

Publicato il 10/05/2022

N. 00355/2022 REG.PROV.COLL.
N. 00027/2022 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 Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 27 del 2022, integrato da motivi aggiunti, proposto da

Preve Costruzioni s.p.a., in proprio e in qualità di mandataria del costituendo R.T.I. con Ing. Prunotto s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Marco Feroci e Federica Sinigaglia, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

A.N.A.S. s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocatura dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Genova, v.le Brigate Partigiane, 2;

per l'annullamento

A - per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

- della nota prot. n. 791589 del 13.12.2021, recante l'esclusione della ricorrente dalla gara per la stipula dell'accordo quadro quadriennale per la produzione, fornitura e posa in opera della nuova barriera Anas s.p.a. NDBA

per le configurazioni di spartitraffico e bordo ponte, lotto n. kj16 - Liguria, nonché di tutti i verbali di gara di seduta pubblica e riservata;

- degli atti connessi, presupposti e consequenziali, ivi incluso il preavviso di esclusione in data 28.10.2021;

nonché per la reintegrazione in forma specifica, mediante riammissione alla procedura ed aggiudicazione della gara in proprio favore, o, in subordine, al risarcimento del danno da mancata aggiudicazione, o, in ulteriore subordine, per responsabilità precontrattuale;

B - per quanto riguarda i motivi aggiunti:

- della relazione in data 11.10.2021, avente ad oggetto “ricognizione dei requisiti tecnici in capo all’aggiudicatario”;

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visto l’atto di costituzione in giudizio di A.N.A.S. s.p.a.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore, nell’udienza pubblica del giorno 22 aprile 2022, la dott.ssa Liliana Felletti e viste le conclusioni delle parti, come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso notificato il 10 gennaio 2022 e depositato il 17 gennaio 2022 Preve Costruzioni s.p.a. (d’ora innanzi, per brevità, anche Preve) ha impugnato il provvedimento con cui A.N.A.S. s.p.a. ha disposto la sua esclusione dalla gara finalizzata all’aggiudicazione dell’accordo quadro per la produzione, fornitura e posa in opera della nuova barriera NDBA per le configurazioni di spartitraffico e bordo ponte e, segnatamente, dal lotto n. 16 relativo alla Regione Liguria. In particolare, la ricorrente ha domandato la reintegrazione in forma specifica, mediante riammissione alla procedura ed aggiudicazione della gara in proprio favore, o, in subordine, il risarcimento per equivalente del danno da mancata aggiudicazione, ovvero, in ulteriore subordine, il ristoro del danno da responsabilità precontrattuale.

Ha dedotto i seguenti motivi:

I) *Violazione e falsa applicazione degli artt. 48, commi 19 e 19-ter, 83, 84, 86 e 87 del d.lgs. n. 50/2016. Violazione e falsa applicazione dell'art. 92 del d.p.r. n. 207/2010. Violazione e falsa applicazione degli artt. 7.3 e 7.4 del disciplinare di gara. Violazione del principio di economicità dell'azione amministrativa di cui all'art. 30 del d.lgs. n. 50/2016 e dei principi di buon andamento ed imparzialità di cui all'art. 97 Cost. Violazione della legge n. 241/1990 e dei principi di legittimo affidamento, leale collaborazione, correttezza e buona fede. Eccesso di potere per falso presupposto, travisamento del fatto, illogicità, irragionevolezza, contraddittorietà ed ingiustizia manifesta. Difetto di motivazione e difetto di istruttoria.* Il principio di continuità del possesso del requisito di qualificazione nella categoria OS13 con classifica V non risulterebbe violato, perché la mandataria Preve Costruzioni s.p.a. lo ha maturato con il rilascio dell'attestazione SOA in data 3 dicembre 2020 e, quindi, anteriormente alla perdita del medesimo requisito da parte della mandante Ing. Prunotto s.r.l., verificatasi il 7 gennaio 2021. Pertanto, poiché Ing. Prunotto s.r.l. è receduta dal raggruppamento il 19 maggio 2021 e le quote di partecipazione all'interno del R.T.I. sarebbero modificabili, la deducente potrebbe assicurare da sola l'esecuzione dell'intera commessa, nel pieno rispetto della funzione del sistema di qualificazione di garantire la serietà ed affidabilità tecnico-professionale dell'operatore economico. Né la variazione soggettiva del raggruppamento incorrerebbe nel divieto di cui all'art. 48, comma 19, ultimo periodo del d.lgs. n. 50/2016, perché la ricorrente ha dimostrato di avere acquisito il requisito in contestazione molto prima della comunicazione di recesso.

