

Pubblicato il 13/08/2020

**N. 05030/2020 REG. PROV. COLL.
N. 07669/2019 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 in appello numero di registro generale 7669 del 2019, proposto da Pamef Appalti s.r.l., in proprio e nella qualità di mandataria di costituendo Rti con la Sacco Giovanni s.r.l., Elett.Ra. s.r.l. e Di Maio Geom. Francesco s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Arturo Cancrini, Marcello Fortunato e Francesco Vagnucci, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;

contro

Comune di Salerno, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Alessandra Barone e Aniello Di Mauro, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;

nei confronti

Cicalese Impianti s.r.l., Elettrica Salernitana s.r.l., non costituite in giudizio;
R.C.M. Costruzioni s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Lorenzo Lentini, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia e domicilio eletto in Roma, via Barnaba Tortolini, n. 30, c/o Placidi;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Campania - Sezione staccata di Salerno, Sezione Prima, n. 1591/2019, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Salerno e della R.C.M. Costruzioni s.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, comma 10, Cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza del giorno 14 maggio 2020 tenuta ai sensi dell'art. 84, comma 5, d.l. n. 18 del 2020, convertito con modificazioni dalla legge n. 27 del 2020, con le modalità di cui al comma 6 dello stesso art. 84 come da verbale, il Cons. Alberto Urso;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con bando pubblicato sulla Guue il 10 ottobre 2018 il Comune di Salerno indiceva procedura di gara per l'affidamento dei lavori di completamento definitivo di Piazza della libertà, del sottostante parcheggio e delle relative urbanizzazioni.
2. Il Rti capeggiato dalla Pamef Appalti s.r.l., risultato primo in graduatoria, veniva escluso dalla gara per ritenuta carenza di continuità nel requisito costituito dal possesso della categoria Soa OG11 - perso in specie dalla mandante Di Maio Geom. Francesco s.r.l. - nonché per illegittima riduzione del corrispondente sub-raggruppamento da tre a due mandanti.
3. Avverso il provvedimento d'esclusione e la contestuale aggiudicazione al controinteressato Rti formato dalla capogruppo R.C.M. Costruzioni s.r.l. e dalle mandanti Ciccalese Impianti s.r.l. ed Elettrica Salernitana s.r.l. la Pamef Appalti proponeva ricorso, integrato da motivi aggiunti con cui censurava anche la valutazione dell'offerta del Rti aggiudicatario.

4. Il Tribunale amministrativo adito, nella resistenza del Comune di Salerno e della R.C.M. Costruzioni - la quale proponeva a sua volta ricorso incidentale con cui deduceva la necessaria esclusione del Rti capeggiato dalla Pamef e l'illegittima valutazione della relativa offerta - respingeva il ricorso principale e dichiarava improcedibili i motivi aggiunti e il ricorso incidentale.

5. Ha proposto appello la Pamef, dapprima avverso il dispositivo - formulando riserva di motivi e riproponendo essenzialmente le censure del ricorso di primo grado - successivamente con "*motivi di appello*" avverso la motivazione articolando le seguenti doglianze:

I) sull'erroneità della sentenza gravata per avere ritenuto non soddisfatto il requisito di qualificazione in OG11 da parte della Di Maio s.r.l.: violazione di legge (art. 76 d.P.R. n. 207 del 2010; d.lgs. n. 50 del 2016); eccesso di potere (difetto assoluto del presupposto, di istruttoria, erroneità, sviamento);

II) sulla presunta soluzione di continuità nel possesso del requisito di qualificazione in OG11: violazione di legge (art. 76 d.P.R. n. 207 del 2010; art. 80 d.lgs. n. 50 del 2016); eccesso di potere (difetto assoluto del presupposto, di istruttoria, erroneità, sviamento);

III) sulla modificabilità o meno del sub-raggruppamento orizzontale in OG11: violazione di legge (art. 76 d.P.R. n. 207 del 2010; d.lgs. n. 50 del 2016); eccesso di potere (difetto assoluto del presupposto, di istruttoria, erroneità, sviamento);

IV) sul difetto di istruttoria e sulla violazione del giusto procedimento: violazione di legge (artt. 2, 3 e 7 l. n. 241 del 1990; art. 76 d.P.R. n. 207 del 2010; d.lgs. n. 50 del 2016; art. 97 Cost.); eccesso di potere (difetto assoluto del presupposto, di istruttoria, erroneità, sviamento).

