

Il Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana deferisce, ancora una volta, all'Adunanza plenaria alcune questioni in tema di forme associative tra operatori economici e, segnatamente, in tema di sostituibilità dell'impresa mandataria fallita successivamente alla presentazione dell'offerta con altro operatore economico subentrante, con estensione del perimetro dei quesiti ai tempi e modalità di tale sostituzione.

**Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana, sentenza non definitiva 20 gennaio 2021, n. 37 – Pres. De Nictolis, Est. Boscarino**

**Contratti pubblici – Raggruppamento temporaneo d'impresa – Fallimento dell'impresa mandataria nel corso della procedura di gara – Sostituibilità dell'impresa fallita – Deferimento questioni all'Adunanza plenaria**

*Vanno rimesse all'Adunanza plenaria le seguenti questioni di diritto:*

*a) se le disposizioni normative di cui all'art. 48, commi 17 e 19-ter, d.lgs. n. 50 del 2016 debbano essere interpretate nel senso di consentire, in fase di gara, la sostituzione della mandataria dichiarata fallita successivamente alla presentazione dell'offerta con altro operatore economico subentrante, ovvero se ne sia possibile soltanto la mera estromissione e, in questo caso, se l'esclusione dell'a.t.i. dalla gara possa essere evitata unicamente qualora le restanti imprese partecipanti al raggruppamento soddisfino in proprio i requisiti di partecipazione;*

*b) tempi e modalità per introdurre nel procedimento di gara l'estromissione della mandataria e la sostituzione della stessa, ed in particolare:*

*b.1) se l'impresa mandante (o le imprese mandanti) possa chiedere di essere ammessa a sostituire la mandataria fin quando non intervenga comunicazione, da parte dell'Amministrazione procedente, di apposito interpello, ovvero del provvedimento di esclusione;*

*b.2) se sia comunque consentito, nell'ipotesi di intervenuta conoscenza aliunde della vicenda che ha colpito la mandataria, proporre la sostituzione nel corso della gara ed anteriormente all'adozione dei citati atti da parte dell'Amministrazione procedente (1).*

(1) I. – Con la sentenza non definitiva in rassegna, la sezione giurisdizionale del C.g.a. ha posto specifici quesiti in tema di possibile sostituzione – e relativi tempi e modalità – dell'impresa mandataria dichiarata fallita successivamente alla presentazione dell'offerta con altro operatore economico subentrante. I dubbi interpretativi investono anche la possibilità o meno di procedere ad una mera estromissione di detta impresa e se l'esclusione dell'intero raggruppamento dalla gara possa essere evitata unicamente qualora le restanti imprese partecipanti a detta forma associativa soddisfino in proprio i requisiti di partecipazione.

La sentenza pone compiutamente le basi per un intervento nomofilattico della Plenaria volto a delineare con chiarezza il quadro sistematico delle disposizioni di riferimento in relazione alla fase in cui possa o debba essere chiesta la sostituzione della mandataria colpita da uno degli eventi contemplati dall'art. 48, commi 17 e 19-ter, d. lgs n.50 del 2016; questione che, peraltro, implica *“delicati riflessi in tema di procedimentalizzazione dell' <incidente> anche in relazione alla conoscenza-conoscibilità in capo alle mandanti dell'avvenuta sottoposizione della capogruppo [...] alla procedura concorsuale”*.

II. – La vicenda contenziosa che ha condotto al giudizio dinanzi al C.g.a. muove da una controversia instaurata, in primo grado, da due operatori economici che hanno dedotto l'illegittimità del provvedimento di esclusione con cui la stazione appaltante ha negato, a seguito del fallimento dell'originaria mandataria, la possibilità alle stesse imprese di proseguire nella gara con altra impresa, esterna all'originario raggruppamento, da costituirsi mandataria in luogo della precedente ed in possesso dei necessari requisiti ai sensi del combinato disposto dei commi 17 e 19-ter dell'art. 48 d.lgs. n. 50 del 2016.

