

Publicato il 13/02/2023

N. 00348/2023 REG.PROV.COLL.
N. 00192/2023 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 della Campania

sezione staccata di Salerno (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 192 del 2023, proposto da Geotecna Progetti S.r.l., Steci S.r.l., G.R.A.I.A. S.r.l., Francesco Ferro, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentati e difesi dall'avvocato Nicola Senatore, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Consorzio di Bonifica Integrale Vallo di Diano e Tanagro, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Giovanni Francesco Nicodemo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento, previa adozione di idonee misure cautelari, ex art. 55 cpa:

a - della comunicazione di esclusione, del 29.12.2022, prot. n. 3273 attraverso cui l'amministrazione contestava all'ATI "Casalbuono" il mancato rispetto dei requisiti di ordine generale ai sensi dell'art. 80 comma 4 del D.L.vo n. 50/2016 da parte di uno dei componenti del raggruppamento primo classificato nella graduatoria redatta dalla commissione di gara, ovvero la

situazione debitoria riconducibile alla fattispecie di omissione di pagamento di cui alle gravi violazioni definitivamente accertate e superiori al limite di euro 5.000,00, in relazione all'art. 80, comma 4, del D.L.vo 50/2016 e all'art. 48 bis del DPR n.602/1973;

b - della delibera di deputazione amministrativa, n. 148 del 21.12.2022, giammai comunicata, con la quale il consorzio resistente ha adottato il provvedimento di esclusione e, per quanto di interesse e laddove lesiva, ha approvato il verbale in seduta pubblica n. 1 e quello in seduta riservata n.2, del 26.10.2022; il verbale in seduta riservata n. 3 del 16.11.2022, n. 4 del 26.11.2022 e n. 5 del 7.12.2022 ed ha stilato la graduatoria ove il RTI "Casalbuono" è risultato primo con il miglior punteggio;

c - della nota, prot. n. 3275 del 29.12.2022 con la quale il consorzio resistente - in riscontro alla nota del 21.12.2022, inoltrata dalla Geotecna Progetti S.r.l. per argomentare sui chiarimenti che il medesimo ente resistente aveva in precedenza richiesto con la nota prot. n. 3103 del 15.12.2022 - ha dedotto che non sussiste la facoltà della stazione appaltante di interpellare preventivamente il costituendo raggruppamento a seguito della comprova di un motivo di esclusione di un componente del medesimo costituendo RTI, in quanto per la tutela della par condicio dei partecipanti alla stessa gara, non possono essere prese in considerazione le <<modifiche della composizione soggettiva del raggruppamento "calibrate" sull'evoluzione della gara>> (CDA Ad. Plen. 10/2021) e soprattutto in relazione alla carenza di un requisito essenziale che doveva essere posseduto da tutti i componenti del RTI alla data di scadenza del bando di gara, mentre per quanto detto innanzi è risultato che uno dei componenti dell'ATI, l'ing. Giovanni La Barbera, non possedeva, alla data di presentazione delle offerte, il requisito di regolarità fiscale; deduceva, altresì, che la modifica soggettiva non deve perseguire finalità elusive della mancanza di un requisito di partecipazione potendovi acconsentire solo in caso di "perdita" sopravvenuta di un requisito già sussistente alla data della domanda di partecipazione e non anche nel caso di "mancanza" originaria

dello stesso (cfr. C.D.S. Adunanza Plenaria 2/2022) e, infine, ha ulteriormente dedotto che la costituzione del RTI, così come proposta in sede di gara, è stata oggetto di valutazione da parte della commissione di gara che, anche sulla scorta dei curricula del gruppo di lavoro e della composizione dell'organigramma e del funzionigramma del costituendo RTI, ha assegnato i relativi punteggi concludendo le proprie operazioni con la formazione della graduatoria riportata nel verbale a conclusione delle sedute riservate. Il Consorzio, quindi, ha ritenuto che una modifica postuma della composizione del RTI, e delle conseguenti funzioni assegnate nell'organigramma dello stesso, inficerebbe in modo insanabile le valutazioni effettuate dalla Commissione di Gara (allegato 2).

