

Publicato il 10/11/2022

N. 09864/2022REG.PROV.COLL.  
N. 09291/2021 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 9291 del 2021, proposto da Beozzo Costruzioni S.r.l. in proprio e quale Mandataria della Costituenda Ati, Ati Brussi Costruzioni S.r.l., Ati Deon Spa, Ati Ecovie S.r.l., Ati Costruzioni Generali Girardini S.p.A., Ati Italbeton S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentati e difesi dagli avvocati Stefania Caracciolo, Sergio Caracciolo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

*contro*

Anas S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Enrico Gualandi, Vincenzo Arena, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

*nei confronti*

C.G.C. S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Alfredo Biagini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Bertolo S.r.l. in proprio e quale Mandante del Costituendo Rti, Asfalti Piovese

S.r.l. in proprio e quale Mandante del Costituendo Rti, S.I.G. S.p.A. in proprio e quale Mandante del Costituendo Rti, Biondani T.M.G. S.p.A. in proprio e quale Mandante del Costituendo Rti, Techasfalti S.r.l. in proprio e quale Mandante del Costituendo Rti, non costituiti in giudizio;

*per la riforma*

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima) n. 07844/2021, resa tra le parti, concernente l'annullamento della determina prot. 594576 dell'11.11.2020 nella parte in cui la Società appaltante ANAS ha approvato la proposta di aggiudicazione in favore del costituendo RTI tra le imprese CGC S.r.l., Bertolo S.r.l., Asfalti Piovese S.r.l., S.I.G. S.p.A. e Techasfalti S.r.l. (asseritamente subentrata alla Biondani T.M.G. S.p.A.), e in cui non ha disposto l'esclusione del suddetto RTI a causa della perdita dell'attestazione SOA per la categoria prevalente OG3, Classifica V, da parte della mandante Biondani T.M.G. S.p.A.;

- dei verbali del seggio di gara n. Rep. 12058 del 27 maggio 2020 e n. Rep. 12058 del 06 luglio 2020, con i quali è stata illegittimamente autorizzata la sostituzione della mandante Biondani e dichiarata l'ammissione in gara del costituendo RTI controinteressato;

- di tutti gli atti presupposti, connessi e conseguenti, ancorché attualmente non conosciuti

E PER LA CONDANNA

della Società resistente intimata a risarcire il danno cagionato alla ricorrente in forma specifica, mediante annullamento degli atti impugnati e conseguente aggiudicazione della commessa controversa a favore del RTI odierno ricorrente

CON CONSEGUENTE DECLARATORIA DI INEFFICACIA

del contratto eventualmente nelle more stipulato con il concorrente illegittimo aggiudicatario e subentro nell'esecuzione del contratto eventualmente stipulato ex art. 122 c.p.a.,

E CON RISERVA

di chiedere, in separato giudizio, il ristoro dei danni per equivalente monetario qualora risultasse impossibile la reintegrazione in forma specifica per fatto non imputabile o comunque non dipendente dalla volontà della odierna ricorrente.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Anas S.p.A. e di C.G.C. S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 7 luglio 2022 il Cons. Diana Caminiti e uditi per le parti gli avvocati Sergio Caracciolo, Francesco Vagnucci, in sostituzione dell'avv. Stefania Caracciolo, Vincenzo Arena e Alfredo Biagini.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO

1. Con atto notificato in data 30 ottobre 2021 e depositato il successivo 4 novembre Beozzo Costruzioni S.r.l. in proprio e quale Mandataria della Costituenda Ati, Ati Brussi Costruzioni S.r.l., Ati Deon Spa, Ati Ecovie S.r.l., Ati Costruzioni Generali Girardini S.p.A., Ati Italbeton S.r.l. ha interposto appello avverso la sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima) n. 07844/2021 che nella prospettazione di parte appellante avrebbe accolto solo in apparenza il ricorso di primo grado da essa proposto avverso la determinazione prot. 594576 dell'11 novembre 2020 nella parte in cui ANAS aveva approvato la proposta di aggiudicazione in favore del costituendo RTI C.G.C. S.r.l., Bertolo S.r.l., Asfalti Piovese S.r.l., S.I.G. S.p.A. e Techasfalti S.r.l. (quest'ultima asseritamente subentrata alla Biondani T.M.G. S.p.A.) del lotto n. 4 relativo alla procedura di gara per la stipula di un accordo quadro l'esecuzione di lavori di manutenzione straordinaria della pavimentazione stradale della rete in gestione ad ANAS, non avendo la sentenza di *prime cure* statuito, come richiesto in ricorso, in ordine alla

necessità dell'esclusione in via definitiva del suddetto RTI a causa della perdita dell'attestazione SOA per la categoria prevalente OG3, Classifica V, da parte della mandante Biondani T.M.G. S.p.A..

1.1. Con il ricorso innanzi al Tar la parte ha richiesto altresì che venisse dichiarata la declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente nelle more stipulato con il concorrente illegittimo aggiudicatario e disposto il suo subentro nell'esecuzione ex art. 122 c.p.a., con riserva di chiedere, in separato giudizio, il ristoro dei danni per equivalente monetario qualora risultasse impossibile la reintegrazione in forma specifica.

1.2. Con il ricorso per motivi aggiunti la ricorrente, dopo aver avuto accesso all'offerta tecnica della controinteressata, ha poi integrato i motivi di ricorso riguardanti le valutazioni delle offerte tecniche.

2. Dagli atti di causa risulta quanto di seguito specificato.

2.1. Con bando pubblicato sulla GURI n. 121 del 14 ottobre 2019 ANAS ha indetto una procedura aperta di gara finalizzata all'aggiudicazione dell'Accordo Quadro quadriennale per l'esecuzione di lavori di manutenzione straordinaria della pavimentazione stradale della rete in gestione ad ANAS, suddiviso in 20 lotti, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa,

Il bando di gara prevedeva, per quanto di interesse, il possesso delle seguenti categorie di lavorazioni a qualificazione obbligatoria: Categoria prevalente OG 3 importo: € 23.625.000,00 Classifica VIII; Ulteriori categorie OS 10 importo: € 1.375.000,00 Classifica III bis scorporabile a qualificazione obbligatoria – subappaltabile.

2.2. L'art. 18 del Disciplinare della gara, prevedeva l'attribuzione fino a 80 punti all'offerta tecnica da assegnarsi sulla scorta dei seguenti criteri e subcriteri:

B.1) dichiarazione di disponibilità all'esecuzione di più cantieri contemporanei (punti da 0 a 17);

B.2) gestione delle attività di cantiere (punti da 0 a 7);

- B.3) controllo della produzione (punti da 0 a 18);
- B.4) caratteristiche delle fresatrici (punti da 0 a 7);
- B.5) caratteristiche delle vibrofinitrici (punti da 0 a 7);
- B.6.1) attività concernenti lavorazioni aggiuntive (punti da 0 a 10);
- B.6.2) gestione automatica delle lavorazioni di pavimentazione (punti da 0 a 14).

2.3. Alla scadenza del termine per la presentazione delle offerte, relativamente al Lotto 4, erano presenti due offerte, quella della ricorrente (Beozzo) e quella della controinteressata (CGC) la quale dichiarava di partecipare nella seguente composizione: C.G.C. S.r.l. - capogruppo/mandataria quota del 46%; Bertolo S.r.l. - mandante quota del 15%; Asfalti Piovese S.r.l. - mandante quota del 14%; S.I.G. S.p.A. - mandante quota del 11%; Biondani T.M.G. S.p.A. - mandante quota del 14%; nella stessa dichiarazione associativa si dava atto che tutte le imprese partecipanti al raggruppamento, di natura orizzontale, erano in possesso di attestazione SOA per la categoria prevalente OG3, ivi compresa la Biondani (fino alla classifica V).

2.4. Nella seduta riservata dell'8 aprile 2020 veniva attivato un primo soccorso istruttorio nei confronti di CGC, in risposta al quale quest'ultima dava notizia alla Stazione appaltante del subentro, a far data dal 28 dicembre 2019, di Techasfalti nel ramo d'azienda già in affitto a Biondani, allegando il relativo estratto notarile di subentro; nella successiva seduta riservata del 27 maggio 2020 il Seggio di gara – acquisita dall'ANAC l'informazione circa la decadenza dell'attestazione SOA in capo alla mandante Biondani, per effetto della cessione del ramo d'azienda, e ritenuta la documentazione prodotta da CGC non adeguata a dimostrare il legittimo subentro di Techasfalti a Biondani – attivava un secondo soccorso istruttorio.