Con sentenza T.a.r. per la Sicilia, sez. I, 21 settembre 2020, n. 1870 è stato rigettato il ricorso di primo grado sul rilievo che *“Solo [...] con riferimento alla posizione della ditta mandante, sarebbe espressamente prevista una modificazione «additiva», con soggetti non facenti parte del raggruppamento originario [...]”*.

Avverso la predetta sentenza è stato interposto appello da parte delle originarie ricorrenti e nell'ambito del relativo giudizio – parzialmente definito – si è innestato il deferimento alla Plenaria di cui trattasi.

III. – Con la pronuncia in rassegna il Collegio ha evidenziato come il silenzio dei commi 17 e 19-ter del d.lgs. n. 50 del 2016 può dar luogo a contrasto di giurisprudenza circa la possibilità di sostituire anche l'impresa capogruppo mandataria con un soggetto esterno al raggruppamento. Esso è giunto alla elaborazione dei quesiti sopra riportati sulla base del seguente percorso argomentativo:

- a) l'art. 48, comma 9, d. lgs. n. 50 del 2016 prevede, in deroga alla regola generale dell'immodificabilità del raggruppamento temporaneo rispetto alla composizione risultante dall'impegno presentato in sede di offerta, che il raggruppamento possa modificare la propria composizione in conseguenza di un evento che privi uno dei suoi partecipanti della capacità di contrattare con la pubblica amministrazione (in caso di fallimento, liquidazione coatta amministrativa, amministrazione controllata, amministrazione straordinaria, concordato preventivo ovvero procedura di insolvenza concorsuale o di liquidazione di uno dei mandanti, ovvero qualora si tratti di imprenditore individuale in caso di morte, interdizione, inabilitazione o fallimento del medesimo) ovvero in caso di perdita, in corso di

esecuzione, dei requisiti di cui al successivo art. 80, o nei casi previsti dalla normativa antimafia;

- b) il comma 19-ter dell'art. 48, aggiunto dall'art. 32, comma 1, lett. h), d.lgs. 19 aprile 2017 n. 56, estende espressamente la possibilità di modifica soggettiva per le ragioni indicate dai commi 17, 18 e 19 anche in corso di gara;
- c) con una lettura tutt'altro che restrittiva della disciplina di riferimento, la giurisprudenza – dichiaratamente condivisa – è nel senso di affermare la sostituibilità dell'impresa mandataria colpita da alcuni eventi pregiudizievoli indicati dalla legge, anche con addizione di un soggetto esterno all'originario raggruppamento, ciò che rientra nel paradigma dell'art. 48 cit., interamente e specificamente dedicato proprio ai casi di *deminutio potestatis* dell'impresa mandataria (Cons. giust. amm. sic., sez. giur., 26 luglio 2019, n. 706, in *Foro amm.*, 2019, 1262 e ulteriori pronunce ivi richiamate);
- d) siffatta impostazione è in linea con la finalità di evitare che l'intera associazione temporanea d'impresе venga esclusa dall'aggiudicazione unicamente perché "*responsabile*" di essersi associata in raggruppamento temporaneo con una impresa che solamente in momento successivo alla presentazione della domanda di partecipazione alla gara sia stata colpita da fatti ostativi (come un'interdittiva, ovvero, nel caso in questione, da un provvedimento giudiziale di apertura di procedura concorsuale);
- e) la possibilità di ingresso di soggetto economico esterno alla originaria compagine è confermata dal dato testuale della disposizione, il quale induce a ritenere che con il sintagma "*con altro operatore*", possa intendersi sia uno degli originari mandanti dell'a.t.i., sia un soggetto estraneo all'a.t.i. originaria;
- f) che tale conclusione non si pone in contrasto con la sentenza 22 maggio 2020, n. 298 dello stesso C.g.a. relativa alla – sul piano diacronico, del possesso dei requisiti – diversa questione di una interdittiva antimafia precedente alla presentazione delle offerte, per cui il raggruppamento, nel caso ivi trattato, in quel momento "*non possedeva i requisiti di ordine generale che ha dichiarato, invece, di possedere*";
- g) in tale ultima decisione – premesso che la concreta applicazione delle disposizioni citate presuppone che la causa di esclusione relativa a uno dei componenti del raggruppamento sopravvenga rispetto al tempo di presentazione dell'offerta – è stato, invero, precisato che i commi 18 e 19-ter, dell'art. 48 d.lgs. n. 50 del 2016:
  - g1) rappresentano ipotesi derogatorie della regola generale di immodificabilità soggettiva dei partecipanti alla gara;
  - g2) intervengono per consentire ad un soggetto collettivo di sopperire alla sopravvenuta lacuna dei requisiti di ordine generale di un'impresa componente del raggruppamento;

