

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 15/07/2010

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/29857-il-bando-resiste-allo-ius-superveniens>

Autore: Lazzini Sonia

Il bando resiste allo ius superveniens

C.St. 23.06.2010 n. 3964

Il bando resiste allo ius superveniens.

Data la funzione regolatrice della gara propria del bando, quale *lex specialis*, con vincoli cogenti innanzitutto per la stazione appaltante, dottrina e giurisprudenza escludono che le prescrizioni del bando possano essere disapplicate sia dall'amministrazione, sia dal giudice amministrativo.

in sede di gara indetta per l'aggiudicazione di un contratto, la P.A. è tenuta ad applicare le regole fissate nel bando, atteso che questo, unitamente alla lettera d'invito, costituisce la *lex specialis* della procedura ad evidenza pubblica, che non può essere disapplicata nel corso del procedimento, neppure nel caso in cui talune delle regole in essa contenute risultino non più conformi allo *ius superveniens*, salvo naturalmente l'esercizio del potere di autotutela. Il bando di una gara di appalto è atto a carattere normativo, *lex specialis* della procedura, rispetto alla quale l'eventuale *ius superveniens* di abrogazione o di modifica di clausole non ha effetti innovatori. In tema di procedure ad evidenza pubblica, infatti, vale il principio di tutela dell'affidamento dei concorrenti, per cui le gare devono essere svolte in base alla normativa vigente alla data di emanazione del bando, ossia al momento di indizione della relativa procedura (Cons. St., Sez. V, 5 ottobre 2005, n. 5316).

Al riguardo, come si è detto, questo Consiglio di Stato si è in più occasioni pronunciato, richiamando il consolidato indirizzo per cui in sede di gara indetta per l'aggiudicazione di un contratto, la Pubblica amministrazione è tenuta ad applicare le regole fissate nel bando, atteso che questo, unitamente alla lettera d'invito, costituisce la *lex specialis* della gara che non può essere disapplicata nel corso del procedimento, neppure nel caso in cui talune delle regole in essa contenute risultino non più conformi allo *ius superveniens*, salvo naturalmente l'esercizio del potere di autotutela (Sez. V, 11 luglio 1998, n. 224; id., 3 settembre 1998, n. 591). Tale soluzione è giustificata, si ripete, in base al rilievo per cui il bando è atto amministrativo a carattere normativo, *lex specialis* della procedura, rispetto alla quale l'eventuale *ius superveniens* di abrogazione o di modifica di clausole non ha effetti innovatori (Cons. Giust. Amm., 3 novembre 1999, n. 576; Cons. St., Sez. IV, 18 ottobre 2002, n. 5714).

Nel medesimo senso questo Consiglio ha chiarito che il bando, unitamente alla lettera di invito, assolve la funzione precipua di dettare il regolamento della gara e che, in quanto *lex specialis* della procedura di selezione, impone all'Amministrazione la stretta osservanza delle relative prescrizioni. Da siffatto principio generale discende, quale logico corollario, quello della indifferenza ed insensibilità del bando, e, quindi, delle regole della gara, alle modifiche, sopravvenute, del regime normativo vigente, ed osservato con la *lex specialis*, al momento della sua emanazione (cfr., ex multis, Cons. St., Sez. IV, 29 dicembre 1998, n. 1605). Ne consegue che l'Amministrazione è tenuta, nella conduzione della procedura selettiva, ad applicare le regole contenute nel bando, anche nel caso di sopravvenuta abrogazione o modifica della disciplina vigente al momento della sua adozione, e che, al contempo, le è precluso di derogare al regolamento di gara per come cristallizzato nella *lex specialis*, quand'anche fosse divenuto medio tempore difforme dallo *ius superveniens* (Cons. St., Sez. V, 15 novembre 2001, n. 5843; Cons. St., Sez. V, 3 ottobre 2002, n. 5206).