c - della nota, prot. n. 3103 del 15.12.2022, già citata al punto b), con la quale il Consorzio, ha chiesto chiarimenti - da redigere in forma scritta e da far pervenire entro le ore 14:00 del 21.12.2022 - in ordine alla regolarità fiscale, ex art. 80, comma 4, del D.L.vo n. 50/2016, perchè, dalla verifica è risultata - per uno dei componenti, ossia per l'ing. La Barbera - negativa (allegato 3);

d - laddove lesivi per i ricorrenti, del verbale in seduta pubblica n. 1 e di quello in seduta riservata n. 2, del 26.10.2022; dei verbali, tutti in seduta riservata, n. 3 del 16.11.2022, n. 4 del 26.11.2022 e n. 5 del 7.12.2022, mai comunicati;

e - della nota di riscontro dell'istanza di accesso con cui l'amministrazione pubblica ha denegato l'ostensione con atto dell'11.1.2023 perché, a suo giudizio, le procedure di gara al momento non sono ancora completate (allegato 4);

di ogni altro provvedimento presupposto, connesso o conseguente, comunque lesivo degli interessi dell'ente ricorrente, anche se non conosciuto.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Consorzio di Bonifica Integrale Vallo di Diano e Tanagro;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 8 febbraio 2023 il dott. Fabio Di Lorenzo e uditi per le parti i difensori Senatore Nicola e Nicodemo Giovanni Francesco;

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

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. I ricorrenti, raggruppati nel Raggruppamento temporaneo di imprese Casalbuono, premettendo che il citato R.T.I. è risultato primo graduato nella gara per cui è causa indetta dal Consorzio di Bonifica Integrale Vallo di Diano Tanagro, hanno impugnato il provvedimento con il quale la stazione appaltante ha disposto ai sensi dell'art. 80 c. 4 d.lgs. 2016 n. 50 l'esclusione del R.T.I. Casalbuono a causa della grave esposizione debitoria (in misura superiore ad euro 5.000,00) definitivamente accertata di uno degli operatori raggruppati, l'ing. Giovanni La Barbera. Il provvedimento impugnato ha altresì escluso la possibilità di modifica soggettiva del raggruppamento a seguito dell'accertato motivo escludente di uno degli operatori raggruppati, sulla base della seguente motivazione: *«La stazione appaltante non ha la facoltà di interpellare preventivamente il costituendo raggruppamento a seguito della comparsa di un motivo di esclusione di un componente del medesimo costituendo RTI, in quanto per la tutela della par condicio dei partecipanti alla stessa gara, non possono essere prese in considerazione le "modifiche della composizione soggettiva del raggruppamento "calibrate " sull'evoluzione della gara" (CDS Ad. Plen. 10/2021) e soprattutto in relazione alla carenza di un requisito essenziale che doveva essere posseduto da tutti i componenti del RTI alla data di scadenza del bando di gara, mentre per quanto detto innanzi è risultato che l'ing. Giovanni La Barbera non possedeva alla data di presentazione delle offerte il requisito di regolarità fiscale».*

Parte ricorrente ha lamentato che la stazione appaltante non abbia consentito la modifica del raggruppamento tramite l'assorbimento della partecipazione e

della professionalità dell'ing. Giovanni La Barbera con altro operatore già partecipante al raggruppamento.

Si è costituito il Consorzio di Bonifica Integrale Vallo di Diano Tanagro, eccettuando la mancata notifica del ricorso agli altri controinteressati, nonché l'inammissibilità del ricorso per mancata impugnazione di un capo di motivazione del provvedimento, nonché, nel merito, deducendo l'infondatezza del ricorso.