- g3) consentono di non perdere la pretesa di partecipare alla gara, consentendo che l'associazione di imprese prosegua il rapporto con la stazione appaltante in ragione di un meccanismo espulsivo dell'impresa che ha perso il requisito e configurandosi come meccanismi obbligatori di "autodifesa" dell'interesse del raggruppamento rispetto alla posizione assunta da uno dei partecipanti al medesimo;
- g4) non configurano una dispensa dalla regola per la quale i partecipanti alla gara devono possedere i requisiti (anche di ordine generale) già al momento di presentazione delle offerte (e devono in quell'occasione dichiarare di averli);
- h) l'opzione ermeneutica già seguita da Cons. giust. amm. sic., sez. giur., 26 luglio 2019, n. 706, cit., di cui si è detto, non è incompatibile neppure con il diritto UE, in considerazione che sebbene il considerando 110 della direttiva n. 2014/24/UE ammetta l'ipotesi della sostituzione di un operatore economico raggruppato nella fase esecutiva, si deve osservare che la sentenza Corte di giustizia UE, sez. X, 28 marzo 2019, C- 101/18 – Idi Srl, in *Riv. trim. appalti*, 2020, 299, con nota di SEGALERBA e oggetto della News US in data 15 aprile 2019, alla quale si rinvia per ulteriori approfondimenti), ha avuto occasione di affermare che gli Stati membri hanno la facoltà di non applicare le cause di esclusione previste dalla direttiva appalti o di inserirle nella normativa nazionale con un grado di rigore che potrebbe variare a seconda dei casi, in funzione di considerazioni di ordine giuridico, economico o sociale prevalenti a livello nazionale;
- i) ne è derivata, nella legislazione interna, l'espressa deroga, in sede di gara e al ricorrere di particolari situazioni, alla regola generale dell'immodificabilità del raggruppamento temporaneo rispetto alla composizione risultante dall'impegno presentato in sede di offerta, mediante il richiamato comma 19-ter dell'art. 48, applicabile, tra gli altri, al caso del fallimento, contemplato dal comma 17;
- j) tuttavia, parte della giurisprudenza (alla quale si è verosimilmente ispirata l'amministrazione nell'emanazione dei provvedimenti di esclusione che hanno dato luogo alla vicenda contenziosa di cui trattasi), muovendo dai principi espressi dall'Adunanza Plenaria con sentenza 4 maggio 2012 n. 8 (in *Guida al dir.*, 2012, 23, 82, con nota di PONTE; *Corriere merito*, 2012, 745, con nota di RAIOLA; *Urbanistica e appalti*, 2012, 905, con nota di D'HERIN; *Dir. e pratica amm.*, 2012, 9, 72 (m), con nota di TOSCHEI; *Riv. nel diritto*, 2012, 1601, con nota di BERTOLINI; *Foro amm.-Cons. Stato*, 2012, 2234, con nota di GOTTI), ha, in più occasioni, affermato che:
- j1) in materia di gare pubbliche il divieto di modificazione della compagine delle associazioni temporanee di imprese o dei consorzi nella fase