Quindi con nota di preavviso di esclusione del 25 giugno 2020, ANAS invitava CGC a produrre tutta la documentazione necessaria a dimostrare il possesso dei requisiti di partecipazione in capo alla nuova mandante Techasfalti nonché in capo a tutto il raggruppamento.

In data 3 luglio 2020 CGC trasmetteva la documentazione richiesta; all'esito, nella seduta riservata del 6 luglio 2020, il Seggio di gara confermava l'ammissione di entrambi i concorrenti.

Verificata la regolare presenza della documentazione tecnica e valutate le offerte tecniche, le due concorrenti conseguivano i suddetti punteggi: Beozzo 42,5, CGC 49, 525; l'attribuzione dei punteggi alle offerte economiche era la seguente: Beozzo 20, con un ribasso dell'11,51% e CGC 18,117 con un ribasso del 7,75%.

Il punteggio complessivo finale risultava il seguente: Beozzo 62,5 e CGC 67,642.

Seguiva, con nota del 12 novembre 2020, l'aggiudicazione in favore di CGC.

2.5. Il ricorso di primo grado veniva affidato ai seguenti motivi:

I) Violazione dei principi ordinamentali di buon andamento, imparzialità e par condicio competitorum; violazione e/o falsa applicazione di legge (artt. 48 D.Lgs. 50/2016; art. 92 d.P.R. 207/2010); eccesso di potere per istruttoria carente, travisamento in fatto e diritto.

Nella prospettazione attorea ANAS avrebbe dovuto escludere CGC, avendo Biondani perso in corso di gara l'attestazione SOA per la categoria prevalente OG3, in conseguenza della cessione del ramo d'azienda della Viberto da Biondani a Techasfalti, con efficacia fra le parti dal 1 gennaio 2020.

La ricorrente lamentava pertanto che ANAS non avrebbe potuto autorizzare il subentro di Techasfalti, atteso che il ramo d'azienda, inizialmente affittato dalla Viberto, nel novembre 2017, all'originaria mandante Biondani e poi da quest'ultima ceduto alla Techasfalti, non ricomprirebbe (né avrebbe potuto essere diversamente) la partecipazione alla gara in rassegna, sicché il subentro di Techasfalti sarebbe illegittimo.

II) Sotto altro profilo: violazione dei principi ordinamentali di buon andamento, imparzialità e par condicio competitorum; violazione e/o falsa applicazione di legge (artt. 48 D.Lgs. 50/2016; art. 92 d.P.R. 207/2010); eccesso di potere per istruttoria carente, travisamento in fatto e diritto.

Aggiungeva la ricorrente che il contratto di affitto di ramo d'azienda stipulato da Biondani il 24 novembre 2017 con Viberto, in forza del quale Biondani aveva potuto conseguire l'iscrizione SOA in OG3 (necessaria per concorrere alla procedura de qua), scadeva il 28 dicembre 2022 e, pertanto, non coprirebbe la durata quadriennale dell'Accordo Quadro: ciò costituirebbe un ulteriore motivo di esclusione di CGC dalla gara.

III) Violazione e/o falsa applicazione degli artt. 16 e 18 del Disciplinare di gara e dei chiarimenti; illegittimità dei giudizi tecnici con riferimento ai criteri B.4 e B.5 per omesso soccorso procedimentale e, comunque, per grave difetto di istruttoria.

I punteggi assegnati dal Seggio di gara all'offerta della ricorrente sarebbero illegittimi in quanto avrebbero sottostimato l'offerta stessa.

IV) Manifesta illogicità dei giudizi tecnici espressi dalla Commissione; grave difetto di istruttoria e di motivazione; disparità di trattamento; sproporzionalità con riferimento al criterio B.1.

Con tale motivo, poi integrato e precisato con i motivi aggiunti, la ricorrente lamentava la sopravvalutazione dell'offerta di CGC in danno della propria.

V) Violazione e falsa applicazione dell'art. 14 del Capitolato speciale d'Appalto, Norme Tecniche; inammissibilità dell'offerta tecnica del RTI controinteressato.

L'offerta della controinteressata, oltre ad essere inverosimile per l'esiguo numero di impianti messi a disposizione, tali da non poter garantire l'esecuzione di sette differenti cantieri in contemporanea, sarebbe da escludere immediatamente, tenuto conto che la loro dislocazione sul territorio sarebbe tale da non poter rispettare la norma "a carattere prescrittivo", come confermato in sede di chiarimenti (ultima risposta al quesito n. 9), riportata a pag. 14 del Capitolato- Norme Tecniche, in base alla quale "*i conglomerati bituminosi e in genere i materiali legati a bitume e cemento (schiumati) dovranno essere approvvigionati da impianti ubicati di norma a distanza non superiore ai 70 km dai luoghi di impiego*".

3. Il Tar ha scrutinato preliminarmente la prima censura, assorbendo le successive, ed accogliendola parzialmente, rilevando in punto di fatto che *“Con contratto del 24 novembre 2017, Viberto – Azienda Generale Costruzioni S.p.A., nell’ambito della procedura concordataria alla quale risultava assoggettata, concedeva in affitto alla Biondani TMG un proprio ramo d’azienda, comprensivo dei requisiti di qualificazione di cui all’art. 79 d.P.R. 207/2010 (tra i quali risultava ricompresa l’attestazione per la categoria OG3); in forza di tali requisiti Biondani, in data 2 febbraio 2018, conseguiva l’attestazione SOA per la categoria OG3 in classifica V e, nel termine di scadenza fissato dal bando al 19 novembre 2019, presentava, con il costituendo RTI CGC in qualità di mandante, l’offerta per l’aggiudicazione dell’Accordo Quadro bandito da ANAS.*

*Con successivo atto del 28 dicembre 2019 Biondani cedeva a Techasfalti il predetto contratto di affitto di ramo d’azienda, subordinato all’ottenimento del nulla osta da parte degli Organi della procedura di concordato preventivo di Viberto; contratto che, quindi, si perfezionava in data 1 gennaio 2020. Di conseguenza, con comunicazione del successivo 3 febbraio, l’Organismo di Attestazione CQOP SOA dichiarava decaduta dall’attestazione la Biondani, a far data dall’1 gennaio 2020, a seguito del contratto del 28 dicembre 2019”.*

3.1. Ciò posto in punto di diritto ha osservato: *“L’art. 48, commi 17 e 18, del Codice degli appalti dispongono che, in deroga alla regola generale dell’immodificabilità del raggruppamento temporaneo rispetto alla composizione risultante dall’impegno presentato in sede di offerta (art. 48, comma 9), è consentita al raggruppamento la possibilità di 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 all’art. 80, o nei casi previsti dalla normativa antimafia.*



*In particolare, il comma 18 cit. obbliga il mandatario, ove non indichi altro operatore economico subentrante, in possesso dei prescritti requisiti di idoneità, ad eseguire la prestazione, direttamente o a mezzo degli altri mandanti, purché questi abbiano i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori, servizi o forniture ancora da eseguire.*

*La giurisprudenza ha affermato che il fondamento della deroga prevista da queste disposizioni, rispetto al principio generale del comma 9, va individuato nell'esigenza di assicurare l'esecuzione del contratto nei termini stabiliti e di ovviare quindi ad un evento che colpisca uno dei componenti del raggruppamento temporaneo di imprese, che si è aggiudicato la commessa (Cons. Stato, Sez. III, 2 aprile 2020, n. 2245; id. Sez. V, 18 luglio 2017, n. 3539).*

*Dunque, l'obiettivo del legislatore è quello di garantire la partecipazione degli operatori "sani" costituiti in raggruppamento, evitando che la patologia di un operatore travolga ingiustamente anche gli altri, salvaguardando al contempo l'interesse pubblico della stazione appaltante a non perdere offerte utili (T.A.R. Toscana, Sez. II, 10 febbraio 2021, n. 217).*

*Inoltre il comma 19 ter dell'art. 48, aggiunto dall'articolo 32, comma 1, lettera h), DLgs. 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.*