2. In via preliminare deve essere respinta l'eccezione del Consorzio relativa alla asserita mancata notifica ad almeno uno dei controinteressati, cioè ad almeno uno degli altri graduati all'esito della gara. Il Collegio rileva che la procedura di gara non si è ancora conclusa con l'aggiudicazione, per cui allo stato non sussistono controinteressati in senso tecnico.

3. Sempre in via preliminare, occorre esaminare l'eccezione del Consorzio, secondo cui il ricorso sarebbe inammissibile in quanto non sarebbe stato specificamente impugnato il capo di motivazione del provvedimento gravato nel punto in cui è affermato che la costituzione del R.T.I. Casalbuono, così come proposta in sede di gara, è stata oggetto di valutazione da parte della Commissione di Gara che, anche sulla scorta dei *curricula* del gruppo di lavoro e della composizione dell'organigramma del costituendo R.T.I. Casalbuono, ha assegnato i relativi punteggi concludendo le proprie operazioni con la formazione della graduatoria riportata nel verbale a conclusione delle sedute riservate, per cui una modifica postuma della composizione del RTI, e delle conseguenti funzioni assegnate nell'organigramma dello stesso, inficerebbe in modo insanabile le valutazioni effettuate dalla Commissione di Gara.

Il Collegio ritiene che la censura di tale capo di motivazione sia consequenziale alla censura del provvedimento nel punto in cui non ha consentito la modifica soggettiva del Raggruppamento; è infatti evidente che, in caso di eventuale accoglimento del ricorso, il Consorzio sarebbe chiamato a valutare nuovamente il Raggruppamento sulla base della modificata composizione. L'eccezione del Consorzio è pertanto infondata.

4. Con un unico motivo di ricorso, parte ricorrente ha lamentato che il Consorzio, senza neppure avviare il procedimento in contraddittorio con il Raggruppamento, ha escluso la possibilità della modifica soggettiva di questo. Secondo parte ricorrente, sarebbe stata possibile una modifica soggettiva “per riduzione”, in quanto la professionalità dell’operatore colpito dal motivo escludente, peraltro avente una marginale partecipazione nel Raggruppamento nella misura del 7%, avrebbe potuto essere assorbita da altri operatori del Raggruppamento in possesso di analoga professionalità e capacità anche sotto il profilo curricolare. Secondo la ricostruzione di parte ricorrente sarebbe inoltre irrilevante la circostanza che il motivo escludente sia originario e preesistente rispetto alla presentazione dell’offerta, in quanto la modifica soggettiva del Raggruppamento non conseguirebbe ad alcun intento elusivo di norme inderogabili, dato che il motivo escludente sarebbe stato ignoto agli altri componenti del Raggruppamento, i quali ne avrebbero avuto notizia solo con il provvedimento impugnato. Quindi, secondo parte ricorrente, in modo illegittimo il Consorzio non avrebbe accolto la richiesta della società capogruppo di un termine per riorganizzare la compagine professionale del Raggruppamento, e non sarebbe condivisibile la conclusione dell’amministrazione secondo cui, in base ai principi espressi dall’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 10 del 2021, la richiesta del Raggruppamento integrerebbe inammissibili *«modifiche della composizione soggettiva del raggruppamento "calibrate" sull'evoluzione della gara»*.

Il resistente Consorzio ha replicato deducendo l’infondatezza della doglianza, in quanto la modifica soggettiva del Raggruppamento tramite sostituzione interna sarebbe comunque preclusa in caso di motivi escludenti non sopravvenuti rispetto alla presentazione dell’offerta, ma originari e ad essa preesistenti.

4.1. In termini generali, con riferimento alle modifiche soggettive nell’ambito del Raggruppamento temporaneo di imprese, occorre richiamare i seguenti principi, risultanti dal quadro normativo e dall’evoluzione giurisprudenziale.