procedurale, corrente tra la presentazione delle offerte e la definizione della procedura di aggiudicazione, è finalizzato a impedire l'aggiunta o la sostituzione di imprese partecipanti all'a.t.i. o al consorzio, e non anche a precludere il recesso di una o più di esse, a condizione che quelle che restano a farne parte risultino titolari, da sole, dei requisiti di partecipazione e di qualificazione e che ciò non avvenga al fine di eludere la legge di gara e, in particolare, per evitare una sanzione di esclusione dalla gara per difetto dei requisiti in capo al componente dell'a.t.i. venuto meno per effetto dell'operazione riduttiva (Cons. Stato, sez. V, 20 gennaio 2015, n. 169, in *Foro amm.*, 2015, 74);

- j2) dall'esclusione di una delle imprese raggruppate, determinata dalla sottoposizione ad una procedura concorsuale, non deve necessariamente derivare l'esclusione dalla gara dell'intero raggruppamento, allorché il venir meno della singola impresa determini una mera sottrazione, senza sostituzione da parte di da altro operatore, di modo che l'operazione non sia finalizzata ad eludere le verifiche in ordine al possesso dei requisiti e sempre che i residui membri del raggruppamento risultino da soli in possesso della totalità dei requisiti di qualificazione richiesti per l'esecuzione dell'appalto (Cons. Stato, sez. V, 24 febbraio 2020, n. 1379);
- k) si pone, quindi, la questione circa la possibilità, o meno, di integrare l'originario raggruppamento con altro operatore, con riferimento alla figura della mandataria, sulla quale si registrano orientamenti dissonanti: del contrasto di giurisprudenza si dà, invero, atto nell'ordinanza Cons. Stato, sez. V, 8 gennaio 2021, n. 309, coeva all'ordinanza n. 313, in tema di consorzi stabili, oggetto della News US in data 25 gennaio 2021, alla quale si rinvia per ogni ulteriore approfondimento) con la quale è stata deferita all'Adunanza plenaria la questione – tra le altre – *“se le disposizioni normative di cui all'art. 48, commi 17, 18, 19 ter del d.lgs. n. 50 del 2016 debbano essere interpretate nel senso di consentire la sostituzione della mandante che abbia presentato ricorso di concordato preventivo c.d. in bianco ex art. 161, comma 6, cit. con altro operatore economico subentrante anche in fase di gara, ovvero se sia possibile soltanto la mera estromissione della mandante e, in questo caso, se l'esclusione del r.t.i. dalla gara possa essere evitata unicamente qualora la mandataria e le restanti imprese partecipanti al raggruppamento soddisfino in proprio i requisiti di partecipazione”*;
- l) il perimetro dei quesiti oggetto del deferimento in rassegna va esteso ai tempi e modalità per introdurre nel procedimento di gara l'estromissione della mandataria e la sostituzione della stessa;
- m) conclusivamente vanno sottoposte all'Adunanza plenaria le seguenti questioni:

- m1) *“se le disposizioni normative di cui all’art. 48, commi 17 e 19-ter, d.lgs. n. 50 del 2016 debbano essere interpretate nel senso di consentire, in fase di gara, la sostituzione della mandataria dichiarata fallita successivamente alla presentazione dell’offerta con altro operatore economico subentrante, ovvero se ne sia possibile soltanto la mera estromissione e, in questo caso, se l’esclusione dell’a.t.i. dalla gara possa essere evitata unicamente qualora le restanti imprese partecipanti al raggruppamento soddisfino in proprio i requisiti di partecipazione;*
- m2) *tempi e modalità per introdurre nel procedimento di gara l’estromissione della mandataria e la sostituzione della stessa”, ed in particolare I) “se l’impresa mandante (o le imprese mandanti) possa chiedere di essere ammessa a sostituire la mandataria fin quando non intervenga comunicazione, da parte dell’Amministrazione procedente, di apposito interpello, ovvero del provvedimento di esclusione”; II) se sia comunque consentito, nell’ipotesi di intervenuta conoscenza aliunde della vicenda che ha colpito la mandataria, proporre la sostituzione nel corso della gara ed anteriormente all’adozione dei citati atti da parte dell’Amministrazione procedente.*