Riportiamo qui di seguito la decisione numero 3964 del 23 giugno 2010 pronunciata dal Consiglio di Stato

N. 03964/2010 REG.DEC.
N. 06616/2009 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

DECISIONE

Sul ricorso numero di registro generale 6616 del 2009, proposto da:
Ricorrente Spa Q.Soc.Mand.Rti, Rti - Ricorrente due Napoli S.r.l., Rti -
Cooperativa Ricorrente tre A R.L. Onlus, Rti - Cooperativa Soc.ricor 4 A R.L.
Onlus, Rti - Cooperativa Soc. il rico 5 A R.L., rappresentati e difesi dagli avv.
Francesco Setti, Piergiorgio Villa, con domicilio eletto presso Piergiorgio Villa in
Roma, via Donatello 23;

contro

Controinteressata Life S.r.l. in Pr. e Q. Cg. Ati, rappresentato e difeso dagli avv.
Maria Rosaria Ambrosini, Stefano Vinti, con domicilio eletto presso Stefano Vinti
in Roma, via Emilia N. 88; Ati - Eubios S.r.l., Ati - Coop. Soc. Insieme Per Gli
Handicappati A R.L., Ati - Agape Consorzio di Cooperative Sociali;

e con l'intervento di

ad

adiuvandum:

Azienda Sanitaria Locale Benevento 1, rappresentato e difeso dall'avv. Lorenzo Mazzeo, con domicilio eletto presso Lorenzo Mazzeo in Roma, via Sistina, 149;

per la riforma

della decreto cautelare del T.A.R. CAMPANIA - NAPOLI: SEZIONE I n. 03707/2009, resa tra le parti, concernente della decreto cautelare del T.A.R. CAMPANIA - NAPOLI: SEZIONE I n. 03707/2009, resa tra le parti, concernente AFFIDAMENTO SERVIZIO ASSISTENZA DOMICILIARE INTEGRATA E SUPPORTO ALL'OSPEDALIZZAZIONE DOMICILIARE..

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Controinteressata Life S.r.l. in Pr. e Q. Cg. Ati;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 19 febbraio 2010 il Cons. Nicola Russo e uditi per le parti gli avvocati Villa e Bracci, quest'ultimo su delega di Vinti;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso notificato il 5.6.2009 il R.T.I. Controinteressata Life s.r.l. impugnava dinanzi al T.A.R. Campania, sede di Napoli, la determinazione dirigenziale dell'Azienda Sanitaria Locale Benevento 1 n. 77 del 30 aprile 2009, avente ad oggetto “Servizio di “Assistenza Domiciliare integrata e di supporto all'ospedalizzazione domiciliare a favore degli utenti della ASL BN 1” – Revoca dell'appalto al R.T.I. Controinteressata Life s.r.l. (contratto Rep. N. 621/2008) ed aggiudicazione al R.T.I. Ricorrente SpA (secondo in graduatoria)”, nonché tutti gli atti presupposti, connessi o conseguenti, compresa, occorrendo, la nota in data 20

aprile 2009, con la quale si comunicava l'avvio del procedimento diretto alla risoluzione del contratto di appalto, il contratto eventualmente stipulato e, in via subordinata, chiedeva la condanna dell'azienda sanitaria intimata al risarcimento dei danni conseguenti.

Si costituivano in giudizio l'amministrazione resistente e la società controinteressata, chiedendo il rigetto del gravame.

Il T.A.R. adito, ritenuto il giudizio suscettibile di immediata definizione nel merito, con sentenza succintamente motivata n. 3707/09 del 3 luglio 2009, pronunciata ai sensi dell'art. 26, co. 4 e 5, della legge n. 1034 del 1971, come modificato dall'art. 9 della legge n. 205 del 2000, accoglieva il ricorso e, per l'effetto, annullava gli atti impugnati.

Il Tribunale, premesso che con il gravame in trattazione, come integrato dai motivi aggiunti, si contestava la legittimità della revoca del servizio di assistenza domiciliare affidato alla ricorrente, nonché della contestuale aggiudicazione intervenuta in favore del R.T.I. Ricorrente S.p.A., classificatosi secondo nella graduatoria finale di merito approvata con determinazione dirigenziale n. 63 del 1° luglio 2008, rilevava che la determinazione recante la revoca, poggiava essenzialmente sulla condizione risolutiva contemplata dall'art. 13 del relativo contratto di appalto, in conformità al disposto dell'art. 14 del capitolato speciale d'appalto (c.s.a.), nonché sul seguente testuale argomento: "Ritenuto di non poter condividere quanto assunto a fondamento della richiesta di annullamento della procedura di risoluzione contrattuale de qua, formulata da essa Controinteressata Life srl e basata essenzialmente sul richiamo all'applicabilità alla fattispecie de qua della previsione di cui all'art. 37, comma 19, del D.Lgs. 12/04/2006, n. 163, come modificato, proprio per la parte che ci occupa, dall'art. 1 (rectius art. 2, ndr.), comma 1, lettera i) del D.lgs. 31/07/2007, n. 113, in quanto: detta norma, nella vigente formulazione, non è applicabile al caso in esame, risultando sopravvenuta

