

Ordinanza del 29 ottobre 2018 del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio sul ricorso proposto da Guerrato S.p.A., Ciclat Soc. Coop. e Miorelli Service S.p.A. contro Consip S.p.A. e altri.

(GU n. 12 del 2019-03-20)

IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE PER IL LAZIO
Sezione Seconda

ha pronunciato la presente ordinanza sul ricorso numero di registro generale 7480 del 2018, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Guerrato S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, in proprio e quale mandataria del Raggruppamento Temporaneo di Imprese con C.I.C.L.A.T. Soc. Coop. e Miorelli Service S.p.A., rappresentata e difesa dagli avvocati Stefano Vinti e Michele Ottani, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto presso lo studio dell'avvocato Stefano Vinti in Roma, via Emilia n. 88;

C.I.C.L.A.T. Soc. Coop., Miorelli Service S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentati e difesi dall'avvocato Stefano Vinti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro Consip S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Damiano Lipani e Francesca Sbrana, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il loro studio in Roma, via Vittoria Colonna n. 40;

nei confronti Apleona HSG S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, in proprio e quale mandataria del costituendo Raggruppamento Temporaneo di Imprese con Markas S.r.l., Vivaldi & Cardino S.p.A., Gruppo Servizi Associati S.p.A. con socio unico e Iscot Italia S.p.A., rappresentata e difesa dagli avvocati Arturo Cancrini e Francesco Vagnucci, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Cancrini e Partners in Roma, piazza di San Bernardo n. 101;

Consorzio Innova - Societa' Cooperativa, in persona del legale rappresentante pro tempore, non costituito in giudizio;

Dussmann Service S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, in proprio e quale mandataria del Raggruppamento Temporaneo di Imprese con Siram S.p.A., rappresentata e difesa dagli avvocati Giuseppe Morbidelli ed Orsola Cortesini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il loro studio in Roma, viale Maresciallo Pilsudski n. 118;

per l'annullamento, previa sospensione dell'efficacia, ricorso introduttivo:

del provvedimento Consip prot. n. 16386/2018 del 23 maggio 2018, comunicato a mezzo PEC in pari data, relativo alla comunicazione di esclusione, ai sensi dell'art. 79, comma 5, lettera b), decreto legislativo n. 163 del 2006, delle imprese ricorrenti, offerenti in Raggruppamento temporaneo costituito in data 6 giugno 2014, dai lotti nn. 4, 8 e 14 della gara per l'affidamento di servizi integrati, gestionali ed operativi, da eseguirsi negli immobili, adibiti prevalentemente ad uso ufficio, in uso a qualsiasi titolo alle pubbliche amministrazioni, nonche' negli immobili in uso a qualsiasi titolo alle istituzioni universitarie pubbliche ed agli enti ed istituti di ricerca (cd. FM4), indetta con bando di gara pubblicato sulla G.U.U.E. n. 2014/S 058-097604 del 22 marzo 2014;

per quanto occorrer possa, del bando, del disciplinare di gara, dei relativi allegati, nessuno escluso, recanti la lex

specialis della gara de qua;

dell'eventuale aggiudicazione provvisoria e/o definitiva, non cognita alle ricorrenti, dei gia' citati lotti n. 4, 8 e 14 della gara in parola;

di ogni altro atto presupposto, connesso e consequenziale a quelli impugnati, ivi compresi, per quanto occorrer possa, anche dei verbali della commissione giudicatrice n. 169 del 16 aprile 2018, n. 176 del 17 maggio 2018 e n. 178 del 24 maggio 2018, nonche' di ogni altro verbale non cognito alle ricorrenti;

nonche' per l'accertamento e la declaratoria della nullita', caducazione, inefficacia dell'eventuale convenzione stipulata tra Consip e gli eventuali aggiudicatari, non cogniti alle ricorrenti, relativamente ai gia' citati lotti n. 4, 8 e 14 della gara de qua;

e per il risarcimento del danno; ricorso per motivi aggiunti:

della nota Consip prot. n. 29925/2018 del 26 settembre 2018 e dei relativi allegati, trasmessa a mezzo pec, con la quale la Consip ha proceduto nei confronti di CBL Insurance Europe DAC alla escussione delle polizze relative alle garanzie provvisorie prestate dal R.T.I. ricorrente in relazione ai lotti nn. 4, 8 e 14 della gara in oggetto e precisamente della polizza n. 370355/PV in data 5 dicembre 2017 per il lotto 4, di importo pari a € 640.000,00, della polizza n. 370357/PV in data 5 dicembre 2017 per il lotto 8, di importo pari a € 450.000,00, e della polizza n. 370359/PV in data 5 dicembre 2017 per il lotto 14, di importo pari a € 975.000,00;

di ogni altro atto presupposto, connesso e consequenziale.

Visti il ricorso introduttivo ed i motivi aggiunti, con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Consip S.p.A., di Apleona HSG S.p.A. e di Dussmann Service S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore, nell'udienza pubblica del giorno 24 ottobre 2018, il Cons. Rita Tricarico e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Fatto

Con bando di gara pubblicato sulla G.U.U.E. n. 2014/S 058-097604 del 22 marzo 2014, Consip S.p.A. ha indetto, per conto del Ministero dell'economia e delle finanze, una procedura aperta, suddivisa in 18 lotti, «per l'affidamento di servizi integrati, gestionali ed operativi, da eseguirsi negli immobili, adibiti prevalentemente ad uso ufficio, in uso a qualsiasi titolo alle pubbliche amministrazioni, nonche' negli immobili in uso a qualsiasi titolo alle istituzioni universitarie pubbliche ed agli enti di ricerca», da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente piu' vantaggiosa, con un importo a base d'asta complessivamente pari ad € 2.692.000.000,00.

Alla procedura hanno partecipato diversi concorrenti, ivi compreso il Raggruppamento Temporaneo di Imprese costituito in data 6 giugno 2014 tra la mandataria Guerrato S.p.A. e le mandanti C.I.C.L.A.T. Soc. Coop. e Miorelli Service S.p.A., odierno ricorrente, il quale ha concorso per i lotti ordinari nn. 4, 8 e 14, prestando le richieste cauzioni provvisorie.

All'esito della valutazione delle offerte tecniche ed economiche presentate dai concorrenti, il R.T.I. ricorrente si e' collocato al primo posto della graduatoria relativa ai lotti nn. 4 e 14.