L'art. 45, comma 2, lett. d), del Codice dei contratti pubblici riconduce nella nozione di “*operatore economico*” ammesso a partecipare alle procedure ad evidenza pubblica ivi disciplinate “*i raggruppamenti temporanei di concorrenti*” tra imprese individuali, società o consorzi, che “*prima della presentazione dell’offerta, abbiano conferito mandato collettivo speciale con rappresentanza ad uno di essi, qualificato mandatario, che esprime l’offerta in nome e per conto dei mandanti*”.

Trattasi di istituto che affonda le sue radici direttamente nel principio del *favor participationis* e della massima concorrenza, posto che, all’evidenza, il raggruppamento permette a più operatori economici di unire competenze e requisiti differenti, consentendo così anche alle piccole e medie imprese di accedere ad una fetta del mercato dei contratti pubblici (quelli di più alto valore) dal quale, in assenza di simili istituti, risulterebbero inevitabilmente escluse.

La possibilità di raggrupparsi per gli operatori economici è espressamente sancita dal primo periodo dell’art. 19, comma 2, della direttiva 24/2014/UE ove è stabilito che: “*I raggruppamenti di operatori economici, comprese le associazioni temporanee, sono autorizzati a partecipare a procedure di appalto*”. Nel recepire tale previsione, l’ordinamento italiano ha dettato un’articolata disciplina del raggruppamento di imprese. In tal senso, l’art. 48 del Codice dei contratti pubblici differenzia i raggruppamenti di imprese in “verticali” e “orizzontali”: la distinzione è connessa alle competenze delle singole imprese raggruppate, laddove nei primi è a carico dell’impresa mandataria la prestazione prevalente, mentre le mandanti sono associate per le prestazioni secondarie scorporabili, mentre, nel secondo caso, le imprese associate collaborano insieme all’esecuzione della medesima prestazione e sono obbligate in solido nei confronti della stazione appaltante. In particolare, ai sensi dell’art. 48, commi 1 e 2 del d.lgs. 2016 n. 50, si intende per raggruppamento di tipo verticale una riunione di operatori economici in cui uno di essi realizza i lavori della categoria prevalente od esegue le prestazioni di servizi o forniture indicati come principali; invece, sempre ai sensi dell’art. 48, commi 1 e 2, si intende

per raggruppamento di tipo orizzontale una riunione di operatori economici finalizzata a realizzare lavori della stessa categoria o quello in cui i partecipanti eseguono il medesimo tipo di prestazione.

Vi è poi un ulteriore forma di raggruppamento, di tipo “misto”, che, al contempo, è orizzontale e verticale e la cui ammissibilità si deduce dall’art. 48, comma 6; sul punto, la giurisprudenza ha evidenziato che *«il raggruppamento misto è sottoposto all’applicazione delle regole proprie tanto dei raggruppamenti verticali quanto di quelli orizzontali, a seconda del profilo o della componente che ne venga in rilievo; con la conseguenza che, in difetto di una disposizione speciale derogatoria, nei raggruppamenti misti ogni sub-raggruppamento deve essere esaminato autonomamente: segnatamente, troveranno applicazione per il sub-raggruppamento orizzontale le regole proprie stabilite per siffatta tipologia di raggruppamenti»* (T.A.R. Lombardia, Brescia, Sez. I, 6 dicembre 2021, n. 1029).

Sul piano strutturale, si è da tempo chiarito, alla luce del comma 16 dell’art. 48 del d.lgs. 2016 n. 50, che la riunione temporanea di imprese non dà luogo ad un nuovo soggetto giuridico, autonomo e distinto da quelle che ne fanno parte che mantengono la loro individualità e sono soggette a separata verifica dei requisiti di idoneità e partecipazione (*ex multis* T.A.R. Campania, Napoli, Sez. I, 18 marzo 2020, n. 1176).

Tanto premesso, le questioni ermeneutiche di maggiore interesse sul punto, oggetto di interventi delle Corti superiori (anche sovranazionali), attengono alla possibilità di apportare modifiche soggettive alla composizione dei raggruppamenti.