alla data di formulazione dell'offerta da parte dell'allora costituendo RTI Controinteressata Life srl: 04/09/2006; allo stesso caso, invece, si applica la normativa vigente alla data del 04/09/2006: momento al quale va ricondotta, con l'immodificabilità soggettiva del raggruppamento e la responsabilità solidale dei concorrenti raggruppati ex art. 37, comma 5, D.Lgs. 163/2006 citato, ogni altra conseguenza di legge e regolamentare; Vista in tal senso la consolidata giurisprudenza e, da ultimo, la sentenza del Consiglio di Stato – Quinta Sezione – n. 1148 del 02/03/2009”.

Ciò premesso il giudice di prime cure considerava manifestamente fondata la censura volta ad evidenziare il contrasto tra la determinazione impugnata e l'art. 37, comma 19, del d.lgs. n. 163/2006, nel testo modificato dall'art. 2 del d.lgs. 31 luglio 2007 n. 113, a termini del quale: “In caso di fallimento di uno dei mandanti, ovvero, qualora si tratti di imprenditore individuale, in caso di morte, interdizione o fallimento del medesimo ovvero nei casi previsti dalla normativa antimafia, il mandatario, ove non indichi altro operatore economico subentrante che sia in possesso dei prescritti requisiti di idoneità, è tenuto alla esecuzione, direttamente o a mezzo degli altri mandanti, purché questi abbiano i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori o servizi o forniture ancora da eseguire”, rilevando che tale disposizione, per il suo inequivoco tenore letterale, inerebbe alla fase di esecuzione dell'appalto, e, quindi, al rapporto negoziale instauratosi a seguito della stipula del contratto.

Aggiungeva il primo giudice che, in virtù dell'art. 11 delle preleggi e dei principi generali regolanti la successione delle leggi nel tempo, la correzione introdotta dal d.lgs. n. 113/2007 deve applicarsi a tutti i rapporti negoziali sorti successivamente alla sua entrata in vigore e, pertanto, anche a quello oggetto del presente giudizio, che trae origine da un contratto stipulato in data 1° ottobre 2008 e che, diversamente da quanto sostenuto dalle difese dell'azienda resistente e della

controinteressata, tale regime non deve intendersi escluso per i contratti stipulati a seguito di procedura bandita prima dell'entrata in vigore del decreto correttivo in parola, come quella di specie, atteso che il collegamento tra pubblicazione del bando e contratto acquista rilevanza solo nel caso in cui debba farsi (iniziale) applicazione dell'intera disciplina del cd. codice degli appalti (arg. scaturente dalla disposizione transitoria di cui all'art. 253, comma 1, del d.lgs. n. 163/2006), ma non nella differente ipotesi delle modifiche ed integrazioni via via apportate alle sue singole disposizioni, una volta che queste siano entrate in vigore.

Riteneva, inoltre, che non si attagliasse alla controversia in esame l'insegnamento contenuto nella sentenza del Consiglio di Stato n. 1148/2009, facendo questa riferimento alla fase (procedurale) di affidamento e non a quella di esecuzione dell'appalto.

Riteneva, quindi, in definitiva, che la determinazione dirigenziale gravata fosse illegittima, e che tale illegittimità, oltre a comportare l'annullamento della predetta determinazione, non potesse non riverberarsi sul contratto eventualmente stipulato con il R.T.I. individuato come nuovo aggiudicatario, determinandone la caducazione (arg. ex art. 246 del d.lgs. n. 163/2006), e che, tuttavia, non potesse procedersi allo scrutinio della domanda risarcitoria, giacché la stessa era stata formulata dalla ricorrente in via subordinata, nel caso non dovesse esserle concessa la richiesta misura cautelare, che, invece, le è stata accordata con decreto monocratico del Tribunale n. 1383 del 5 giugno 2009.

