Consiglio di Stato
Sezione V
Sentenza 12 gennaio 2023, n. 434

PRESIDENTE: LOTTI - ESTENSORE: SANTINI

FATTO E DIRITTO

1. Si controverte sull'appalto per la demolizione e ricostruzione di una scuola superiore del Comune di Benevento. Importo a base d'asta: oltre 3 milioni 252 mila euro. Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa.

L'ATI originariamente aggiudicatario veniva escluso in quanto una delle mandanti esecutrici (M&D) aveva perso, nelle more della gara, i prescritti requisiti circa la attestazione SOA (in particolare: categoria OG1, classifica IV-*bis*). Ciò con riguardo al periodo 20 aprile 2021-22 giugno 2021.
2. L'esclusione formava oggetto di gravame dinanzi al T.A.R. Campania.

La tesi della ricorrente ATI era che la stessa attestazione SOA sarebbe garantita da altre mandanti dello stesso originario raggruppamento.

Il T.A.R. Campania ha tuttavia rigettato tale tesi in quanto il principio di immodificabilità soggettiva, ai sensi dell'art. 48 del codice dei contratti, soffre di talune specifiche eccezioni (modificazioni "in riduzione" e mai "in addizione") soltanto ove si tratti di fallimento, liquidazione coatta, morte o interdizione della mandante oppure nei casi di esclusione di cui all'art. 80 del codice appalti, laddove nel caso di specie si tratta di perdita del requisito della attestazione SOA *ex* art. 84 codice dei contratti. Di qui la applicazione della suddetta eccezione secondo un criterio di stretta interpretazione e dunque il rigetto del gravame.
3. La sentenza di primo grado formava oggetto di appello per i motivi di seguito sintetizzati.

3.1. *Error in iudicando* nella parte in cui il T.A.R. non avrebbe appurato che, per il periodo considerato, la mancanza di attestazione sarebbe stata dovuta ad un mero errore materiale della società di attestazione SOATECH (allegava al riguardo nota di riscontro in data 30 giugno 2021 della società medesima). La difesa di parte appellante richiama in proposito la sentenza di questa stessa Sezione n. 5484 del 21 luglio 2021.
3.2. *Error in iudicando* nella parte in cui non sarebbe stata considerata la ammissibilità di una modificazione "in riduzione" del raggruppamento temporaneo. Si cita a tale riguardo la seguente giurisprudenza: C.d.S., Ad. plen., 25 gennaio 2022, n. 2; 18 marzo 2021, n. 5; n. 9 e n. 10 del 2021; C.G.A.R.S. 6 aprile 2022, n. 499.
3.3. Vengono poi riproposte le censure formulate in primo grado con tre atti di motivi aggiunti (rispettivamente sollevati avverso il provvedimento di conferma della ridetta esclusione, il provvedimento di aggiudicazione definitiva in favore della seconda classificata AICO e la richiesta di chiarimenti diretta a quest'ultima)

con cui si ribadiscono le medesime censure già proposte con il ricorso principale lamentando, in estrema sintesi, la irragionevolezza e illogicità dell'azione amministrativa, la violazione delle garanzie partecipative e del principio di imparzialità, il difetto di motivazione e la carenza di istruttoria. Si lamenta in questo caso la omessa pronunzia del giudice di primo grado.

3.4. Si lamenta infine che il giudice di primo grado avrebbe erroneamente dichiarato improcedibile il ricorso incidentale proposto dalla controinteressata aggiudicataria dell'appalto.

3.5. Con memoria difensiva veniva infine introdotta richiesta di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE.

4. Si costituivano in giudizio la Provincia di Benevento ed il consorzio stabile AICO (d'ora in avanti: AICO) per chiedere il rigetto del gravame mediante articolate controdeduzioni che, più avanti, formeranno oggetto di specifica trattazione. AICO riproponeva in particolare gli stessi motivi del ricorso incidentale, ossia l'invalidità del contratto di avvalimento stipulato da Italia Appalti per presenza di clausole recanti condizioni nonché per la estrema genericità del relativo contenuto.

5. Alla pubblica udienza del 1° dicembre 2022 le parti rassegnavano le proprie rispettive conclusioni ed il ricorso veniva infine trattenuto in decisione.

