



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 il Lazio

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 8630 del 2014, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

3A Progetti s.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avv. Lucrezia Vaccarella, con domicilio eletto presso lo studio del difensore, in Roma, Via Piave, 52;

contro

Roma Capitale, rappresentata e difesa dall'avv. Antonio Graziosi, con il quale domicilia in Roma, Via Tempio di Giove, 21, presso l'Avvocatura capitolina;

nei confronti di

Rubner Holzbau Sud s.p.a., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avv. Roberto Ficcardi, con domicilio *ex lege* presso la Segreteria del TAR Lazio, Roma;

per l'annullamento

della determinazione dirigenziale n. 615 del 26 maggio 2014, avente

ad oggetto “Revoca in autotutela dell’aggiudicazione definitiva disposta con determinazione dirigenziale n. 1990 del 18 novembre 2011 dell’appalto per l’affidamento della fornitura e posa in opera di prefabbricati da adibire a ricovero dei cavalli, delle botticelle e dei servizi di pertinenza per il trasferimento temporaneo delle carrozzelle nell’area dell’ex Galoppatoio di Villa Borghese – Municipio II”, comunicata alla ricorrente il 30 maggio 2014;

- di ogni altro atto prodromico e/o successivo;

- nonché per l’annullamento dei seguenti atti impugnati con motivi aggiunti:

1) determinazione dirigenziale n. 707 del 17 giugno 2014 avente ad oggetto “Appalto per l’affidamento della fornitura e posa in opera di prefabbricati da adibire a ricovero dei cavalli, delle botticelle e dei servizi di pertinenza per il trasferimento temporaneo delle carrozzelle nell’area dell’ex Galoppatoio di Villa Borghese – Municipio II – Riapprovazione del progetto definitivo e del relativo quadro economico – Indizione di gara con procedura negoziata ai sensi dell’art. 57, comma 2, lett. c) del d.lgs. n. 163/2006”;

2) del verbale unico della seduta pubblica di svolgimento della procedura negoziata del 27 giugno 2014 e dell’aggiudicazione provvisoria ivi disposta in favore di Rubner Holzbau Sud s.p.a.;

3) delle “comunicazioni inviate agli interessati con note assunte al protocollo Dipartimento Sviluppo Infrastrutture e Manutenzione Urbana n. 27039 del 12 giugno 2014”, con le quali sono stata invitata

- 13 imprese alla procedura negoziata di contenuto non noto;
- 4) della determinazione dirigenziale n. 473 del 18.4.2014, di rimodulazione del quadro economico, di contenuto non noto;
 - 5) del disciplinare di gara, di data e contenuto sconosciuti, di cui è fatta menzione nel verbale unico di gara del 27 giugno 2014;
 - 6) della determinazione dirigenziale n. 545 del 13.5.2014, di contenuto non noto, di approvazione di perizia di variante tecnica e suppletiva, relativa all'appalto per la localizzazione temporanea delle botticelle nell'area dell'ex galoppatoio di Villa Borghese, Municipio II, per un importo di euro 151.000,28, completa di disegni, computo metrico – estimativo e quadro di raffronto;
 - 7) dell'eventuale provvedimento di aggiudicazione definitiva, qualora nelle more predisposto;
 - 8) per quanto occorrer possa della determina n. 734 del 26 giugno 2014, di nomina della Commissione di gara, il cui testo è altrettanto non noto;
- di ogni altro atto prodromico e/o successivo.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Roma Capitale e di Rubner Holzbau Sud S.p.A.;

Viste le memorie difensive;

Visti atti tutti della causa;

Relatore alla pubblica del giorno 9 gennaio 2015 il Cons. Silvia Martino;

Uditi gli avv.ti, come da verbale:

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

1. Espone parte ricorrente che, con bando di gara del 10 maggio 2011, Roma Capitale indiceva la procedura aperta per l'affidamento della fornitura e posa in opera di prefabbricati da adibire a ricovero dei cavalli, delle botticelle e dei servizi di pertinenza per il trasferimento temporaneo delle carrozzelle nell'area dell'ex Galoppatoio di Villa Borghese, Municipio II.

La fornitura veniva aggiudicata alla 3A Progetti s.p.a., unica partecipante, in avvalimento con Eurometal di Michelozzo Enrico, per l'importo di euro 460.170,00, comprensivo di oneri di sicurezza per euro 7.500,00.

Malgrado l'aggiudicazione definitiva, disposta con determina n. 1990 del 18 novembre 2011, l'amministrazione non stipulava il contratto d'appalto. Nelle more l'affidataria, su richiesta della committente, datata 20 gennaio 2012, aveva rilasciato la cauzione definitiva e pagato le spese contrattuali, pari ad euro 3.138,00 (comunicazioni 3A del 31 gennaio 2012 e 22 ottobre 2012).