6. Ha resistito all'appello il Comune di Salerno, chiedendone la reiezione, nonché la R.C.M. Costruzioni s.r.l. che, oltre a domandare il rigetto dell'appello, ha riproposto *ex art. 101, comma 2, Cod. proc. amm.* (con "*atto notificato a valere anche quale appello incidentale*") i motivi di ricorso incidentale in primo grado dichiarati improcedibili.

7. All'udienza del giorno 14 maggio 2020 tenuta ai sensi e con le modalità di cui all'art. 84, comma 5 e 6, d.l. n. 18 del 2020, convertito con modificazioni dalla legge n. 27 del 2020, la causa è stata trattenuta in decisione, senza discussione sulla base degli atti prodotti.

DIRITTO

1. Va premesso ai fini di un miglior inquadramento dalla fattispecie che la partecipazione del Rti capeggiato dalla Pamef alla gara controversa è avvenuta in forma mista, con le seguenti percentuali: Pamef al 40,18%; Di Maio Geom. Francesco s.r.l. al 21,27%; Sacco Giovanni s.r.l. al 21,51%; Elett.ra. s.r.l. al 17,04%.

In relazione al requisito super-specialistico riguardante la categoria OG11, veniva costituito un sub-Rti orizzontale con le seguenti quote: Pamef al 75,42%; Di Maio al 13,77%; Elett.ra. al 10,81%.

Ciascuna delle imprese formanti tale sub-Rti dichiarava di voler subappaltare i lavori di categoria OG11 sino al 30%, dichiarazione che la Pamef e la Elett.ra. estendevano anche ad altre categorie di lavori.

La mandante Di Maio Geom. Francesco - che ai fini della partecipazione aveva indicato il possesso del requisito OG11, classe II - vantava in relazione a tale categoria una certificazione Soa in scadenza al 18 novembre 2018, efficace in virtù del principio di cd. "ultravigenza" sino al 26 gennaio 2019; il 25 gennaio 2019 riceveva nuova certificazione Soa priva della suddetta categoria. Successivamente, in data 8 febbraio 2019, l'organismo di certificazione rilasciava in favore della Di Maio nuova attestazione Soa comprensiva della categoria OG11, con classe I anziché II.

A seguito di tali circostanze il Rti Pamef - risultato frattanto primo classificato in graduatoria - dopo aver interloquuto con la stazione appaltante (che dalla verifica dei requisiti aveva rilevato la carenza del suddetto requisito dichiarato dalla Di Maio), modificava la struttura del sub-Rti relativo alla detta categoria nei seguenti termini: Pamef 89,19%; Elett.ra. al 10,81%; ricorso a subappalto qualificante per il 13,83%, essendo la Pamef in possesso del requisito in

misura complessiva pari al 75,36%. Da ciò derivava la conseguente rimodulazione delle quote dell'intero Rti (*i.e.*, Pamef 42,203%; Di Maio 19,245%; Sacco 21,509%; Elett.ra. 17,043%).

Con comunicazione del 3 aprile 2019, seguita da determina del 16 aprile 2019, il Comune di Salerno escludeva il Rti capeggiato da Pamef a fronte della perdita del requisito OG11 dichiarato dalla Di Maio Geom. Francesco, con soluzione di continuità dal 25 gennaio 2019, nonché alla luce dell'intervenuta modifica della struttura del Rti - con riduzione a due imprese del sub-Rti relativo a siffatta categoria - in violazione dell'art. 92, comma 2, d.P.R. n. 207 del 2010 e dell'art. 48, comma 19 e 19-*ter*, d.lgs. n. 50 del 2016.

