



ATTO GIUDIZIARIO IN MATERIA DI DIRITTO AMMINISTRATIVO

Esame di avvocato 2024

Il Comune di Zeta pubblica un bando di gara per l'affidamento del servizio di refezione nella scuola di infanzia comunale.

Alla procedura partecipano due raggruppamenti temporanei di imprese: RTI Omega e RTI Delta.

All'esito della gara, l'appalto viene aggiudicato al RTI Omega, costituito dalla società Omega, quale mandataria, e dalle società Alfa, Beta e Gamma, quali mandanti.

Prima della stipulazione del contratto di appalto, la mandante Alfa del RTI Omega stipula con la società Iota un contratto di affitto di azienda; il RTI Omega segnala al Comune che la società subentrante Iota ha i requisiti richiesti per la partecipazione alla gara d'appalto e chiede al Comune di dare atto che a seguito del subentro il RTI aggiudicatario è composto dalla società Omega, quale mandataria, e dalle società Iota, Beta e Gamma, quali 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 di appalto, non accoglie l'istanza di subentro, revoca il decreto di aggiudicazione in favore del RTI Omega ed emette decreto di aggiudicazione nei confronti del RTI Delta.

Il candidato, assumendo le vesti del legale del RTI Omega, rediga l'atto stimato opportuno per tutelare il proprio assistito in giudizio.



Tribunale Amministrativo Regionale per il/la _____ – _____

Ricorso

per la società Omega, con sede legale in _____, alla via _____, cod. fisc. e p.iva _____, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in proprio e in qualità di mandataria del R.T.I. Omega costituito con le società mandanti Iota, con sede legale in _____, alla via _____, cod. fisc. e p.iva _____, Beta, con sede legale in _____, alla via _____, cod. fisc. e p.iva _____, e Gamma, con sede legale in _____, alla via _____, cod. fisc. e p.iva _____, elettivamente domiciliata in _____, alla via _____, presso lo studio dell'avv. _____ (cod. fisc. _____), che la rappresenta e difende giusta procura speciale in calce al presente atto e che dichiara di voler ricevere ogni comunicazione al seguente indirizzo pec _____, ove elegge il proprio domicilio digitale

- ricorrente -

contro

il Comune di Zeta, con sede in _____, alla via _____, cod. fisc. _____, in persona del sindaco *pro tempore*

- Amministrazione resistente -

e nei confronti di

società _____, con sede legale in _____, alla via _____, cod. fisc. e p.iva _____, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in proprio e in qualità di mandataria del R.T.I. Delta costituito con le società _____

- controinteressata -

per l'annullamento, previa adozione di misure cautelari

- del provvedimento del Comune di Zeta prot. n. _____ del _____, notificato in data _____, con cui l'Amministrazione resistente ha rigettato l'istanza di subentro della società Iota alla società Alfa all'interno del R.T.I. Omega;

- del provvedimento del Comune di Zeta prot. n. _____ del _____, notificato in data _____, con cui l'Amministrazione resistente ha revocato il decreto di aggiudicazione nei confronti del R.T.I. Omega;

- del decreto di aggiudicazione del Comune di Zeta prot. n. _____ del _____, notificato in data _____, con cui l'Amministrazione resistente ha disposto l'aggiudicazione dell'appalto in favore del R.T.I. Delta;

- di tutti gli atti presupposti, connessi, collegati e/o consequenziali, antecedenti e/o successivi, ancorché non conosciuti

nonché

per la dichiarazione di inefficacia del contratto di appalto eventualmente stipulato dal Comune di Zeta con il R.T.I. Delta, disponendo, ove occorra, il subentro del R.T.I. Omega nell'esecuzione dell'appalto ai sensi dell'art. 122 c.p.a.



e la conseguente condanna

del Comune di Zeta a risarcire il danno cagionato alla ricorrente in forma specifica ovvero, in subordine, per equivalente monetario nella misura che sarà determinata in corso di causa.

IN FATTO

Con bando pubblicato in data _____, il Comune di Zeta ha indetto una procedura di gara per l'affidamento del servizio di refezione nella scuola di infanzia comunale.

Alla procedura hanno partecipato due raggruppamenti temporanei di imprese: il R.T.I. Omega, costituito dalla società Omega, quale mandataria, e dalle società Alfa, Beta e Gamma, quali mandanti; il R.T.I. Delta, costituito dalle società _____.