II) *Violazione e falsa applicazione degli artt. 83, 84, 86 e 87 del d.lgs. 50/2016. Violazione e falsa applicazione degli artt. 76 e 77 del d.p.r. n. 207/2010. Violazione e falsa applicazione dell'art. 92 del d.p.r. n. 207/2010. Violazione e falsa applicazione degli artt. 7.3 e 7.4 del disciplinare di gara. Violazione del principio di economicità dell'azione amministrativa di cui all'art. 30 del d.lgs. n. 50/2016 e dei principi di buon andamento ed imparzialità di cui all'art. 97 Cost. Violazione della legge n. 241/1990 e*

dei principi di legittimo affidamento, leale collaborazione, correttezza e buona fede. Eccesso di potere per falso presupposto, travisamento del fatto, illogicità, irragionevolezza, contraddittorietà ed ingiustizia manifesta. Difetto di motivazione e difetto di istruttoria. In base al principio di ultrattività della certificazione SOA, Preve possiederebbe la qualificazione nella categoria OS13, classifica V, sin dal momento della richiesta di rinnovo inoltrata in data 12 giugno 2020 all'organismo di attestazione, giacché, nel corso dell'istruttoria, quest'ultimo si è reso conto della possibilità di estendere la classifica dalla IV-bis alla V. Pertanto, la deducente avrebbe potuto spendere il requisito fin dalla data di scadenza del termine di presentazione delle offerte (7 agosto 2020) e, quindi, partecipare alla gara singolarmente.

III) *Violazione e falsa applicazione degli artt. 83, 84, 86 e 48, commi 19 e 19-ter, del d.lgs. 50/2016. Violazione e falsa applicazione degli artt. 30 e 32 del d.lgs. n. 50/2016. Violazione e falsa applicazione dell'art. 2 del d.l. n. 76/2020. Violazione e falsa applicazione degli artt. 1 e 7 della legge n. 241/1990. Violazione e falsa applicazione degli artt. 1175, 1337 e 1338 cod. civ. Violazione dei principi di buon andamento ed imparzialità dell'azione amministrativa di cui all'art. 97 Cost. Eccesso di potere per falso presupposto, travisamento del fatto, illogicità, irragionevolezza, contraddittorietà ed ingiustizia manifesta. Difetto di istruttoria.* La condotta dell'Amministrazione violerebbe l'affidamento riposto da Preve nell'assegnazione dei lavori di cui è causa, perché nell'aprile 2021 A.N.A.S. s.p.a. l'avrebbe autorizzata ad effettuare investimenti mirati all'esecuzione dell'appalto. Inoltre, l'espulsione dell'esponente confliggerebbe con i principi di economicità e tempestività dell'azione amministrativa. Infine, le operazioni di gara si sarebbero illegittimamente protratte oltre il termine semestrale divisato dall'art. 2 del d.l. n. 76/2020, poiché solo il 4 marzo 2021 l'ente intimato ha chiesto alla deducente la documentazione per la verifica dei requisiti di cui all'art. 80 del d.lgs. n. 50/2016, il successivo 17 maggio 2021 le ha domandato la giustificazione dei costi della manodopera e, infine, il 28 ottobre 2021 le ha inviato il preavviso di esclusione.

A.N.A.S. s.p.a. si è costituita in giudizio, difendendo la piena legittimità del provvedimento gravato ed instando per la reiezione dell'impugnativa.