Con ricorso notificato in data 3 agosto 2009 il R.T.I. Ricorrente s.p.a., seconda classificata, ha proposto appello avverso la prefata sentenza, deducendone l'erroneità e l'ingiustizia e chiedendone l'integrale riforma, sulla base di due articolati motivi di gravame, relativi alla "erronea rappresentazione in fatto – difetto e contraddittorietà della motivazione" (primo motivo) e alla "erronea

rappresentazione in fatto sotto altri profili – difetto e contraddittorietà della motivazione posta a fondamento della sentenza appellata” (secondo motivo).

Si è costituito il R.T.I. Controinteressata Life s.r.l., chiedendo il rigetto dell’appello per infondatezza nel merito, con conseguente conferma della sentenza impugnata.

Si è altresì costituita l’Azienda Sanitaria Locale Benevento 1, che ha aderito al ricorso in appello.

Con ordinanza n. 4519/2009 la Sezione ha respinto l’istanza cautelare di sospensione dell’efficacia della sentenza impugnata, “tenuto anche conto dell’interesse pubblico alla continuità e regolarità dell’erogazione del servizio di assistenza e ospedalizzazione domiciliare”.

In vista dell’udienza di discussione le parti hanno depositato memorie illustrative, insistendo per l’accoglimento delle conclusioni già rassegnate nei precedenti scritti difensivi.

Alla pubblica udienza del 19 febbraio 2010 la causa è stata assunta in decisione ed in data 23 febbraio 2010 è stato pubblicato il dispositivo n. 122/2010.

DIRITTO

E’ impugnata la sentenza del T.A.R. della Campania, sede di Napoli, sez. I, n. 3707/09, meglio indicata in epigrafe, che ha accolto il ricorso proposto dal R.T.I. Controinteressata Life s.r.l. avverso la determinazione dirigenziale dell’Azienda Sanitaria Locale Benevento 1 n. 77 del 30 aprile 2009, avente ad oggetto la revoca dell’appalto al R.T.I. Controinteressata Life s.r.l. e l’aggiudicazione al R.T.I. Ricorrente SpA (secondo in graduatoria) del servizio di “Assistenza Domiciliare integrata e di supporto all’ospedalizzazione domiciliare a favore degli utenti della ASL BN 1” .

La sentenza del TAR della Campania, sede di Napoli, n. 3707/09 è fondata sull’applicabilità al caso di specie delle disposizioni del vigente art. 37, comma 19, del D. Lgs. n. 163/06.

I fatti alla base del presente giudizio originano nel 2006 e, più precisamente, il 14 ottobre 2006, quando, con ricorso notificato a Ricorrente S.p.A., in qualità di capofila di una costituenda A.T.I., (di seguito, per brevità, “ATI Ricorrente”), la società Controinteressata, anch’essa in qualità di capofila di una costituenda A.T.I., chiedeva l’annullamento del provvedimento n. 90 del 12 ottobre 2006 avente ad oggetto “Aggiudicazione P.A. per l’affidamento del servizio di assistenza domiciliare integrata e di supporto all’ospedalizzazione domiciliare a favore degli utenti della ASL BN 1 — Periodo 15/10/2006 — 14/10/2009 — Importo presunto annuo del servizio € 1.525.027,00 IVA inclusa”, di tutti i verbali di gara e di ogni altro atto presupposto, connesso e/o consequenziale, per la presunta disparità di trattamento nella valutazione da parte della Commissione Giudicatrice delle offerte formulate dalla stessa Controinteressata e dall’ATI Ricorrente.

Il contenzioso che ne è seguito non ha riguardato l’originario bando di gara (approvato con deliberazione del Direttore Generale dell’Azienda Unità Sanitaria Benevento 1 n. 118 del 26 giugno 2006,), che, quindi, è e rimane la legge regolatrice della procedura di evidenza pubblica.

Secondo l’appellante è a quella data che occorre dunque riferirsi per sostanziare le motivazioni che inducono a ritenere l’inapplicabilità del vigente comma 19 dell’art. 37 del D. Lgs. n. 163/06, dal momento che l’offerta - posta a base delle condizioni contrattuali di erogazione del servizio - è stata quella formulata dall’ATI Controinteressata in data 4.9.2006, per cui la normativa di riferimento rilevante nella fattispecie in questione non potrebbe essere l’art. 37, comma 19, del D. Lgs. n. 163/06, ma la normativa precedente, vengono in tal modo in rilievo i principi di immutabilità soggettiva del raggruppamento temporaneo di imprese, nonché la responsabilità solidale dei concorrenti raggruppati.