*La giurisprudenza ha, altresì, affermato che le norme di cui ai commi 18 e 19 ter dell'art. 48 si pongono in posizione di specialità rispetto alla previsione generale di cui all'art. 80, comma 6 e che il comma 19 dell'art. 48 si riferisce all'ipotesi di riduzione del Raggruppamento per esigenze organizzative.*

*Viceversa il divieto di modifica per mancanza di requisiti riguarda la riduzione del raggruppamento dovuto a carenza di requisiti che risale alla presentazione dell'offerta, con finalità elusiva della mancanza ab origine dei requisiti, mentre le previsioni di cui ai commi 17 e 18 attengono a fattispecie in cui la perdita dei requisiti è sopravvenuta alla domanda di partecipazione (Cons. Stato, n. 2245/2020 cit.).*

*Osserva il Collegio che ai riportati principi sembrerebbe essersi attenuta ANAS nella fattispecie in esame, laddove, a fronte della perdita del requisito in corso di gara da parte di*

*Biondani, ne ha autorizzato la sostituzione con Techasfalti in capo alla quale si è avvicinato il requisito della qualifica OG3”.*

Peraltro la sentenza, nel dare atto anche dell'esistenza di un orientamento giurisprudenziale più restrittivo, ha osservato come la problematica sia stata risolta dall'Adunanza Plenaria che ha posto i seguenti principi di diritto:

*“a) l'art. 48, commi 17, 18 e 19-ter, del d.lgs. n. 50 del 2016, nella formulazione attuale, consente la sostituzione meramente interna del mandatario o del mandante di un raggruppamento temporaneo di imprese con un altro soggetto del raggruppamento stesso in possesso dei requisiti, nella fase di gara, e solo nelle ipotesi di fallimento, liquidazione coatta amministrativa, amministrazione straordinaria, concordato preventivo o di liquidazione o, qualora si tratti di imprenditore individuale, di morte, interdizione, inabilitazione o anche liquidazione giudiziale o, più in generale, per esigenze riorganizzative dello stesso raggruppamento temporaneo di imprese, a meno che – per questa ultima ipotesi e in coerenza con quanto prevede, parallelamente, il comma 19 per il recesso di una o più imprese raggruppate – queste esigenze non siano finalizzate ad eludere la mancanza di un requisito di partecipazione alla gara;*

*b) l'evento che conduce alla sostituzione meramente interna, ammessa nei limiti anzidetti, deve essere portato dal raggruppamento a conoscenza della stazione appaltante, laddove questa non ne abbia già avuto o acquisito notizia, per consentirle, secondo un principio di c.d. sostituibilità proceduralizzata 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” (Cons. Stato, Ad. Plen, 27 maggio 2021, n. 10)”.*

Il giudice di *prime cure* ha pertanto concluso che *“Alla luce dei riportati principi ANAS avrebbe potuto, dunque, autorizzare la sostituzione di Biondani soltanto con un'altra impresa interna al raggruppamento ovvero consentire la riduzione del raggruppamento per esigenze organizzative ai sensi dell'art. 48, comma 19, D.Lgs. 50/2016.*

*A tale proposito la controinteressata sostiene che il RTI fosse comunque qualificato per la categoria prevalente OG3, secondo le seguenti classifiche: CGC cl. VI - € 10.329.000,00; Asfalti Piovese cl. VI - € 10.329.000,00; Bertolo cl. VIII – Illimitata; SIG cl. IV - € 2.528.000.*

*Ne discende che ANAS, preso atto del venir meno in capo a Biondani di un requisito partecipativo non annoverabile fra quelli di cui all'art. 80 cit., pur non potendo escludere de plano CGC, come preteso dalla ricorrente, avrebbe tuttavia dovuto assegnare allo stesso un termine per la riorganizzazione del proprio assetto interno e, in caso di verifica positiva dell'effettiva sussistenza dei requisiti di qualifica in capo allo stesso, come richiesto dal Punto II.2.6. del Bando, consentirgli di riprendere la procedura di gara ovvero, al contrario, in caso di verifica negativa, escluderlo.*

*Conclusivamente, stante la parziale fondatezza del primo motivo, il ricorso deve essere accolto e, per l'effetto, gli atti di gara relativi al Lotto 4 devono essere annullati, a partire dall'autorizzazione al subentro di Techasfalti a Biondani e con tutti gli atti a valle, compresa l'aggiudicazione, fatti salvi gli ulteriori provvedimenti?.*

4. La società Beozzo Costruzioni, ritenendo erronea la statuizione del giudice di *prime cure*, con l'atto di appello ha censurato la stessa per i seguenti motivi:

I. *Error in iudicando*: sull'erroneità della sentenza di primo grado per avere accolto in via meramente parziale e apparente il primo motivo del ricorso principale. Omessa pronuncia.

Il TAR, a dire di parte appellante, avrebbe erroneamente inteso l'operazione posta in essere tra la Biondani e la Techasfalti nella parte in cui l'aveva qualificata come una "*sostituzione*" della mandante in corso di gara asseritamente autorizzata da ANAS ai sensi dell'art. 48, commi 18 e 19-ter D.Lgs. n. 50/2016.

Dopo di che il Tar, travisando, a dire di parte appellante, le statuizioni della recente sentenza n. 10/2021 dell'Adunanza Plenaria, aveva erroneamente ritenuto che la sopravvenuta perdita dei requisiti di qualificazione SOA da parte della mandante Biondani non comporterebbe l'esclusione de plano del RTI CGC dalla gara, "*come preteso dalla ricorrente*" (cfr. sent. appellata, pag. 14),

potendo essere sanata mediante una sostituzione “*interna*” della mandante oppure con una modifica “*in riduzione*” dello stesso RTI; ciò in quanto, secondo quanto per contro indicato nella citata sentenza dell’Adunanza Plenaria, le modifiche in corso di gara sono ammesse nei soli e tassativi casi previsti dai commi 17, 18 e 19 dell’art. 48 (tra i quali sicuramente non rientra la sopravvenuta perdita dei requisiti speciali e, tra questi, la qualificazione SOA) e, in ogni caso, con divieto di sostituzioni additive.

È dunque sulla scorta di questa erronea qualificazione dei fatti di causa e dei principi di diritto da ultimo espressi dalla Plenaria che il Tar, in tesi di parte appellante, aveva annullato l’aggiudicazione disposta da ANAS in favore del RTI CGC, facendo però salvi “*gli ulteriori provvedimenti*” da adottarsi a cura della stessa ANAS onde consentire al RTI aggiudicatario “*la riorganizzazione del proprio assetto interno e, in caso di verifica positiva dell’effettiva sussistenza dei requisiti di qualifica in capo allo stesso, come richiesto dal Punto II.2.6. del Bando, consentirgli di riprendere la procedura di gara ovvero, al contrario, in caso di verifica negativa, escluderlo*” (cfr. sent. appellata, pag. 14).

Il giudice di *prime cure* avrebbe quindi ritenuto illegittimo l’operato di ANAS per avere “*autorizzato*” la sostituzione della mandante con un soggetto esterno al RTI, laddove di contro, a dire del Tar, il difetto di qualificazione sopravvenuto in corso di gara in capo alla Biondani avrebbe potuto e dovuto essere sanato ammettendo il RTI avversario ad operare, alternativamente, una sostituzione “*interna*” della mandante oppure una modifica “*in riduzione*” della propria compagine, salva successiva verifica, da parte della stazione appaltante, sul possesso dei requisiti di partecipazione in capo al nuovo assetto dell’ATI CGC (pag. 14) e conseguentemente annullato gli atti di gara ferma restando l’adozione di “*ulteriori provvedimenti*” da parte di ANAS all’esito della suddetta verifica.

Detta statuizione del giudice di *prime cure*, a dire di parte appellante, oltre a contrastare con le emergenze documentali della procedura di gara, in cui non si parlava di “*sostituzione*” ma di “*subentro*” della Techasfalti alla Biondani,

sarebbe del tutto erronea in quanto la fattispecie di causa, a dispetto di quanto rilevato nella sentenza (cfr. pagg. 10-11 e 13-14), non rientrerebbe in alcuna delle ipotesi contemplate dai commi 18, 19 e 19-ter dell'art. 48 del D.Lgs. n. 50/2016, e tanto meno nell'interpretazione recentemente fornita dall'Adunanza Plenaria n. 10/2021.

