

Pubblicato il 23/05/2022

N. 04068/2022REG.PROV.COLL.
N. 02244/2022 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 Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex artt. 38 e 60 Cod. proc. amm.

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 2244 del 2022,
proposto da

I.G. Group s.r.l. in proprio e quale capogruppo mandataria di costituendo
RTI con Monaco s.p.a., in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro*
tempore, rappresentate e difese dall'avvocato Susanna Corsini, con domicilio
eletto presso il suo studio in Roma, via Flaminia, 56;

contro

Anas s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e
difesa dall'Avvocatura generale dello Stato, presso i cui uffici in Roma, via dei
Portoghesi, 12, è elettivamente domiciliata;

nei confronti

Euroimpianti s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non
costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (Sezione Prima) n. 141/2022, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello ed i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Anas s.p.a.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 12 aprile 2022 il Cons. Valerio Perotti ed uditi per le parti l'avvocato Corsini e l'avvocato dello Stato Stigliano Messuti;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 Cod. proc. amm.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con ricorso al Tribunale amministrativo del Lazio le società I.G. Group S.r.l. e Monaco s.p.a. impugnavano il provvedimento con cui Anas s.p.a. aveva annullato, in autotutela, l'aggiudicazione precedentemente disposta in loro favore della gara a procedura ristretta avente per oggetto “*DG 32/17 Accordo quadro triennale per l'esecuzione dei lavori di manutenzione straordinaria degli impianti tecnologici sull'intera rete stradale ANAS S.p.A. Lotto 2 (Codice CIG: 7300122B3D) - Coordinamento Territoriale Anas-Nord Ovest - Importo previsto €. 10.000.000,00*”.

La procedura in esame, di importo massimo previsto pari ad euro 70.000.000,00, era regolata dal criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, con attribuzione di 30/100 punti per l'offerta economica, da determinarsi mediante ribasso percentuale unico per ciascun affidamento sull'Elenco prezzi unitari posto a base di gara, e di 70/100 punti per l'offerta tecnica, sulla scorta di sottocriteri e ponderazioni stabiliti dalla lettera di invito.

La gara oggetto di controversia riguardava il Lotto 2, “*Coordinamento Territoriale Anas-Nord Ovest (Codice CIG: 7300122B3D)*”, per il valore stimato posto a base d'asta di euro 10.000.000,00, riferito alle seguenti classi e categorie:

- OG10: importo euro 5.000.000 (classifica V – categoria prevalente);

- OG3: importo euro 1.500.000 (classifica III-bis – categoria scorporabile a qualificazione obbligatoria);
- OS3: importo euro 1.500.000 (classifica III-bis – categoria scorporabile a qualificazione obbligatoria);
- OS19: importo euro 1.000.000 (classifica III – categoria scorporabile a qualificazione non obbligatoria);
- OS9: importo euro 1.000.000 (classifica III – categoria scorporabile a qualificazione non obbligatoria).

Alla gara avevano partecipato tre operatori economici, tra cui il costituendo raggruppamento temporaneo di imprese tra I.G. Group s.r.l., Monaco s.p.a. e Cantieri Navali Moderni s.r.l., così composto: I.G. Group s.r.l. (capogruppo, 59,67%), Monaco s.p.a. (mandante, 25,33%), Cantieri Moderni s.r.l. (mandante, 15,00%); in particolare, Monaco s.p.a. per le categorie OG3 (100%) e OS3 (68,87%, quest'ultima surrogata con la OG11 III classifica) e Cantieri Moderni per la categoria OG10 (30%). Il resto delle categorie era coperto dalla capogruppo mandataria I.G. Group, ossia il 70% della categoria prevalente OG10, il 31,13% della categoria scorporabile OS3 (surrogata con la categoria OG11, II classifica), il 100% della categoria scorporabile OS19 ed il 100% della categoria scorporabile OS9.