Con riguardo al lotto n. 4 si e' invece posizionato secondo il costituendo Raggruppamento comprendente Apleona Hsg S.p.A. (mandataria), Markas S.r.l., Vivaldi & Cardino S.p.A., Gruppo Servizi Associati S.p.A. con socio unico e Iscot Italia S.p.A. (mandanti), mentre in relazione al lotto n. 14 si e' collocato al secondo posto il Raggruppamento costituito da Dussmann Service S.r.l. (mandataria) e Siram S.p.A. (mandante).

Nelle more della gara, in data 24 luglio 2017, per il sopravvenire di una situazione di crisi imprenditoriale, Guerrato S.p.A. ha depositato dinanzi al competente Tribunale di Rovigo istanza ai sensi dell'art. 161, sesto comma, della legge fallimentare, vale a dire per il cd. concordato con riserva o «in bianco», dando preventivamente, in data 20 luglio 2017, comunicazione alla stazione appaltante di tale intenzione.

Consip S.p.A. ha eseguito un'istruttoria in relazione alla posizione del Raggruppamento de quo, ma non ha sospeso la procedura di gara.

Con nota prot. n. 32663/2017 del 20 novembre 2017, essa ha invitato detto R.T.I. a confermare la propria offerta sino al 30 aprile 2018, con conseguente estensione, fino a quella data, della validita' delle cauzioni provvisorie prodotte in sede di presentazione dell'offerta.

In data 4 dicembre 2017 Guerrato ha confermato l'offerta, unitamente alle cauzioni provvisorie, e nel contempo ha informato la suddetta stazione appaltante delle intervenute variazioni del proprio legale rappresentante e negli organi societari, in parte correlate alle assunte iniziative concordatarie gia' comunicate nel precedente mese di luglio 2017.

Successivamente, con nota prot. n. 12574/2018 del 17 aprile 2018, Consip ha invitato Guerrato a trasmettere la documentazione prevista dagli articoli 161 e 186-bis della legge fallimentare per la partecipazione alle gare di imprese che abbiano presentato domanda di concordato preventivo «con riserva».

Ancora, con nota prot. n. 12769/2018 del 18 aprile 2018, Consip ha chiesto ai concorrenti, ivi compreso il R.T.I. capeggiato da Guerrato S.p.A., di estendere ulteriormente la validita' dell'offerta e delle garanzie prodotte in sede di gara fino al 28 settembre 2018.

Le suddette note del 17 e 18 aprile 2018 sono state riscontrate da Guerrato con note, rispettivamente, del 23 e del 24 aprile 2018.

Successivamente, l'8 maggio 2018, Guerrato ha informato la stazione appaltante dell'avvenuta adozione, in data 2 maggio 2018, del decreto del Tribunale di Rovigo, di ammissione della societa' alla procedura di concordato in continuita'.

Nella seduta riservata del 17 maggio 2018, la Commissione giudicatrice, «rilevato il venire meno in capo alla Guerrato S.p.A. del requisito di cui all'art. 38, comma 1, lettera a), del d.lgs. n. 163/2006», ha deliberato di proporre a Consip l'esclusione del Raggruppamento dai lotti nn. 4, 8 e 14 della gara de qua.

A cio' la stazione appaltante ha provveduto con nota prot. n. 16386/2018 del 23 maggio 2018, preannunciando, altresì, la segnalazione del fatto all'Autorita' nazionale anticorruzione, poi in effetti informata con nota prot. n. 17027/2018 del 29 maggio 2018, nonche' l'escussione delle cauzioni provvisorie prestate dal Raggruppamento medesimo.

Avverso il provvedimento di esclusione, nonche', ove occorra, la lex specialis di gara, i verbali di gara e l'eventuale aggiudicazione, se nelle more intervenuta, e' stato proposto il ricorso introduttivo in esame.

Sono stati dedotti i seguenti motivi di censura:

1) Violazione e falsa applicazione dell'art. 38, comma 1, lettera a), del decreto legislativo n. 163 del 2006 - violazione e falsa applicazione degli articoli 161 e 186-bis della legge fallimentare - violazione e falsa applicazione della lex specialis di gara - violazione e falsa applicazione dei principi di massima concorrenza, trasparenza, buon andamento dell'azione amministrativa e di par condicio - illogicità e contraddittorietà manifeste.

Si evidenzia che l'iter di gara, non ancora concluso, si e' protratto per oltre quattro anni, a fronte dei previsti duecentosettanta giorni.

Tutte le imprese del R.T.I., ivi inclusa Guerrato S.p.A., al

momento della presentazione della domanda di partecipazione alla gara e dell'offerta risultavano in bonis.

Nelle more della gara medesima e del suo anomalo prolungamento, tuttavia, e' sopravvenuta per la stessa Guerrato una situazione di crisi, affrontata attraverso il ricorso agli strumenti previsti dall'ordinamento e, tra questi, l'avvio del percorso proprio del cd. concordato in continuita' e di cio' la Consip e' stata informata sin dal 20 luglio 2017, ma detta stazione appaltante non avrebbe fatto alcuna obiezione, disponendo tuttavia poi l'esclusione in data 23 maggio 2018.

In proposito la regola generale in tema di partecipazione alle gare pubbliche e' che, come previsto anche in sede europea dall'art. 45 della direttiva 2004/18/CE, l'impresa fallita o in stato di procedura concorsuale (ivi incluso il concordato preventivo) non puo' partecipare alle pubbliche gare. Tuttavia a tale regola generale l'art. 186-bis della legge fallimentare pone una serie di eccezioni, in presenza del concordato con continuita' aziendale, rispondenti alla logica del superamento della crisi d'impresa, non attraverso il suo smembramento e la sua liquidazione, bensì mediante la continuazione della relativa attivita'.

E' stato quindi, all'art. 38 del decreto legislativo n. 163 del 2006, fatto salvo il caso di cui all'art. 186-bis del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, secondo cui, proprio in caso di concordato con continuita', l'impresa puo', se pur con certe cautele, partecipare alle pubbliche gare.

Secondo il quarto comma dell'art. 186 bis, anzitutto la partecipazione alla gara e' possibile anche dopo che e' stato depositato il ricorso per ammissione alla procedura, se il Tribunale la autorizza, e nelle more dell'ammissione vera e propria.

Intervenuta l'ammissione, ai sensi del quinto comma, la partecipazione e' ammessa se l'impresa produce due garanzie in senso atecnico, ivi specificamente indicate: e' il caso in cui l'impresa concorra alla gara in forma singola.

Il successivo sesto comma dell'art. 186-bis prevede, invece, l'ipotesi in cui essa concorra associata in R.T.I., nella quale e' pure ammessa la partecipazione, con le medesime suddette garanzie e con due eccezioni: l'impresa stessa non puo' partecipare se e' mandataria ovvero se altre associate siano, a loro volta, soggette a procedura concorsuale.