Con nota dell'11 marzo 2014, l'odierna ricorrente comunicava all'amministrazione di avere presentato istanza di ammissione al concordato ex art. 161, comma 6, della legge fallimentare, a seguito della quale il Tribunale assegnava il termine del 5 luglio 2014 per il deposito della proposta concordataria.

Il successivo 28 marzo l'aggiudicataria comunicava il nominativo del Commissario nominato e il 31 marzo la variazione della ragione sociale da s.p.a. a s.r.l..

In seguito Roma Capitale, pure pienamente edotta degli eventi che avevano interessato l'aggiudicataria, chiedeva alla 3A Progetti la conferma dell'offerta.

Con nota del 2 maggio 2014 la società, pur instando perché l'amministrazione valutasse l'aggiornamento dei costi, confermava la propria offerta e allegava la conferma di avvalimento da parte di Eurometal.

Il 20 maggio 2014, con nota prot. n. 23350, ricevuta dalla ricorrente il 22 maggio, Roma Capitale comunicava l'avvio del procedimento di revoca dell'aggiudicazione definitiva, ai sensi dell'art. 7 della l. n. 241/90.

A sostegno della sopravvenuta opportunità di revocare l'aggiudicazione, l'Ente adduceva, sostanzialmente, l'incompatibilità con la presunta urgenza di dare corso alla fornitura delle tempistiche occorrenti alle verifiche da disporre ex art. 116 del d.lgs. n. 163/2006 e di quelle necessarie per ottenere la "presunta" autorizzazione del giudice fallimentare alla stipula del contratto, cui si aggiungeva l'asserita carenza di garanzie derivanti dall'istanza di ammissione al concordato.

La società contestava siffatte argomentazioni con nota del 30 maggio 2014, in ordine alla quali però, l'amministrazione odierna resistente

nulla controdeduceva.

Avverso il provvedimento di revoca, 3A Progetti è quindi insorta con il presente ricorso, in particolare deducendo:

1) VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEGLI ARTT. 7, 8, 9 E 10 DELLA L. N. 241/990, VIOLAZIONE DELL'ART. 21-QUINQUIES DELLA L. N. 241/90. CONTRADDITTORIETÀ. DIFETTO DI ADEGUATA ISTRUTTORIA.

Nel caso di aggiudicazione definitiva, l'interessato gode di una posizione giuridica stabile e di un affidamento qualificato.

La comunicazione di avvio del procedimento prevista dall'art. 7 della l. n. 241/90 è preordinata ad un effettivo contraddittorio, laddove, nella fattispecie, l'amministrazione capitolina si è limitata ad un mero adempimento formale e ha concluso il procedimento senza puntualmente controdedurre in ordine agli argomenti offerti dalla ricorrente.

Il comportamento dell'amministrazione sarebbe comunque contraddittorio in quanto essa pur edotta sin dall'11 marzo 2014 delle vicende che avevano interessato l'aggiudicataria, si era comunque determinata, in un primo momento, a richiedere la conferma dell'offerta presentata in gara, mostrando così di non attribuire a tali eventi natura ostativa alla stipulazione del contratto.

2) VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 21 – QUINQUIES; VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 161, COMMA 6, DELLA L. FALLIMENTARE;

INSUSSISTENZA DEI PRESUPPOSTI; INADEGUATEZZA DELL'ISTRUTTORIA; VIOLAZIONE DEL PRINCIPIO DI AFFIDAMENTO E DEL PRINCIPIO DI PROPORZIONALITÀ DELL'AZIONE AMMINISTRATIVA. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 116 DEL D.LGS. N. 163/2006. ILLOGICITÀ MANIFESTA.

L'affermazione dell'amministrazione - secondo cui la presentazione dell'istanza di concordato, ex art. 161, comma 6, della l. fallimentare non garantisce la stazione appaltante circa la corretta esecuzione della fornitura - evidenzerebbe come, in realtà, l'amministrazione abbia inteso sostituirsi a valutazioni di competenza esclusiva del giudice fallimentare.

La società sottolinea, comunque, di avere le risorse occorrenti all'esecuzione della fornitura tramite la ditta ausiliaria, che ha confermato la validità del contratto di avvalimento e, conseguentemente, l'assunzione dei relativi obblighi nei confronti della committente.

Essa invoca, altresì, le innovazioni introdotte in materia di concordato preventivo dal d.l. n. 82 del 21.6.2012. Tali norme intendono assicurare l'effettiva possibilità, per l'impresa che sin dal primo momento manifesti seriamente tale attitudine, di continuare la propria attività, anticipando gli effetti della misura richiesta.