L’appello è fondato.

La sentenza appellata distingue tra fase dell’affidamento della procedura e fase di

esecuzione dell'appalto, affermando che le “modifiche ed integrazioni devono trovare applicazione, quanto alle procedure di affidamento, in ragione della data di pubblicazione del bando o dell'avviso di gara, restando questi ultimi e il relativo procedimento insensibili ai cambiamenti normativi intervenuti successivamente, e quanto alla fase di esecuzione dell'appalto, in ragione della data di stipula del contratto e/o della vigenza del rapporto contrattuale al momento dell'introduzione dell'emendamento normativo”.

Ciò appare in contrasto con la giurisprudenza ormai consolidata in tema di *ius superveniens* (Cons. St., Sez. IV, 18 ottobre 2002, n. 5714; Sez. V, 22 aprile 2002, n. 2197; Sez. V, 3 settembre 1998, n. 591; Sez. V, 11 luglio 1998, n. 224), secondo la quale in sede di gara indetta per l'aggiudicazione di un contratto, la P.A. è tenuta ad applicare le regole fissate nel bando, atteso che questo, unitamente alla lettera d'invito, costituisce la *lex specialis* della procedura ad evidenza pubblica, che non può essere disapplicata nel corso del procedimento, neppure nel caso in cui talune delle regole in essa contenute risultino non più conformi allo *ius superveniens*, salvo naturalmente l'esercizio del potere di autotutela. Il bando di una gara di appalto è atto a carattere normativo, *lex specialis* della procedura, rispetto alla quale l'eventuale *ius superveniens* di abrogazione o di modifica di clausole non ha effetti innovatori. In tema di procedure ad evidenza pubblica, infatti, vale il principio di tutela dell'affidamento dei concorrenti, per cui le gare devono essere svolte in base alla normativa vigente alla data di emanazione del bando, ossia al momento di indizione della relativa procedura (Cons. St., Sez. V, 5 ottobre 2005, n. 5316).

Nel caso di specie, la deliberazione n. 118 di indizione della gara è datata 26.6.2006, mentre il Codice dei Contratti, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale in data 2.5.2006, è entrato in vigore 60 giorni dopo la sua pubblicazione.

Data la funzione regolatrice della gara propria del bando, quale *lex specialis*, con vincoli cogenti innanzitutto per la stazione appaltante, dottrina e giurisprudenza escludono che le prescrizioni del bando possano essere disapplicate sia dall'amministrazione, sia dal giudice amministrativo.

Dalla natura provvedimentale deriva l'ulteriore conseguenza che il bando resiste allo *ius superveniens*.

Al riguardo, come si è detto, questo Consiglio di Stato si è in più occasioni pronunciato, richiamando il consolidato indirizzo per cui in sede di gara indetta per l'aggiudicazione di un contratto, la Pubblica amministrazione è tenuta ad applicare le regole fissate nel bando, atteso che questo, unitamente alla lettera d'invito, costituisce la *lex specialis* della gara che non può essere disapplicata nel corso del procedimento, neppure nel caso in cui talune delle regole in essa contenute risultino non più conformi allo *ius superveniens*, salvo naturalmente l'esercizio del potere di autotutela (Sez. V, 11 luglio 1998, n. 224; id., 3 settembre 1998, n. 591). Tale soluzione è giustificata, si ripete, in base al rilievo per cui il bando è atto amministrativo a carattere normativo, *lex specialis* della procedura, rispetto alla quale l'eventuale *ius superveniens* di abrogazione o di modifica di clausole non ha effetti innovatori (Cons. Giust. Amm., 3 novembre 1999, n. 576; Cons. St., Sez. IV, 18 ottobre 2002, n. 5714).