L'eccezione all'eccezione prevista in caso di assunzione del ruolo di mandataria non sarebbe applicabile fuori dai casi espressamente previsti.

Il caso in esame non ricadrebbe tra quelli indicati dal citato art. 186-bis della legge fallimentare, in quanto tutte le imprese, Guerrato inclusa, risultavano in bonis al momento della presentazione dell'offerta.

Per tale ragione andrebbe qui esclusa l'operativita' dell'art. 186 bis, laddove non ammette la deroga all'esclusione se e' la mandataria di un R.T.I. ad essere soggetta a concordato in continuita', che sarebbe testualmente dettato per le sole ipotesi di partecipazione alla gara di impresa che gia' abbia depositato istanza di ammissione al concordato ovvero che sia gia' stata ammessa a concordato in continuita'. Cio' sarebbe anche rispettoso della ratio a fondamento della disciplina fallimentare.

Un'interpretazione che invece conducesse a sostenere l'esclusione nel caso suindicato comporterebbe «una aprioristica (ed ingiustificata) espropriazione di qualsiasi competenza del giudice fallimentare in ordine a qualsiasi valutazione di convenienza della (continuativa) partecipazione dell'impresa alle gare in essere», senza che sia in alcun modo chiaro quale alternativo vantaggio deriverebbe alla Stazione committente.

L'applicazione concreta della suesposta disciplina eseguita da Consip sarebbe anche gravemente illogica, atteso che della situazione

concordataria di Guerrato essa e' stata consapevole per quasi un anno, ma ciononostante ha chiesto al Raggruppamento ben due conferme di offerta.

L'esclusione del Raggruppamento e' stata disposta soltanto non appena e' intervenuta l'effettiva ammissione di Guerrato al concordato con continuita', con decreto del Tribunale di Rovigo del 2 maggio 2018.

Spunti in ordine alla insostenibilita' della tesi dell'esclusione anche in caso di sopravvenuto concordato con continuita' aziendale relativamente alla mandataria di un R.T.I. nel corso della procedura di gara sembrerebbero pure dedursi, in riferimento alla sopravvenuta disciplina di cui al decreto legislativo n. 50 del 2016, dalle proposte di «linee guida» redatte dall'ANAC per l'attuazione del disposto dell'art. 110 del nuovo Codice dei contratti pubblici.

Se e' vero che il citato art. 110 non e' immediatamente applicabile al rapporto in esame e la proposta di linea guida non e' definitiva, si potrebbe nondimeno ritenere che la situazione - sotto la vigenza del nuovo Codice - e' suscettibile di una diversa valutazione, che si pone nel solco della piu' favorevole interpretazione sopra delineata.

2) Violazione e falsa applicazione degli articoli 48 e 75 del decreto legislativo n. 163 del 2006 - violazione e falsa applicazione della lex specialis di gara - violazione e falsa applicazione dei principi di buon andamento e correttezza dell'azione amministrativa - violazione e falsa applicazione dei principi di correttezza e buona fede, anche ai sensi dell'art. 1337 del codice civile - falso presupposto in fatto ed in diritto - travisamento dei fatti.

L'accoglimento del primo motivo di ricorso comporterebbe anche l'illegittimita' della determinazione impugnata, nella parte in cui essa preconizza la segnalazione di Guerrato all'ANAC in relazione a quanto esposto nel provvedimento di esclusione, nonche' con riguardo alla preannunciata escussione delle cauzioni prestate dal R.T.I. ricorrente, venendo meno il presupposto legittimante la loro attuazione.

Tuttavia, quanto meno con riguardo all'ipotizzata escussione delle cauzioni, sussisterebbero anche autonomi e distinti profili di illegittimita'.

Della situazione concordataria di Guerrato, cosi' come della sua perdurante veste di mandataria del R.T.I. offerente, Consip e' stata consapevole per quasi un anno, senza che cio' abbia mai suscitato dubbi o perplessita' di sorta ed anzi, al contrario, in tale lasso di tempo al R.T.I. ricorrente sono state richieste ben due conferme di offerta e di contestuale proroga di validita' delle cauzioni prestate; dunque sarebbero pervenuti segnali inequivocabili di segno opposto alla poi intervenuta esclusione.

Con tale comportamento la stazione committente avrebbe ingenerato nelle Imprese odierne ricorrenti un comprensibile affidamento circa la perdurante regolarita' della loro partecipazione nelle forme originariamente predisposte.

A fronte di tutto cio', la paventata escussione delle polizze cauzionali, per la somma complessiva di € 2.065.000,00, costituirebbe un'iniziativa oltremodo punitiva, del tutto incoerente e addirittura contraria ai canoni di correttezza e buona fede, anche ai sensi dell'art. 1337 c.c., che presiedono anche allo svolgimento delle pubbliche gare.

A fronte della comunicazione di Guerrato alla stazione appaltante nel luglio 2017, ove l'esclusione fosse intervenuta tra luglio e novembre 2017, nessuna cauzione sarebbe stata escussa al R.T.I..

Alcun profilo di negligenza, colpa o anche solo violazione delle regole di gara sarebbe ascrivibile alle imprese ricorrenti, il che rileverebbe, a maggior ragione laddove si consideri che la giurisprudenza avrebbe ritenuto che l'escussione della cauzione provvisoria non possa essere comminata a titolo di responsabilita'

oggettiva.

La minacciata escussione si porrebbe anche in violazione della *lex specialis* di gara. Ai sensi del disciplinare, infatti, la cauzione provvisoria sarebbe stata «escussa, ai sensi dell'art. 48 del d.lgs. n. 163/2006, nel caso in cui il concorrente stesso non» avesse fornito «la prova in ordine al possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa richiesti nel bando di gara e nel caso di dichiarazioni mendaci», e dunque in presenza di condizioni non ricorrenti nel caso di specie.

Con il ricorso in esame e' stato altresì chiesto il risarcimento del danno.

Si sono costituite in giudizio Consip S.p.A. e la controinteressata Dussmann Service S.r.l., quest'ultima in proprio e quale mandataria del Raggruppamento Temporaneo di Imprese con Siram S.p.A..

Entrambe hanno successivamente depositato memorie difensive, di controdeduzioni alle censure di parte ricorrente. Consip ha altresì prodotto documentazione conferente.

Con ordinanza n. 4271 del 13 luglio 2018, questo Tribunale ha fissato l'udienza pubblica ai sensi dell'art. 55, comma 10, c.p.a..