Sul piano normativo, il riferimento si rinviene nei commi 9, 17, 18, 19 e 19-ter del citato art. 48 del Codice dei contratti pubblici.

La prima delle disposizioni stabilisce il principio di immodificabilità del raggruppamento (*“Salvo quanto disposto ai commi 17 e 18, è vietata qualsiasi modificazione alla composizione dei raggruppamenti temporanei e dei consorzi ordinari di concorrenti rispetto a quella risultante dall’impegno presentato in sede di offerta”*).

Deroghe a tale principio sono previste dai successivi commi. Ivi è stabilito che in caso di liquidazione giudiziale, liquidazione coatta amministrativa, amministrazione straordinaria, concordato preventivo dell'impresa mandataria, o perdita dei requisiti di cui all'art. 80 e nei casi previsti dalla normativa antimafia, la stazione appaltante può proseguire il rapporto di appalto con altro operatore economico che sia costituito mandatario purché in possesso dei requisiti (comma 17), e che, in caso contrario (cioè quando le ipotesi si verificano rispetto alla mandante), il mandatario, ove non indichi altro operatore economico subentrante, è tenuto all'esecuzione della prestazione (comma 18).

Ulteriore deroga al principio di immodificabilità del raggruppamento è quella prevista dal comma 19 della disposizione in esame, ai sensi del quale è ammesso il recesso di una o più imprese raggruppate, anche qualora il raggruppamento si riduca ad un unico soggetto, esclusivamente per ragioni organizzative, a condizione che le imprese rimanenti siano in possesso dei requisiti di qualificazione e che la modifica non sia finalizzata ad eludere la mancanza di un requisito di partecipazione alla gara. Da ultimo, il comma 19-ter (successivamente aggiunto dall'art. 32, comma 1, lett. h) del d. lgs. 19 aprile 2017 n. 56), ha previsto che tali disposizioni trovino applicazione anche laddove le modifiche soggettive si verificano in fase di gara.

Rileva infine il disposto dell'art. 83, comma 8, d.lgs. 2016 n. 50, ai sensi del quale: *“La mandataria in ogni caso deve possedere i requisiti ed eseguire le prestazioni in misura maggioritaria”*.

La rilevanza ermeneutica del tema è confermata dal fatto che sul punto vi sono stati plurimi interventi recenti dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato ed uno della Corte di giustizia dell'Unione europea.

In particolare, con sentenza n. 9 del 27 maggio 2021, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, dopo aver rammentato come la regola dell'immodificabilità del raggruppamento risponde, in via generale da un lato, all'esigenza di evitare l'aggiudicazione della gara ad un soggetto di cui non si siano potuti verificare i

requisiti, in conseguenza delle modifiche intervenute in corso di gara o di esecuzione, dall'altro alla tutela della *par condicio* tra i concorrenti, ha esaminato la possibilità di addivenire a modifiche di tipo "additivo" del raggruppamento partecipante, giungendo alla conclusione, sulla base delle indicazioni del Considerando 110 della direttiva europea 24/2014/UE, *«che 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, sia solo quella dovuta, in detta fase, a modifiche strutturali interne allo stesso raggruppamento, senza l'addizione 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, con una diversa distribuzione di diversi compiti e ruoli (tra mandante e mandataria o tra i soli mandanti), in modo da garantire l'esecuzione dell'appalto anche prescindendo dall'apporto del componente del raggruppamento ormai impossibilitato ad eseguire le prestazioni o, addirittura, non più esistente nel mondo giuridico (perché, ad esempio, incorporato od estinto)»*. Alle predette conclusioni, la citata sentenza dell'Adunanza Plenaria è giunta anche considerando che *«la procedura di gara assume il carattere di strumento di scelta non solo dell'offerta migliore, ma anche del contraente più affidabile, come è stato acutamente notato in dottrina, e il principio di immodificabilità soggettiva risponde ad esigenze di sicurezza giuridica per la stazione appaltante durante l'iter di formazione e di esecuzione del contratto, oltre che al principio di concorrenza, di sicuro rilievo europeo, garantendosi così il primato giuridico della gara, la massima partecipazione, il principio di personalità del contratto, quale "specchio fedele" della gara stessa, come si è detto, e della sua tendenziale incedibilità, ammessa solo a determinate condizioni dalla legge»*. Sul piano procedurale, la pronuncia in esame dell'Adunanza Plenaria ha statuito che l'evento che conduce alla sostituzione interna, ammessa entro i limiti di cui sopra, deve essere portato a conoscenza dal raggruppamento alla stazione appaltante al fine di consentirle, secondo un principio di c.d. "sostituibilità