All'esito della gara, l'appalto è stato aggiudicato al R.T.I. Omega.

Prima della stipulazione del contratto di appalto, la mandante Alfa del R.T.I. Omega ha stipulato con la società Iota un contratto di affitto di azienda. Il R.T.I. Omega ha quindi tempestivamente segnalato al Comune di Zeta che la società subentrante Iota ha i requisiti richiesti per la partecipazione alla gara di appalto e ha chiesto al Comune di dare atto che, a seguito del subentro, il R.T.I. aggiudicatario è composto da Omega (quale mandataria) e dalle società Iota, Beta e Gamma (quali mandanti), invitando lo stesso a stipulare il contratto.

Senonché, con i provvedimenti in questa sede impugnati il Comune di Zeta, ritenendo che non sarebbe ammissibile l'aggiudicazione in favore di una società che non ha partecipato alla gara (nella specie, la società Iota), ha rigettato l'istanza di subentro della società Iota, revocato il decreto di aggiudicazione nei confronti del R.T.I. Omega ed emesso decreto di aggiudicazione in favore del R.T.I. Delta.

I provvedimenti impugnati, oltre che gravemente lesivi degli interessi della ricorrente, sono illegittimi e meritano di essere annullati per i seguenti motivi di

DIRITTO

1. Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 41 Cost., dell'art. 63, paragrafo 1, comma 2, della Direttiva CEE 24/2014, nonché degli artt. 68 e 97 D.Lgs. 36/2023. Eccesso di potere per difetto di istruttoria, difetto di motivazione, contraddittorietà, sviamento di potere e ingiustizia manifesta

I provvedimenti in questa sede impugnati si appalesano manifestamente illegittimi sotto il profilo della violazione e/o falsa applicazione della normativa indicata in epigrafe, e ciò per le ragioni che seguono.

Come accennato in punto di fatto, il Comune di Zeta ha adottato i provvedimenti in questa sede impugnati sulla scorta dell'erroneo assunto secondo cui, avendo la mandante Alfa stipulato con la società Iota un contratto di affitto di azienda ed essendo quest'ultima subentrata alla prima, non sarebbe ammissibile l'aggiudicazione in favore di una società (nella specie, la società Iota) che non ha partecipato



alla gara.

Sul punto, al fine di mettere in luce l'illegittimità dei gravati provvedimenti, occorre anzitutto rilevare che la sottoscrizione del contratto di affitto di azienda, quale istituto funzionale alla realizzazione di esigenze riorganizzative dell'impresa, è idonea a permettere il subentro dell'affittuario nella posizione giuridica dell'affittante, anche ai fini della partecipazione ad una pubblica gara.

Una tale soluzione, da un lato, non risulta incompatibile con la disciplina dettata dal d.lgs 36/2023, che non pone un espresso divieto di affitto di azienda e che, dunque, non preclude all'affittuario di prendere parte alla gara subentrando nella posizione dell'affittante; dall'altro lato, è maggiormente coerente con un'interpretazione evolutiva, sistematica e teleologica della disciplina positiva in commento.

In particolare, si osserva che la fattispecie dell'affitto di azienda, diversamente da quanto previsto nel previgente codice dei contratti pubblici del 2006 (art. 51 d.lgs 163/2006), non è espressamente regolata dal d.lgs 36/2023 quale vicenda soggettiva del candidato, dell'offerente o dell'aggiudicatario. Una tale lacuna normativa, ove intesa alla stregua del principio di immodificabilità soggettiva dei partecipanti alle pubbliche gare, potrebbe condurre alla conclusione di negare, a fronte di un contratto di affitto di azienda, la possibilità di modificare l'identità formale dell'operatore economico partecipante alla procedura di gara e, dunque, di impedire il subentro dell'affittuario nella posizione giuridica dell'affittante in relazione ad una procedura di affidamento in corso.

Un tale risultato esegetico non è tuttavia ammissibile, in quanto: non compatibile con la libertà di iniziativa economica e la libertà di impresa tutelate a livello costituzionale e unionale, cui pure è funzionale la libertà contrattuale, suscettibile di esplicarsi anche attraverso il compimento di operazioni di acquisizione o di affitto di azienda e di riorganizzazione dei fattori della produzione in funzione dello svolgimento dell'attività economica; non necessario per garantire le esigenze di buon andamento amministrativo e di parità di trattamento dei partecipanti alla pubblica gara; in contrasto con l'evoluzione normativa e giurisprudenziale formatasi in materia, in assenza di sopravvenienze idonee a rimediare un consolidato indirizzo già affermatosi presso la giurisprudenza amministrativa, favorevole al subentro nell'affittuario nella posizione dell'affittante, partecipante ad una pubblica gara.