Con ricorso *ex art.* 43 c.p.a., notificato il 22 febbraio 2022 e depositato il 24 febbraio 2022, Preve Costruzioni s.p.a. ha impugnato la relazione di A.N.A.S. in data 11 ottobre 2021, riproponendo le censure avanzate con il ricorso introduttivo, nonché articolando il seguente motivo aggiunto:

IV) Violazione e falsa applicazione degli artt. 48, commi 19 e 19-ter, 83, 84, 86 e 87 del d.lgs. n. 50/2016. Violazione e falsa applicazione dell'art. 92 del d.p.r. n. 207/2010. Violazione e falsa applicazione degli artt. 7.3 e 7.4 del disciplinare di gara. Violazione del principio di economicità dell'azione amministrativa di cui all'art. 30 del d.lgs. n. 50/2016 e dei principi di buon andamento ed imparzialità di cui all'art. 97 Cost. Violazione della legge n. 241/1990 e dei principi di legittimo affidamento, leale collaborazione, correttezza e buona fede. Eccesso di potere per falso presupposto, travisamento del fatto, illogicità, irragionevolezza, contraddittorietà ed ingiustizia manifesta. Difetto di motivazione e difetto di istruttoria. L'atto oppugnato si porrebbe in contrasto con le risultanze del verbale della seduta del 27 maggio 2021, nella quale la Commissione di gara avrebbe di fatto approvato il recesso di Ing. Prunotto s.r.l. per esigenze organizzative del raggruppamento, pur potendo già in quell'occasione riscontrare la perdita del requisito tecnico. Il decorso di ben cinque mesi dalla comunicazione della modifica del R.T.I. prima che A.N.A.S. s.p.a. decidesse di riesaminare la qualificazione della ricorrente avrebbe ingenerato nella stessa l'affidamento circa l'assegnazione della commessa.

Le parti hanno ulteriormente illustrato le proprie argomentazioni con memorie ai sensi dell'art. 73, comma 1, c.p.a., insistendo nelle rispettive conclusioni.

La causa è stata assunta in decisione nella pubblica udienza del 22 aprile 2022.

DIRITTO

1. Il primo motivo del ricorso introduttivo è fondato ed assorbente, nei termini seguenti.

Occorre premettere che, fra i requisiti speciali di capacità tecnica e professionale, il disciplinare di gara prescriveva la qualificazione all'esecuzione di lavori pubblici nella categoria prevalente OS13 con classifica V, per un importo di € 6.000.000,00, nonché le qualificazioni nelle categorie scorporabili OG3 con classifica IV, per € 2.500.000,00, e OS12-A con classifica III-bis, per € 1.500.000,00 (cfr. doc. 4 ricorrente).

In data 7 agosto 2020 il costituendo R.T.I. formato dalla mandataria Preve Costruzioni s.p.a., per la quota del 75%, e dalla mandante Ing. Prunotto s.r.l., per la quota del 25%, ha inoltrato la domanda di partecipazione (doc. 5 ricorrente).

Le imprese hanno dichiarato di possedere in proprio i requisiti speciali: Preve ha speso la qualificazione nella categoria OS13 per il 58,33%, nonché nelle categorie OG3 e OS12-A per il 100%, mentre la mandante ha indicato la qualificazione in OS13 per il 41,67% (per l'esecuzione entrambe le società hanno specificato di fare ricorso al subappalto, nei limiti di legge, per tutte le lavorazioni: cfr. docc. 6 e 8 ricorrente).

A dimostrazione dei suddetti requisiti partecipativi il R.T.I. ha allegato alla domanda:

- per Preve Costruzioni s.p.a. l'attestazione SOA avente ad oggetto la categoria OS13 con classifica IV-bis, la categoria OG3 con classifica VIII e la categoria OS12-A con classifica IV-bis, rilasciata il 4 dicembre 2015 e con scadenza della validità quinquennale il 3 dicembre 2020 (doc. 7 ricorrente);
- per Ing. Prunotto s.r.l. l'attestazione SOA concernente la categoria OS13 con classifica V, rilasciata l'8 gennaio 2018 e con scadenza della validità triennale il 7 gennaio 2021 (doc. 9 ricorrente).

Pertanto, all'atto della presentazione dell'offerta il raggruppamento risultava validamente qualificato, in quanto la categoria OS13 era coperta dalla mandataria per l'importo di € 3.499.800,00 (58,33% di € 6.000.000,00) e dalla mandante per l'importo di € 2.500.200,00 (41,67% di € 6.000.000,00).