Si e' poi costituita in giudizio anche Apleona HSG S.p.A., in proprio e quale mandataria del costituendo Raggruppamento Temporaneo di Imprese con Markas S.r.l., Vivaldi & Cardino S.p.A., Gruppo Servizi Associati S.p.A. con socio unico e Iscot Italia S.p.A..

La resistente e le controinteressate hanno prodotto memorie defensionali.

Anche il Raggruppamento ricorrente ha depositato una memoria difensiva in vista della pubblica udienza.

Nelle more, con nota prot. n. 29925/2018 del 26 settembre 2018, trasmessa a mezzo pec, la Consip ha proceduto nei confronti di CBL Insurance Europe DAC alla escussione delle polizze relative alle garanzie provvisorie prestate dal R.T.I. ricorrente in relazione ai lotti nn. 4, 8 e 14 della gara in oggetto, precisamente della polizza n. 370355/PV in data 5 dicembre 2017 per il lotto 4, di importo pari a € 640.000,00, della polizza n. 370357/PV in data 5 dicembre 2017 per il lotto 8, di importo pari a € 450.000,00, e della polizza n. 370359/PV in data 5 dicembre 2017 per il lotto 14, di importo pari a € 975.000,00.

Con motivi aggiunti notificati in data 10 ottobre 2018 e depositati il giorno successivo, e' stata impugnata quest'ultima nota.

Sono stati dedotti nuovamente i vizi già denunciati col ricorso introduttivo.

Inoltre si e' sostenuto che nel caso di specie «la regolarizzazione» sarebbe stata possibile attraverso una riorganizzazione del R.T.I. che prevedesse l'esercizio del ruolo di mandataria da parte di una società mandante, purché in possesso dei requisiti generali prescritti.

Gli unici limiti previsti per la sostituzione della mandataria di un Raggruppamento temporaneo di Imprese consisterebbero nel fatto che non sia sostituito da un soggetto terzo, bensì da un operatore già facente parte del medesimo in possesso dei requisiti previsti.

Si sostiene ancora che indiretta conferma della irragionevolezza della meccanicistica comminatoria dell'escussione, quale ineluttabile conseguenza dell'esclusione dalla gara, si ricaverebbe dal nuovo Codice degli appalti, che pare aver «sganciato» l'operatività della cauzione provvisoria dal mero ricorrere del provvedimento esclusivo, circoscrivendola invece alle ipotesi di «... mancata sottoscrizione del contratto dopo l'aggiudicazione dovuta ad ogni fatto riconducibile all'affidatario o all'adozione di informazione antimafia interdittiva emessa ai sensi degli articoli 84 e 91 del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159».

Infine l'escussione operata da Consip S.p.A. risulterebbe

incongrua, se non pienamente violativa, rispetto alle statuizioni cautelari del giudice adito, il quale ha fissato l'udienza pubblica, ai sensi dell'art. 55, comma 10, c.p.a., in considerazione della rilevata opportunita' di operare una specifica valutazione circa la «ragionevolezza della norma in concreto applicata» da Consip per fondare l'esclusione delle ricorrenti.

In tale ipotesi all'amministrazione non sarebbe dato di modificare medio tempore la situazione, adottando ulteriori iniziative e/o provvedimenti, che deteriorino proprio le esigenze di tutela del ricorrente che la disposizione citata e le conseguenti statuizioni del giudice intendevano salvaguardare, a maggior ragione nella fattispecie in esame, in cui l'avvenuta escussione costituiva iniziativa addirittura gia' impugnata e contestata in modo esplicito dalle ricorrenti nel ricorso introduttivo.

La resistente Consip e i Raggruppamenti controinteressati hanno ciascuno prodotto un'ulteriore memoria difensiva in vista della pubblica udienza del 24 ottobre 2018.

Avendo le parti rinunciato ai termini a difesa, nella predetta udienza pubblica il ricorso e' stato introitato per la decisione.

Diritto

1 - Viene all'esame del Collegio il ricorso, comprensivo di gravame introduttivo e di motivi aggiunti, proposto dalla societa' Guerrato S.p.A., anche quale mandataria del Raggruppamento Temporaneo di Imprese con C.I.C.L.A.T. Soc. Coop. e Miorelli Service S.p.A., avverso l'esclusione del suddetto R.T.I. dai lotti nn. 4, 8 e 14 della gara per l'affidamento di servizi integrati, gestionali ed operativi, da eseguirsi negli immobili, adibiti prevalentemente ad uso ufficio, in uso a qualsiasi titolo alle pubbliche amministrazioni, nonche' negli immobili in uso a qualsiasi titolo alle Istituzioni universitarie pubbliche ed agli enti ed istituti di ricerca (cd. FM4) indetta con bando di gara pubblicato sulla G.U.U.E. n. 2014/S 058-097604 del 22 marzo 2014, unitamente agli atti connessi (ricorso introduttivo), nonche' avverso l'atto con cui e' stata richiesta l'escussione delle fidejussioni presentate dal medesimo per la partecipazione alla suindicata gara relativamente ai lotti richiamati (motivi aggiunti).

2 - Partendo dall'esame del gravame introduttivo, l'esclusione in parola, con lo stesso censurata, alla quale ha fatto seguito l'escussione delle fidejussioni, come si e' evidenziato in narrativa e come sara' meglio esplicito successivamente, e' stata disposta per assunta sopravvenuta mancanza, nel corso dell'iter di gara, in capo alla mandataria Guerrato S.p.A., di un requisito generale di partecipazione prescritto dall'art. 38 del decreto legislativo n. 163 del 2006.

3 - Non puo' contestarsi la circostanza che alla gara in questione si dovesse ratione temporis applicare tale disposizione normativa.

3.1 - Per espressa previsione dell'art. 216, comma 1, del sopravvenuto Codice dei Contratti pubblici di cui al decreto legislativo n. 50 del 2016, quest'ultimo «si applica alle procedure e ai contratti per i quali i bandi o avvisi con cui si indice la procedura di scelta del contraente siano pubblicati successivamente alla data della sua entrata in vigore», vale a dire successivamente al 19 aprile 2016. E' pacifico che in questo caso il bando e' stato invece pubblicato ben prima - sulla G.U.U.E. n. 2014/S 058-097604 del 22 marzo 2014.

3.2 - Peraltro il bando di gara, al punto III.2.1), stabiliva: «pena l'esclusione dalla gara, ciascun concorrente (Impresa singola/R.T.I./Consorzio) deve soddisfare, anche ai sensi di quanto stabilito nel Disciplinare di gara, le seguenti condizioni: ... b) non sussistenza dei motivi di esclusione di cui all'art. 38, d.lgs.