#### IV. – Per completezza si segnala:

- n) sulle sorti del raggruppamento temporaneo di imprese nel caso di fallimento di una di esse: T.a.r. per la Puglia, sez. st. Lecce, sez. III, 24 dicembre 2019, n. 1721;
- o) sulle vicende soggettive che investono i componenti del raggruppamento temporaneo d’impresa anteriormente e durante le fasi di gara:
- o1) Cons. giust. amm. sic., sez. giur., 22 maggio 2020, n. 298, citata nella sentenza in rassegna;
- o2) T.a.r per la Puglia, sez. st. Lecce, sez. II, 12 agosto 2019, n. 1424;
- p) sul principio di continuità del possesso dei requisiti, la sua inderogabilità e gli effetti nel tempo (variamente declinati in un lasso di tempo compreso fra il bando e la completa esecuzione dell’appalto):
- p1) Cons. Stato, Ad. plen., 3 luglio 2017, n. 3 (in *Foro it.*, 2018, III, 31 e oggetto della News US in data 13 luglio 2017);
- p2) con particolare riferimento al possesso ininterrotto dei requisiti fin dal momento della partecipazione alla gara nell’ipotesi di subentro dell’impresa che segue in graduatoria: Cons. Stato, sez. III, 6 marzo 2017, n. 1050 (in *Foro amm.*, 2017, 534);
- p3) Cons. Stato, Ad. plen., 25 maggio 2016, n. 10 (in *Foro it.*, 2017, III, 262, con nota di CORDOVA e oggetto della News US in data 31 maggio 2016);
- p4) Cons. Stato, Ad. plen., 29 febbraio 2016, n. 6, in *Foro it.* 2017, parte III, col. 263;

- p5) Cons. Stato, Ad. plen., 29 febbraio 2016, n. 5 (in *Contratti Stato e enti pubbl.*, 2016, 2, 85, con nota di TONON; *Nuovo notiziario giur.*, 2016, 255, con nota di BARBIERI; *Urbanistica e appalti*, 2016, 787, con nota di CARANTA; *Guida al dir.*, 2016, 13, 82, con nota di CORRADO; *Riv. neldiritto*, 2016, 1586, con nota di CELLAI);
- p6) Cons. Stato, Ad. plen., 20 luglio 2015, n. 8 (in *Urbanistica e appalti*, 2016, 88, con nota di GIACALONE); 4 maggio 2012, n. 8 (in *Guida al dir.*, 2012, 23, 82, con nota di PONTE; *Corriere merito*, 2012, 745 (m), con nota di RAIOLA; *Urbanistica e appalti*, 2012, 905, con nota di D'HERIN; *Dir. e pratica amm.*, 2012, 9, 72 (m), con nota di TOSCHEI; *Riv. neldiritto*, 2012, 1601, con nota di BERTOLINI; *Foro amm.-Cons. Stato*, 2012, 2234 (m), con nota di GOTTI);
- p7) Cons. Stato, Ad. plen., 7 aprile 2011, n. 4 (in *Foro it.*, 2011, III, 306, con nota di SIGISMONDI; *Urbanistica e appalti*, 2011, 674, con nota di LAMBERTI; *Corriere merito*, 2011, 763 (m), con nota di RAIOLA; *Giur. it.*, 2011, 1651 (m), con nota di TROPEA; *Guida al dir.*, 2011, 19, 70, con nota di PALLIGGIANO; *Giornale dir. amm.*, 2011, 1103 (m), con nota di GISONDI; *Riv. neldiritto*, 2011, 1530, con nota di IZZO; *Dir. proc. amm.*, 2011, 1035, con nota di SQUAZZONI, GIANNELLI, FOLLIERI, MARINELLI);
- p8) Cons. Stato, Ad. plen., 15 aprile 2010, n. 2155 (in *Foro it.*, 2010, III, 374, con nota di TRAVI; *Corriere merito*, 2010, 688 (m), con nota di RAIOLA; *Dir. proc. amm.*, 2010, 617, con nota di SQUAZZONI; *Urbanistica e appalti*, 2010, 964, con nota di FOÀ; *Guida al dir.*, 2010, 19, 84, con nota di CORRADO; *Dir. e pratica amm.*, 2010, 6, 72 (m), con nota di BRAIDO, LILLI; *Corti irpinia*, 2010, 277, con nota di BARRA);
- p9) in dottrina è stato evidenziato che *“le cause di esclusione rilevano non solo al fine della partecipazione alla gara, ma anche al fine della stipula del contratto e del subappalto, pertanto i requisiti generali non devono essere posseduti solo al momento della presentazione della domanda e al momento della scadenza del bando di gara, ma devono perdurare per tutto lo svolgimento della procedura e fino alla stipula del contratto [...]; il perdurante possesso di alcuni di essi rileva anche in fase di esecuzione, e il loro venir meno può essere causa di risoluzione del contratto. Ne consegue che va pronunciata la decadenza dall'aggiudicazione ove l'aggiudicatario, inizialmente in possesso dei requisiti, li perda prima della stipulazione”* (R. DE NICTOLIS, *Appalti pubblici e concessioni*, Bologna, 2020, 677). La peculiarità della disciplina delle gare d'appalto – esaminata sul piano generale delle fonti euro unitarie e come espressione, tra gli altri, dei principi di parità di trattamento, non discriminazione e trasparenza - segna