Nel frattempo, con contratto del 12 giugno 2020 Preve aveva richiesto alla S.O.A. Soatech s.p.a. il rinnovo dell'attestazione per varie categorie e relative classifiche di importo, tra cui la categoria OS13 per la classifica IV-bis (doc. 10 ricorrente).

Il 4 dicembre 2020 la S.O.A. ha rilasciato all'istante la nuova certificazione, che, per la categoria OS13, era estesa alla classifica V (doc. 11 ricorrente). Nel corso dell'istruttoria l'organismo di attestazione aveva, infatti, appurato che la documentazione consentiva di incrementare la classifica e Preve aveva, pertanto, integrato la richiesta di qualificazione (cfr. doc. 17 ricorrente).

Successivamente, nel gennaio 2021 Ing. Prunotto s.r.l. ha perso la qualificazione nella categoria OS13, come si evince dalla certificazione SOA in data 27 gennaio 2021 (doc. 15 resistente).

Nelle sedute riservate del 14 dicembre 2020 e del 28 gennaio 2021 il seggio di gara ha aperto i plichi contenenti la documentazione amministrativa ed effettuato le relative verifiche, ammettendo alla successiva fase di gara il solo R.T.I. con capofila Preve Costruzioni s.p.a. (docc. 3-4 resistente). Quindi, nelle sedute riservate del 19 e del 23 febbraio 2021, la Commissione giudicatrice ha valutato il progetto tecnico e l'offerta economica del raggruppamento Preve, proponendolo quale aggiudicatario con un ribasso del 5% (docc. 5-6 resistente).

Nella successiva seduta riservata del 14 maggio 2021 la Commissione ha stabilito di chiedere al R.T.I. giustificazioni circa i costi della manodopera (doc. 7 resistente) e, con nota del 17 maggio 2021, il funzionario competente ha proceduto in tal senso (doc. 14 ricorrente).

A questo punto, con lettera del 19 maggio 2021, Preve Costruzioni s.p.a. ha comunicato ad A.N.A.S. s.p.a. che Ing. Prunotto s.r.l. era receduta in pari data dal raggruppamento per esigenze organizzative, ai sensi dell'art. 48, commi 19 e 19-ter, del d.lgs. n. 50/2016, dichiarando che avrebbe eseguito essa stessa le lavorazioni in OS13 originariamente assegnate alla mandante, per le quali era

interamente qualificata in forza dell'attestazione SOA del 4 dicembre 2020 (doc. 15 ricorrente).

Nella seduta riservata del 27 maggio 2021 la Commissione, preso atto della mutata composizione del concorrente, ha ritenuto adeguata la documentazione concernente il costo del personale, prodotta da Preve in riscontro alla predetta nota del 17 maggio 2021 (cfr. doc. 18 ricorrente e doc. 8 resistente).

Tuttavia, in una relazione interna dell'11 ottobre 2021 (doc. 17 resistente), A.N.A.S. s.p.a. ha giudicato l'operatore economico passibile di esclusione, per due ordini di motivi:

- i) i singoli componenti del raggruppamento originario non avevano conservato ininterrottamente i requisiti tecnici di partecipazione, perché, pur potendo il R.T.I. nel suo insieme avvalersi della qualificazione in OS13 classifica V acquisita da Preve nel dicembre 2020, la mandante Ing. Prunotto s.r.l. aveva perso il requisito nel gennaio 2021 e, quindi, era carente di qualificazione rispetto alla quota di esecuzione delle lavorazioni in OS13 assunta in sede di offerta;
- ii) la modifica soggettiva in questione è vietata, in quanto finalizzata ad eludere la carenza di un requisito partecipativo.

Con nota del 28 ottobre 2021 l'ente resistente ha inviato a Preve il preavviso di esclusione (doc. 2 ricorrente). Indi, dopo aver ricevuto le osservazioni dell'impresa (doc. 16 ricorrente), A.N.A.S. s.p.a. ha emanato il provvedimento di espulsione in questa sede gravato.

2. Ciò posto, si rammenta che il principio di immutabilità soggettiva del raggruppamento temporaneo di imprese (e del consorzio ordinario), introdotto nell'ordinamento dall'art. 13, comma 5-*bis*, della legge n. 109/1994, è attualmente sancito dall'art. 48, comma 9, del d.lgs. n. 50/2016, ma subisce una pluralità di eccezioni, disposte dai commi 17, 18 e 19 del medesimo art. 48.