163/2006».

Il disciplinare di gara, al paragrafo 4.2, prevedeva: «nella compilazione della Dichiarazione di cui all'Allegato 1 del presente Disciplinare, ... i requisiti di cui al Bando di gara relativi alla situazione giuridica ... richiesti ai fini della partecipazione alla gara, dovranno essere così posseduti e dichiarati, a pena di esclusione: a) con riferimento alle situazioni personali di cui alle lettere a) e b) del punto III.2.1) del Bando di gara: (i) da ciascuna delle imprese raggruppande o raggruppate in caso di R.T.I. (sia costituito che costituendo)».

3.3 - Quindi nessun dubbio può residuare in ordine all'individuazione della norma primaria alla specie applicabile, rappresentata appunto dall'art. 38 del decreto legislativo n. 163 del 2006.

3.4 - Conseguentemente le modifiche in ordine ai requisiti generali di partecipazione alle gare pubbliche intervenute successivamente, con l'adozione del decreto legislativo n. 50 del 2016, non sono applicabili alla gara qui in esame.

4 - Occorre altresì precisare che, come affermato dall'adunanza plenaria del Consiglio di Stato (decisione n. 8 del 20.7.2015, che richiama le decisioni n. 10 del 2014, nn. 15 e 20 del 2013; nn. 8 e 27 del 2012; n. 1 del 2010), il possesso dei requisiti di ammissione si impone a partire dall'atto di presentazione della domanda di partecipazione e per tutta la durata della procedura di evidenza pubblica, in quanto, per esigenze di trasparenza e di certezza del diritto, che non collidono col principio del favor participationis, la verifica del possesso, da parte del soggetto concorrente, dei requisiti di partecipazione alla gara deve ritenersi immanente all'intero procedimento di evidenza pubblica.

Tale previsione è a garanzia della permanenza della serietà e della volontà dell'impresa di presentare un'offerta credibile e, perciò, della sicurezza, per la stazione appaltante, dell'instaurazione di un rapporto con un soggetto, che, dalla candidatura in sede di gara fino alla stipula del contratto e poi ancora fino all'adempimento dell'obbligazione contrattuale, sia provvisto di tutti i requisiti di ordine generale e tecnico-economico-professionale necessari per contrattare con la pubblica amministrazione.

4.1 - Ciò comporta che nessuna rilevanza, per poter sostenere al contrario l'inapplicabilità alla specie della causa di esclusione, può avere la circostanza, rimarcata dalla parte ricorrente, che l'esclusione è stata qui disposta per il venir meno, in capo alla Società mandataria del R.T.I., solo nel corso della gara, avente peraltro una lunga durata, di un requisito posseduto invece in sede di partecipazione.

Al riguardo si osserva che certamente va rimarcata la lunga durata della gara di che trattasi, per effetto della quale la mandataria Guerrato è stata assoggettata a concordato con continuità aziendale quando ancora l'iter procedurale non si era concluso - diversi sarebbero stati, infatti, gli effetti ove ciò fosse accaduto in corso di esecuzione dell'appalto - e non può non considerarsi che nel medesimo periodo temporale diversa sarebbe stata la sorte per il Raggruppamento ricorrente ove invece la gara fosse stata bandita dopo l'entrata in vigore del citato decreto legislativo n. 50 del 2016.

Tuttavia i dati evidenziati non possono assumere rilievo per sostenere la non applicabilità rispetto a tale Raggruppamento della causa di esclusione stabilita dall'art. 38 del decreto legislativo n. 163 del 2006, come sarà meglio esplicitato successivamente.

5 - Fatte queste dovute premesse, deve vagliarsi la causa che in concreto ha determinato dell'esclusione contestata in questa sede.

5.1 - Nel provvedimento di esclusione prot. n. 16386/2018 del 23 maggio 2018, comunicato a mezzo pec in pari data, si legge così: «La

Commissione, preso atto del decreto n. 456/2018 del Presidente del Tribunale di Rovigo del 2 maggio 2018 dichiarativo dell'apertura della procedura di concordato preventivo proposta dalla predetta società, ha rilevato quanto segue.

La Guerrato S.p.A. riveste nell'ambito del RTI concorrente il ruolo di mandataria.

In considerazione del ruolo di mandataria rivestito, all'interno del RTI concorrente, dalla Guerrato S.p.A. ammessa alla procedura di concordato preventivo, alla luce del combinato disposto dell'art. 38, comma 1, lettera a) del d.lgs. n. 163/2006 e dell'art. 186 bis del r.d. n. 267/1942, trova applicazione la regola generale, di cui all'art. 38, comma 1, lettera a) del d.lgs. n. 163/2006, che sancisce il divieto di partecipazione alle gare per le imprese ammesse a procedura di concordato preventivo, e non invece l'eccezione prevista per il caso di concordato in continuita' di cui all'art. 186 bis del r.d. n. 267/1942».

La Commissione ha quindi ivi concluso che, «alla luce di tutto quanto sopra, rilevato il venir meno in capo alla Guerrato S.p.A. del requisito di cui all'art. 38, comma 1, lettera a) del d.lgs. 163/2006, ... all'unanimita' ha proposto alla Consip S.p.A. l'esclusione del RTI Guerrato S.p.A. - C.I.C.L.A.T. - Consorzio Italiano Cooperative Lavoratori Ausiliari Traffico Societa' Cooperativa dai Lotti 4, 8 e 14 della gara in oggetto.».

Consip ha fatto propria, recependola nel provvedimento citato, la richiamata proposta assunta dalla commissione in data 17 maggio 2018.

6 - Occorre a questo punto accertare se l'applicazione della normativa menzionata comporta effettivamente l'esclusione in concreto disposta.

6.1 - Il citato art. 38 del decreto legislativo n. 163 del 2006, al comma 1, lettera a), indica, tra i requisiti generali di partecipazione prescritti, anche l'assenza di stato di fallimento, di liquidazione coatta e di concordato preventivo.

6.2 - Viene pero' esplicitamente fatto salvo il caso previsto dall'art. 186-bis del regio decreto n. 267 del 1942.