procedimentalizzata” di assegnare all’operatore un termine congruo e proporzionato per la riorganizzazione del proprio assetto interno così da riprendere la partecipazione alla gara.

Inoltre, con sentenza n. 10 del 27 maggio 2021, l’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato ha ribadito che non è ammessa la sostituzione esterna né della mandante né della mandataria, e che una corretta interpretazione del comma 18 del citato art. 48 del d.lgs. 2016 n. 50 consente la prosecuzione del rapporto contrattuale tra la stazione appaltante ed i rimanenti componenti del raggruppamento, non certo l’introduzione *ab externo* di un nuovo soggetto. Uguali conclusioni valgono per la mandataria, posto che il venir meno di quest’ultima renderebbe necessaria la costituzione di un nuovo mandato. Non sussistendo tali condizioni, conclude il Collegio, la stazione appaltante deve recedere dal contratto, ai sensi del comma 17 dell’art. 48 del d.lgs. 2016 n. 50.

In particolare, la sentenza in esame ha espresso i seguenti principi: *«In caso di fallimento, liquidazione coatta amministrativa, amministrazione straordinaria, concordato preventivo o liquidazione, è ammessa, in fase di gara, soltanto la sostituzione interna del mandatario o del mandante di un raggruppamento temporaneo di imprese con altro soggetto del raggruppamento in possesso dei requisiti; la sostituzione è ammessa anche per esigenze organizzative del raggruppamento, a condizione che non sia finalizzata ad eludere la mancanza di un requisito di partecipazione alla gara. (...) Questa stessa Adunanza, con la sentenza n. 8 del 4 maggio 2012, ha già chiarito da tempo 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. L'Adunanza plenaria, prima ancora del codice attuale, ha dunque dato una lettura funzionale del principio di immodificabilità nel senso di non precludere la modifica soggettiva in assoluto, ammettendola laddove questa operi in riduzione, anziché in aggiunta o in sostituzione, e quindi solo internamente e senza innesti dall'esterno del raggruppamento, e comunque sempre che non sia finalizzata ad eludere i controlli in ordine al possesso dei requisiti». La sentenza in esame ha infine rammentato che l'art. 95, comma 1, del Codice antimafia (d.lgs. n. 159/2011) consente la sostituzione della sola mandante colpita da interdittiva e non già della mandataria, a cagione del ruolo essenziale svolto nella commessa, con conseguente esclusione dell'intero raggruppamento; sul punto, la sentenza in esame ha evidenziato che «le disposizioni dell'art. 48 del d.lgs. n. 50 del 2016 non intendono certo “sanzionare” gli altri incolpevoli partecipanti al raggruppamento, che non abbiano alcuna responsabilità nell'evento che ha colpito la mandataria o la mandante, né avvilire il principio dell'iniziativa economica, sancito dall'art. 41 Cost., con l'esclusione del raggruppamento al quale viene impedito di ricorrere ad una sostituzione aggiuntiva, mediante l'inserzione di un soggetto nuovo, ma semplicemente regolare la prosecuzione del rapporto contrattuale o –in forza di quanto prevede ora il comma 19-ter– anche della gara con il raggruppamento in cui un'impresa partecipante, mandataria o mandante, sia stata raggiunta da un evento eccezionale, che impedisce la sua partecipazione alla fase della gara o all'esecuzione del contratto. È semmai l'aggiunta di un soggetto esterno all'originario raggruppamento a ledere non solo l'interesse pubblico al corretto svolgimento della gara e alla trasparenza nell'esecuzione del contratto aggiudicato al contraente più affidabile, ma anche lo stesso interesse alla concorrenza, tutelato dall'art. 41 Cost., degli altri partecipanti alla gara, che devono concorrere a parità di condizioni con soggetti che, tendenzialmente, abbiano preso parte a tutte le sue fasi a tutela della trasparenza e, insieme, della concorrenza stessa».

