuto dolersi del comportamento della stazione appaltante; ma la sussistenza di tale condizione non è stata neanche affermata in ricorso e, comunque, non è stata contestata la diversa valutazione operata dall'amministrazione che, in sintonia con il dettato di legge, ha ritenuto di escludere il raggruppamento di cui fa parte la ricorrente dalla gara per cui è causa, e di disporre l'aggiudicazione in favore della seconda classificata.

In conclusione il ricorso è infondato e deve essere respinto.

In considerazione della novità della questione esaminata, ritiene il collegio che le spese di lite vadano compensate.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Palermo nella camera di consiglio del giorno 27 marzo 2018 con l'intervento dei magistrati:

Maria Cristina Quiligotti, Presidente

Nicola Maisano, Consigliere, Estensore

Maria Cappellano, Consigliere

L'ESTENSORE
Nicola Maisano

IL PRESIDENTE
Maria Cristina Quiligotti

IL SEGRETARIO