anche la differenza con le altre procedure concorsuali: mentre normalmente in queste ultime “*si richiede che i requisiti siano posseduti alla data di scadenza prevista dal bando per la presentazione delle domande di partecipazione, nelle gare d’appalto la Plenaria esige, con maggior rigore, che «i requisiti generali e speciali devono essere posseduti non solo alla data di scadenza del bando, ma anche al momento della verifica dei requisiti da parte della stazione appaltante e al momento dell’aggiudicazione [...]»*” (R. DE NICTOLIS, cit., 677). Sul versante della disciplina UE, Corte di giustizia UE, sez. V, 27 novembre 2019, C-402-18, Tedeschi Srl (in *Riv. giur. edilizia*, 2019, I, 1438, con nota di GIUFFRÉ; *Contratti Stato e enti pubbl.*, 2020, 1, 125, con nota di DAMIN; *Riv. trim. appalti*, 2020, 191, con nota di MANCINI, MANGANI, nonché oggetto della News US n. 131 del 10 dicembre 2019 ed alla quale si rinvia per ogni approfondimento in dottrina e in giurisprudenza), ha affermato che “*le amministrazioni aggiudicatrici sono tenute a rispettare nel corso di tutta la procedura i principi di aggiudicazione degli appalti di cui all’articolo 2 della direttiva 2004/18, tra i quali figurano, in particolare, i principi di parità di trattamento, di trasparenza e di proporzionalità*”;