In primo luogo, deve osservarsi come l'assenza, nell'attuale assetto normativo, di una previsione che ammetta la modifica soggettiva del concorrente in presenza di un contratto di affitto di azienda non sia dirimente per negare il subentro dell'affittuario nella posizione giuridica dell'affittante, partecipante ad una pubblica gara.

Difatti, un divieto di subentro in siffatte ipotesi, da un lato, non è posto espressamente dal dato positivo e, dall'altro lato, inciderebbe sulla piena attuazione della libertà contrattuale degli operatori economici, discendente dalla libertà di iniziativa economica e dalla libertà di impresa affermate in via generalizzata in ambito nazionale e sovranazionale (artt. 41 Cost. e art. 16 Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione



Europea, in combinato disposto con gli articoli 49 e 56 del TFUE) e non limitabile in assenza di una espressa disposizione normativa contraria.

Una tale divieto 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.

Difatti, potendo l'azienda rilevare al fine di dimostrare il possesso di alcuni dei requisiti di partecipazione alla pubblica gara, ove si impedisse all'affittuario dell'azienda di subentrare all'affittante nella partecipazione ad una pubblica gara, si limiterebbe la libertà contrattuale e di organizzazione del concorrente.

Per tali ragioni, una prima argomentazione a favore del subentro dell'affittuario nella posizione dell'affittante nella partecipazione alla procedura di gara, è data dall'esigenza di assicurare l'ampia esplicazione della libertà contrattuale degli operatori economici, insuscettibile di essere limitata in assenza di un'espressa e contraria disposizione normativa.

In secondo luogo, l'ammissibilità del subentro dell'affittuario nella posizione giuridica dell'affittante, anche ai fini della partecipazione alla pubblica gara, risulta coerente con il 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.

Il principio di continuità economica e aziendale rileva, in particolare, anche nella materia dei contratti pubblici, essendo stato valorizzato dalla giurisprudenza ai fini dell'accertamento del possesso dei requisiti di partecipazione alla gara, sia per consentire all'affittuario (e all'acquirente) dell'azienda di spendere i requisiti di capacità correlati alla disponibilità dell'azienda trasferita, sia per ascrivere in capo all'affittuario (e all'acquirente) eventuali cause di esclusione riferibili al precedente titolare.

La giurisprudenza amministrativa ha, infatti, evidenziato come *“non soltanto l'affittuario è in condizione di utilizzare mezzi d'opera e personale facenti capo all'azienda affittata ma, soprattutto, si mette in condizione di avvantaggiarsi anche dei requisiti di ordine tecnico organizzativo ed economico finanziario facenti capo a tale azienda, per quanto ciò avvenga per un periodo di tempo determinato e malgrado la reversibilità degli effetti una volta giunto a scadenza il contratto di affitto d'azienda, con l'obbligo di restituzione del complesso aziendale”* (cfr. **Consiglio di Stato, Sez. III, 12 dicembre 2018, n. 7022**).

Alla stregua di tali coordinate ermeneutiche, deve ritenersi che l'affitto dell'azienda, pur comportando una modifica dell'identità giuridica del titolare dell'azienda, assicuri comunque una continuità sostanziale dell'impresa, consentendo all'affittuario di proseguire ininterrottamente l'attività economica avvalendosi dell'insieme coordinato di mezzi già organizzato a tali fini dalla parte affittante.



La continuità sostanziale dell'impresa, dunque, costituisce un effetto naturale del contratto di affitto di azienda, che, in ragione della sua portata generale, deve poter essere apprezzato non soltanto nelle ipotesi in cui la fattispecie negoziale si realizzi prima dell'indizione della gara, ma anche qualora il contratto sia concluso in sua pendenza da un operatore economico che abbia già assunto la posizione di candidato, offerente o aggiudicatario della procedura di affidamento, consentendosi in siffatte ipotesi il subentro dell'affittuario nella posizione dell'affittante ai fini della partecipazione alla pubblica gara.