La sentenza gravata, sotto questo specifico profilo, risulterebbe, a dire di parte appellante, altresì viziata da omessa pronuncia sui reali e concreti contenuti delle doglianze avanzate dalla Beozzo in prime cure.

Infatti secondo quanto dedotto in ricorso in alcun modo poteva essere autorizzato il subentro atteso che la cessione del ramo d'azienda era risultata essere circoscritta ai soli rapporti ed elementi afferenti al ramo d'azienda precedentemente affittato dalla Viberto, e non già relativo all'azienda della Biondani e, tanto meno, alla posizione di mandante rivestita dalla Società cedente nel RTI controinteressato, che non era mai stata menzionata in nessun atto della sequela di trasformazioni e modifiche societarie e nemmeno nello stesso atto di cessione del contratto di affitto originario.

Il ruolo di mandante ricoperto dalla Biondani nel RTI CGC ai fini della partecipazione alla gara indetta da ANAS non era stato trasferito alla Techasfalti in virtù del suddetto atto di cessione, con la conseguenza che sarebbe tuttora presente nel RTI aggiudicatario una mandante (la Biondani) che, in corso di gara, ha perduto la qualificazione necessaria all'esecuzione della propria quota di lavori, in patente violazione del combinato disposto di cui all'art. 48, comma 3, del D.Lg. n. 50/2016 e all'art. 92, comma 2, del d.P.R. n. 207/2010, per il quale i requisiti tecnico organizzativi richiesti dal bando devono essere posseduti da ciascuna mandante nella misura minima del 10%, con conseguente sopravvenuto difetto di qualificazione in capo all'intero raggruppamento.

Né la carenza di qualificazione innanzi indicata avrebbe potuto essere sanata mediante una modifica delle quote di partecipazione/esecuzione delle imprese partecipanti al raggruppamento, preclusa laddove volta a sanare un

difetto dei requisiti di partecipazione in capo a una o più delle imprese raggruppate.

Il Tar aveva altresì ommesso di valutare le doglianze, esposte nel secondo motivo di ricorso, con cui in prime cure l'odierna appellante aveva dimostrato che, anche a prescindere dalle vicende societarie intercorse tra la Biondani e la Techasfalti, l'esclusione del RTI CGC s'imponesse in ogni caso per la genetica carenza di qualificazione della Biondani, destinata a riflettersi sulla Techasfalti anche nella denegata tesi del subentro di quest'ultima nella compagine del RTI controinteressato, atteso che il contratto di affitto di ramo d'azienda sottoscritto dalla medesima, che le aveva consentito l'acquisizione della SOA, veniva in scadenza il 28.12.2022 e pertanto non copriva la durata quadriennale dell'Accordo Quadro oggetto dell'affidamento di cui è causa, neanche ove si volessero computare i quattro anni dalla data di pubblicazione del bando (ottobre 2019).

II) *Error in iudicando*: sull'erroneità della sentenza di primo grado per non avere esaminato gli ulteriori motivi del ricorso di *prime cure* e i successivi motivi aggiunti. Omessa pronuncia

Fermo restando il carattere assorbente dei motivi che precedono, dal cui accoglimento discenderebbe de plano l'esclusione del RTI controinteressato e la conseguente aggiudicazione della gara *de qua* al RTI deducente, l'appellante lamenta l'erroneità della sentenza che aveva ommesso di pronunciarsi sulle ulteriori censure, ugualmente soddisfattive della sua posizione, con le quali si era denunciata la manifesta illegittimità dei punteggi tecnici assegnati dal Seggio di gara alle offerte dell'ATI Beozzo e del RTI CGC, atteso che per contro il parziale accoglimento del primo motivo non era in alcun modo soddisfacente della pretesa sostanziale dedotta nel ricorso proposto dalla Beozzo, volto ad ottenere l'aggiudicazione in proprio favore.

Le censure assorbite sono state pertanto riproposte con l'atto di appello.

5. Con documentazione depositata nelle more della discussione del ricorso in appello, ovvero in data 20 gennaio 2022, è emerso che in sede di riesercizio

del potere l'Anas ha escluso il RTI CGC preso atto di un errore materiale nella qualificazione, avvenuto nella fase di verifica amministrativa rilevando che *“La mandante SIG SPA in fase di presentazione dell’offerta dichiara di eseguire per la categoria OG3 una quota pari all’11,00% che equivale ad € 2.598.750 ma possiede l’Attestazione SOA n. 20557/16/00 con una categoria OG3 in Classifica IV che la abilita ad eseguire lavori d’importo inferiore ed esattamente pari a € 2.582.000,00;*

*La mandante SIG SPA non può beneficiare, ai sensi dell’art 61, comma 2, DPR n. 207/2010, dell’incremento del quinto, in quanto la stessa “non è qualificata (nella categoria OG3, per la quale necessiterebbe dell’incremento, n.d.e.) per una classifica pari ad almeno un quinto dell’importo dei lavori a base di gara”;*

*Poiché è preclusa la rimodulazione delle quote del raggruppamento, secondo quanto statuito dal Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria n. 6/2019 ed in applicazione dell’art. 92, co. 2, DPR 5 ottobre 2010 n. 207, il difetto originario di qualificazione in capo alla mandante SIG SPA, relativamente alla quota dei lavori della categoria OG3 indicata in sede di presentazione dell’offerta, si riverbera sull’intero raggruppamento determinandone l’esclusione dalla procedura di gara.*

*Pertanto, in considerazione di tutto quanto sopra esposto, il Seggio di Gara ha attestato la carenza originaria del requisito di qualificazione in capo alla mandante SIG SPA, già al momento della presentazione dell’offerta e, conseguentemente, il concorrente ATI CGC SRL, BERTOLO SRL, ASFALTI PIOVESE SRL, SIG SPA risulta escluso dalla procedura di gara in oggetto per carenza originaria dei requisiti di qualificazione”*

6. ANAS, con una memoria depositata in data 20 gennaio 2022, ha pertanto eccepito l’improcedibilità dell’odierno appello, avendo riguardo all’intervenuta esclusione del concorrente ATI CGC SRL, BERTOLO SRL, ASFALTI PIOVESE SRL, SIG SPA.

7. Peraltro parte appellante con la memoria di discussione ex art. 73 comma 1 c.p.a. depositata in data 21 giugno 2022, ha evidenziato come siano stati oggetto di impugnativa da parte del RTI CGC tanto il provvedimento di esclusione quanto il successivo provvedimento di aggiudicazione all’odierna

appellante, per cui si è opposta alla declaratoria di improcedibilità per sopravvenuta carenza di interesse alla decisione.

8. In vista della trattazione nel merito del ricorso tutte le parti hanno peraltro insistito nei rispettivi assunti con le memorie dirette e di replica ex art. 73 comma 3 c.p.a. instando l'Anas e l'ATI CGC per il rigetto dell'appello.

9. La causa è stata trattenuta in decisione all'esito dell'udienza di discussione del 7 luglio 2022.

## DIRITTO

10. In *limine litis* va delibata l'eccezione di improcedibilità dell'odierno appello sollevata da parte dell'Anas, fondata sul rilievo che l'Ati controinteressata CGC era stata comunque, in sede di riesercizio del potere, esclusa dalla procedura di gara di cui è causa.

10.1. L'eccezione è infondata e va pertanto disattesa *in primis* in quanto il riesercizio del potere che ha concretizzato la successiva esclusione del RTI controinteressato è scaturito dalla sentenza di *prime cure* oggetto dell'odierno appello ed in secondo luogo in quanto detta successiva esclusione è stata comunque oggetto di impugnativa da parte del medesimo RTI.

Risulta infatti evidente, in relazione al primo profilo, come nell'ipotesi di accoglimento dell'odierno appello nel senso auspicato da parte appellante, tutti gli atti compiuti dalla stazione appaltante in sede del riesercizio del potere imposto dalla sentenza di *prime cure* verrebbero caducati automaticamente, per venire meno del loro indefettibile presupposto, a nulla rilevando pertanto la proposizione del ricorso da parte dell'appellata avverso gli atti adottati in esecuzione di tale sentenza, che assumerebbero definitiva efficacia solo in ipotesi di conferma della medesima sentenza, risultando solo in siffatta ipotesi cristallizzato il riesercizio del potere.

L'appello va pertanto esaminato nel merito.