Nel medesimo senso questo Consiglio ha chiarito che il bando, unitamente alla lettera di invito, assolve la funzione precipua di dettare il regolamento della gara e che, in quanto *lex specialis* della procedura di selezione, impone all'Amministrazione la stretta osservanza delle relative prescrizioni. Da siffatto principio generale discende, quale logico corollario, quello della indifferenza ed insensibilità del bando, e, quindi, delle regole della gara, alle modifiche, sopravvenute, del regime normativo vigente, ed osservato con la *lex specialis*, al momento della sua emanazione (cfr., *ex multis*, Cons. St., Sez. IV, 29 dicembre

1998, n. 1605). Ne consegue che l'Amministrazione è tenuta, nella conduzione della procedura selettiva, ad applicare le regole contenute nel bando, anche nel caso di sopravvenuta abrogazione o modifica della disciplina vigente al momento della sua adozione, e che, al contempo, le è precluso di derogare al regolamento di gara per come cristallizzato nella *lex specialis*, quand'anche fosse divenuto medio tempore difforme dallo *ius superveniens* (Cons. St., Sez. V, 15 novembre 2001, n. 5843; Cons. St., Sez. V, 3 ottobre 2002, n. 5206).

Se è così, come fondatamente dedotto dall'appellante, la normativa di riferimento rilevante nella fattispecie in questione non potrà certo essere l'art. 37, comma 19, del D. Lgs. n. 163/06, ma la normativa contenuta nella legislazione speciale in materia di informazioni antimafia.

Al riguardo è noto che le disposizioni rilevanti sono contenute nel D.P.R. 3.6.1998, n. 252. Per quello che concerne in particolare i raggruppamenti temporanei di imprese, il Decreto disciplina all'art. 12, in via di eccezione, per i soli appalti di lavori pubblici, la non operatività delle informazioni a carico di una impresa non mandataria per le altre imprese associate quando vi sia stata estromissione o sostituzione: “se taluna delle situazioni indicate nell'articolo 10, comma 7, 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 10 della legge 31 maggio 1965, n. 575, e quelle di divieto di cui all'articolo 4, comma 6, del decreto legislativo n. 490 del 1994, non operano nei confronti delle altre imprese partecipanti quando la predetta impresa sia estromessa o sostituita anteriormente alla stipulazione del contratto o alla concessione dei lavori”.

L'ultimo capoverso della norma disciplina anche il caso in cui le informazioni pervengano successivamente alla stipulazione del contratto: “la sostituzione può essere effettuata entro trenta giorni dalla comunicazione delle informazioni del

prefetto qualora esse pervengano successivamente alla stipulazione del contratto o alla concessione dei lavori”.

Proprio come è avvenuto nel caso di specie.

Si tratta, tuttavia, di norma eccezionale, che non può essere suscettibile di applicazione analogica ad appalti di fornitura o di servizi.

Al riguardo, la scelta del legislatore di non prevedere l'applicabilità del citato art. 12 del D.P.R. n. 252/98 anche agli appalti di servizi, non risulta irragionevole ed incoerente con l'impianto normativo esistente il quale prevede maggiori garanzie per l'appalto di lavori pubblici ove vi sono una serie di strumenti (sistema di qualificazione SOA) non presenti nell'appalto di servizi.

Nello stesso senso si colloca la recente pronuncia di questo Consiglio citata nella determinazione dirigenziale di revoca impugnata, secondo cui legittimamente la stazione appaltante revoca l'aggiudicazione di una gara di appalto in favore di una riunione temporanea d'impresе, a seguito di una informativa antimafia interdittiva riguardante una delle imprese mandanti; in tale ipotesi, infatti, si deve escludere che la impresa capogruppo e mandataria, dotata della necessaria qualificazione, possa eseguire singolarmente l'appalto in forza dell'art. 12, d.p.r. n. 252 del 1998, atteso che quest'ultima disposizione, nella parte in cui prevede, per gli appalti di opere pubbliche, che se l'infiltrazione mafiosa interessa un'impresa diversa dalla mandataria di un'a.t.i., le cause di divieto o sospensione di cui all'art. 10, L. 575/65, e quelle di divieto di cui all'art. 4, comma 6, D.lgs. 490/94, “non operano nei confronti delle altre imprese partecipanti”, è inapplicabile in via analogica agli appalti di servizi, costituendo una disposizione eccezionale, avente portata derogatoria rispetto alla cause ostative di cui all'art. 10, comma 7, d. p. r. 252/98 e, soprattutto, rispetto al principio di immodificabilità soggettiva, in corso di gara o a valle del suo esaurimento, della compagine che abbia partecipato alla procedura di gara (Cons. St., Sez. V, 2 marzo 2009, n. 1148).