2. A fronte delle doglianze avverso il provvedimento d'esclusione espresse dalla Pamef - la quale deduceva, in particolare, la regolare integrazione del requisito in capo al Rti in ragione del subappalto qualificante dichiarato, nonché a fronte della nuova certificazione Soa rilasciata l'8 febbraio 2019 con effetto retroattivo in favore della Di Maio - la sentenza ha confermato le valutazioni dell'amministrazione e ritenuto che il suddetto requisito non fosse (più) posseduto dal Rti atteso che, da un lato, il subappalto era stato indicato in sede di partecipazione a soli fini esecutivi e non per l'integrazione dei requisiti di gara, dall'altro lo stesso Rti non poteva qualificarsi alternativamente con spendita in proprio del requisito e contemporaneo ricorso a subappalto.

Sotto altro profilo la sentenza ha evidenziato come effettivamente la Di Maio s.r.l. avesse perso il requisito di cui alla categoria Soa OG11 in corso di gara, stante la carenza dello stesso dal 25 gennaio all'8 febbraio 2019.

Ha confermato poi l'illegittima modifica della composizione del Rti in assenza di ragioni organizzative - non indicate dalle imprese interessate - ai sensi dell'art. 48, comma 9 e 19, d.lgs. n. 50 del 2016, alla luce dei principi affermati dalla sentenza n. 6 del 2019 dell'Adunanza plenaria di questo Consiglio di Stato.

3. Passando all'esame dei motivi di appello, si osserva quanto segue.

3.1. Col primo motivo l'appellante censura la sentenza nella parte in cui ha considerato la dichiarazione di ricorso al subappalto in relazione alla categoria OG11 inidonea ai fini dell'integrazione del requisito.

In tale prospettiva l'appellante pone in risalto che sin dall'origine ciascuna delle imprese del sub-Rti aveva dichiarato - in conformità alla *lex specialis* - di voler ricorrere al subappalto entro il 30% dei lavori relativi alla categoria OG11, il che ben valeva alla soddisfazione del requisito di gara, così integrato anche dalla stessa Di Maio s.r.l. pur a seguito della diversa e deteriore attestazione Soa ricevuta.

Alla luce di ciò sarebbe erroneo e andrebbe riformato il capo della sentenza che opera una distinzione sul valore e gli effetti del subappalto a seconda delle relative modalità dichiarative in sede di partecipazione, postulando un'alternativa - che il concorrente sarebbe chiamato a esplicitare - fra qualificazione in proprio e a mezzo di subappalto.

3.2. Col secondo motivo l'appellante si duole dell'affermata soluzione di continuità nel possesso del requisito di cui alla categoria OG11 in capo alla mandante Di Maio s.r.l., risultando in realtà detto requisito integrato con effetto *ex tunc* (i.e., sin dal 25 gennaio 2019) in forza della successiva certificazione dell'organismo Soa dell'8 febbraio 2019, emessa con ritardo solo in conseguenza della tardiva trasmissione della necessaria documentazione da parte delle competenti stazioni appaltanti, come rappresentato dallo stesso organismo di attestazione giusta comunicazione del 18 aprile 2019.

3.3. Col terzo motivo la Pamef censura la sentenza nella parte in cui ha rilevato la sussistenza d'una illegittima modifica della composizione del Rti confermando così il provvedimento nella parte in cui ha da ciò ricavato una (ulteriore) ragione d'esclusione del raggruppamento.

In realtà la modifica del Rti non ha in specie carattere elusivo del possesso dei requisiti partecipativi - atteso che questi erano ben posseduti dal raggruppamento - ed è in sé legittima, dipendendo da sole ragioni di carattere

organizzativo ed essendo del resto avvenuta per effetto di richiesta della stessa stazione appaltante.

4. I motivi - che includono e assorbono in sé anche i primi cinque motivi di doglianza formulati con il ricorso in appello avverso il dispositivo della sentenza - possono essere esaminati congiuntamente in ragione della loro connessione e sono infondati nei termini e per le ragioni che seguono.

4.1. Il disciplinare di gara prevede espressamente in relazione alla categoria super-specialistica OG11, subappaltabile entro il limite del 30%, che *“i concorrenti singoli o riuniti in raggruppamento, ai sensi dell’art. 92, comma 7, del DPR 207/2010, che non possiedono la qualificazione nella categoria scorporabile OG11 per l’intero importo, devono comunque possedere i requisiti di qualificazione nella suddetta categoria nella misura minima del 70% e possedere i requisiti mancanti con riferimento alla categoria prevalente. In tal caso devono indicare nell’offerta di voler subappaltare nel limite del 30% le lavorazioni della categoria OG11 a soggetti in possesso di idonei requisiti”* (cfr. punto 4).