L'imprenditore, pertanto, può compiere autonomamente tutti gli atti afferenti la gestione ordinaria dell'impresa, tra i quali, secondo la

ricorrente, figura anche stipulazione del contratto d'appalto, senza necessità di autorizzazione del Tribunale fallimentare.

L'amministrazione ha poi ritenuto doversi fare applicazione dell'art. 116 del Codice dei contratti, laddove, invece, la fattispecie è regolata dall'art. 51 del medesimo testo normativo, il quale non impone altra verifica alla stazione appaltante se non l'accertamento del possesso, in capo al soggetto risultante dalla modifica, dei requisiti di ordine generale e speciale.

La società evidenzia ancora che neppure potrebbe rilevare il fatto che essa abbia richiesto un aggiornamento dei costi, poiché tale evenienza non è comunque di ostacolo alla conferma della propria offerta.

Non sussisterebbero, altresì, le ragioni di urgenza rappresentate dall'amministrazione capitolina in quanto, come la ricorrente ha potuto appurare a seguito di sopralluogo, l'area destinata ad ospitare le strutture prefabbricate, ancora in data 30 maggio 2014, non era stata approntata.

Neppure rileverebbe l'intervenuta disponibilità finanziaria poiché lo svolgimento di una nuova procedura richiederebbe comunque tempi tali da non potersi concludere prima del 5 luglio 2014, data in cui il Tribunale fallimentare ha fissato il termine ultimo per la presentazione della proposta. Sicché l'amministrazione avrebbe potuto acquisire tale proposta, corredata della pertinente documentazione, in un termine certamente inferiore a quello

occorrente per l'indizione di una nuova procedura di evidenza pubblica.

La società, rappresenta, infine, che un' ulteriore ragione di illegittimità è costituita dal fatto che, pur avendo operato ai sensi dell'art. 21 –*quinquies* della l. n. 241/90, l'amministrazione capitolina non ha previsto alcun indennizzo in suo favore.

Conclude affinché questo Tribunale annulli gli atti impugnati e disponga il risarcimento in forma specifica, ovvero per equivalente.

Si è costituita, per resistere, l'amministrazione capitolina, depositando memoria e documenti.

La ricorrente ha poi esteso l'impugnazione agli atti con cui l'amministrazione ha "riapprovato il progetto definitivo", unitamente al relativo quadro economico, dell'appalto per fornitura e posa in opera dei prefabbricati di cui si verte, nonché proceduto ad indire una procedura negoziata ai sensi dell'art. 57, comma 2, lett. c) d.lgs. n. 163/2006. Ha impugnato, altresì, l'aggiudicazione provvisoria disposta in favore della società Rubner Holzbau Sud s.p.a..

Avverso tali atti 3A Progetti propone le seguenti censure:

1) VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 37, COMMA 2, DEL D.LGS. N.33/2013; VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 122, COMMA 7 E DELL'ART. 57, COMMA 6, DEL D.LGS. N. 163/2006.

Parte ricorrente evidenzia che, anche quando l'amministrazione procede ad affidare lavori, servizi e forniture in assenza di gara

pubblica, è tenuta a pubblicare la delibera a contrarre quale atto sostitutivo del bando di gara.

La determina a contrarre n. 707 del 17 giugno 2014 non ha formato oggetto di pubblicazione ai sensi delle norme in rubrica, le quali prevedono un obbligo di pubblicità distinto ed ulteriore rispetto agli obblighi di pubblicità legale imposti dal codice degli appalti.

2) VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 57, COMMA 1, E COMMA 2, LETT. C), NONCHÉ DELL'ART. 122, COMMA 7, DEL D.LGS. N. 163/2006; INSUSSISTENZA DEI PRESUPPOSTI, CARENZA DI ISTRUTTORIA, CARENZA E INADEGUATEZZA DELLA MOTIVAZIONE; VIOLAZIONE DEI PRINCIPI DI TRASPARENZA, IMPARZIALITÀ, CONCORRENZA, PARITÀ DI TRATTAMENTO; VIOLAZIONE DEL PRINCIPIO DI PROPORZIONALITÀ.

Salvo il richiamo alla volontà manifestata dal Sindaco di procedere con “estrema urgenza” non vi è traccia nella determina a contrarre di eventi sopravvenuti ed imprevedibili, tali da risultare oggettivamente incompatibili con i tempi imposti dalle procedure ordinarie.