11. Nello scrutinare i motivi di appello riveste senza dubbio carattere assorbente il primo motivo con cui parte appellante assume che il RTI CGC andava escluso dalla procedura *de qua* in via definitiva, sul presupposto che



una delle designate mandanti (Biondani TMC S.p.A.) sarebbe, nel corso della procedura selettiva, decaduta dall'attestazione SOA per la categoria prevalente OG3, laddove la sentenza di *prime cure* aveva invece consentito una diversa riorganizzazione del RTI, contemplando la possibilità di una sostituzione interna o di una organizzazione in riduzione a seguito della perdita da parte di Biondani della SOA necessaria per eseguire i lavori oggetto della procedura di gara *de qua*.

La statuizione del giudice di *prime cure*, nella prospettazione di parte appellante, sarebbe erronea, atteso che la perdita in corso di gara dell'attestazione SOA non poteva consentire una rimodulazione del RTI in riduzione o con sostituzione interna, non venendo in rilievo un requisito generale di partecipazione di cui all'art. 80 c.p.a., né venendo in rilievo altra ipotesi legittimante la paventata possibilità di riorganizzazione del RTI.

L'appellante assume in primo luogo come l'avvicendamento, in corso di gara, tra la Biondani e la Techasfalti, in esito al quale la prima aveva perso la qualificazione SOA, non era stato il frutto di una operazione di sostituzione o di recesso dal RTI ai sensi dei citati commi 18 o 19 (e 19-ter) dell'art. 48, bensì di un preteso ed illegittimo subentro, di una impresa terza non partecipante alla gara *de qua*, nella posizione di mandante del RTI aggiudicatario, conseguente ad una cessione di un ramo di azienda a seguito di un'operazione societaria posta in essere dalla sola Biondani.

Il Tar a dire di parte appellante avrebbe reputato applicabili al caso di specie le norme del Codice dei contratti che consentono, solo a determinate condizioni (che qui comunque non ricorrono), di modificare "*internamente*" la compagine di un raggruppamento, anche mediante un richiamo inconferente all'interpretazione che di tali norme era stata fornita di recente nella sentenza n. 10/2021 dell'Adunanza Plenaria di questo Consiglio di Stato (cfr. la sentenza, pagg. 10-11 e 13-14).

Conseguentemente il Tar avrebbe ritenuto illegittimo l'operato di ANAS per avere "*autorizzato*" la sostituzione della mandante con un soggetto esterno al

RTI, laddove di contro, a dire del Tar, il difetto di qualificazione sopravvenuto in corso di gara in capo alla Biondani avrebbe potuto e dovuto essere sanato ammettendo il RTI ad operare, alternativamente, una sostituzione “*interna*” della mandante oppure una modifica “*in riduzione*” della propria compagine, salva successiva verifica, da parte della stazione appaltante, sul possesso dei requisiti di partecipazione in capo al nuovo assetto dell’ATI CGC (pag. 14) e sulla base di tali rilievi aveva annullato gli atti di gara, ferma restando l’adozione di “*ulteriori provvedimenti*” da parte di ANAS all’esito della suddetta verifica.

La ricostruzione operata dal Tar, secondo parte appellante, sarebbe peraltro errata in primo luogo laddove sottende che ANAS avrebbe inteso avallare una “*sostituzione*” della Techasfalti (impresa estranea alla compagine del raggruppamento) alla Biondani nella posizione di mandante del RTI CGC, a fronte della sopravvenuta perdita da parte della medesima Biondani, in corso di gara, della qualificazione SOA in OG3.; tale assunto sarebbe smentito *per tabulas* non solo dall’inquadramento della fattispecie operato dalla stessa ANAS negli atti di gara ma anche dalle tesi difensive sviluppate in *prime cure* dalla stessa Stazione appaltante, ove si era sempre parlato del (preteso) “*subentro*” della Techasfalti alla Biondani.

Peraltro, a dire di parte appellante, anche a voler accedere, *per absurdum*, alla teoria della pretesa “*sostituzione sanante*” della Biondani con la Techasfalti, sarebbe palese che la fattispecie di causa, a dispetto di quanto rilevato nella sentenza (cfr. pagg. 10-11 e 13-14), non rientri in alcuna delle ipotesi contemplate dai commi 18, 19 e 19-ter dell’art. 48 del D.Lgs. n. 50/2016, e tanto meno nell’interpretazione recentemente fornita dall’Adunanza Plenaria con il recente arresto n. 10/2021.

In particolare, andrebbe censurata, in tesi di parte appellante, la sentenza di *prime cure* laddove aveva ritenuto che ANAS avrebbe potuto “*autorizzare la sostituzione di Biondani soltanto con un’altra impresa interna al raggruppamento ovvero consentire la riduzione del raggruppamento per esigenze organizzative ai sensi dell’art. 48,*

*comma 19, D.Lgs. 50/2016” e quindi “preso atto del venir meno in capo a Biondani di un requisito partecipativo non annoverabile fra quelli di cui all’art. 80 cit., pur non potendo escludere de plano CGC ... avrebbe tuttavia dovuto assegnare allo stesso un termine per la riorganizzazione del proprio assetto interno e, in caso di verifica positiva dell’effettiva sussistenza dei requisiti di qualifica in capo allo stesso, come richiesto dal Punto II.2.6. del Bando, consentirgli di riprendere la procedura di gara ovvero, al contrario, in caso di verifica negativa, escluderlo” (così la sentenza, pag. 14). I.2.2.1).*

A dire di parte appellante l’assunto del giudice di *prime cure* sarebbe del tutto erroneo in quanto le norme indicate consentono rispettivamente:

- la sostituzione, meramente interna, di un membro del RTI colpito da determinati eventi (tra cui la perdita dei requisiti generali di partecipazione indicati nella disposizione) con altro membro dello stesso RTI in possesso dei requisiti necessari (commi 18 e 19-ter);
- la rimodulazione “*in riduzione*” del RTI “*esclusivamente per esigenze organizzative del raggruppamento*”, a patto che i membri rimanenti siano in possesso dei requisiti necessari e che l’estromissione dell’impresa non sia “*finalizzata ad eludere la mancanza di un requisito di partecipazione alla gara*” (comma 19).

Le sopravvenienze che giustificerebbero una simile sostituzione non ricomprendono pertanto la perdita in corso di gara dei requisiti speciali di qualificazione (qual è la SOA), ma solo, se del caso, la perdita dei requisiti generali di partecipazione indicati dal comma 18.

Per altro verso, stante il chiarissimo tenore letterale dell’art. 48, comma 19, cit. e della conferma fornita in tal senso dalla citata Plenaria n. 10/2021, CGC nemmeno avrebbe potuto percorrere la strada alternativa della estromissione della Biondani prefigurata dal primo Giudice, atteso che la disposizione *de qua*, come detto, esclude espressamente dal proprio ambito di applicazione l’ipotesi in cui la modifica “*in sottrazione*” del raggruppamento sia “*finalizzata ad eludere la mancanza di un requisito di partecipazione alla gara*” (comma 19). Laddove infatti, come è per l’appunto il caso della Biondani, la modifica della compagine in senso riduttivo avvenga “*per evitare la sanzione dell’esclusione dalla*

*procedura di gara per difetto dei requisiti in capo ad un componente*” (cfr. A.P. n. 10/2021, par. 29.1), ciò non potrebbe che tradursi in una gravissima violazione della norma citata e dell’*esegesi* accreditatane in sede nomofilattica da questo Consiglio di Stato.

Da ciò l’erroneità della sentenza gravata per avere malamente applicato le inequivocabili indicazioni impartite sul punto dall’Adunanza Plenaria e stabilito l’obbligo, in capo alla Stazione appaltante, di consentire al RTI CGC di sostituire la Biondani con altro soggetto interno al Raggruppamento o di procedere a una modifica “*in riduzione*” (cfr. la sentenza, pag. 14), essendo lampante che nel caso di specie, vista la perdita di un requisito (speciale) in capo alla Biondani, non si versi né nell’ipotesi di modifiche soggettive consentite ai sensi dei commi 17 e 18 dell’art. 48 cit., né nel campo delle “*esigenze organizzative*” di cui al successivo comma 19.