- q) sull’importanza del possesso, nel tempo, dei requisiti di ordine generale:
  - q1) Corte cost., 7 maggio 2020, n. 85 (in *Foro it.*, 2020, I, 3003, con nota di D’AURIA, oggetto della News US in data 20 maggio 2020);
  - q2) Corte di giustizia UE, sez. X, sentenza 28 marzo 2019, C- 101/18 – Idi Srl (in *Riv. trim. appalti*, 2020, 299, con nota di SEGALERBA e oggetto della News US in data 15 aprile 2019);
- r) sugli effetti della perdita dei requisiti da parte di una impresa, socia di un consorzio stabile, non designata ai fini dell’esecuzione dei lavori, alla luce del principio di continuità del possesso dei requisiti e delle sue possibili deroghe: Cons. giust. amm., ordinanza 29 dicembre 2020, n. 1211 (oggetto della News US in data 12 gennaio 2021 alla quale si rinvia per ogni ulteriore approfondimento);
- s) sulla compatibilità costituzionale dell’art. 186-bis, comma 6, della legge fallimentare (r.d. n. 267 del 1942) nella parte in cui esclude la sola impresa mandataria (riunita, con altre imprese, in un raggruppamento temporaneo) dalla possibilità di concorrere all’aggiudicazione di appalti pubblici, qualora risulti sottoposta alla procedura di concordato con continuità aziendale: Corte cost., 7 maggio 2020, n. 85, cit.;
- t) con riferimento alla disciplina delle modifiche soggettive delle imprese che partecipano a gare di appalto durante la vigenza del codice del 2006, si veda Cons. Stato, sez. V, 20 gennaio 2015, n. 169 (in *Foro amm.*, 2015, 74);



- u) sui limiti all'ammissibilità delle modifiche soggettive del r.t.i in corso di gara: Cons. Stato, sez. V, 27 agosto 2020, n. 5255;
- v) sulla sostituzione dell'impresa ausiliaria durante la gara: Cons. Stato, sez. V, 21 febbraio 2018, n. 1101;
  - v1) Cons. Stato, Sez. V, sentenza 29 novembre 2017 n. 5611;
  - v2) Corte di giustizia UE, 7 aprile 2016, C-324/14, in *lamministrativista.it*, 20 aprile 2016, con nota di NUNZIATA, ed oggetto della News US in data 13 aprile 2016, alla quale si rinvia per ogni ulteriore approfondimento;
  - v3) Corte di giustizia UE, Sez. VI, 2 giugno 2016, C-27/15, Pippo Pizzo, in *Foro it.* 2017, IV, 206, con nota di CONDORELLI, nonché oggetto della News US in data 5 luglio 2016;
- w) sul fallimento della mandante e sulle conseguenze che ne derivano in ordine alla legittimazione processuale della mandataria: Cass. civ., sez. I, ordinanza 26 febbraio 2020, n. 5145, secondo cui:
  - w1) *“la dichiarazione di fallimento della società mandante, anche se non determina lo scioglimento del contratto d'appalto, alla cui esecuzione, [...] resta obbligata l'impresa capogruppo, comporta L. Fall., ex art. 78 (nel testo anteriore al D.L.vo n. 5 del 2006, applicabile «ratione temporis»), lo scioglimento del rapporto di mandato conferito a quest'ultima, sicché la mandataria capogruppo non ha più la legittimazione ad agire in nome e per conto della mandante fallita, per far valere i crediti dalla stessa vantati nei confronti dell'ente committente e la mandante recupera una propria autonoma legittimazione”*;
  - w2) *“Né può diversamente ritenersi, essendo la capogruppo mandataria in rem propriam in favore di un soggetto terzo, nella specie la stazione appaltante”*;
  - w3) *“La tutela delle vantate posizioni in corso di esecuzione delle opere commesse, per espressa disposizione di legge, consente alla prima, invero, solo di proseguire il rapporto con una impresa diversa da quella fallita”*;
  - w4) *“Nella fase dei pagamenti, l'interesse della stazione appaltante ad avere un unico centro di imputazione al fine di una più agevole e sollecita esecuzione delle opere viene meno e l'interesse, residuo, della prima a definire in un unico contesto processuale le ragioni di dare ed avere con le imprese riunite in una a.t.i. è recessivo rispetto alle ragioni del fallimento della mandante e, in genere, delle imprese già riunite”*;
- x) sul fallimento della mandataria e la legittimazione della mandante: Cass. civ., sez. I, 17 gennaio 2017 n. 973 secondo cui *“In tema di appalto di opere pubbliche stipulato da imprese riunite in associazione temporanea, il fallimento della società capogruppo, costituita mandataria dell'altra [...] determina lo scioglimento del rapporto di mandato, ai sensi dell'art. 78 l.fall., sicché l'impresa mandante è legittimata ad agire direttamente*