Segnatamente, la variazione della compagine del R.T.I. è consentita in una serie di ipotesi, purché le imprese “superstiti” della cordata possiedano i requisiti di qualificazione adeguati alle prestazioni da affidare e/o da eseguire:

- vicende soggettive riguardanti il mandatario (comma 17) o un mandante (comma 18), conseguenti ad eventi puntualmente indicati e sopravvenuti rispetto al momento di presentazione dell’offerta (procedure di insolvenza, morte, interdizione o inabilitazione, interdittiva antimafia e perdita dei requisiti di cui all’art. 80);

- manifestazione della volontà di recedere da parte di una o più delle imprese associate, anche qualora il raggruppamento si riduca ad un unico soggetto, esclusivamente per esigenze organizzative e sempre che la modifica soggettiva non sia finalizzata ad eludere la mancanza di un requisito di partecipazione alla gara (comma 19).

La tematica in parola è stata oggetto di un serrato approfondimento giurisprudenziale, che ha portato ai seguenti approdi interpretativi dell’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato:

- è consentita la sostituzione meramente interna del mandatario o del mandante di un raggruppamento temporaneo di imprese (modifica c.d. per sottrazione), mediante una diversa distribuzione di compiti e/o di ruoli, in modo da garantire l’espletamento delle prestazioni prescindendo dall’apporto del componente attinto da una delle vicende indicate dalla legge, verificatesi nella fase esecutiva o (dopo la novella del 2017) anche in quella pubblicistica; rimane, invece, esclusa la possibilità di modificazione c.d. per addizione, ossia l’ingresso di un operatore economico esterno alla compagine originaria (Cons. St., ad. plen., 27 maggio 2021, nn. 9 e 10);

- la variazione in diminuzione del R.T.I. è ammessa anche in caso di perdita dei requisiti di cui all’art. 80 in corso di gara (e non solo durante l’esecuzione), giacché l’ampia dizione dell’art. 48, comma 19-*ter*, estende le ipotesi contemplate dai commi 17 e 18 a tutte le sopravvenienze occorse in fase evidenziale (Cons. St., ad. plen., 25 gennaio 2022, n. 2);

- in seguito all'evento patologico che abbia colpito una delle imprese associate, la stazione appaltante deve interpellare il raggruppamento in ordine alla volontà di procedere alla riorganizzazione del proprio assetto interno ed assegnargli all'uopo un congruo termine (Cons. St., ad. plen., 25 gennaio 2022, n. 2, cit.; Cons. St., ad. plen., 27 maggio 2021, nn. 9 e 10, cit.).

La riferita sistematizzazione costituisce il frutto di un equilibrato bilanciamento tra l'esigenza di *par condicio* dei concorrenti nelle gare per l'affidamento di appalti pubblici, da un lato, ed i (potenzialmente confliggenti) principi di massima partecipazione e di stabilizzazione dell'offerta risultata migliore, nonché di continuità e tempestività dell'esecuzione, dall'altro lato.

3. Tanto premesso circa l'inquadramento generale dell'argomento, la specifica questione odiernamente in discussione riguarda il venir meno di un requisito speciale di partecipazione, quale il possesso di un'attestazione SOA, in capo ad uno dei componenti del R.T.I., nella fase della gara posteriore alla presentazione dell'offerta.

In proposito, secondo un primo indirizzo pretorio (anteriore ai citati arresti della Plenaria), il sopravvenuto difetto del requisito tecnico non potrebbe essere sanato (non solo con una sostituzione esterna, ma) nemmeno mediante un riassetto interno del raggruppamento (pur nel suo insieme in possesso del requisito di qualificazione sufficiente all'esecuzione dell'intera quota di lavori), perché una tale rimodulazione sarebbe *in re ipsa* elusiva ai sensi dell'art. 48, comma 19, ultimo periodo, del d.lgs. n. 50/2016 (cfr. T.A.R. Campania, Salerno, sez. I, 15 aprile 2019, n. 613, relativo ad una fattispecie in cui la mandataria del R.T.I. aveva subito un declassamento nella nuova attestazione SOA; v. altresì Cons. St., sez. V, 13 agosto 2020, n. 5030, concernente un caso in cui il R.T.I. intendeva reintegrare il requisito perduto mediante mutamento della propria struttura, con l'ulteriore particolarità che la nuova spendita era effettuata da una delle imprese superstiti tramite subappalto qualificante).