Anche nell'ipotesi in cui l'amministrazione abbia inteso operare ai sensi dell'art. 122, comma 7, in rubrica, parte ricorrente ricorda che, secondo quanto ritenuto anche dall'Anac (determinazione n. 2 del 6 aprile 2011), siffatte disposizioni non escludono la necessità di adeguata motivazione della scelta della procedura negoziata.

3) VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 192

DEL D.LGS. N. 267/2000 E DELL'ART. 11, COMMA 2, DEL CODICE DEGLI APPALTI IN RELAZIONE ALL'ART. 57, CO. 1, CO. 2 LETT. C) E COMMA 6 ED ALL'ART. 122, COMMA 7; VIOLAZIONE DEI PRINCIPI DI TRASPARENZA, MASSIMA CONCORRENZA ED IMPARZIALITÀ DELL'AGIRE AMMINISTRATIVO; VIOLAZIONE DEL PRINCIPIO DI TIPICIITÀ E DI GIUSTO PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO; CARENZA ASSOLUTA DI MOTIVAZIONE; NULLITÀ.

Dal confronto tra il verbale di gara e la determina a contrarre, la società deduce che le imprese da invitare erano state individuate prima ancora dell'adozione della determina a contrarre, in violazione dell'art. 11, comma 2, del codice dei contratti e delle ulteriori norme indicate in rubrica.

3) VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 57, COMMA 2, LETT. C), DELL'ART. 57, COMMA 2, LETT. 6, E DELL'ART. 122, COMMA 7 DEL CODICE DEGLI APPALTI. CARENZA ASSOLUTA DI MOTIVAZIONE; VIOLAZIONE DEI PRINCIPI DI CONCORRENZA, TRASPARENZA E NON DISCRIMINAZIONE, PARITÀ DI TRATTAMENTO, PROPORZIONALITÀ DELL'AGIRE AMMINISTRATIVO; CONTRADDITTORIETÀ.

Con il nuovo procedimento, l'amministrazione ha inspiegabilmente richiesto ai potenziali contraenti il possesso della categoria OS32

“strutture in legno” a qualificazione non obbligatoria, necessaria quando l'appalto abbia ad oggetto lavori pubblici e non forniture sebbene accompagnate dalla prestazione accessoria, di posa in opera. L'importo della fornitura corrisponde all'importo di aggiudicazione offerto dalla 3A Progetti nella precedente gara, incrementato dell'importo della perizia di variante.

In relazione a tale variante, l'amministrazione non ha richiesto la qualificazione in alcuna categoria di lavoro. Pertanto, a parità di oggetto e di importo (non rilevando a tale fine l'incremento della variante), l'amministrazione avrebbe immotivatamente richiesto il possesso della qualifica OS32 e trasformato, di fatto, la natura del contratto da appalto di fornitura ad appalto di lavori, con ciò ingiustificatamente riducendo la griglia dei potenziali partecipanti alla procedura.

Inoltre, non risulterebbero chiari l'oggetto e la natura delle prestazioni aggiuntive approvate con la determina n. 548 del 13 maggio 2014, né, comunque, sarebbero motivate le ragioni che abbiano indotto a modificare i requisiti di qualificazione richiesti.

Ove poi il progetto originario abbia subito modificazioni tali da trasformare la fornitura in un appalto di lavori, risulterebbe ancora più carente di motivazione la scelta di ricorrere alla procedura negoziata senza pubblicazione del bando, perché le innovazioni adottate non consentirebbero alcuna continuità con la gara precedente.

Conclude parte ricorrente per l'annullamento degli atti impugnati.

Chiede altresì che venga dichiarata l'inefficacia del contratto eventualmente stipulato ai sensi dell'art. 121, comma 1, lett. b) c.p.a., o, in subordine, che vengano applicate le sanzioni alternative di cui all'art. 123, c.p.a..

Si sono costituite, per resistere ai motivi aggiunti, Roma Capitale e la società controinteressata.

Con ordinanza n. 4035 del 4.9.2014, è stata respinta l'istanza cautelare.

Le parti resistenti hanno depositato memorie conclusionali, in vista della pubblica udienza del 9.1.2015, alla quale il ricorso, e i motivi aggiunti, sono stati trattenuti per la decisione.

2. Il ricorso principale concerne la revoca, in via di autotutela, dell'aggiudicazione definitiva, disposta con precedente d.d. n. 1990 del 15.11.2011, dell'appalto per la "fornitura e posa in opera di prefabbricati da adibire a ricovero dei cavalli, delle botticelle, e dei servizi di pertinenza per il trasferimento temporaneo delle carrozzelle nell'area dell'ex Galoppatoio di Villa Borghese. Municipio II".