In altri termini, a fronte di un affitto di azienda, pur assistendosi ad una modifica dell'identità giuridica, non viene meno l'identità sostanziale del concorrente, proseguendo in capo all'affittuario la capacità economica e tecnica del candidato iniziale espressa dall'azienda trasferita, rilevante ai fini della qualificazione del concorrente.

La correttezza delle considerazioni sopra esposte trova conferma nell'orientamento della giurisprudenza amministrativa, la quale ha avuto modo di chiarire che *“la regola del possesso ininterrotto dei requisiti di partecipazione per tutta la durata della procedura di gara trova applicazione anche nell'ipotesi in cui, successivamente alla presentazione dell'offerta, sia intervenuto il contratto di affitto, con la conseguente legittimità della verifica del possesso dei requisiti generali di partecipazione anche soggettivi in capo all'affittuaria delle aziende di un RTI che ha presentato offerta in gara”* (cfr. **Consiglio di Stato, Sez. III , 22/07/2021 , n. 5517**).

Né potrebbe argomentarsi diversamente rilevando che, così statuendo, si determinerebbe una violazione del principio di immodificabilità soggettiva del concorrente.

In origine, la materia dei contratti pubblici risultava caratterizzata dall'applicazione generalizzata del principio di immodificabilità soggettiva dell'operatore economico in relazione sia alla fase di gara, che alla fase di esecuzione contrattuale.

Senonché, già sotto la vigenza del previgente art. 48, commi 17, 18 e 19 *ter*, d.lgs. n. 50/2016, la giurisprudenza ha affrontato la questione circa la modifica soggettiva del R.T.I., ritenendo ammissibile la sostituzione meramente interna del mandatario o del mandante di un R.T.I. con un altro soggetto del raggruppamento stesso in possesso dei requisiti. In particolare, è stato chiarito che l'evento che conduce alla sostituzione meramente interna deve essere portato dal raggruppamento a conoscenza della stazione appaltante, per consentirle, secondo il principio di c.d. sostituibilità procedimentalizzata a tutela della trasparenza e della concorrenza, di assegnare al raggruppamento un congruo termine per la riorganizzazione del proprio assetto interno tale da poter riprendere correttamente, e rapidamente, la propria partecipazione alla gara o la prosecuzione del rapporto contrattuale.

Inoltre, sempre con riferimento alla disciplina previgente, la stessa Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato ha chiarito che la modifica soggettiva del R.T.I., in caso di perdita dei requisiti di partecipazione da parte del mandatario o di una delle mandanti, è consentita non solo in sede di esecuzione, ma anche in fase di gara (cfr. **Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 25 gennaio 2022, n. 2**).

In tale contesto è poi intervenuta l'innovativa disciplina dettata dall'art. 97 d.lgs. 36/2023 a proposito delle cause di esclusione di partecipanti a raggruppamenti.

La suddetta disposizione prevede che – ferme restando le ipotesi escludenti di cui all'art. 96, commi 2, 3, 4, 5 e 6 – *“il raggruppamento non è escluso qualora un suo partecipante sia interessato da una causa automatica o non automatica di esclusione o dal venir meno di un requisito di qualificazione, se si sono verificate le condizioni di cui al comma 2 e ha adempiuto ai seguenti oneri: a) in sede di presentazione dell'offerta: 1) ha comunicato alla stazione appaltante la causa escludente verificatasi prima della presentazione dell'offerta e il venir meno, prima della presentazione dell'offerta, del requisito di qualificazione, nonché il soggetto che ne è interessato; 2) ha comprovato le misure adottate ai sensi del comma 2 o l'impossibilità di adottarle prima di quella data; b) ha adottato e comunicato le misure di cui al comma 2 prima dell'aggiudicazione, se la causa escludente si è verificata successivamente alla presentazione dell'offerta o il requisito di qualificazione è venuto meno successivamente alla presentazione dell'offerta”* (comma 1).

Il comma 2 dispone, poi, che *“fermo restando l'articolo 96, se un partecipante al raggruppamento si trova in una delle situazioni di cui agli articoli 94 e 95 o non è in possesso di uno dei requisiti di cui all'articolo 100, il raggruppamento può comprovare di averlo estromesso o sostituito con altro soggetto munito dei necessari requisiti, fatta salva l'immodificabilità sostanziale dell'offerta presentata. Se tali misure sono ritenute sufficienti e tempestivamente adottate, il raggruppamento non è escluso dalla procedura d'appalto. Se la stazione appaltante ritiene che le misure siano intempestive o insufficienti, l'operatore economico è escluso con decisione motivata”*.