*nei confronti del committente per la riscossione della quota dei crediti nascenti dall'appalto ad essa imputabile e la curatela è legittimata a riscuotere dall'amministrazione appaltatrice il corrispettivo per l'esecuzione dell'appalto solo per la quota corrispondente a quella parte dei lavori appaltati la cui realizzazione, in base all'accordo di associazione temporanea, era di sua spettanza";*

- y) sugli effetti della presentazione dell'istanza di concordato in bianco: Cons. Stato, sez. V, ordinanza 8 gennaio 2021, n. 313, cit., con particolare riferimento all'idoneità di tale istanza (e relativi presupposti) a consentire l'ammissione alla procedura, alla natura (di atto di ordinaria o di straordinaria amministrazione) della scelta dell'impresa di partecipare alla gara (e ciò ai fini dell'autorizzazione del Tribunale) nonché, da ultimo, con riferimento agli effetti dell'autorizzazione del Tribunale che pervenga durante lo svolgimento della procedura di gara;
- z) sulla nozione di "*procedura concorsuale per insolvenza*" e disciplina UE sugli aiuti di Stato: Corte di giustizia UE, sez. III, 6 luglio 2017, C-245/16, *Nerea SpA* (in *Foro amm.*, 2017, 1507);
- aa) sulla (non) prededucibilità del credito dell'appaltatore in caso di fallimento del subappaltatore: Cass. civ., sez. un., 2 marzo 2020, n. 5685 (in *Fallimento*, 2020, 4, 463, con nota di LEUZZI), anche in relazione all'evoluzione della disciplina fino al d. lgs. n. 50 del 2016;
- bb) in dottrina:
  - bb1) su fallimento e procedure di evidenza pubblica alla luce della legge delega n. 11 del 2016, V. NERI, *La crisi di impresa nei contratti con la p.a. alla luce della legge delega 28 gennaio 2016, n. 11* in *Urbanistica e appalti*, 2016, 3, 253, secondo cui la legge delega del 2016, a differenza del quadro normativo previgente, non ha visto nel fallimento un ostacolo insormontabile all'instaurazione o alla prosecuzione del rapporto con la pubblica amministrazione a condizione però di una intervenuta autorizzazione all'esercizio provvisorio;
  - bb2) V. NERI, *Procedure di affidamento in caso di fallimento dell'esecutore o di risoluzione del contratto e misure straordinarie di gestione*, in *Trattato sui contratti pubblici* (a cura di Sandulli e De Nictolis), Milano, 2019, IV, 93;
  - bb3) sul fallimento delle società *in house* ed effetti sulle partecipazioni pubbliche: L. DE RENTIIS, *La gestione del servizio da parte dell'amministrazione pubblica controllante dopo il fallimento della società in house*, in *Azienditalia*, 2020, 12, 1940, la quale ha evidenziato che l'art. 14, comma 6, del Testo unico delle società a partecipazione pubblica (d.lgs. n. 175 del 2016) "*introduce una misura limitativa dell'autonomia negoziale delle Amministrazioni pubbliche controllanti di società in house dichiarate fallite. La*

*norma in discorso, infatti, vieta alle Amministrazioni controllanti di assumere il ruolo di socie in organismi che gestiscono il medesimo servizio erogato dalla società dichiarata fallita, tuttavia, non chiarisce le modalità organizzative con le quali dette Amministrazioni possano continuare ad erogare il servizio", e che tale assenza di indicazioni ha condotto la giurisprudenza amministrativa e quella contabile "a differenti approdi ermeneutici";*

- bb4) sul rapporto tra disciplina concorsuale e disciplina dei contratti pubblici: G. FAUCEGLIA, *Disciplina concorsuale e art. 110 del nuovo codice degli appalti pubblici*, in *Dir. fall.*, 2017, 2, 463.