Il testo della disposizione di gara è chiaro nel prevedere che *“in tal caso”* sia necessaria l’indicazione di ricorso al subappalto, e cioè nell’ipotesi in cui i concorrenti *“non possiedono la qualificazione nella categoria scorporabile OG11 per l’intero importo”* (ipotesi coincidente con la previsione di cui all’art. 92, comma 7, d.P.R. n. 207 del 2010, applicabile alla fattispecie ai sensi dell’art. 216, comma 14, d.lgs. n. 50 del 2016, peraltro modificato da ultimo dall’art. 1, comma 20, lett. gg), n. 1), d.l. n. 32 del 2019).

Laddove privo del requisito di gara il concorrente è tenuto a dare espressa indicazione della volontà di ricorrere a subappalto per qualificarsi: viene così in rilievo una specifica dichiarazione che non coincide con quella generale inerente l’intenzione di subappaltare una parte dei lavori, servizi o forniture ex art. 105, comma 4, lett. c), d.lgs. n. 50 del 2016, o l’indicazione della terna di subappaltatori ai sensi del successivo comma 6 (su cui cfr. peraltro, da ultimo, l’art. 1, comma 18, d.l. n. 32 del 2019, che ha temporaneamente sospeso gli effetti della disposizione); è richiesta piuttosto una precisa manifestazione di

volontà ai fini dell'indicazione e conformazione dei requisiti in capo al concorrente nonché della correlata loro *spendita* a fini partecipativi: il che rileva, evidentemente, anche al fine di consentire alla stazione appaltante di eseguire le corrispondenti verifiche, pure in ordine alla compensazione dei requisiti mancanti nella categoria super-specialistica con altrettanti requisiti nella categoria prevalente ai sensi dell'art. 92, comma 7, d.P.R. n. 207 del 2010 e della stessa *lex specialis*.

In tale contesto, se ciò vale per l'ipotesi in cui il possesso del requisito nella categoria super-specialistica è sin dall'origine carente, cosicché il concorrente voglia accreditarsi nella procedura e soddisfarne i requisiti tramite subappalto, lo stesso deve ritenersi per il caso che, pur possedendo il requisito in proprio, l'operatore voglia integrarlo facendo ricorso al subappaltatore: anche in questa ipotesi il concorrente non si limita infatti a far riserva della possibilità di eseguire una parte dei lavori tramite subappaltatore, ma vuol far valere i requisiti di quest'ultimo al fine di soddisfare le previsioni partecipative contenute nella *lex specialis*, su cui la stazione appaltante è chiamata a svolgere tutte le verifiche funzionali (anzitutto) alla gara.

L'indicazione del subappaltatore ai fini dell'integrazione dei requisiti di gara configura una vera e propria manifestazione di volontà da parte dell'operatore, che incide sulla stessa conformazione funzionale del concorrente e sulla correlata modulazione dei requisiti, anche ai fini della corrispondente verifica da parte dell'amministrazione.

Il che si pone del resto in coerenza con i principi in base ai quali - in particolare, ai fini dell'integrazione dei requisiti nell'ambito dei Rti - non è l'astratto possesso del requisito ad assumere rilievo in sé, bensì la concreta *spendita* di questo da parte del concorrente, non passibile di modifiche successivamente alla presentazione delle domande (cfr. Cons. Stato, Ad. plen., 27 marzo 2019, n. 6, cit; cfr. anche V, 23 aprile 2020, n. 2591; 31 luglio 2019, n. 5427).

Nel caso di specie è pacifico che le imprese appartenenti al Rti capeggiato dalla Pamef, pur facendo presente la loro volontà di subappaltare per una quota non superiore al 30% i lavori rientranti nella categoria OG11, dichiaravano espressamente il possesso in proprio dei requisiti di gara (cfr., in particolare, l'atto di impegno a costituire il Rti, presentato peraltro a seguito di soccorso istruttorio attivato dalla stazione appaltante, in cui veniva dichiarata sia la composizione del sub-Rti, sia il possesso dei requisiti partecipativi richiesti) spendendoli conseguentemente ai fini della gara.