La normativa in esame, secondo quanto evidenziato dal Consiglio di Stato nello schema definitivo del codice dei contratti pubblici, si prefigge l'obiettivo di attuare l'art. 63, paragrafo 1, comma 2, della direttiva 24/2014 nell'interpretazione resa dalla Corte di Giustizia (sez. IX, 3 giugno 2021, in causa C-210/2020), secondo cui la norma in esame *“osta a una normativa nazionale in forza della quale l'amministrazione aggiudicatrice deve automaticamente escludere un offerente da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico qualora un'impresa ausiliaria, sulle cui capacità esso intende fare affidamento, abbia reso una dichiarazione non veritiera quanto all'esistenza di condanne penali passate in giudicato, senza poter imporre o quantomeno permettere, in siffatta ipotesi, a tale offerente di sostituire detto soggetto”*.

In particolare, l'art. 63, paragrafo 1, comma 2 della Direttiva CEE 24/2014 dispone che l'Amministrazione aggiudicatrice: impone che l'operatore economico sostituisca un soggetto che non soddisfa un pertinente criterio di selezione o per il quale sussistono motivi obbligatori di esclusione; può imporre o essere obbligata dallo Stato membro ad imporre che l'operatore economico sostituisca un soggetto per il quale sussistono motivi non obbligatori di esclusione.

Su queste premesse, l'art. 97, comma 2, d.lgs 36/2023 statuisce 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.



Ebbene, sotto questo profilo, l'art. 97 d.lgs. 36/2023 conferma ed amplia la disciplina già individuabile nel precedente codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. 50/2016. La norma in esame, infatti, da un lato, conferma gli orientamenti ai quali era pervenuta la giurisprudenza formatasi nella vigenza del precedente codice, laddove, in materia di “estromissione”, ammette la modifica del raggruppamento c.d. “per riduzione”; dall'altro, amplia le possibilità di modifica dei concorrenti a struttura plurisoggettiva, laddove, nell'introdurre la nozione di “sostituzione”, ammette la modifica del raggruppamento anche in via “aggiuntiva”.

In altri termini, il legislatore ha espressamente 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'art. 97 supera, pertanto, le restrizioni di cui al previgente art. 48, commi 17 e 18, d.lgs. 50/2016, prevedendo due possibili misure volte a superare il vizio pendente a carico di uno dei partecipanti al R.T.I.: la prima misura è l'estromissione, con conseguente riduzione soggettiva dell'ATI e redistribuzione interna tra i superstiti dei compiti; la seconda misura è la sostituzione.

Si osserva peraltro che l'espressione utilizzata dall'art. 97 d.lgs. 36/2023 è identica a quella che si rinviene, con riguardo all'avvalimento, nell'art. 104, laddove si parla di “sostituzione”, ossia il subentro di un nuovo soggetto in conseguenza della fuoriuscita di quello precedente.

Il legislatore ha quindi spostato l'attenzione dal soggetto (il partecipante) all'oggetto della gara: in base al principio della *par condicio*, l'offerta già presentata non può in alcun modo subire modifiche rispetto al contenuto prospettato all'atto della domanda, mentre è consentita la modifica soggettiva, a condizione del rispetto dei requisiti di qualificazione.

La correttezza delle considerazioni sopra esposte trova oggettiva conferma nell'orientamento della giurisprudenza amministrativa, la quale ha precisato che *“l'art. 97, d.lgs. n. 36/2023 amplia le possibilità di modifica dei concorrenti a struttura plurisoggettiva, laddove, nell'introdurre la nozione di ‘sostituzione’, ammette la modifica del raggruppamento anche in via ‘aggiuntiva’”* (cfr. **T.A.R. Campania, Napoli, Sez. I, 4 ottobre 2024, n. 5211**.

In tal senso, cfr. altresì **TAR Sicilia, Palermo, Sez. III, 22 gennaio 2024, n. 218**).

Alla luce di quanto sopra, pertanto, non è necessario disporre l'esclusione degli R.T.I. qualora uno dei partecipanti al raggruppamento sia interessato da una causa di esclusione (o dal venir meno di un requisito di qualificazione) purché ricorrano due condizioni.