All'uopo l'amministrazione ha evidenziato che, dopo avere reperito la necessaria disponibilità finanziaria, in precedenza inibita dal Patto di stabilità, ha inizialmente richiesto all'impresa ricorrente (la quale, nel frattempo, aveva presentato istanza di concordato preventivo in continuità, ai sensi dell'art. 161, comma 6, della legge fallimentare), di "esprimersi in merito alla conferma dell'offerta presentata in sede di

gara”.

La società, pur confermando l’offerta presentata in sede di gara, ha tuttavia contestualmente richiesto la revisione dei costi della manodopera.

L’amministrazione mette altresì in luce che, nel frattempo, “il Gabinetto del Sindaco ha più volte evidenziato l’estrema urgenza di procedere alla esecuzione degli interventi preventivati, stante l’intervenuta necessità di restituire, con immediatezza, all’originaria destinazione i luoghi ancora oggi provvisoriamente destinati al ricovero delle ‘botticelle’”.

Sulla scorta di un parere reso dall’Avvocatura capitolina ha poi rilevato che la nota di “conferma” inviata dalla società ricorrente, anche a non considerare la richiesta di aggiornamento dei costi, “non può comunque essere valutata se non prima della verifica di cui all’art. 116 del d.lgs. n. 163/2006 nei confronti della società ora trasformata” e che, comunque, “la tempistica connessa alle procedure di concordato preventivo avviate dalla società 3A Progetti s.r.l. espongono l’esecuzione del contratti in argomento ad una durata non preventivabile, anche in conseguenza del possibile esito negativo della procedura concordataria, in violazione dei principi di economicità, efficacia e tempestività dell’azione amministrativa”.

Roma Capitale ha quindi concluso che “i tempi connessi alle procedure suddette sono incompatibili con il sopravvenuto interesse pubblico a realizzare l’opera in argomento”, determinandosi pertanto

a provvedere “ai sensi dell’art. 21- quinquies della l. n. 241/90”.

2.1. I vizi di carattere procedimentale dedotti sono infondati.

Va infatti ricordato che, secondo una consolidata giurisprudenza, il dovere di esame delle memorie prodotte dall’interessato a seguito della comunicazione di avvio del procedimento non comporta la necessità di confutazione analitica delle allegazioni presentate, “purché il provvedimento finale sia corredato da una motivazione che renda nella sostanza percepibili le ragioni del mancato adeguamento dell’azione amministrativa a quelle osservazioni” (così, *ex plurimis*, Cons. St., sez. VI, sentenza n. 3355 del 3.7.2014).

Ad ogni buon conto, trattandosi di un vizio relativo alla fase di interlocuzione del procedimento preordinato all’adozione di un atto di natura discrezionale, trova applicazione l’art. 21-*octies* della l. n. 241/90, secondo cui il provvedimento non può essere annullato “qualora l’amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato”.

Nel caso di specie, il provvedimento impugnato appare infatti immune dalle critiche di carattere sostanziale svolte in sede giurisdizionale, del tutto omologhe, peraltro, a quelle dedotte in sede procedimentale.

2.2. Nel merito, tra le ragioni addotte dall’amministrazione a sostegno della decisione di revocare l’aggiudicazione, appare invero al Collegio sufficiente quella relativa alla sopravvenuta incertezza in

ordine alla possibilità di pervenire in tempi ragionevoli alla stipulazione, nonché corretta esecuzione del contratto in precedenza aggiudicato all'impresa ricorrente.

Al riguardo valga quanto segue

Ai sensi dell'art. 38 comma 1 lett. a), d.lg. 12 aprile 2006 n. 163, come modificato dall'art. 33 comma 2 d.l. 22 giugno 2012 n. 83, conv. con modificazioni dalla l. 7 agosto 2012 n. 134, è vietata la partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, di affidamento di subappalti e la stipula dei relativi contratti ai soggetti “che si trovano in stato di fallimento, di liquidazione coatta, di concordato preventivo, salvo il caso di cui all'articolo 186-bis del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, o nei cui riguardi sia in corso un procedimento per la dichiarazione di una di tali situazioni”.

La norma di cui all'art. 186 *-bis* della legge fallimentare, introdotta dall'art. 33, comma 1, lett. h), d.l. 22 giugno 2012, n. 83, convertito, con modificazioni, dalla L. 7 agosto 2012, n. 134, disciplina il concordato con continuità aziendale, ossia l'ipotesi in cui il concordato preventivo contempra la prosecuzione dell'attività di impresa da parte del debitore ovvero la cessione o il conferimento in una o più società dell'azienda in esercizio.