Quest'ultima disposizione, a sua volta, al quinto comma, prevede:

«l'ammissione al concordato preventivo non impedisce la partecipazione a procedure di assegnazione di contratti pubblici quando l'impresa presenta in gara» una relazione di un professionista in possesso dei requisiti attestante la conformita' al piano e la ragionevole capacita' di adempimento del contratto, nonche' la dichiarazione di altro operatore in possesso dei requisiti e della certificazione richiesti per l'affidamento dell'appalto, il quale si e' impegnato nei confronti del concorrente e della stazione appaltante a mettere a disposizione le risorse necessarie all'esecuzione dell'appalto e a subentrare all'impresa ausiliata, nel caso in cui questa fallisca nel corso della gara o dopo la stipulazione del contratto o comunque non sia in grado piu' di dare regolare esecuzione all'appalto.

Essa consente poi, al sesto comma, la partecipazione anche di un'Impresa in concordato con continuita' aziendale riunita in raggruppamento temporaneo, ma «purche' non rivesta la qualita' di mandataria e sempre che le altre imprese aderenti al raggruppamento non siano assoggettate ad una procedura concorsuale».

6.3 - Percio' la deroga, rispetto al divieto di partecipazione, di regola stabilito in presenza di procedure concorsuali, stabilita per il caso di concordato preventivo in continuita', e' circoscritta a due ipotesi: partecipazione quale impresa singola e partecipazione in qualita' di mandante in un R.T.I..

La norma ostativa alla partecipazione alla gara, per mancanza di un requisito generale, torna invece ad operare nell'ipotesi del 6° comma dell'art. 186-bis citato, ovvero quando ad essere ammessa al concordato preventivo sia, come nel caso di specie, l'Impresa capogruppo di un Raggruppamento temporaneo.

6.4 - E' chiaro nel senso appena rappresentato il tenore letterale del combinato disposto dell'art. 38, comma 1, lettera a), del decreto legislativo n. 163 del 2006 e dell'art. 186 bis, 5° e 6° comma, del regio decreto n. 267 del 1942.

6.5 - Ne deriva che la sua applicazione conduce inevitabilmente all'esclusione del R.T.I. odierno ricorrente.

Non e', infatti, possibile un'interpretazione diversa delle norme sopra richiamate. Anche il Consiglio di Stato e' stato categorico in tal senso (Consiglio di Stato, sez. V, 11 luglio 2017, n. 3405; id. 25 giugno 2018, n. 3924).

7 - Tuttavia il Collegio dubita della ragionevolezza delle norme citate, per le ragioni che saranno di seguito esposte, ritenendo non manifestamente infondata la questione di legittimita' costituzionale che intende sottoporre.

8 - In ordine alla rilevanza della questione, basta considerare quanto appena rilevato circa il significato letterale delle disposizioni richiamate e l'inevitabile effetto determinato dalla loro applicazione rispetto al Raggruppamento ricorrente, stante la sottoposizione a concordato con continuita' aziendale della mandataria Guerrato.

8.1 - E' altrettanto chiaro ed evidente che, ove la questione di legittimita' costituzionale qui proposta fosse ritenuta fondata, produrrebbe immediatamente effetto nel presente giudizio, comportando l'illegittimita' dell'esclusione del Raggruppamento stesso, disposta in pedissequa applicazione delle norme in rilievo.

9 - Per quanto concerne la ritenuta non manifesta infondatezza, con le argomentazioni illustrate di seguito s'intende rilevare l'irragionevolezza delle disposizioni in esame, laddove consentono all'impresa singola la partecipazione alle gare finalizzate all'attribuzione di contratti pubblici e non la permettono invece all'impresa, ove essa sia associata, in qualita' di mandataria, in un Raggruppamento temporaneo.

10 - Occorre preliminarmente evidenziare che il diritto comunitario non ha dettato regole stringenti al riguardo, lasciando anzi ampio spazio agli Stati membri. In proposito, infatti, l'art. 45, paragrafo 2, della Direttiva 31 marzo 2004, n. 2004/18/CE, recepita dal decreto legislativo n. 163 del 2006, qui in rilievo, ha dapprima stabilito: «puo' essere escluso dalla partecipazione all'appalto ogni operatore economico: a) che si trovi in stato di fallimento, di liquidazione, di cessazione d'attivita', di amministrazione controllata o di concordato preventivo o in ogni altra analoga situazione risultante da una procedura della stessa natura prevista da leggi e regolamenti nazionali;

b) a carico del quale sia in corso un procedimento per la dichiarazione di fallimento, di amministrazione controllata, di liquidazione, di concordato preventivo oppure ogni altro procedimento della stessa natura previsto da leggi e regolamenti nazionali.».

Tuttavia ha poi puntualizzato: «Gli Stati membri precisano, conformemente al rispettivo diritto nazionale e nel rispetto del diritto comunitario, le condizioni di applicazione del presente paragrafo».

10.1 - Percio' il distinguo operato nel diritto interno non e' stato determinato da una ferrea regola in tal senso stabilita a livello europeo.

11 - Per comprendere l'irragionevolezza della previsione, bisogna innanzi tutto considerare che l'art. 186-bis e' stato introdotto nel regio decreto n. 267 del 1942 dall'art. 33, comma 1, lettera h), del decreto-legge n. 83 del 2012, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 132 del 2102.

Detto decreto legge, recante il titolo: «Misure urgenti per la crescita del Paese», ha introdotto nell'ordinamento una nuova procedura concorsuale, il cd. concordato preventivo in continuita', in rilievo nel presente giudizio, la quale va inquadrata proprio

nelle misure tese a promuovere la crescita del Paese.

11.1 - Per quanto qui di interesse, la novella del 2012 ha inteso incentivare la tempestiva emersione di criticita' ed il ritorno in bonis dell'impresa o la conservazione dell'azienda in esercizio.

Con la riforma delle procedure concorsuali il legislatore si e' quindi posto come obiettivo quello di migliorare l'efficienza dei procedimenti di composizione delle crisi d'impresa disciplinati dalla legge fallimentare.

L'opzione di fondo che ha orientato l'intervento e' stata quella di incentivare l'impresa a denunciare per tempo la propria situazione di crisi, piuttosto che quella di assoggettarla a misure di controllo esterno che la rilevino.

Tale intento e' espresso in maniera chiara nella Relazione illustrativa al disegno di legge per la conversione in legge del decreto-legge n. 83 del 2012, dalla quale risulta che, tra i piu' gravi disincentivi al tempestivo accesso delle imprese in crisi alle procedure di concordato preventivo e ai procedimenti di omologazione degli accordi di ristrutturazione, si pone anche la mancanza di una disciplina specifica che faciliti il concordato con continuita' aziendale, soprattutto prevedendo la continuazione dei contratti in corso.