In primo luogo, è onere del raggruppamento comunicare all'Amministrazione la causa di esclusione verificatasi (o la mancanza di un requisito di qualificazione) nonché l'impresa interessata, esplicitando al contempo le misure adottate per ovviare alla situazione ovvero le ragioni che non hanno consentito l'adozione di tali misure.



In secondo luogo, deve fare riscontro a questo primo adempimento anche l'adozione di rimedi congrui, quali l'estromissione del soggetto interessato o la sua sostituzione con un'altra impresa, fatta salva l'immodificabilità oggettiva dell'offerta presentata.

Dal canto suo l'Amministrazione, dopo aver ricevuto tale comunicazione ed aver valutato le misure adottate, è tenuta a determinarsi sulla richiesta del raggruppamento, potendo rigettarla soltanto nel caso di rimedi intempestivi oppure insufficienti.

Premesso quanto sopra, nel caso di specie è accaduto che, a seguito dell'aggiudicazione dell'appalto in favore del R.T.I. Omega e prima della stipula del relativo contratto, la mandante Alfa del R.T.I. Omega ha stipulato con la società Iota un contratto di affitto di azienda. Il R.T.I. Omega, pertanto, ha tempestivamente segnalato al Comune di Zeta l'evento che ha condotto alla sostituzione interna della mandante Alfa, comunicando che la società subentrante Iota ha i requisiti richiesti per la partecipazione alla gara d'appalto.

A fronte della suddetta segnalazione, tuttavia, il Comune ha rigettato l'istanza di subentro, revocato il decreto di aggiudicazione precedentemente disposto in favore di R.T.I. Omega ed emesso decreto di aggiudicazione nei confronti di R.T.I. Delta; ciò sulla scorta dell'erroneo assunto secondo cui non sarebbe ammissibile l'aggiudicazione in favore di una società (nella specie, Iota) che non ha partecipato alla gara. Tale assunto è del tutto erroneo in quanto non tiene conto della normativa e dei principi giurisprudenziali sopra richiamati, i quali, come detto, ammettono pacificamente la modifica del raggruppamento anche in via aggiuntiva e anche a seguito dell'aggiudicazione dell'appalto.

Ed invero, la normativa in esame consente il subentro di un'impresa all'interno di un R.T.I., previo accertamento da parte della stazione appaltante che la nuova impresa soddisfi i requisiti di qualificazione e capacità richiesti dal bando. Il Comune, nel caso di specie, non solo non ha effettuato tale verifica, ma ha altresì omesso qualsivoglia valutazione circa le misure tempestivamente adottate dal R.T.I. Omega per ovviare all'evento che ha condotto alla sostituzione interna della mandante Alfa.

Dalla motivazione addotta dal Comune a sostegno dei provvedimenti impugnati è evidente, pertanto, come l'Amministrazione resistente abbia travisato il senso della normativa sopra esposta, la cui *ratio* è quella di evitare la modifica sostanziale dell'offerta presentata; circostanza che non si verifica, di contro, nel caso in cui – come nella fattispecie di cui è causa – vi sia una mera modifica soggettiva in termini di subentro di un nuovo soggetto in conseguenza della fuoriuscita di quello precedente.

Nel caso di specie, infatti, la modifica soggettiva conseguente alla stipula tra Alfa e Iota di un contratto di affitto di azienda non determina una modifica sostanziale dell'offerta presentata, né compromette la capacità tecnica, economica e professionale del R.T.I. aggiudicatario, tenuto conto che Iota ha i requisiti richiesti per la partecipazione alla gara di appalto e che, in ogni caso, non viene meno l'identità sostanziale



del concorrente, proseguendo in capo all'affittuario la capacità economica e tecnica del candidato iniziale espressa dall'azienda trasferita, rilevante ai fini della qualificazione del concorrente.

Pertanto, i provvedimenti impugnati si appalesano illegittimi non soltanto con riferimento alla violazione della normativa indicata in epigrafe ma anche sotto il profilo dell'eccesso di potere per difetto di istruttoria, difetto di motivazione, contraddittorietà, sviamento di potere e ingiustizia manifesta.

Alla luce delle considerazioni sopra esposte, risulta di tutta evidenza l'illegittimità dei gravati provvedimenti.

2. Istanza cautelare

Quanto al *fumus boni iuris*, valgono i motivi di impugnazione sopra esposti.