In tale contesto la dichiarazione di ricorrere al subappalto assumeva significato ai (soli) fini di cui all'art. 105, comma 4, d.lgs. n. 50 del 2016, ma non esprimeva alcuna volontà di far valere i requisiti del subappaltatore per la soddisfazione delle previsioni del bando in ordine al possesso dei requisiti partecipativi (cfr., ancora, l'atto d'impegno a costituire il Rti, oltre al Dgue).

D'altra parte, allorché ha inteso far valere il subappalto a fini qualificanti la Pamef vi ha fatto chiaro ed espresso riferimento (cfr., in particolare, la comunicazione del 13 marzo 2019, *sub* doc. 8 fasc. Pamef).

Per tali ragioni la doglianza si rivela infondata, atteso che la mera dichiarazione di voler far ricorso al subappalto non può determinare di per sé l'impiego e la spendita di detto subappalto al fine d'integrare i requisiti di gara, con la conseguenza che i concorrenti - come avvenuto nella specie - risultano in tal caso qualificati *in proprio*, salva riserva di ricorso a subappaltatore in fase di esecuzione dei lavori.

4.2. È altresì infondata, in ogni caso, la censura proposta col secondo motivo d'appello.

È prova in atti che la Di Maio s.r.l. abbia fatto valere, ai fini dell'integrazione del requisito inerente alla categoria OG11, l'attestazione Soa n. 25653/17/00, da cui risultava in capo dell'impresa il possesso della classe II della suddetta categoria.

In prossimità della scadenza del termine d'efficacia della suddetta attestazione (*i.e.*, 26 gennaio 2019, alla luce del principio della cd. "ultravigenza")

dell'attestazione Soa, di cui all'art. 76, comma 3 ss., d.P.R. n. 207 del 2010: cfr. al riguardo la comunicazione dell'organismo Soa del 9 novembre 2018) veniva rilasciata alla Di Maio nuova certificazione dalla quale essa risultava priva del requisito di cui alla detta categoria OG11 (cfr. attestazione n. 30921AL/17/00 del 25 gennaio 2019).

Solo successivamente, con nuova attestazione dell'8 febbraio 2019, n. 31038/AL/17/00, veniva nuovamente riconosciuto alla Di Maio il requisito di cui alla suddetta categoria, seppur con assegnazione della inferiore classe I invece della II.

Alla luce di ciò non v'è dubbio che, come rilevato dalla sentenza, fra il 25 gennaio e l'8 febbraio 2019 (allorché è stata rilasciata l'attestazione nella categoria OG11, peraltro per una classe inferiore) si sia verificata una lacuna - e dunque una discontinuità - nel possesso del requisito da parte della Di Maio; né la successiva certificazione dell'8 febbraio 2019 può di per sé, in nome del solo principio della "ultravigenza" e della cd. "saldatura" fra i periodi di certificazione, superare *ratione temporis* un'attestazione avente diverso contenuto.

In senso inverso non vale il richiamare la comunicazione del 18 aprile 2019 con cui l'organismo di attestazione Soa dichiarava che il requisito certificato (*i.e.*, categoria OG11, classe I) era posseduto in realtà dalla Di Maio sin dal 25 gennaio 2019 e che la tardiva emissione della corrispondente attestazione era dipesa esclusivamente dalla necessità di riemissione da parte delle competenti stazioni appaltanti di alcuni certificati di lavorazioni occorrenti al rilascio dell'attestazione.

La certificazione rilasciata da un organismo d'attestazione Soa ha infatti valore costitutivo ai fini del riconoscimento e assegnazione della categoria e relativa classe (non anche in relazione ad altri elementi quali, ad es., la certificazione di qualità, rispetto a cui ha valore meramente fidefaciente: cfr. Cons. Stato, V, 11 luglio 2016, n. 3053); per questo, al di là del regime speciale dell'ultravigenza previsto in relazione al rinnovo e alla verifica, non può

ritenersi che una mera comunicazione dell'organismo d'attestazione possa valere a immutare il contenuto e gli effetti di una certificazione già rilasciata, costitutiva in sé dell'assegnazione a categoria e relativa classe, e a rendere perciò illegittimo un precedente provvedimento espulsivo.

