

SOLUZIONI ESAME 2024

ATTO GIUDIZIARIO IN MATERIA DI DIRITTO AMMINISTRATIVO

Il comune di Zeta pubblica un bando di gara per l'affidamento del servizio di refezione della scuola di infanzia locale.

Alla procedura partecipano due diverse RTI: RTI Omega e RTI Delta.

All'esito della gara l'appalto viene aggiudicato dall'RTI Omega costituita dalla società Omega quale mandataria, dalla società Alfa, Beta e Gamma quanti mandanti.

Prima della stipulazione del contratto di appalto la mandante Alfa della RTI Omega stipula con la società Iota un contratto di affitto di azienda; la RTI Omega segnala al comune che la società mandante Iota ha i requisiti richiesti per la partecipazione alla gara d'appalto e chiede al Comune di dare atto che a seguito del subentro la RTI aggiudicataria è composta da OMEGA, mandataria, e dalle società Iota, Beta e Gamma, mandanti, invitando lo stesso a stipulare il contratto.

Il Comune, deducendo che non è ammissibile l'aggiudicazione in favore di una società che non ha partecipato alla gara, non accoglie l'istanza di subentro, revoca il decreto di aggiudicazione in favore della RTI Omega e dispone l'aggiudicazione a favore del RTI Delta. Il candidato assunto le vesti del legale del RTI OMEGA redita l'atto difensivo opportuno per tutelare il proprio assistito in giudizio

COMMENTO

La traccia chiede al candidato, assunte le vesti dell'avvocato del RTI Omega, di redigere un atto di ricorso mediante il quale si dovrà chiedere al T.A.R. competente l'annullamento, previa sospensione cautelare, del provvedimento di revoca dell'aggiudicazione dell'appalto al RTI Omega a seguito del subentro della società Iota e la condanna dell'Ente a risarcire il danno cagionato alla ricorrente RTI in forma specifica o, in subordine, per equivalente monetario.

I motivi di impugnazione sono molteplici e qui di seguito indicati, dopo una breve disamina dei principi di diritto applicati in materia di contratti pubblici.

Il perimetro del fatto *de quo* è compreso all'interno della fattispecie regolata dall'art. 97 del Codice dei Contratti Pubblici di cui al D. Lgs. n. 36/2023 (dinanzi CdC).

Nello specifico al comma 2 del predetto articolo è previsto che “*se un partecipante al raggruppamento si trova in una delle situazioni di cui agli art. 94 e 95 ..., il raggruppamento*

può comprovare di averlo estromesso o sostituito con altro soggetto munito dei necessari requisiti, fatta salva l'immodificabilità sostanziale dell'offerta presentata".

L'articolo in questione ha tradotto in ambito nazionale quanto disposto dalla Direttiva 24/2014 nell'art. 63 par.1, interpretato dalla Corte di Giustizia dell'UE nel senso di una assoluta preclusione di una normativa nazionale volta ad escludere automaticamente un offerente qualora vi sia l'estromissione di un'impresa ausiliaria, sulle cui capacità si era inteso fare affidamento, senza permettere la sua sostituzione.

Con l'attuale codice, pertanto, il Legislatore ha inteso dare attuazione al principio sopra sostenuto e contemporaneamente ha risolto le incertezze applicative dell'art. 48, co. 17 e 18 del precedente Codice dei Contratti (D. Lgs. 50/2016) che si occupava della medesima questione.

Attualmente, pertanto, è consentito ai raggruppamenti, afflitti da vicende inerenti uno dei suoi componenti per condotte ai primi non imputabili e sulle quali non hanno potere di controllo, di prevedere, oltre alla misura dell'estromissione, anche quella della sostituzione; l'operatore economico si trova, quindi, ad avere una concreta misura che gli permette la sostituzione del partecipante al RTI con altra società che abbia i medesimi requisiti, senza alterare la divisione dei compiti e fermo rimanendo il rispetto del principio di non modificabilità dell'offerta.

In questo modo si consegue un duplice vantaggio consistente sia nel rispetto del principio della *par condicio* tra gli offerenti e la salvaguardia della concorrenza (essendo, per l'appunto, l'offerta immutata), che nella possibilità di poter procedere – per cause sopravvenute- alla modifica soggettiva della società raggruppata in un RTI, a condizione del rispetto dei requisiti di qualificazione.

La *ratio* di un simile intervento legislativo volto a non contemplare un simile divieto si incentra sul fatto che tutto questo influirebbe negativamente sulla possibilità per l'operatore economico, partecipante ad una pubblica gara, di avvalersi degli strumenti negoziali previsti dall'ordinamento civile per compiere quelle operazioni di riorganizzazione aziendale ritenute necessarie per lo svolgimento dell'attività di impresa.

Nel caso di specie, la società Iota è in possesso dei necessari requisiti (sia con riguardo alla capacità tecnica, che economica e finanziaria) che la rendono idonea alla partecipazione alla pubblica gara e, pertanto, ove si impedisse all'affittuario dell'azienda di subentrare all'affittante nella partecipazione alla predetta gara si limiterebbe la libertà contrattuale e di organizzazione dell'offerente.

Ciò premesso, si indicano qui di seguito gli elementi argomentativi che dovrebbero essere sviluppati all'interno del ricorso a sostegno della non condivisibilità della tesi esegetica assunta dal Comune che ha portato all'esclusione del RTI Omega e l'aggiudicazione a favore del RTI Delta.

In primis, una simile soluzione non è compatibile con la libertà di iniziativa economica e la libertà di impresa tutelate a livello costituzionale (art. 41 Cost) e unionale (art. 16 Carta EDU e artt. 49 e 56 del TFUE), cui è connessa la libertà contrattuale che si traduce anche

nella libertà di compimento di operazioni di acquisizione o di affitto di azienda ed in generale di riorganizzazione dei fattori della produzione.

Inoltre, questa soluzione non è nemmeno utile (e né necessaria) a garantire le esigenze di buon andamento amministrativo e di parità di trattamento dei partecipanti alla pubblica gara.

In ultimo, è anche in contrasto con l'evoluzione normativa che è favorevole al subentro dell'affittuario nella posizione dell'affittante partecipante ad una pubblica gara.

Infatti, il Legislatore ha in questo modo dato avvio anche nell'ambito della contrattualistica pubblica del principio di continuità dell'impresa: l'affitto di azienda implica, infatti, una prosecuzione in capo all'affittuario dell'attività economica, nonché dei mezzi materiali ed umani ad essa destinati, con conseguente emersione di un'identità sostanziale tra affittante e affittuario, tale da giustificare l'attenuazione del principio di immodificabilità soggettiva del concorrente; così è garantita all'affittuario la possibilità di spendere i requisiti di capacità correlati alla disponibilità dell'azienda trasferita,

Alla stregua di tali coordinate ermeneutiche è possibile concludere che, con l'affitto d'azienda, pur essendo di fronte ad una modifica dell'identità giuridica del titolare effettivo dell'azienda, è comunque giuridicamente corretto affermare la continuità sostanziale dell'impresa (sia con riguardo al capitale umano che materiale).

Pertanto, è ragionevole e soprattutto *secundum legem* affermare che il provvedimento di esclusione del Comune in questione è affitto da vizio di legge essendo stato emanato in contrasto con quanto esplicitamente disposto dall'art. 97 CdC.

L'atto da redigere perciò sarà un ricorso *ex art. 40 C.P.A.* in cui si chiederà l'annullamento del provvedimento impugnato per i motivi sopraindicati con connessa istanza cautelare di sospensione del predetto provvedimento.