Un successivo intervento nomofilattico dell'Adunanza Plenaria (sentenza n. 2 del 25 gennaio 2022) ha confermato la possibilità di modifica soggettiva (in diminuzione) del raggruppamento anche in sede di gara. Tale decisione si è resa necessaria a fronte di un persistente dibattito interpretativo solo

apparentemente sopito dalle due precedenti sentenze citate dell'Adunanza Plenaria, in cui i principi in esame erano stati solo incidentalmente affermati, e di un dato legislativo ancora poco chiaro (*“frutto di una tecnica legislativa non particolarmente sorvegliata”*). La citata sentenza evidenzia che *«la modifica soggettiva del raggruppamento temporaneo di imprese, in caso di perdita dei requisiti di partecipazione di cui all' art. 80 d.lg. 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, ai sensi dell'art. 48, commi 17, 18 e 19 ter, medesimo codice»*. Richiamando i principi dettati in materia di soccorso istruttorio, il Collegio ha poi ribadito che laddove si verifichi un caso riconducibile a fattispecie escludenti, la stazione appaltante, in applicazione dei principi generali di cui all'art. 1 l. 1990 n. 241 e dell'art. 4 del d.lgs. 2016 n. 50, 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, assegnando un termine ragionevole e proporzionale al caso concretamente verificatosi, riprendendo all'esito l'ordinario procedimento di gara.

Va poi segnalato il successivo intervento della Corte di giustizia dell'Unione europea (sentenza Sez. IV, 28 aprile 2022, C-642/20) che ha evidenziato l'incompatibilità con il diritto della U.E. di una normativa nazionale quale quella italiana (art. 83, comma 8, del d.lgs. 2016 n. 50) secondo la quale l'impresa mandataria di un raggruppamento di operatori economici partecipante a una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico deve possedere i requisiti previsti nel bando di gara ed eseguire le prestazioni di tale appalto in misura maggioritaria.

Con specifico riguardo al carattere necessariamente sopravvenuto della perdita dei requisiti al fine della possibilità di modifica soggettiva del Raggruppamento, la giurisprudenza ha evidenziato che *«il divieto di modifica per mancanza di requisiti si riferisce alla riduzione del raggruppamento dovuto a carenza di requisiti che risale alla presentazione dell'offerta, con finalità elusiva della mancanza ab*

origine dei requisiti, mentre i casi di cui ai commi 17 e 18 attengono alla fattispecie per la quale la perdita dei requisiti è sopravvenuta alla domanda di partecipazione» (Cons. Stato, sez. III, 2/4/2020, n. 2245; conf. C.G.A.R.S. sent. n. 298/2020; conf. Tar Campania, Salerno, 16/2/2021, n. 411). Inoltre, «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. In modo non dissimile da quanto avviene ai fini del soccorso istruttorio, la stazione appaltante concederà un termine ragionevole e proporzionale al caso concretamente verificatosi, riprendendo all'esito l'ordinario procedimento di gara» (Cons. Stato, Ad. Plen., 25/1/2022, n. 2).