Quanto al *periculum in mora*, va rilevata l'urgenza di disporre la sospensione dell'efficacia dei provvedimenti impugnati, tenuto conto che solo una pronta ed efficace tutela cautelare può garantire alla ricorrente il c.d. bene della vita, rappresentato dalla possibilità di aggiudicarsi l'appalto.

Per quanto precede, l'odierna ricorrente formula espressa richiesta di adozione delle misure cautelari idonee a salvaguardare l'utilità del presente procedimento e, in particolare, chiede la sospensione degli effetti dei provvedimenti impugnati o, in via subordinata, la fissazione di una sollecita udienza di merito ai sensi dell'art. 55, comma 10, c.p.a.

P.Q.M.

Voglia l'Ecc.mo T.A.R. adito, disattesa ogni contraria istanza:

1. in sede cautelare, sospendere gli effetti dei provvedimenti impugnati o, in subordine, fissare con sollecitudine l'udienza per la discussione del merito del ricorso ai sensi dell'art. 55, comma 10, c.p.a.;
2. in sede di merito, accogliere il presente ricorso e, per l'effetto, annullare i provvedimenti indicati in epigrafe e disporre l'aggiudicazione dell'appalto in favore del R.T.I. Omega;
3. ove occorra, dichiarare l'inefficacia del contratto di appalto eventualmente stipulato dal Comune di Zeta con il R.T.I. Delta, disponendo il subentro del R.T.I. Omega nell'esecuzione dell'appalto *ex art. 122 c.p.a.* o, in subordine, condannare il Comune di Zeta al risarcimento del danno per equivalente monetario nella misura che sarà determinata in corso di causa.

Con vittoria di spese, diritti e onorari.

Si depositano i documenti come da separato indice.

Si dichiara di voler ricevere le comunicazioni e notificazioni al numero di fax ____ e/o al seguente indirizzo pec ____.

Ai fini del pagamento del contributo unificato, di cui al d.p.r. n. 115/02, si dichiara che il valore della



controversia è pari ad € ____ e che, pertanto, il valore del relativo contributo unificato ammonta ad € ____.

__, li __ (luogo e data)

Avv. ____ (Sottoscrizione avvocato)

Procura

La società Omega, con sede legale in ____, alla via ____, cod. fisc. e p.iva ____, in persona del legale rappresentante *pro tempore* sig. ____, nato a ____ il ____, cod. fisc. ____ e residente in ____, alla via ____, in proprio e in qualità di mandataria del R.T.I. Omega costituito con le società mandanti Iota, con sede legale in ____, alla via ____, cod. fisc. e p.iva ____, Beta, con sede legale in ____, alla via ____, cod. fisc. e p.iva ____, e Gamma, con sede legale in ____, alla via ____, cod. fisc. e p.iva ____, conferisce all'Avv. ____ procura a rappresentarla e difenderla nella causa di cui al presente atto, conferendogli ogni più ampia facoltà di legge, ivi compresa quella proporre e sottoscrivere ricorsi, memorie, istanze, appelli (anche cautelari) e atti comunque denominati, presenziare alle udienze e alle camere di consiglio, eleggere domicilio, transigere e farsi sostituire.

Elegge domicilio presso il suo studio legale sito in ____, alla via ____.

Ricevuta, altresì, l'informazione sull'utilizzazione dei dati personali, ai sensi e per gli effetti del d. lgs. n. 196/2003 e ss.mm., acconsente espressamente, ai sensi dell'art. 23, alla loro comunicazione.

Dichiara, inoltre, di essere stata resa edotta circa i rischi del contenzioso, il grado di complessità, le caratteristiche e l'importanza dell'incarico che con la presente conferisce, delle attività da espletare, delle iniziative da intraprendere, delle ipotesi di soluzione e della prevedibile durata del processo e di essere stata resa edotta circa gli oneri ipotizzabili dal momento del conferimento sino alla conclusione dell'incarico e di aver ricevuto ed accettato un preventivo scritto con distinzione analitica delle voci di costo tra oneri, anche fiscali e previdenziali, spese, anche forfettarie, e compenso professionale.

Si dichiara, altresì, che sono stati resi noti gli estremi della polizza assicurativa professionale del difensore.

Luogo e data

Firma

Sig. ____ (nella qualità *ut supra*) _____

È vera e autentica

Avv. _____