Altro orientamento, invece, si è espresso nel senso che, a fronte del venir meno di un requisito partecipativo quale una certificazione SOA, la stazione

appaltante deve assegnare alla squadra un termine per l'eventuale modifica riduttiva della propria compagine e, nell'ipotesi di verifica positiva in ordine alla sussistenza della qualifica in capo alle imprese rimanenti, consentire al R.T.I. di riprendere la gara, mentre, in caso di esito negativo, escluderlo (v. T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 2 luglio 2021, n. 7844, che, nel caso concreto, ha annullato il provvedimento con cui l'Amministrazione, anziché dare corso al subprocedimento per la riorganizzazione del R.T.I., aveva autorizzato la sostituzione della mandante con una società esterna).

Orbene, alla luce della ricostruzione normativa operata dalle sopra richiamate pronunzie dell'Adunanza Plenaria, ritiene il Collegio che, sia per coerenza logica e sistematica, sia in virtù del criterio di ragionevolezza, il parziale superamento della regola di immutabilità della composizione del R.T.I. debba essere esteso anche al caso in cui un membro del raggruppamento abbia perso un requisito speciale di partecipazione e, segnatamente, un'attestazione SOA, a condizione, naturalmente, che la carenza possa essere colmata dalle altre imprese già facenti parte della cordata.

Si tratta, infatti, di una situazione che, pur attenendo alla capacità tecnica, appare riconducibile *quoad effectum* alla perdita dell'idoneità dell'operatore economico a contrattare con l'Amministrazione e ad eseguire le prestazioni oggetto del contratto in affidamento, similmente a quanto accade nell'ipotesi di venir meno dell'integrità morale o dell'affidabilità professionale (cfr. Cons. St., sez. V, ord. 18 ottobre 2021, n. 6959, di rimessione all'Adunanza Plenaria della questione concernente la facoltà di riduzione del R.T.I. in caso di perdita dei requisiti *ex art. 80* nella fase di evidenza pubblica).

Inoltre, il riconoscimento della facoltà di variazione in diminuzione del raggruppamento nell'ipotesi in esame non viola la *ratio* della proibizione di modifiche soggettive.

Come noto, l'immutabilità degli operatori è posta a presidio di due esigenze fondamentali: consentire all'amministrazione aggiudicatrice una verifica preliminare e compiuta dell'idoneità morale, tecnico-organizzativa ed

economico-finanziaria dei concorrenti, onde impedire l'affidamento e l'esecuzione della commessa da parte di soggetti privi dei necessari requisiti, generali o speciali; assicurare a tutte le imprese gareggianti un confronto rispettoso della parità di trattamento, impedendo mutamenti soggettivi calibrati sull'evoluzione della gara o sull'andamento del rapporto contrattuale. Ebbene, sotto il primo profilo si rileva che, in presenza di sopravvenienze legittimanti una rimodulazione del R.T.I., la stazione appaltante deve sempre procedere ad un supplemento di istruttoria, nel quale sottopone al vaglio i requisiti dei concorrenti riorganizzatisi (v. *supra*, § 2), sì che non sussiste alcun rischio di aggiramento delle relative verifiche.

Per quanto concerne il secondo aspetto, come sottolineato da autorevole dottrina, la posizione degli altri *competitors* in gara non può ritenersi pregiudicata dalla modificazione in diminuzione della primigenia compagine.

Ciò in quanto le imprese associate hanno già tutte preso parte alla selezione e formulato nella fase all'uopo dedicata la loro offerta, che rimane immutata.

A ben vedere, infatti, in seguito all'evento incidente sull'idoneità della loro compagna di cordata, i membri superstiti sono chiamati solamente a comunicare se conferiscano in dote al raggruppamento una maggiore fetta del loro "patrimonio" di professionalità e/o capacità tecnica (fatturato, esperienza, certificazioni SOA, etc.), allo scopo di (e nella misura in cui sia necessario per) supplire alla perdita verificatasi, e non certo per rielaborare la propria offerta.