Posto, dunque, che interpretazioni analogiche dell'art. 12 del DPR 252/98 ad appalti di forniture o servizi non sono ipotizzabili, non resta che affermare il principio dell'immodificabilità soggettiva (anche alla luce della circostanza che la norma medesima disciplina l'ipotesi di informazioni antimafia che pervengano sia prima e sia dopo la stipula del contratto).

Aderendo invece all'interpretazione della sentenza appellata e ritenendo l'applicabilità incondizionata dell'art. 37, comma 19, del D. Lgs. 163/2006, più di una perplessità sorgerebbe, in una lettura combinata con le vigenti disposizioni dell'art. 12 del DPR 252/98, inserito in un contesto ove la regola è la immodificabilità soggettiva, derogabile se non a particolari condizioni e per i soli appalti di lavori.

Dunque, se la regola è l'immodificabilità soggettiva, la sua eccezione non può che essere disciplinata in maniera rigorosa.

Così l'art. 37 comma 19, se letto unitamente al precedente e speculare comma 18 (relativo al caso delle ipotesi interdittive legate al mandatario) differisce per la terminologia ivi utilizzata a proposito delle conseguenze derivanti dal verificarsi dell'evento interdittivo.

Se nel caso del comma 18 si afferma che la stazione appaltante "può" proseguire il rapporto di appalto, lasciando intendere che possa anche assumere diverse determinazioni, nel caso del comma 19 si dice che il (solo) mandante "è tenuto" alla esecuzione (evidentemente per non pregiudicare la continuità dell'appalto, in danno della collettività), senza nulla dire con riguardo alle determinazioni dell'Amministrazione (che potrebbe anche assumere, appunto, diverse determinazioni).

Precludere all'Amministrazione scelte diverse implicherebbe una disparità di trattamento tra conseguenze legate al sopravvenire delle medesime ipotesi interdittive.

Ciò soprattutto laddove, come nella specie, l'Amministrazione si sia precedentemente autodeterminata disciplinando nel capitolato speciale e nel contratto proprio la fattispecie del sopraggiungere della causa interdittiva.

Nel caso di specie infatti il rapporto contrattuale intercorso con Controinteressata era fin dal suo sorgere (1 ottobre 2008) sottoposto alla condizione risolutiva ed operante al verificarsi di uno degli eventi specificamente indicati all'art. 13 dello stesso contratto ("qualora gli accertamenti antimafia presso le Prefetture competenti risultassero positivi"), in conformità al disposto dell'art. 14 del capitolato speciale d'appalto (che prevede la risoluzione del contratto ex art. 1456 c.c. in caso di accertamenti antimafia positivi).

Infine, come giustamente osservato dall'appellante, ammettere, come ha fatto la sentenza impugnata, l'applicabilità al caso di specie dell'art. 37 comma 19 novellato significa consentire a Controinteressata di gestire un servizio, che in base all'offerta formulata avrebbe dovuto essere prestato dalla azienda nei confronti della quale sono state accertate procedure antimafia interdittive.

Nel caso di specie si tratta di offerta formulata da un' A.T.I. verticale, con specifiche ripartizioni delle parti del servizio appaltato, per cui, anche a voler aderire alla tesi circa l'applicabilità del citato art. 37, occorrerebbe, comunque, previamente verificare, in concreto, se Controinteressata sia materialmente in grado di offrire i medesimi servizi già offerti dall'azienda per la quale sono state accertate le predette procedure interdittive, tenendo conto che si tratta di un appalto caratterizzato non solo da competenze con specificità tali da non poter essere facilmente sostituite, ma da una copertura territoriale del servizio particolarmente ampia, ricomprendente l'intero territorio della ASL Benevento 1, nei singoli domicili degli utenti.

In conclusione, per i suesposti motivi, l'appello proposto dall'A.T.I. Ricorrente è fondato e deve essere accolto e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, deve essere respinto il ricorso di primo grado proposto dall'A.T.I. Controinteressata.

Stante la particolarità della vicenda, sussistono giusti motivi per disporre l'integrale compensazione fra le parti delle spese, diritti ed onorari del presente grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, accoglie l'appello e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, respinge il ricorso di primo grado.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 19 febbraio 2010 con l'intervento dei Signori:

Gianpiero Paolo Cirillo, Presidente FF

Cesare Lamberti, Consigliere

Carlo Saltelli, Consigliere

Roberto Chieppa, Consigliere

Nicola Russo, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Il Segretario

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 23/06/2010

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

Il Dirigente della Sezione