In conclusione, può affermarsi:

- che, laddove si verifichi una delle ipotesi previste dall'art. 48, comma 17, del Codice dei contratti pubblici, la modifica soggettiva del raggruppamento partecipante mediante sostituzione dell'impresa mandataria è ammessa sia in fase di gara che in fase di esecuzione;
- che ugualmente è ammessa la sostituzione di una delle mandanti purché in possesso dei requisiti di partecipazione (ai sensi del comma 18 dell'art. 48 del Codice dei contratti);
- che è finanche ammessa la permanenza nel raggruppamento di un solo operatore purché il recesso degli altri non sia avvenuto al fine di eludere la mancanza di un requisito di partecipazione alla gara;
- che, in ogni caso, la modifica soggettiva del Raggruppamento non è ammessa per sopperire alla perdita dei requisiti di uno degli operatori del raggruppamento sopravvenuta rispetto alla presentazione dell'offerta, e ciò al

fine di scongiurare fini elusivi della mancanza di un requisito di partecipazione alla gara;

- che la sostituzione dell'operatore sprovvisto dei requisiti, in ossequio ai principi di concorrenza e parità di trattamento, deve avvenire tra le imprese componenti il raggruppamento, non essendo ammissibile in sede di gara o in sede di esecuzione, l'ingresso *ab externo* di un nuovo operatore economico estraneo alla procedura;

- che, sul piano procedimentale, laddove si verifichi una delle ipotesi sopra descritte, il raggruppamento deve darne notizia alla stazione appaltante che, con un meccanismo simile a quello del soccorso istruttorio, assegna un termine congruo e proporzionato all'operatore per procedere alla sostituzione (c.d. "*sostituibilità proceduralizzata*").

4.2. Nel caso in esame, è pacifico che il motivo escludente della grave esposizione debitoria *ex art. 80 c. 4 d.lgs.*, con riferimento all'operatore partecipante al Raggruppamento ing. Giovanni La Barbera, sia originario e preesistente rispetto alla presentazione dell'offerta e alla scadenza del termine per la partecipazione alla gara.

Orbene, in applicazione dei principi sopra illustrati, la modifica soggettiva del RTI, nei termini sopra descritti, è possibile, all'esito del necessario contraddittorio procedimentale, non solo in fase di esecuzione ma anche in fase di gara, purché la perdita dei requisiti di uno degli operatori del Raggruppamento sia sopravvenuta, e non preesistente rispetto alla presentazione dell'offerta. Qualora si ammettesse la sostituzione anche a fronte di mancanza originaria dei requisiti di partecipazione, la modifica soggettiva del Raggruppamento si presterebbe ad agevoli attività elusive, che non potrebbero essere evitate asserendo, come ritiene l'odierna parte ricorrente, che sia sopravvenuta, in capo agli altri operatori del Raggruppamento, la conoscenza dello specifico motivo escludente. La preesistenza rispetto alla presentazione dell'offerta deve infatti essere parametrata al dato oggettivo dell'esistenza del motivo escludente, e non alla

conoscenza che di esso abbiano acquisito gli altri componenti del Raggruppamento.

5. Il ricorso è pertanto respinto.

6. Le spese di lite seguono la soccombenza, e sono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania sezione staccata di Salerno (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge, e condanna parte ricorrente al pagamento delle spese di lite in favore dell'amministrazione resistente, liquidandole in euro 2.000,00 (duemila/00), oltre spese generali nella misura del 15%, oltre Iva e Cpa come per legge.

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

Così deciso in Salerno nella camera di consiglio del giorno 8 febbraio 2023 con l'intervento dei magistrati:

Leonardo Pasanisi, Presidente

Fabio Di Lorenzo, Referendario, Estensore

Raffaele Esposito, Referendario

L'ESTENSORE
Fabio Di Lorenzo

IL PRESIDENTE
Leonardo Pasanisi

IL SEGRETARIO