Per tali motivi la doglianza formulata dalla Pamef si rivela infondata, così come le correlate censure di difetto d'istruttoria, anche in relazione alla dedotta necessità di interrogare l'organismo di attestazione Soa, atteso che la lacuna nel possesso del requisito risultante dalle attestazioni nei termini suindicati era di per sé sufficiente all'assunzione della determinazione espulsiva.

Non consentono di pervenire a diversa conclusione neanche i richiami dell'appellante ad alcuni precedenti di questo Consiglio di Stato, che non presentano diretta pertinenza ai fini della questione in esame (cfr. Cons. Stato, V, 3 aprile 2018, n. 2051 e 21 giugno 2013, n. 3397, che si limitano a fare applicazione del principio della cd. "ultravigenza" dell'attestazione anteriormente al rilascio della nuova e per il relativo periodo intermedio, ai sensi dell'art. 76 d.P.R. n. 207 del 2010; la stessa Cons. Stato, V, 27 agosto 2019, n. 5918, che, al di là della soluzione del caso concreto, afferma sul piano dei principi il valore fidefaciente dell'attestazione in relazione al profilo concernente la certificazione di qualità, e cioè a un elemento diverso dall'attestazione Soa *stricto sensu* in relazione alla categoria e alla classe, richiamando a tal fine anche il precedente in termini Cons. Stato, n. 3053 del 2016, cit.; quanto a Cons. Stato, V, 8 marzo 2017, n. 1091, afferma anch'essa principi essenzialmente relativi all'ultravigenza della certificazione, mentre il riferimento a un attestato intermedio deterioro superato da altro attestato successivo "*conclusasi l'istruttoria*" non risulta dettagliato in fatto al punto da poterne verificare la sovrapponibilità alla fattispecie qui in esame, e non conduce comunque a modificare la valutazione del Collegio).

Per questo, in forza del principio di necessaria continuità dei requisiti (su cui cfr., *inter multis*, Cons. Stato, Ad. plen., 8 luglio 2015, n. 8) la lacuna nel

possesso della categoria OG11 manifestatasi in capo alla Di Maio nel periodo suindicato risulta tale da legittimare il provvedimento espulsivo impugnato.

4.3. In conseguenza della riconosciuta discontinuità nel possesso del requisito OG11 in capo alla Di Maio risulta infondato anche il terzo motivo di doglianza, con cui si afferma la legittima modifica nell'assetto del Rti a fronte, da un lato, dell'integrazione del detto requisito da parte dei componenti del raggruppamento - con conseguente difetto d'intenti elusivi sottesi a siffatta modifica - dall'altro della sussistenza di ragioni organizzative fondanti la rimodulazione.

Una volta riconosciuta infatti la carenza del requisito in capo a uno dei componenti del Rti, la variazione nell'assetto del raggruppamento risulta di per sé illegittima e tale da determinare l'esclusione, a mente del principio per cui *“la mancanza del requisito di qualificazione in misura corrispondente alla quota dei lavori, cui si è impegnata una delle imprese costituenti il raggruppamento temporaneo in sede di presentazione dell'offerta, è causa di esclusione dell'intero raggruppamento, anche se lo scostamento sia minimo ed anche nel caso in cui il raggruppamento nel suo insieme (ovvero un'altra delle imprese del medesimo) sia in possesso del requisito di qualificazione sufficiente all'esecuzione dell'intera quota di lavori”* (Cons. Stato, Ad. plen., n. 6 del 2019, cit.).

Il difetto del requisito (eventualmente) colmato con la variazione dell'assetto del Rti è tale infatti da determinare di per sé l'illegittimità di siffatta variazione, non ammessa *«se finalizzata ad eludere la mancanza di un requisito di partecipazione di gara»* (art. 48, comma 19, d.lgs. n. 50 del 2016, applicabile anche alle modifiche soggettive apportate in fase di gara ai sensi del successivo comma 19-ter, v. altresì, ai fini del generale divieto di modifica dei Rti, il comma 9 della medesima disposizione).