All'esito dell'apertura delle buste e della valutazione delle offerte, il raggruppamento I.G. Group risultava primo classificato, totalizzando 82,362 punti (di cui 55,665 per l'offerta tecnica e 26,697 per quella economica), quali risultanti dalla media ponderata dei ribassi offerti per ciascuna delle cinque sezioni dell'Elenco prezzi pari al 21,014%; con successivo provvedimento del 20 dicembre 2019, la stazione appaltante aggiudicava quindi l'appalto in favore del suddetto raggruppamento.

Tale determinazione veniva impugnata dalla seconda classificata Euroimpianti s.p.a. con ricorso al Tribunale amministrativo regionale iscritto a r.g.n. 1965 del 2020, successivamente rinunziato dalla proponente.

Nelle more, peraltro, la mandante Monaco, in sede di emissione di nuovo attestato SOA di durata quinquennale, subiva una modifica per la categoria OG11, dalla classifica III alla classifica II.

Sulla base di tale presupposto, con nota prot. U.0196598 del 30 marzo 2021 Anas s.p.a. comunicava l'avvio del procedimento volto all'annullamento dell'aggiudicazione.

Nel riscontrare tale comunicazione, I.G. Group rilevava, in particolare, che il raggruppamento avrebbe potuto fare fronte alla sopravvenuta riduzione di classifica nella categoria OG11 (rilevante per surroga della categoria scorporabile OS3, richiesta in gara) sia ricorrendo all'avvalimento con un'impresa in possesso della necessaria qualificazione, sia anche solo riducendo il raggruppamento, essendo la mandataria I.G. Group in possesso del requisito a far data dal 10 gennaio 2019, così come certificato dall'Organismo di attestazione ESNA in sede di aggiornamento della SOA.

Nonostante tali giustificazioni, con provvedimento prot. n. U.0312242 del 19 maggio 2021 Anas s.p.a. disponeva l'annullamento dell'aggiudicazione.

A sostegno del proprio ricorso il RTI I.G. Group deduceva, in un unico motivo, le censure di

violazione e falsa applicazione degli artt. 48, 83 e 84 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, la violazione dei principi di ragionevolezza, proporzionalità e *favor participationis*, il difetto e/o l'insufficienza di istruttoria, l'eccesso di potere per carenza e/o travisamento dei presupposti, l'evidente illogicità ed irragionevolezza, nonché l'ingiustizia manifesta.

La stazione appaltante aveva negato la possibilità di ovviare alla sopravvenuta modifica della qualificazione ricorrendo allo strumento dell'avvalimento – per forza di cose non previsto nell'offerta originaria – laddove con riguardo al subappalto c.d. necessario qualificatorio, la giurisprudenza, sulla scorta delle conformi indicazioni provenienti dalla Corte di giustizia UE, era ferma nell'ammettere la sostituzione dell'impresa inizialmente indicata anche nel caso di perdita sopravvenuta (da parte di essa) del requisito dell'idonea

qualificazione SOA: incomprensibilmente dunque Anas non avrebbe consentito al raggruppamento – inizialmente qualificato in proprio – di far fronte alla sopravvenuta perdita della qualificazione in capo ad una mandante, mediante indicazione di subappalto o di avvalimento, ricorrendo ad una terza impresa dotata dei requisiti richiesti.

Illegittimo doveva ritenersi anche il non aver consentito di attivare il meccanismo disciplinato dall'art. 48, commi 17, 18 e 19-ter, d.lgs. n. 50 del 2016, che prevede la modifica del RTI laddove per un suo componente (mandataria o mandante) venga meno un requisito di partecipazione posseduto al momento di ammissione alla procedura di gara.

Costituitasi in giudizio, Anas s.p.a. resisteva al ricorso, chiedendo che fosse respinto.