Pertanto, non solo non sono ravvisabili concrete ed effettive ragioni che impediscano ai soggetti rimasti nel gruppo di proseguire la competizione, confrontando la propria (già confezionata) offerta con quelle degli avversari, ma anzi tale soluzione appare maggiormente rispondente al principio europeo di libera concorrenza, inteso come possibilità delle imprese di sfidarsi "ad armi pari" e in base alle proprie capacità, onde assicurare all'Amministrazione e, in ultima analisi, alla collettività le opere, i servizi ed i prodotti che risultino migliori e più convenienti (cfr. Cons. St., sez. V, ord. 18 ottobre 2021, n. 6959,

cit., che ha evidenziato come “*se vietare la modifica soggettiva al raggruppamento del quale uno dei componenti sia incorso in perdita dei requisiti di partecipazione in fase di gara, ma che sia comunque capace di eseguire il contratto in affidamento, non apporta alcun vantaggio alla stazione appaltante per la quale, rispettata quest’ultima condizione, quale che sia il numero dei componenti il raggruppamento, resta comprovata l’affidabilità dell’operatore, innegabile, invece, è il vantaggio per le imprese che, da un lato, hanno la necessità di raggrupparsi per poter competere in taluni segmenti di mercato, e dall’altro, subirebbero ingiustamente effetti negativi di altrui condotte che non hanno in alcun modo potuto evitare*”).

Discende da quanto esposto che la perdita di un requisito di qualificazione nel corso della procedura ad evidenza pubblica ben può integrare un’esigenza organizzativa facoltizzante il recesso dal raggruppamento dell’impresa colpita dalla sopravvenienza, ai sensi dell’art. 48, comma 19, cit.

Va, altresì, escluso che il mutamento della conformazione della compagine presenti carattere elusivo (e sia, quindi, vietato in base all’ultimo inciso della norma) solo perché apportato in ragione del venir meno della capacità tecnica di un membro del gruppo, se gli altri componenti possiedano le doti professionali necessarie per garantire l’esecuzione dell’appalto. Infatti, le ipotesi di divieto di modifica in funzione anti-elusiva dei requisiti devono essere individuate con riguardo ai valori tutelati dal principio di immutabilità soggettiva, che, per le ragioni testé illustrate, nella fattispecie in discussione non risultano compromessi.

Da ultimo, si osserva che alla descritta riorganizzazione non osta la regola della non interscambiabilità dei requisiti di partecipazione del c.d. R.T.I. sovrabbondante, sancita dall’Adunanza Plenaria con la decisione n. 6 del 27 marzo 2019.

Quest’ultima ipotesi riguarda, infatti, i (soli) casi in cui una delle imprese del raggruppamento sia *ab origine* carente, in tutto o in parte, del requisito di qualificazione per la quota di lavori dichiarata in sede di presentazione dell’offerta (mancanza alla quale, secondo la pronunzia citata, non può

sopperire l'eventuale sovrabbondanza del requisito in capo alle sue compagne, perché deliberatamente queste non hanno speso la propria capacità tecnica e dunque, diversamente opinando, si finirebbe per il conferire una sorta di soggettività autonoma al R.T.I.).

Differente si appalesa, invece, l'ipotesi in cui l'operatore raggruppato, inizialmente munito del requisito, lo perda *in itinere* e, per tale motivo, decida di abbandonare la cordata, consentendo così agli altri associati di proseguire la competizione con un riassetto interno, onde la variazione non risulta strumentale a sanare *ex post* una situazione di preclusione all'ammissione alla procedura riguardante il soggetto uscente/recedente già al momento dell'offerta (sulla distinzione tra le deroghe all'esclusione per sopravvenuta carenza di requisiti, consentite dall'art. 48, commi 17 e ss., del d.lgs. n. 50/2016, e la riduzione dell'A.T.I. sovrabbondante, non ammessa, si vedano, in generale, Cons. St., sez. VI, 30 luglio 2020, n. 4858, e Cons. St., sez. III, 2 aprile 2020, n. 2245).

4. Nel caso di specie, alla stregua delle tracciate coordinate ermeneutiche, deve ritenersi legittima la modifica riduttiva della compagine del raggruppamento con l'uscita della mandante Ing. Prunotto s.r.l.