Invero se *“vi è piena libertà in capo alle imprese partecipanti al raggruppamento di stabilire la quota di partecipazione al raggruppamento medesimo”*, allo stesso tempo siffatta libertà incontra *“il [...] limite rappresentato dai requisiti di qualificazione posseduti dall'associato o dal consorziato”* (Cons. Stato, Ad. plen., n. 6 del 2019): la

violazione, originaria o sopravvenuta, di siffatto limite non può essere sanata attraverso un mutamento della struttura del Rti, in tal caso di per sé illegittima.

Né d'altra parte emergono nella specie concrete ed effettive ragioni organizzative sottese alla modifica alla conformazione del Rti, che è stata anzi apportata proprio a seguito della contestata perdita dei requisiti (cfr., in particolare, la comunicazione del Rti del 13 marzo 2019).

Non condivisibile è anche l'assunto secondo il quale la modifica del Rti sarebbe stata indotta dalla stessa stazione appaltante o sarebbe addirittura avvenuta in ottemperanza di una sua richiesta.

Il Rup della procedura, infatti, si limitava a chiedere in proposito (oltretutto a seguito delle precedenti deduzioni del Rti dell'8 marzo 2019, che valorizzavano il subappalto e il complessivo possesso dei requisiti) *“di conoscere”* le quote del sub-Rti relativo alla categoria OG11 e quelle conseguenti dell'intero Rti *“nel rispetto e nei limiti dei requisiti di qualificazione singolarmente posseduti”* (cfr. doc. 7, relativo alla comunicazione dell'11 marzo 2019), senza in alcun modo richiedere un mutamento nella composizione del raggruppamento.

In ogni caso è assorbente rilevare come la decisione di modificare la struttura del Rti sia stata spontaneamente assunta dallo stesso Rti, a seguito del venir meno di uno dei requisiti di gara da sanare proprio con la modifica: il che vale di per sé a rendere illegittima siffatta modifica e necessaria l'esclusione del raggruppamento al di là della posizione espressa dal Comune con la nota suindicata, che in ogni caso non ha autorizzato alcuna rimodulazione.

5. Col quarto motivo di gravame (che include e assorbe anche il sesto motivo formulato con l'appello avverso il dispositivo della sentenza) la Pamef si duole del rigetto del motivo con cui in primo grado aveva invocato il vizio di carenza d'istruttoria e motivazione, nonché di contraddittorietà, atteso che sia il Rup, sia la commissione (oltreché l'avvocatura comunale) avevano ritenuto

sussistenti i requisiti in capo al Rti e legittima la modifica apportata a quest'ultimo.

L'improvviso mutamento nel convincimento della stazione appaltante avrebbe richiesto del resto un coinvolgimento procedimentale dell'interessata, sicché anche sotto tale profilo il provvedimento espulsivo sarebbe viziato per violazione del contraddittorio procedimentale.

Il motivo non è fondato.

5.1. In relazione ai profili inerenti alla partecipazione procedimentale, la disposta esclusione è maturata in realtà nell'ambito del procedimento di verifica del possesso dei requisiti, nel quale è stato assicurato ampio contraddittorio all'interessata, che ha avuto modo d'interloquire variamente con l'amministrazione presentando - a seguito dell'avvio del procedimento comunicato il 1° marzo 2019 - memoria *ex art.* 10 l. n. 241 del 1990 in data 8 marzo 2019, nonché successive note del 13 marzo 2019 e da ultimo del 4 aprile 2019, espressamente considerate dal Rup (cfr. la nota dell'11 aprile 2019, nonché la proposta di esclusione del 12 aprile 2019, in cui si dà conto di tutte le note prodotte dalla Pamef nel corso del procedimento d'esclusione).

5.2. Le posizioni parzialmente diverse assunte dall'amministrazione nel corso del procedimento non sono d'altra parte di per sé foriere di ragioni d'illegittimità del provvedimento, atteso che esse sono maturate nello svilupparsi dell'*iter* procedimentale e tenendo conto anche dell'evoluzione giurisprudenziale, da ultimo approdata ai principi affermati dalla richiamata sentenza n. 6 del 2019 dell'Adunanza plenaria di questo Consiglio di Stato (cfr., in particolare, la nota del Rup del 18 marzo 2019, nonché quelle del 22 marzo 2019 del Settore avvocatura e del Servizio provveditorato, poi superate dalla comunicazione del 3 aprile 2019, nonché dalla proposta d'esclusione del 12 aprile e successiva determina del 16 aprile 2019; la suddetta nota del Rup dell'11 marzo 2019, pure richiamata dall'appellante, presenta invece contenuto essenzialmente interlocutorio).