All'uopo, giova riportare l'analisi compiuta dal Consiglio di Stato, in un precedente per certi versi assimilabile al caso di specie (Cons. St., sez.III, sentenza n. 101 del 14.1.2014).

La norma prevede che, fermo quanto previsto nell'articolo 169 - bis (vale a dire la possibilità di richiedere al giudice l'autorizzazione allo scioglimento o alla sospensione di un contratto in corso di esecuzione), “i contratti in corso di esecuzione alla data di deposito del ricorso, anche stipulati con pubbliche amministrazioni, non si risolvono per effetto dell'apertura della procedura” e che “l'ammissione al concordato preventivo non impedisce la continuazione di contratti pubblici se il professionista designato dal debitore di cui all'articolo 67 ha attestato la conformità al piano e la ragionevole capacità di adempimento”.

Precisa inoltre il comma 5, che “L'ammissione al concordato preventivo non impedisce la partecipazione a procedure di assegnazione di contratti pubblici, quando l'impresa presenta in gara:

- a) una relazione di un professionista in possesso dei requisiti di cui all'articolo 67, terzo comma, lettera d), che attesta la conformità al piano e la ragionevole capacità di adempimento del contratto;
- b) la dichiarazione di altro operatore in possesso dei requisiti di carattere generale, di capacità finanziaria, tecnica, economica nonché di certificazione, richiesti per l'affidamento dell'appalto, il quale si è impegnato nei confronti del concorrente e della stazione appaltante a mettere a disposizione, per la durata del contratto, le risorse necessarie all'esecuzione dell'appalto e a subentrare all'impresa ausiliata nel caso in cui questa fallisca nel corso della gara ovvero dopo la stipulazione del contratto, ovvero non sia per qualsiasi

ragione più in grado di dare regolare esecuzione all'appalto”.

La norma richiamata dal cit. art. 38, co. 1, lett. a) del codice dei contratti è chiara nel disporre che la “ammissione” al concordato preventivo con continuità aziendale non preclude, a determinate condizioni, la partecipazione a gare pubbliche né la continuazione dei contratti in corso con amministrazioni pubbliche, mentre la sola presentazione della relativa domanda non comporta la risoluzione del contratto in corso e, ove seguita dall'ammissione ed accompagnata da quelle determinate condizioni, ne consente la continuazione.

In particolare, per quanto riguarda la partecipazione a nuove procedure di affidamento, secondo il Consiglio di Stato, non è dubbio che la norma include tra gli effetti dell'ammissione al concordato con continuità aziendale, alle dettate condizioni, il ripristino del requisito di cui trattasi; specularmente, deve ritenersi che la stessa norma escluda un effetto siffatto nel periodo intercorrente tra il deposito della relativa istanza ricorso ed il decreto del Tribunale conclusivo del procedimento di ammissione (artt. 162 o 163 l.f.).

Il disposto del ripetuto art. 38, co. 1, lett. a), “conferma puntualmente siffatta conclusione, laddove fa "salvo il caso di cui all'articolo 186bis" della legge fallimentare ponendone il relativo inciso tra la prevista preclusione per le imprese che versino nello stato di fallimento, liquidazione coatta e concordato preventivo e la

disposizione che equipara tali imprese a quelle in cui sia in corso il procedimento per la dichiarazione di tali situazioni. Più precisamente, l'inciso "salvo il caso di cui all'art 186bis" fa seguito all'elencazione dei soggetti esclusi in quanto " si trovano in stato (...) di concordato preventivo", quindi si riferisce al soggetto che "si trova" nello stato di concordato preventivo con continuità aziendale, cioè nei cui confronti il tribunale abbia dichiarato detto stato ai sensi dell'art. 163 l.f.; lo stesso inciso è conchiuso, precede ed è separato con virgola dalla successiva dizione "o nei cui riguardi sia in corso un procedimento per la dichiarazione di una di tali situazioni", cioè degli ulteriori soggetti esclusi, tra i quali, dunque, rientra l'impresa nei cui riguardi sia in corso il procedimento per l'anzidetta dichiarazione. Vale a dire che, diversamente (ed a prescindere dall'inequivoco testo dell'art. 186 bis l.f. a cui fa rinvio), la norma sarebbe stata formulata ponendo l'inciso derogatorio al termine della disposizione, mentre, poiché la disgiuntiva "o" è collocata dopo ed al di fuori della deroga, la deroga stessa non comprende l'ipotesi in cui sia pendente la procedura per l'ammissione al concordato con continuità aziendale. Inoltre, trattandosi appunto di deroga all'ordinario regime dei requisiti di carattere generale (i quali, com'è noto, devono sussistere al momento della scadenza del termine per la presentazione delle domande di partecipazione alla gara e permanere per tutta la durata dell'appalto), non ne è consentito il superamento del dato letterale mediante un'interpretazione estensiva [...] peraltro non autorizzata