Con sentenza 10 gennaio 2022, n. 141, il giudice adito respingeva il ricorso, sul presupposto che dovesse ritenersi preclusa qualsiasi modificazione dei raggruppamenti temporanei partecipanti ad una gara pubblica, in quanto la modifica determinerebbe, almeno in parte, il mutamento dello stesso soggetto che vi partecipa: in questi termini l'art. 48, comma 9, del d.lgs. n. 50 del 2016, nel far salve le ipotesi di cui ai successivi commi 17 e 18, ammetterebbe sì la sostituzione “*in caso di perdita [...] dei requisiti*”, ma esclusivamente “*in corso di esecuzione*”, all'evidente e limitato fine di salvaguardare il completamento del programma negoziale già in corso di attuazione. Né tale conclusione sarebbe messa in discussione dall'introduzione, nel corpo dell'art. 48, ad opera dell'art. 32, comma 1, lett. h), del d.lgs. n. 56 del 2017, del nuovo comma 19-bis, il quale espressamente estende l'eventualità di modifiche soggettive anche alle ipotesi verificatesi “*in fase di gara*”.

Tale disposizione (di natura eccezionale) si limiterebbe infatti ad autorizzare la sostituzione del

mandante nei (soli) casi di “*modifiche soggettive*” previste dal comma 18, e non, dunque, anche nell'ipotesi di “*perdita dei requisiti di cui all'art. 80 d.lgs. n. 50/16*” in corso di gara.

Avverso tale decisione il RTI I.G. Group interponeva appello, deducendo un unico articolato motivo di gravame, così rubricato:

1) *Error in iudicando, per errato apprezzamento del motivo di ricorso recante “violazione e falsa applicazione degli artt. 48, 83 e 84 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, per violazione dei principi di ragionevolezza e proporzionalità nonché di favor participationis, difetto e/o insufficienza di istruttoria, nonché per eccesso di potere per carenza e/o travisamento dei presupposti, evidente illogicità ed irragionevolezza, ingiustizia manifesta” e quindi per illegittimità dell’operato della stazione appaltante, non colta dal Tar. Motivazione erronea, carente e contraddittoria.*

Costituitasi in giudizio, Anas s.p.a. contestava la fondatezza dell’appello, chiedendo che fosse respinto.

Alla camera di consiglio del 12 aprile 2022, fissata per la discussione dell’istanza cautelare proposta dall’appellante, le parti venivano informate della possibilità di definizione della vertenza ai sensi dell’art. 60 Cod. proc. amm.; quindi, dopo la rituale discussione, la causa veniva trattenuta in decisione.

Con il proprio motivo di appello, il RTI I.G. Goup s.r.l. lamenta che l’esito cui è giunta la stazione appaltante – l’esclusione del RTI aggiudicatario dalla gara, dopo aver escluso la possibilità di rimodulare l’assetto del raggruppamento mediante avvalimento o subappalto, ovvero mediante assunzione da parte della mandataria delle quote precedentemente coperte dalla mandante nella categoria considerata, ovvero ancora in applicazione del meccanismo riduttivo di cui all’art. 48, commi 17, 18 e 19-ter del *Codice dei contratti* – si porrebbe in contrasto con il meccanismo previsto da quest’ultima norma, che consente di rimanere in gara previa estromissione (dal raggruppamento) della sola mandante, nonché con i principi dettati dal diritto eurounitario in materia di evidenza pubblica, alla luce dei quali le amministrazioni aggiudicatrici devono assicurare ogni più ampia tutela all’esigenza – ormai di rilievo ordinamentale, a seguito della Direttiva 2014/24/UE – di evitare l’esclusione dell’operatore per ragioni a lui non direttamente riconducibili o imputabili qualora questo

faccia affidamento (o con associazione in RTI o in via mediata con avvalimento o subappalto) a risorse altrui.