Il procedimento era del resto volto proprio ad assumere una determinazione finale sulla questione, sicché il suo svilupparsi - anche con fasi evolutive espressive di posizioni in parte diverse fra loro - non dà luogo di suo ad alcuna forma d'illegittimità.

Gli atti di segno opposto al provvedimento espulsivo invocati dall'appellante (in particolare, la nota del Rup del 18 marzo 2019, nonché le suindicate note del 22 marzo 2019) consistevano del resto in atti interlocutori o pareri non vincolanti, e risultano motivatamente superati - proprio in ragione della sopraggiunta sentenza n. 6 del 2019 dell'Adunanza plenaria - con nota dell'avvocatura del 1° aprile 2019, nonché con successivi pareri e note interne, rispettivamente, dell'avvocatura e del Rup del 12 e 11 aprile 2019; di tutto ciò (ivi inclusi i suindicati atti di segno opposto) si dà peraltro chiaramente conto nella proposta d'esclusione del 12 aprile 2019 richiamata dal provvedimento espulsivo, sicché non risultano al riguardo né contraddizioni provvedimentali, né tanto meno profili di carenza istruttoria o motivazionale.

A ciò si aggiunga che, una volta (correttamente) riscontrata la carenza dei requisiti partecipativi in capo al concorrente, l'esclusione di questo costituisce atto dovuto da parte dell'amministrazione (cfr. Cons. Stato, V, 4 maggio 2020, n. 2836); né le deduzioni dell'appellante - intese a contraddire la suddetta intervenuta perdita del requisito per le ragioni di cui ai motivi di gravame suindicati - avrebbero potuto condurre a una diversa conclusione, stante la loro infondatezza, come già rilevato in precedenza.

Analoghe considerazioni valgono in relazione alle contestate precisazioni avvenute nel provvedimento finale e sua proposta in ordine ai termini della rilevata discontinuità del possesso del requisito e al relativo intervallo temporale, con riferimento al periodo dal 25 gennaio all'8 febbraio 2019: va rilevato al riguardo che dalle deduzioni dell'appellante non emerge alcuna fondata ragione od elemento che avrebbe potuto indurre l'amministrazione a una diversa determinazione sostanziale sul punto, stante la carenza del requisito in capo al Rti Pamef (correttamente) riscontrata dal Comune. In tale

prospettiva, la legittimità sostanziale del (necessitato) provvedimento esclude di suo la rilevanza del vizio invocato, che in ogni caso si fonda su semplici precisazioni rese dal Comune, oltretutto in relazione a circostanze ben note all'interessata e i cui effetti sostanziali (necessitati) sono stati correttamente affermati dall'amministrazione.

Anche tale doglianza si rivela dunque infondata.

6. In conclusione, per le suesposte ragioni l'appello risulta infondato e va respinto, con conseguente improcedibilità per difetto d'interesse dei motivi di ricorso incidentale riproposti dalla R.C.M. con "*atto notificato a valere anche quale appello incidentale*" e assorbimento di ogni corrispondente questione ed eccezione al riguardo.

7. Le spese vengono poste a carico dell'appellante, secondo criterio di soccombenza, e liquidate nella misura di cui in dispositivo in favore di ciascun appellato costituito.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna l'appellante alla rifusione delle spese di lite, che liquida nella misura di € 4.500,00, oltre accessori di legge, in favore di ciascun appellato costituito.

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

Così deciso nella camera di consiglio del giorno 14 maggio 2020, tenuta da remoto ai sensi dell'art. 84, comma 6, d.l. n. 18 del 2020, convertito con modificazioni dalla legge n. 27 del 2020, con l'intervento dei magistrati:

Carlo Saltelli, Presidente

Stefano Fantini, Consigliere

Alberto Urso, Consigliere, Estensore

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere

Anna Bottiglieri, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Alberto Urso

Carlo Saltelli

IL SEGRETARIO