neppure dalla ratio legis desumibile dalla normativa in parola [...]. Difatti, da un lato appare evidente che in fase esecutiva dei contratti pubblici, nel vietare la risoluzione automatica dei contratti in corso per effetto del deposito del ricorso che dà inizio al particolare procedimento in discorso, il d.l. n. 83 del 2012 mira a consentire alle imprese in crisi, le quali abbiano iniziato e diligentemente coltivato il relativo procedimento fino a conseguire "l'ammissione", di continuare - a precisate, ulteriori condizioni - l'esecuzione del contratto (co. 3 dell'art. 186 bis), in tal modo agevolando la possibilità che esse pervengano a soddisfare (sia pur parzialmente) i creditori e nel contempo a superare la crisi anche a salvaguardia delle risorse già impiegate e dell'occupazione dei lavoratori già impegnati. Dall'altro lato, è ugualmente evidente che, nella anteriore fase dello svolgimento della gara e fino alla stipulazione del contratto, in cui non vi sono lavori, servizi o forniture in corso né lavoratori già impegnati, tale normativa ha inteso trovare un punto di equilibrio tra: (a) - la tutela dell'impresa ammessa al concordato ai sensi dell'art. 163 l.f. (in ordine alla quale è stata quindi già accertata la ricorrenza dei presupposti che le rendano possibile evitare il fallimento e continuare la propria attività, perciò anche portare regolarmente a termine l'eventuale contratto con la p.a.), che intenda partecipare alla nuova gara e che fornisca alla stazione appaltante le ulteriori garanzie di legge (rappresentate dalla relazione del professionista e dall'impegno di altro operatore: co. 4),

(b) - la tutela dell'interesse pubblico specifico alla realizzazione dei lavori o all'acquisizione dei beni o servizi oggetto di quell'appalto, sotteso alla procedura di gara, inibendo alla stessa stazione appaltante di ammettere a gara e di affidare l'appalto stesso ad un soggetto di cui sia ancora dubbia l'idoneità ad eseguire il contratto per aver solo inoltrato un'istanza della quale sia incerto l'esito positivo di cui al cit. art. 163 l.f., ben potendo quell'istanza dar luogo al provvedimento dichiarativo dell'inammissibilità della proposta concordataria previsto dall'art. 162 l.f., con conseguente nocumento al detto interesse pubblico specifico.

In altri termini, le modifiche alla legge fallimentare ed all'art. 38 del codice dei contratti introdotte dal d.l. n. 83 del 2012, come convertito, conciliano le esigenze di salvaguardia delle imprese in crisi, nel quadro del sostegno e dell'impulso al sistema produttivo del Paese tesi a fronteggiare l'attuale situazione generale di congiuntura economico finanziaria e sociale, con le esigenze di pari spessore del conseguimento effettivo degli obiettivi di stabilità e di crescita. E ciò evidentemente anche attraverso la sostanziale conferma, pure con riguardo al concordato preventivo con continuazione di cui all'art. 186 bis l.f. ed eccettuata l'unica ipotesi ivi prevista della "ammissione" già intervenuta, dei principi fondamentali dell'attività di scelta del contraente della p.a.; principi posti dall'art. 2 del codice dei contratti pubblici, secondo cui "L'affidamento e l'esecuzione di opere e lavori pubblici, servizi e forniture, ai sensi del presente

codice, deve garantire la qualità delle prestazioni e svolgersi nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza; l'affidamento deve altresì rispettare i principi di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità..." [...]"

La normativa di cui all'art. 186-*bis* della l.f., analizzata nella suddetta sentenza ha, invero, subito una ulteriore modifica per effetto dall' art. 13, comma 11-bis, d.l. 23 dicembre 2013, n. 145, convertito, con modificazioni, dalla l. 21 febbraio 2014, n. 9, che vi ha inserito un comma del seguente tenore "Successivamente al deposito del ricorso, la partecipazione a procedure di affidamento di contratti pubblici deve essere autorizzata dal tribunale, acquisito il parere del commissario giudiziale, se nominato; in mancanza di tale nomina, provvede il tribunale".

Anche tale nuova disciplina, a parere del Collegio, conferma che la partecipazione alle pubbliche gare delle imprese in attesa dell'approvazione della proposta di concordato con continuità aziendale, non è un atto di ordinaria amministrazione e deve essere autorizzata dal Tribunale fallimentare.