Del tutto ininfluyente sarebbe inoltre la circostanza, enfatizzata dal primo Giudice, per la quale il RTI CGC, anche epurato dalla presenza della Biondani, potrebbe essere comunque nel suo complesso sufficientemente qualificato per l’esecuzione dei lavori in OG3, essendo detta circostanza rilevante nella sola ipotesi – non configurabile nella presente fattispecie – di sussistenza dei presupposti per l’attivazione dei meccanismi di cui ai commi 18, 19 e 19-ter dell’art. 48 cit..

12. Le doglianze sono fondate nel senso di seguito specificato.

12.1. Ed invero, fermo restando che, come del resto evidenziato dal giudice di *prime cure*, non poteva esservi in alcun modo il “*subentro*” od anche la “*sostituzione*” di Techasfalti, soggetto estraneo alla procedura di gara, alla Biondani, che aveva perso la necessaria qualificazione SOA, non essendo in alcun modo possibile una modifica soggettiva di tipo additivo del R.T.I., non avrebbe dovuto ammettersi neanche una riorganizzazione del RTI ai fini della sostituzione della Biondani con altro componente del RTI ovvero ai fini dell’operatività del RTI in riduzione.

12.2. Infatti deve ritenersi che i commi 17-19-ter dell'art. 48 del D.Lgs. n. 50/2016), così come interpretati dall'Adunanza Plenaria di questo Consiglio di Stato di recente in quattro pronunce (del 27.3.2019, n. 6, del 27.5.2021, nn. 9 e 10 e, da ultimo, del 25.1.2022, n. 2), non ammettano la possibilità di apportare modifiche soggettive alla compagine di un RTI in caso di sopravvenuta perdita dei requisiti speciali di partecipazione (nella specie dell'attestazione SOA), essendo la sostituzione interna limitata all'ipotesi in cui una delle componenti del raggruppamento perda i requisiti generali di partecipazione di cui all'art. 80 del Codice, anche in corso di gara, e dovendo ritenersi che le esigenze organizzative per l'operatività di un RTI in riduzione non possano venire in rilievo laddove si debba per contro fronteggiare alla perdita in capo ad una delle imprese del costituendo RTI dei requisiti speciali di partecipazione.

12.3. Ne discende che alcun rilievo è in grado di assumere la natura “*sovraabbondante*” del raggruppamento ai fini di una sua ipotetica “*riduzione*”, dovendosi negare la possibilità di operare una tale rimodulazione per sanare la perdita di un requisito speciale di partecipazione, in quanto, qualora l'impresa che si sia impegnata all'esecuzione di una determinata quota delle prestazioni oggetto di appalto, rimanga medio tempore sfornita di qualificazione, è inconferente il possesso sovraabbondante del requisito di capacità tecnica da parte del raggruppamento nel suo complesso.

Il principio, già espresso dall'Adunanza Plenaria nella sentenza n. 6/2019, è sotteso anche alla sentenza A.P. n. 2/2022, per cui deve ritenersi che la mancanza di attestazione SOA non rientri nei casi previsti dai commi 17, 18, 19 e 19 ter che, vanno interpretati in senso tassativo e restrittivo.

12.4. L'Adunanza Plenaria con la citata sentenza 27 maggio 2021, n. 10, investita della questione della sostituibilità in corso di gara dell'impresa mandataria fallita o comunque assoggettata ad altra procedura concorsuale con un'altra impresa, esterna all'originario raggruppamento di imprese (c.d. sostituzione per addizione), con obiter dictum ha affermato che “*nella sola*

*fase di esecuzione, peraltro, il legislatore, dopo la riforma apportata dall'art. 32, comma 1, lett. b, del d.lgs. n. 56 del 2017, ha previsto che anche il venir meno di uno dei requisiti di partecipazione, di cui all'art. 80 del d.lgs. n. 50 del 2016, in capo ad uno dei componenti – non essendo tale ipotesi applicabile alla fase di gara ... – possa giustificare la modifica soggettiva, ma sempre e solo interna al raggruppamento perché, diversamente, la fase dell'esecuzione presterebbe il fianco ex post all'aggiramento delle regole della trasparenza e della concorrenza, che presiedono alla fase della scelta del contraente, con l'inserzione postuma di soggetti esterni che nemmeno hanno preso parte alla gara e si troverebbero ad essere contraenti della pubblica amministrazione”.*

12.5. Con l'ordinanza n. 6959/2021 è stata peraltro rimessa all'Adunanza Plenaria la seguente questione:

*“se sia possibile interpretare l'art. 48, commi 17, 18 e 19-ter d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 nel senso che la modifica soggettiva del raggruppamento temporaneo di imprese in caso di perdita dei requisiti di partecipazione ex art. 80 da parte del mandatario o di una delle mandanti è consentita non solo in fase di esecuzione, ma anche in fase di gara”.*

In caso di risposta positiva alla prima domanda, la citata ordinanza richiede, altresì, *“di precisare la modalità procedimentale con la quale detta modifica possa avvenire, se, cioè, la stazione appaltante sia tenuta, anche in questo caso, ed anche qualora abbia già negato la autorizzazione al recesso che sia stata richiesta dal raggruppamento per restare in gara avendo ritenuto intervenuta la perdita di un requisito professionale, ad interpellare il raggruppamento, assegnando congruo termine per la riorganizzazione del proprio assetto interno tale da poter riprendere la propria partecipazione alla gara”.*

12.5.1. L'Adunanza Plenaria con la sentenza n. 2 del 2022, nel rispondere a tali quesiti, ha invero affermato che *“la modifica soggettiva del raggruppamento temporaneo di imprese, in caso di perdita dei requisiti di partecipazione di cui all'art. 80 d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50 (Codice dei contratti pubblici) da parte del mandatario o di una delle mandanti, è consentita non solo in sede di esecuzione, ma anche in fase di gara, in tal senso interpretando l'art. 48, commi 17, 18 e 19-ter del medesimo Codice”.*

L'Adunanza Plenaria continua statuendo che, *“laddove si verifichi la predetta ipotesi di perdita dei requisiti, la stazione appaltante, in ossequio al principio di*

*partecipazione procedimentale, è tenuta ad interpellare il raggruppamento e, laddove questo intenda effettuare una riorganizzazione del proprio assetto, onde poter riprendere la partecipazione alla gara, è tenuta ad assegnare un congruo termine per la predetta riorganizzazione”.*

La suddetta pronuncia ha, inoltre, affermato: *“La deroga all’immodificabilità soggettiva dell’appaltatore costituito in raggruppamento, tale da evitare in fase esecutiva la riapertura dell’appalto alla concorrenza e, dunque, l’indizione di una nuova gara, è solo quella dovuta, in detta fase, a modifiche strutturali interne allo stesso raggruppamento, senza l’aggiunzione di nuovi soggetti che non abbiano partecipato alla gara (o, addirittura, che vi abbiano partecipato e ne siano stati esclusi), ciò che contraddirebbe la stessa ratio della deroga, dovuta a vicende imprevedibili che si manifestino in sede esecutiva e colpiscano i componenti del raggruppamento, tuttavia senza incidere sulla capacità complessiva dello stesso raggruppamento di riorganizzarsi internamente... È chiaro che la modifica sostitutiva c.d. per addizione costituisce ex se una deroga non consentita al principio della concorrenza perché ammette ad eseguire la prestazione un soggetto che non ha preso parte alla gara secondo regole di correttezza e trasparenza, in violazione di quanto prevede attualmente l’art. 106, comma 1, lett. d), n. 2, del d. lgs. n. 50 del 2016, più in generale, per la sostituzione dell’iniziale aggiudicatario”.*

L’Adunanza plenaria ha chiarito pertanto che la modifica soggettiva del raggruppamento temporaneo di imprese, in caso di perdita dei requisiti generali di partecipazione di cui all’art. 80 d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50 da parte del mandatario o di una delle mandanti, è consentita non solo in sede di esecuzione, ma anche in fase di gara, in tal senso interpretando l’art. 48, commi 17, 18 e 19 ter del medesimo Codice, nonostante evidenti discrasie e contraddizioni normative superate in via interpretativa.

In particolare, la pronuncia è intervenuta in relazione a significative e persistenti carenze nell’esecuzione di precedenti contratti d’appalto che hanno causato la *“risoluzione per inadempimento contrattuale”* da parte di una mandante di una RTI, rilevante come causa di esclusione ai sensi dell’art. 80, comma 5, lett. c-ter del codice dei contratti pubblici.