Infatti, il recesso di quest'ultima dal R.T.I. è stato motivato dall'esigenza di consentire la riorganizzazione della cordata con il restringimento alla sola mandataria Preve Costruzioni s.p.a., chiaramente a causa della sopravvenuta perdita, da parte della mandante, dell'attestazione SOA relativa alla categoria OS13 in classifica V.

Inoltre, la sequenza cronologica degli accadimenti consente sia di considerare soddisfatta l'esigenza di possesso ininterrotto dei requisiti di partecipazione, sia di escludere un *vulnus* alla parità di trattamento degli altri concorrenti.

Invero, il R.T.I. capeggiato da Preve aveva già formulato l'offerta, in un momento in cui Ing. Prunotto s.r.l. possedeva idonea capacità tecnica, e la mandataria, sebbene inizialmente non dotata (in misura sufficiente) del

requisito di qualificazione, lo ha comunque maturato anteriormente all'evento che ha colpito la mandante.

Infine, non paiono ravvisabili – né, del resto, sono stati indicati da A.N.A.S. s.p.a. – concreti indici di elusività dell'operazione in contestazione.

In particolare, la strumentalità del recesso all'aggiramento del requisito, contestata dall'ente resistente, non può individuarsi nella mera circostanza che il riassetto interno sia volto a rimediare al venir meno dell'attestazione SOA di Ing. Prunotto s.r.l., perché, in realtà, il meccanismo in questione permette all'impresa superstita proprio di assicurare la capacità tecnica prescritta per l'affidamento del contratto.

Né l'accolta interpretazione comporta un'implicita abrogazione dell'ultimo inciso del comma 19, la cui sfera operativa abbraccia, ad esempio, l'ipotesi in cui l'associata rimasta in gara acquisisca il requisito perso dalla recedente solamente dopo l'evento patologico (e non prima, come nel caso di Preve), lasciando così sguarnito un segmento della procedura.

5. Sotto altro profilo non merita condivisione la tesi della difesa erariale secondo cui, avendo Ing. Prunotto s.r.l. dichiarato di recedere solo il 19 maggio 2021, si sarebbe in ogni caso determinata una soluzione di continuità nel possesso del requisito tecnico in capo a quest'ultima, che sino a quel momento era a tutti gli effetti componente della cordata.

È certamente vero che la ricorrente avrebbe potuto (e dovuto) portare l'evento in parola a conoscenza della stazione appaltante sin da gennaio 2021. Tuttavia, è altrettanto vero che, nella seduta del 28 gennaio 2021, deputata proprio alla verifica dei requisiti di qualificazione, il seggio di gara ben avrebbe potuto rilevare autonomamente che, nelle more della procedura, era scaduto il triennio di validità dell'attestazione SOA di Ing. Prunotto s.r.l. allegata alla domanda di partecipazione.

Di conseguenza, A.N.A.S. s.p.a. aveva l'onere di domandare al R.T.I. se la qualificazione della mandante fosse stata confermata e, ricevuta risposta negativa, di assegnare al raggruppamento un adeguato termine per la

riorganizzazione interna del proprio assetto, atta a consentire a Preve di riprendere correttamente la partecipazione alla gara.

6. In relazione a quanto precede, il ricorso introduttivo si appalesa fondato e va quindi accolto, rimanendo assorbite le altre censure, con conseguente annullamento del provvedimento impugnato. Non vi è luogo per pronunciarsi sulle richieste di ristoro nummario del danno da mancata aggiudicazione o da illecito precontrattuale, poiché subordinate al mancato conseguimento della tutela in forma specifica.

7. In ragione della complessità della questione trattata, sussistono giustificati motivi per compensare tra le parti le spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso introduttivo e sui motivi aggiunti, come in epigrafe proposti, accoglie il gravame e, per l'effetto, annulla il provvedimento impugnato.

Spese compensate.

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

Così deciso in Genova nella camera di consiglio del giorno 22 aprile 2022 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Caruso, Presidente

Angelo Vitali, Consigliere

Liliana Felletti, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Liliana Felletti

IL PRESIDENTE
Giuseppe Caruso

IL SEGRETARIO