A tale prescrizione non si sottrae certamente la stipulazione del contratto che costituisce, ad un tempo, il segmento terminale della procedura di evidenza pubblica e quello iniziale della sequenza negoziale.

Nel caso che occupa, è invero rimasta incontestata la circostanza che,

nel momento in cui l'amministrazione capitolina ha avuto la possibilità di finanziare la fornitura di cui si controverte, e quindi di portare a compimento l'intervento progettato, la società ricorrente non aveva ottenuto l'autorizzazione del Tribunale fallimentare necessaria alla stipulazione del contratto.

Non vi è nemmeno prova che essa avesse fornito all'amministrazione la documentazione prevista dall'art. 186- *bis*, comma 5, l.f., in precedenza citato. Al riguardo, è ad esempio agevole rilevare che la dichiarazione di Eurometal, versata in atti, risulta essere soltanto la conferma dell'avvalimento prestato in sede di gara e che la stessa non contiene alcun riferimento agli specifici impegni richiesti dalla legge fallimentare.

2.3. Con un ulteriore ordini di rilievi, 3A Progetti ha poi stigmatizzato la circostanza che il provvedimento di revoca non faccia alcun riferimento all'indennizzo previsto dall'art. 21 –*quinquies*, della l. n. 241/90.

A parere del Collegio tale circostanza, di per sé, non rende illegittima la revoca, restando comunque impregiudicata la possibilità per la società di chiederne la liquidazione, secondo i parametri previsti dalla norma, e, comunque, di azionare la relativa pretesa patrimoniale innanzi a questo stesso giudice amministrativo, che potrà scrutinarne i presupposti e/o la corretta quantificazione (cfr. Cons. St., sez. IV, sentenza n. 689 del 9.2.2012).

2.4. Per quanto appena argomentato, il ricorso principale deve essere

respinto.

3 I motivi aggiunti, così come dedotto dalla società controinteressata, sono inammissibili per difetto di legittimazione ad agire e, comunque, per carenza di interesse.

3.1. Va premesso che la società ha impugnato con motivi aggiunti la nuova procedura indetta dall'amministrazione, non già in via di invalidità derivata, bensì per vizi propri, in quanto, attraverso l'utilizzo della procedura negoziata, essa avrebbe eluso le garanzie proprie dell'evidenza pubblica.

E' noto che, nelle pubbliche gare, è meritevole di tutela anche il solo interesse strumentale alla riedizione della procedura, ma ciò viene ammesso sempre che sussistano in concreto ragionevoli possibilità di ottenere l'utilità richiesta e sempre che vi sia un interesse connesso ad un "indice di lesività specifico e concreto" (Cons. Stato, sez. III, 5.2.2014 n. 571), non potendosi ammettere che l'annullamento a fini strumentali si trasformi in una sorta di giurisdizione di diritto oggettivo.

In altri termini, l'eventuale interesse pratico alla rinnovazione della gara non comporta da solo la titolarità di una posizione giuridica fondante la legittimazione al ricorso, atteso che tale interesse non si distingue da quello che potrebbe vantare qualsiasi operatore del settore che aspiri a partecipare ad una futura selezione.

Orbene, nel caso di specie, le stesse circostanze che hanno indotto l'amministrazione a revocare l'aggiudicazione definitiva della gara

bandita nel 2011, consentono tranquillamente di affermare che, quantomeno alla data di proposizione dei motivi aggiunti, la ricorrente non era sicuramente in grado di partecipare all'eventuale gara pubblica che l'amministrazione avesse deciso di indire in luogo della procedura negoziata.

Come già evidenziato, a tale data, essa non aveva conseguito né l'approvazione della proposta di concordato, né l'autorizzazione del Tribunale fallimentare a partecipare a nuove procedure di affidamento. In tale condizione, a quanto consta al Collegio, essa versava ancora all'atto del passaggio in decisione dei motivi aggiunti, di talché è agevole concludere che anche una eventuale decisione di annullamento della procedura negoziata non potrebbe in alcun modo giovarle.

Per tale ragione, i motivi aggiunti debbono essere dichiarati inammissibili.

4. Appare equo, infine, in relazione alle peculiarità della vicenda contenziosa, disporre l'integrale compensazione tra le parti delle spese di giudizio e degli onorari di difesa.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, sede di Roma, sez. II[^], definitivamente pronunciando sul ricorso e i motivi aggiunti di cui in premessa, così provvede:

- 1) respinge il ricorso principale;
- 2) dichiara inammissibili i motivi aggiunti.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 9 gennaio 2015 con l'intervento dei magistrati:

Filoreto D'Agostino, Presidente

Silvia Martino, Consigliere, Estensore

Roberto Caponigro, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 02/02/2015

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)