Da qui la particolare attenzione prestata dalla riforma della legge fallimentare al concordato preventivo e agli accordi di ristrutturazione dei debiti e l'introduzione del nuovo istituto qui in rilievo, disciplinato appunto dall'art. 186-bis della legge fallimentare.

L'imprenditore, dunque, ai sensi di tale disposizione, puo' presentare ricorso per concordato preventivo con continuita' aziendale con le modalita' di cui all'art. 161 della medesima legge fallimentare e depositare anche successivamente, nei termini consentiti dalla legge, un «piano di concordato contenente la descrizione analitica delle modalita' e dei tempi di adempimento della proposta», che prevede la prosecuzione dell'attivita' di impresa da parte del debitore, la cessione dell'azienda in esercizio ovvero il conferimento dell'azienda in esercizio in una o piu' societa', anche di nuova costituzione.

11.2 - Le modifiche alla legge fallimentare e conseguentemente all'art. 38 del decreto legislativo n. 63 del 2006 introdotte dal decreto-legge 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 la situazione generale di congiuntura economico-finanziaria e sociale, con le esigenze di pari spessore del conseguimento effettivo degli obiettivi di stabilita' e di crescita.

In tale ottica va infatti inquadrata la possibilita' di partecipazione a procedure di assegnazione di contratti pubblici, in caso di ammissione al concordato con continuita' aziendale.

12 - Tuttavia, come si e' gia' visto, la sottoposizione al concordato in continuita' non comporta l'esclusione dell'impresa che partecipi alla gara singolarmente e del Raggruppamento Temporaneo di Imprese quando tale procedura concorsuale riguardi una mandante, mentre determina l'esclusione del R.T.I. quando sia colpita la mandataria.

12.1 - Cio' appare incongruo, irragionevole ed ingiustificato.

12.2 - Certamente la volonta' di aiutare l'impresa a superare la crisi auspicatamente temporanea, garantendo nelle more la continuita' dell'attivita', che connota il concordato con continuita' aziendale e giustifica la deroga al generale divieto di partecipazione alle gare pubbliche in caso di sottoposizione a procedure concorsuali deve, infatti, sussistere anche nell'ipotesi in ultimo considerata.

12.3 - La situazione in cui si trova la singola impresa sottoposta a tale procedura e' infatti la medesima, essendo gli stessi i presupposti per l'adozione del relativo decreto con cui si

adotta il concordato preventivo in continuita', ed anche le garanzie richieste per consentire la partecipazione alle gare pubbliche, sopra evidenziate, risultano le medesime.

12.4 - Cambia il modulo partecipativo alla gara.

Nel primo caso l'impresa partecipa singolarmente, l'offerta e' unicamente riferibile alla medesima, che, in caso di aggiudicazione e di successiva stipula del contratto, risponde in toto dell'esecuzione delle relative prestazioni.

In caso di Raggruppamento temporaneo di Imprese, invece, l'offerta proviene da una pluralita' di imprese, le quali tutte - mandanti e mandatarie - sono responsabili dell'esatta esecuzione delle prestazioni oggetto della medesima (ciascuna per la parte di propria competenza), con la responsabilita' solidale anche della mandataria unicamente per i R.T.I. verticali (laddove le prestazioni principali sono riferite alla mandataria, mentre le secondarie alle mandanti).

12.5 - Si ritiene, pertanto, che non possa configurarsi alcun pregiudizio nei confronti della stazione appaltante, ove, diversamente da come previsto dalla norme in esame, fosse consentita la partecipazione anche alla mandataria di un R.T.I..

12.6 - Ed anzi appare piu' importante per la stazione appaltante che l'impresa singola non sia poi assoggettata ad una procedura fallimentare, dal momento che tutte le prestazioni sono alla stessa riferibili.

12.7 - Va considerato in proposito che la stazione appaltante esegue la scelta del soggetto aggiudicatario, avuto riguardo, a seconda del criterio, unicamente al prezzo o anche all'offerta tecnica, sulla base dei parametri ex ante indicati, in ogni caso valutando solo l'offerta proposta in sede di gara - dalla singola impresa o dal R.T.I..

12.8 - Alla luce di tali precisazioni, una diversa scelta del legislatore, nel senso di impedire la partecipazione alle gare, nell'ipotesi in cui la Societa' sottoposta a concordato in continuita' sia la mandataria, appare ingiustificata.

13 - Peraltro va ricordato che, ad ulteriore garanzia per la stazione appaltante, lo stesso decreto legislativo n. 163 del 2006 ha previsto un importante rimedio in suo favore, in caso di fallimento del soggetto mandatario di un R.T.I., stabilendo, all'art. 37, che tale Raggruppamento «puo' proseguire il rapporto di appalto con altro operatore economico che sia costituito mandatario nei modi previsti dal presente codice purché abbia i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori o servizi o forniture ancora da eseguire; non sussistendo tali condizioni la stazione appaltante puo' recedere dall'appalto.».

13.1 - Evidentemente questo vale anche nel caso in cui l'impresa mandataria di un Raggruppamento temporaneo di Imprese, gia' soggetta a concordato in continuita' sin dal momento della presentazione della domanda di partecipazione o comunque nel corso della gara, una volta aggiudicata la gara stessa al Raggruppamento, sia poi sottoposta a fallimento durante l'esecuzione contrattuale.

14 - Ne consegue che una previsione restrittiva, come quella contenuta nell'art. 186 bis, 6° comma, della legge fallimentare, al quale fa rinvio l'art. 38 del decreto legislativo n. 163 del 2006, appare al Collegio irragionevole, quindi in violazione dell'art. 3 della Costituzione.

15 - Data l'irragionevolezza, appare configurarsi un'ingiustificata limitazione della liberta' di iniziativa economica, sancita dall'art. 41 della Costituzione.

16 - A parere di questo giudice, resta conseguentemente violato anche il principio della concorrenza, essendo, senza motivo valido, limitata la partecipazione alle gare. Quindi appare lesa anche l'art. 117, 2° comma, lettera a), della Costituzione, essendo quello di concorrenza, cui la massima partecipazione alle gare e' funzionale,

un principio cardine dell'Unione europea.

17 - A confermare i dubbi in ordine alla irragionevolezza delle norme primarie qui in esame, con correlate ulteriori violazioni di norme costituzionali nei modi appena descritti, e' la scelta, di segno conforme a quanto rappresentato nella presente ordinanza, successivamente adottata dal legislatore relativamente ai requisiti generali di partecipazione alle pubbliche gare.