Inoltre con la citata pronuncia l'Adunanza Plenaria ha evidenziato che le norme di eccezione di cui ai commi 17 e 18 disciplinano fattispecie molto diverse da quella di cui al comma 19.

Infatti, mentre le ipotesi disciplinate dal comma 17 (con riferimento al mandatario) e dal comma 18 (con riferimento ad uno dei mandanti) attengono a vicende soggettive, puntualmente indicate, del mandatario o di un mandante, conseguenti ad eventi sopravvenuti rispetto al momento di presentazione dell'offerta, l'ipotesi di cui al comma 19 attiene ad una modificazione della composizione del raggruppamento derivante da una autonoma manifestazione di volontà di recedere dal raggruppamento stesso, da parte di una o più delle imprese raggruppate, senza che si sia verificato nessuno dei casi stabiliti dai commi 17 e 18, ma solo come espressione di un diverso e contrario volere rispetto a quello di partecipare, in precedenza manifestato.

Ed il recesso è ammesso, non tanto in base ad una più generale valutazione dei motivi che lo determinano, ma in quanto le imprese rimanenti *“abbiano i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori o servizi o forniture ancora da eseguire”* e sempre che la modifica soggettiva derivante dal recesso non sia *“finalizzata ad eludere un requisito di partecipazione alla gara”*.

Pertanto, l'Adunanza Plenaria rileva come da un lato, il comma 9 dell'art. 48 introduca un principio generale di immodificabilità della composizione del raggruppamento, e dall'altro lato, i commi 17, 18 e 19, quali norme di eccezione alla norma generale, prevedano una pluralità di esclusioni a tale principio.

13. Nel presente giudizio, tuttavia, non viene in rilievo la perdita del requisito di partecipazione previsto dall'art. 80 del d.lgs. n. 50 del 2016, né un recesso *sic et simpliciter* da parte di un componente il RTI ma un asserito subentro di un soggetto terzo, che non aveva partecipato alla procedura di gara, ad altro soggetto (Biondani), che ha perso un requisito di qualificazione, previsto dall'art. 84.



Pertanto, ferma restando l'impossibilità del subentro, che darebbe luogo ad una modifica del RTI in senso additivo, vi è peraltro da chiedersi se i principi enucleati dalla recente pronuncia dell'Adunanza plenaria 2 del 2022 possano essere estesi anche al caso di specie, ovvero di perdita sopravvenuta di un requisito di partecipazione di ordine speciale.

Per risolvere tale problematica peraltro è utile richiamare altre pronunce dell'Adunanza plenaria che sono intervenute sul tema dell'immodificabilità soggettiva dell'operatore economico nelle gare pubbliche.

13.1. In particolare con la cennata sentenza n. 10 del 27 maggio 2021, l'Adunanza plenaria ha, ulteriormente, precisato che: a) l'art. 48, commi 17, 18 e 19-ter, del d. lgs. n. 50 del 2016, nella formulazione attuale, consente la sostituzione meramente interna del mandatario o del mandante di un raggruppamento temporaneo di imprese con un altro soggetto del raggruppamento stesso in possesso dei requisiti, nella fase di gara, e solo nelle ipotesi di fallimento, liquidazione coatta amministrativa, amministrazione straordinaria, concordato preventivo o di liquidazione o, qualora si tratti di imprenditore individuale, di morte, interdizione, inabilitazione o anche liquidazione giudiziale o, più in generale, per esigenze riorganizzative dello stesso raggruppamento temporaneo di imprese, a meno che – per questa ultima ipotesi e in coerenza con quanto prevede, parallelamente, il comma 19 per il recesso di una o più imprese raggruppate – queste esigenze non siano finalizzate ad eludere la mancanza di un requisito di partecipazione alla gara; b) l'evento che conduce alla sostituzione meramente interna, ammessa nei limiti anzidetti, deve essere portato dal raggruppamento a conoscenza della stazione appaltante, laddove questa non ne abbia già avuto o acquisito notizia, per consentirle, secondo un principio di c.d. sostituibilità proceduralizzata 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.

In questa prospettiva l'Adunanza plenaria, negando l'ammissibilità della "sostituzione per addizione" nel raggruppamento temporaneo di imprese, ha precisato che le uniche modifiche consentite dal legislatore sono quelle interne al RTI, con una diversa distribuzione di ruoli e compiti tra mandanti e mandataria, secondo la disciplina degli indicati commi 17 e 18, in ragione di eventi imprevedibili, tassativamente individuati dal legislatore, che abbiano colpito uno degli originari componenti, eventi che costituiscono all'evidenza eccezioni, di stretta interpretazione, al principio di immutabilità soggettiva. Peraltro, l'Adunanza plenaria ha chiarito che *"La deroga al principio di immutabilità soggettiva dell'offerente, dunque, deve trovare un espresso e chiaro fondamento nel diritto dell'Unione, non potendo essa giustificarsi a livello sistematico, come sembra supporre il Collegio rimettente, nel richiamo al diverso istituto dell'avvalimento e all'eventuale sostituzione dell'impresa ausiliaria, trattandosi di istituti intesi a favorire il principio della massima partecipazione alla gara, a condizioni paritarie e trasparenti tra tutti i concorrenti, non già a derogare alla parità di trattamento tra questi, ben dovendo, anzi, la stazione appaltante imporre all'operatore economico di sostituire i soggetti ausiliari che non soddisfano un pertinente criterio di selezione o per i quali sussistono motivi obbligatori di esclusione, come questa Adunanza plenaria ha da ultimo ricordato nella sentenza n. 5 del 18 marzo 2021"*.

Pertanto principio cardine è quello dell'immutabilità soggettiva dell'offerente, al quale può derogarsi solo nelle ipotesi tassativamente individuate dal legislatore, fondandosi la contrattazione con la P.A. sul principio della personalità, in quanto i contratti sono stipulati all'esito di una procedura ad evidenza pubblica volta, da un lato, alla scelta dell'offerta migliore e, dall'altro, a tutelare, in via mediata, l'interesse pubblico alla qualificazione tecnica, organizzativa, economica e morale delle imprese partecipanti alle procedure di gara.

13.2 La stessa Adunanza plenaria, con la sentenza n. 8 del 4 maggio 2012, ha inoltre chiarito che il principio di immodificabilità soggettiva persegue lo scopo di consentire alla stazione appaltante di verificare il possesso dei

requisiti da parte dei soggetti che partecipano alla gara e, di conseguenza, *«precludere modificazioni soggettive, sopraggiunte ai controlli, in grado di impedire le suddette verifiche preliminari»* ovvero che *«tale verifica venga vanificata»*, sicché le uniche modifiche soggettive elusive del dettato normativo sono quelle che portano all'aggiunta delle imprese partecipanti, non già alla loro riduzione (c.d. modifica per sottrazione) o al recesso di una partecipante, laddove, però, la modifica della compagine in senso riduttivo avvenga per esigenze proprie del raggruppamento o del consorzio, non già per evitare la sanzione dell'esclusione dalla procedura di gara per difetto dei requisiti in capo ad un componente (*“Né si verifica una violazione della par condicio dei concorrenti, perché non si tratta di introdurre nuovi soggetti in corsa, ma solo di consentire a taluno degli associati o consorziati il recesso, mediante utilizzo dei requisiti dei soggetti residui, già comunque posseduti. Tale soluzione va seguita purché la modifica della compagine soggettiva in senso riduttivo avvenga per esigenze organizzative proprie dell'a.t.i. o consorzio, e non invece per 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. che viene meno per effetto dell'operazione riduttiva [Cons. St., sez. VI, 16 febbraio 2010, n. 842]”).*

13.3. Risulta inoltre utile accennare anche al percorso motivazionale seguito dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con la sentenza n. 5 del 2021, richiamata nella successiva Plenaria n. 10 del 2021, con cui si è evidenziato che la consorziata di un consorzio stabile, non designata ai fini dell'esecuzione dei lavori, è equiparabile, ai fini dell'applicazione dell'art. 63 della direttiva 24/2014/UE e dell'art. 89 co. 3 del d.lgs. n. 50/2016, all'impresa ausiliaria nell'avvalimento, sicché la perdita da parte della stessa del requisito impone alla stazione appaltante di ordinarne la sostituzione.