In estrema sintesi, rileva l'appellante come l'art. 48 del d.lgs. n. 50 del 2016 preveda sì, in via generale, al comma 9 il divieto di modificazione della composizione dei raggruppamenti temporanei e dei consorzi ordinari di concorrenti *“rispetto a quella risultante dall'impegno in sede di offerta”*, salvo però quanto disposto ai successivi commi 17 e 18, contemplanti delle eccezioni al predetto principio generale. Inoltre, sempre l'art. 48 dispone al comma 19-ter (introdotto dall'art. 32, comma primo, lettera h) del d.lgs. n. 56 del 2017) che *“le previsioni di cui ai commi 17, 18 e 19”* (a mente del quale *“è ammesso il recesso di una o più imprese raggruppate, anche qualora il raggruppamento si riduca ad un unico soggetto, esclusivamente per esigenze organizzative del raggruppamento e sempre che le imprese rimanenti abbiano i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori o forniture o servizi ancora da eseguire. In ogni caso la modifica di cui al primo periodo non è ammessa se finalizzata ad eludere la mancanza di un requisito di partecipazione alla gara”*) trovano *“applicazione anche laddove le modifiche soggettive ivi contemplate si verificano in fase di gara”*.

In ragione della novella normativa, dunque, la deroga all'immodificabilità del raggruppamento temporaneo rispetto all'originaria composizione risultante dall'impegno presentato in sede di offerta sarebbe consentita sia in fase di gara che in fase esecutiva, ove conseguente ad un evento che abbia privato le imprese – mandataria o mandante – della capacità di contrarre con la pubblica amministrazione, a condizione beninteso che il raggruppamento conservi la qualificazione adeguata ai lavori da eseguire.

Il motivo è fondato, alla luce del recente arresto dell'Adunanza plenaria di questo Consiglio, 25 gennaio 2022, n. 2.

Secondo tale orientamento – dal quale non vi è ragione evidente per discostarsi, nel caso di specie – 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*.

Ne consegue che, laddove si verifichi la predetta ipotesi di perdita dei requisiti, la stazione appaltante, in ossequio al principio di partecipazione procedimentale, è comunque tenuta ad interpellare il raggruppamento e, laddove questo intenda effettuare una riorganizzazione del proprio assetto, onde poter riprendere la partecipazione alla gara, deve assegnargli un congruo termine per la predetta riorganizzazione.

In particolare, evidenzia l'Adunanza plenaria, *“il riconoscimento della possibilità di modificare (in diminuzione) il raggruppamento temporaneo di imprese, anche nel caso di perdita sopravvenuta dei requisiti di partecipazione di cui all'art. 80 del Codice dei contratti, determina che, laddove si verifichi un caso riconducibile a tale fattispecie, la stazione appaltante, in applicazione dei principi generali di cui all'art. 1 della l. n. 241/1990 e all'art. 4 d. lgs. n. 50/2016, debba interpellare il raggruppamento (se questo non abbia già manifestato la propria volontà) in ordine alla volontà di procedere alla riorganizzazione del proprio assetto interno, al fine di rendere possibile la propria partecipazione alla gara”*.

Del resto, la possibilità della modificazione (in “riduzione”) del RTI, ricorrendo i presupposti di cui ai commi 17, 18 e 19-ter dell'art. 48 d.lgs. n. 50 del 2016, era già stata riconosciuta sempre dall'Adunanza plenaria di questo Consiglio, con le sentenze 4 maggio 2012, n. 8 e 27 maggio 2021, n. 10 (cfr. punti 29.1 e 29.2).

Alla luce dei principi che precedono, l'appello va dunque accolto.

Le spese del doppio grado di giudizio possono essere integralmente compensate tra le parti, stante la novità delle questioni controverse.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie, per l'effetto

accogliendo, in riforma della sentenza impugnata, il ricorso originariamente proposto dal RTI facente capo ad I.G. Group s.r.l.

Spese del doppio grado compensate.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 12 aprile 2022 con l'intervento dei magistrati:

Luciano Barra Caracciolo, Presidente

Valerio Perotti, Consigliere, Estensore

Stefano Fantini, Consigliere

Alberto Urso, Consigliere

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere

L'ESTENSORE

Valerio Perotti

IL PRESIDENTE

Luciano Barra Caracciolo

IL SEGRETARIO