18 - Si e' gia' evidenziato in precedenza che il decreto legislativo n. 50 del 2016 non puo' applicarsi alla fattispecie in esame, in ragione di quanto previsto dal suo art. 216, comma 1, in base al quale esso «si applica alle procedure e ai contratti per i quali i bandi o avvisi con cui si indice la procedura di scelta del contraente siano pubblicati successivamente alla data della sua entrata in vigore», vale a dire successivamente al 19 aprile 2016, essendo stata la gara in questione bandita nel 2014.

18.1 - Tuttavia si ritiene rilevante richiamare l'art. 80 del Codice dei Contratti pubblici di cui al decreto legislativo n. 50 del 2016, con specifico riguardo alla sottoposizione a procedure concorsuali.

Segnatamente l'art. 80, comma 5, lettera b), del decreto legislativo n. 50 del 2016 ha stabilito: «Le stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico in una delle seguenti situazioni, anche riferita a un suo subappaltatore nei casi di cui all'art. 105, comma 6, qualora: ... b) l'operatore economico si trovi in stato di fallimento, di liquidazione coatta, di concordato preventivo, salvo il caso di concordato con continuita' aziendale».

18.2 - Come risulta evidente, viene superata la tecnica del rinvio adoperata dall'art. 38 del decreto legislativo n. 163 del 2006, essendo la disciplina esaustivamente contenuta nella norma concernente la prescrizione dei requisiti generali di partecipazione, appena richiamata.

18.3 - In tale nuova norma viene sempre ed indistintamente eccettuato il caso del concordato con continuita' aziendale rispetto a tutti i casi di procedura concorsuale, che invece determinano l'esclusione dalla gara.

In altre parole, la deroga al carattere ostativo alla partecipazione alla gara della sottoposizione a detta specifica procedura e' stabilita per la Ditta singola e per il Raggruppamento temporaneo di Imprese, qualunque sia la posizione rivestita all'interno del Raggruppamento stesso dall'Impresa che vi e' assoggettata.

18.4 - E che si faccia riferimento anche ai Raggruppamenti si evince in modo chiaro dalla nozione di operatore economico contenuta nell'art. 45 del medesimo decreto legislativo, che, al comma 2, lettera d), li ricomprende espressamente.

18.5 - Inoltre l'art. 110, comma 3, sempre del decreto legislativo n. 50 del 2016, recante «Procedure di affidamento in caso di fallimento dell'esecutore o di risoluzione del contratto e misure straordinarie di gestione», ha previsto in modo altrettanto chiaro: «Il curatore del fallimento, autorizzato all'esercizio provvisorio, ovvero l'impresa ammessa al concordato con continuita' aziendale, su autorizzazione del giudice delegato, possono:

a) partecipare a procedure di affidamento di concessioni e appalti di lavori, forniture e servizi ovvero essere affidatario di subappalto;

b) eseguire i contratti gia' stipulati dall'impresa fallita o ammessa al concordato con continuita' aziendale.».

18.6 - Le norme sopra riportate contenute nel Codice dei Contratti pubblici, dato il tenore letterale inequivocabile ed il carattere speciale, in quanto riferite specificamente alla partecipazione alle pubbliche gare ed all'esecuzione appunto dei contratti pubblici, prevalgono nella materia in esame sulla

disposizione di cui all'art. 186-bis della legge fallimentare.

19 - Deve senz'altro riconoscersi al legislatore un'ampia discrezionalità nel disciplinare le fattispecie, in ragione anche del momento storico nel quale lo stesso interviene.

19.1 - Tuttavia appare davvero irragionevole una così diversa disciplina in materia di requisiti generali rispetto ai R.T.I., relativamente alla sottoposizione di un'impresa al concordato preventivo con continuità aziendale, in assenza di modifica delle caratteristiche di tale istituto concorsuale, secondo quanto previsto dalla legge fallimentare.

19.2 - Ciò è palesemente irragionevole e ingiustificato, tenuto conto che, prima di modificare la disciplina in parola, è stata sicuramente eseguita un'attenta valutazione anche delle garanzie assicurate alla Stazione appaltante.

19.3 - Da qui la non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale, per violazione dell'art. 3 della Costituzione, e, data la ritenuta assenza di giustificazione della limitazione alla libertà di iniziativa economica e alla partecipazione alle pubbliche gare, altresì per violazione degli articoli 41 e 117, secondo comma, lettera a), della Costituzione, che il Collegio intende sottoporre alla Corte.

20 - In conclusione il Tribunale sospende il giudizio e solleva la questione di legittimità costituzionale del combinato disposto dell'art. 38, comma 1, lettera a), del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, e dell'art. 186 bis, quinto e sesto comma, del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, introdotto dall'art. 33, comma 1, lettera h, del decreto-legge 22 giugno 2012, n. 83, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 2013, n. 134, per violazione degli articoli 3, primo comma, 41 e 117, secondo comma, lettera a), della Costituzione, laddove consente la partecipazione alle gare pubbliche alle Imprese singole, se sottoposte a concordato con continuità aziendale, e ai Raggruppamenti temporanei di imprese, ove vi sia sottoposta una mandante, ma la vieta ai Raggruppamenti temporanei di imprese, nel caso in cui sia la mandataria assoggettata a tale procedura.

P.Q.M.

Il Tribunale amministrativo regionale per il Lazio - Sezione II: dichiara rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale del combinato disposto dell'art. 38, comma 1, lettera a), del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, e dell'art. 186 bis, quinto e sesto comma, del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, introdotto dall'art. 33, comma 1, lettera h, del decreto-legge 22 giugno 2012, n. 83, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 2013, n. 134, per violazione degli articoli 3, primo comma, 41 e 117, secondo comma, lettera a), della Costituzione, laddove consente la partecipazione alle gare pubbliche alle Imprese singole, se sottoposte a concordato con continuità aziendale, e ai Raggruppamenti temporanei di imprese, ove vi sia sottoposta una mandante, ma la vieta ai Raggruppamenti temporanei di imprese, nel caso in cui sia la mandataria assoggettata a tale procedura;

sospende il giudizio in esame sino alla pronuncia della Corte costituzionale sulla questione di legittimità costituzionale sollevata con la presente ordinanza;

ordina che, a cura della Segreteria della Sezione, la presente ordinanza sia notificata alle parti in causa ed al Presidente del Consiglio dei ministri e sia comunicata ai Presidenti della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica.

Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio del giorno 24 ottobre 2018, con l'intervento dei magistrati:

Antonino Savo Amodio, Presidente;
Rita Tricarico, consigliere, estensore;
Floriana Venera Di Mauro, primo referendario.

Il Presidente: Savo Amodio

L'estensore: Tricarico