L'Adunanza plenaria al riguardo ha distinto il consorzio stabile da quello ordinario, precisando che quest'ultimo, *“pur essendo un autonomo centro di rapporti giuridici, non comporta l'assorbimento delle aziende consorziate in un organismo unitario costituente un'impresa collettiva, né esercita autonomamente e direttamente attività imprenditoriale, ma si limita a disciplinare e coordinare, attraverso un'organizzazione*

*comune, le azioni degli imprenditori riuniti (cfr., ex multis, Cass. civ., sez. trib., 9 marzo 2020, n. 6569; Cass. civ., sez. I, 27 gennaio 2014, n. 1636). Nel consorzio con attività esterna la struttura organizzativa provvede all'espletamento in comune di una o alcune funzioni (ad esempio, l'acquisto di beni strumentali o di materie prime, la distribuzione, la pubblicità, etc.), ma nemmeno in tale ipotesi il consorzio, nella sua disciplina civilistica, è dotato di una propria realtà aziendale. Ne discende che, ai fini della disciplina in materia di contratti pubblici, il consorzio ordinario è considerato un soggetto con identità plurisoggettiva, che opera in qualità di mandatario delle imprese della compagine. Esso prende necessariamente parte alla gara per tutte le consorziate e si qualifica attraverso di esse, in quanto le stesse, nell'ipotesi di aggiudicazione, eseguiranno il servizio, rimanendo esclusa la possibilità di partecipare solo per conto di alcune associate (cfr., ex multis, Cons. St., sez. V, 6 ottobre 2015, n. 4652, il quale ha statuito l'illegittimità della partecipazione di un consorzio ordinario che, pur riunendo due società, aveva dichiarato di gareggiare per conto di una sola di esse). 7.2. Non è così per i consorzi stabili. Questi, a mente dell'art. 45, comma 2, lett. c) del d.lgs. n. 50/2016, sono costituiti "tra imprenditori individuali, anche artigiani, società commerciali, società cooperative di produzione e lavoro" che "abbiano stabilito di operare in modo congiunto nel settore dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture per un periodo di tempo non inferiore a cinque anni, istituendo a tal fine una comune struttura di impresa". E' in particolare il riferimento aggiuntivo e qualificante alla "comune struttura di impresa" che induce ad approdare verso lidi ermeneutici diversi ed opposti rispetto a quanto visto per i consorzi ordinari. I partecipanti in questo caso danno infatti vita ad una stabile struttura di impresa collettiva, la quale, oltre a presentare una propria soggettività giuridica con autonomia anche patrimoniale, rimane distinta e autonoma rispetto alle aziende dei singoli imprenditori ed è strutturata, quale azienda consortile, per eseguire, anche in proprio (ossia senza l'ausilio necessario delle strutture imprenditoriali delle consorziate), le prestazioni affidate a mezzo del contratto (da ultimo, Cons. St., sez. VI, 13 ottobre 2020, n. 6165)".*

Risulta *claris verbis* dal tenore della motivazione del citato arresto dell'Adunanza Plenaria come proprio la diversità di struttura tra consorzio

stabile e consorzio ordinario, abbia indotto l'Adunanza plenaria ad estendere esclusivamente al consorzio stabile l'art. 89 co. 3 del d.lgs. n. 50/2016, che consente all'operatore economico di sostituire l'ausiliaria che non soddisfa un pertinente criterio di selezione o per la quale sussistono obbligatori motivi di esclusione.

Nella fattispecie *de qua* viene per contro in rilievo un RTI, in alcun modo sovrapponibile ad un consorzio stabile, in assenza di una comune struttura di impresa, ma semmai analogo, sia pure con le debite differenze, ad un consorzio ordinario come peraltro evincibile dall'art. 48 del d.lgs. n. 50 del 2016 che disciplina in maniera unitaria i *“Raggruppamenti temporanei e consorzi ordinari di operatori economici”*.

Pertanto in alcun modo sarebbe possibile applicare al RTI l'art. 89, comma 3 citato, stante la sostanziale disomogeneità che sussiste tra raggruppamento temporaneo di imprese, da un lato, e consorzio stabile, dall'altro, al fine di consentire una sostituzione dell'impresa partecipante al RTI che abbia perso la qualificazione SOA in corso di gara.

Neppure sarebbe ammissibile una sostituzione meramente interna con altri partecipanti al RTI come evincibile dagli altri cennati pronunciamenti dell'Adunanza Plenaria, a fronte della perdita di un requisito speciale di partecipazione, quale l'attestazione SOA od una riorganizzazione interna del RTI dettata non già da esigenze organizzative, ma volta ad evitare l'esclusione del RTI per la perdita, in capo ad uno dei componenti, dei necessari requisiti di qualificazione.

14. La ricostruzione del quadro normativo, come interpretato dall'Adunanza plenaria nelle citate pronunce, deve pertanto condurre all'accoglimento dell'appello nel senso che il ricorso di primo grado doveva essere accolto con esclusione definitiva del RTI controinteressato, in quanto deve ritenersi che non sia consentito al raggruppamento temporaneo di imprese modificare la propria organizzazione, se non nelle limitate e tassative ipotesi previste dai commi 17, 18, 19 e 19 ter dell'art. 48 del codice, e che le esigenze

organizzative del RTI che possono giustificare l'operatività del RTI in riduzione, ai sensi del comma 19 – a fronte del recesso di uno dei componenti il RTI - non possano rinvenirsi laddove venga in rilievo la perdita in capo ad uno dei componenti dei requisiti speciali di partecipazione, che non potrebbero neppure giustificare una sostituzione interna ai sensi dei precedenti commi.

Ed invero deve ritenersi applicabile all'ipotesi di specie il principio già affermato da questa Sezione, sia pure in riferimento all'assenza *ab origine* dei requisiti speciali di partecipazione (Cons. Stato Sez. V, Sent., 03-05-2021, n. 3464) secondo cui *“i requisiti soggettivi dei partecipanti ad una gara pubblica non possono essere modificati ricorrendo al soccorso istruttorio, in quanto, secondo la costante giurisprudenza, la mancanza dei requisiti di partecipazione non può essere sanata mediante una modifica delle quote di partecipazione al sub-raggruppamento, trattandosi di vizi inficianti l'offerta nel suo complesso, ciascuno dei quali sufficiente a rendere invalida l'offerta (in termini Cons. Stato, III, 22 febbraio 2019, n. 1237; VI, 15 ottobre 2018, n. 5919). Infatti la modifica della compagine soggettiva, anche in senso riduttivo, può avvenire per esigenze organizzative proprie del raggruppamento, e non per eludere la lex specialis, ed evitare la sanzione dell'esclusione dalla procedura per difetto dei requisiti in capo alla mandante del raggruppamento (in termini Cons. Stato, Ad. plen., 4 maggio 2012, n. 8)”*; ciò in considerazione della circostanza che i requisiti di partecipazione debbono essere posseduti in costanza di gara, per cui anche la perdita sopravvenuta è in grado di determinare l'esclusione del concorrente, ferma rimanendo l'applicabilità delle previsioni in deroga di cui ai commi 17, 18 e 19 ter dell'art. 48 del codice, da interpretarsi in senso restrittivo.

15. L'appello va pertanto accolto sulla base di tali assorbenti rilievi.

16. Non sussistono i presupposti per decidere in ordine alla richiesta di declaratoria di inefficacia del contratto ed al subentro di parte appellante, atteso che nelle more della definizione del giudizio la controinteressata è stata comunque esclusa dalla procedura di gara per cui non vi è stata la stipula di

alcun contratto ed anzi la gara è stata aggiudicata a parte appellante, sia pure con provvedimento *sub iudice*.

17. Sussistono peraltro eccezionali e gravi motivi, avuto riguardo alla complessità delle questioni giuridiche sottese al presente appello, per compensare integralmente fra le parti le spese di lite.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei sensi di cui in motivazione e per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, accoglie il ricorso di primo grado con annullamento degli atti oggetto di impugnativa nel senso che il RTI C.G.C. andava escluso in via definitiva dalla procedura di gara.

Compensa le spese di lite.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 7 luglio 2022 con l'intervento dei magistrati:

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Presidente FF

Federico Di Matteo, Consigliere

Alberto Urso, Consigliere

Anna Bottiglieri, Consigliere

Diana Caminiti, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**  
**Diana Caminiti**

**IL PRESIDENTE**  
**Paolo Giovanni Nicolo' Lotti**

IL SEGRETARIO