6. Tutto ciò premesso l'appello è infondato per le ragioni di seguito evidenziate.

6.1. Quanto al primo motivo di appello la stessa difesa di parte appellante tenta di rimettere in discussione la perdita in sé della attestazione SOA, deducendo che la società attestazione SOATECH avrebbe dichiarato di avere commesso un mero errore materiale con la attestazione del 19 aprile 2022.

Al riguardo va brevemente rilevato in punto di fatto che:

a) la attestazione SOA n. 31571 (con scadenza in data 20 aprile 2021) prevedeva in capo alla M&D la richiesta qualificazione OG1;

b) la attestazione SOA (rilasciata il 19 aprile 2021) non prevedeva più la ridetta qualificazione in capo alla M&D;

c) la successiva attestazione SOA del 22 giugno 2021 prevedeva nuovamente la suddetta qualificazione OG1 in capo alla M&D;

d) dunque nel periodo ricompreso tra il 20 aprile 2021 ed il 22 giugno 2021 la M&D è risultata sprovvista di tale qualificazione, ritenuta essenziale ai fini della partecipazione alla gara in questione;

e) la circostanza che tale categoria OG1 non fosse riportata in attestazione, nel periodo ricompreso tra il 20 aprile 2021 e il 22 giugno 2021, costituisce circostanza confermata altresì dalla società di attestazione SOATECH nella nota in data 30 giugno 2021;

f) di qui la assenza di continuità del possesso del requisito stante anche l'assenza, ai sensi dell'art. 76, comma 5, del d.P.R. n. 207 del 2010, di qualsivoglia istanza di rinnovo nei 90 giorni antecedenti la scadenza del termine del 20 aprile 2021;

g) una simile ricostruzione fattuale non ha mai formato oggetto di contestazione da parte della difesa di parte appellante.

La stessa difesa di parte appellante invoca a più riprese un precedente della Sezione (sentenza n. 5484 del 2021) il quale riguarda il caso di un vero e proprio errore materiale circa il mancato possesso di una specifica qualificazione. Errore materiale ampiamente e dettagliatamente riconosciuto, in quella fattispecie, dalla stessa società di attestazione.

Diverso è il caso di specie ove si è trattato di decisione consapevole di M&D, quella ossia di attendere una eventuale progressione (poi non avvenuta) nell'ambito del medesimo sistema di qualificazione.

Ed infatti, con la dichiarazione di SOATECH del 30 giugno 2022 si afferma che la mandante M&D aveva deliberatamente ritenuto di congelare il rinnovo per la categoria OG1 in quanto mirava ad avere una qualificazione più elevata. In questo modo, allo scopo di evitare "aggravi economici legati al calcolo del corrispettivo fissato per legge" la M&D decideva di ritardare l'assegnazione della categoria OG1 in attesa di una "classifica superiore" che avrebbe dovuto ottenere per via di ulteriori lavori eseguiti in ordine ai quali era in procinto di acquisire la relativa certificazione. Dunque emerge che la M&D ha preferito rinunciare alla attribuzione della predetta categoria OG1 per mere ragioni di convenienza economia. Nessun errore materiale da parte della SOATECH si registra, invece, e tanto anche sulla base delle dichiarazioni da quest'ultima rilasciata in via postuma con la citata nota del 30 giugno 2021. Successivamente, avendo appurato che avrebbe dovuto attendere per un eccessivo lasso di tempo, la stessa M&D si risolveva nel chiedere nuova attestazione SOA del 22 giugno 2021 con categoria OG1 sulla base delle medesime lavorazioni sino ad allora eseguite. Ma a questo punto la soluzione di continuità si era registrata per oltre due mesi. E soprattutto non per aspetti riconducibili alla responsabilità della società di attestazione.

Da quanto sopra detto consegue la perdita dei requisiti che non potrebbe essere recuperata attraverso dichiarazioni postume della medesima società di attestazione laddove quest'ultima afferma, nella richiamata nota del 30 giugno 2021, che la stessa impresa sarebbe "rimasta in possesso, senza soluzione di continuità, dei requisiti d'ordine speciale". Si vedano sul punto le conclusioni di questa stessa Sezione (cfr. C.d.S., Sez. V, 31 marzo 2022, n. 2367) secondo cui: «In disparte la possibilità di surrogare l'attestazione SOA con dichiarazioni provenienti dallo stesso organismo di attestazione, quel che l'appellante propone è di riconoscere effetti retroattivi a dette dichiarazioni, così da acquisire ora per allora un requisito di qualificazione del quale, al momento in cui era richiesto, non era in possesso. Ciò che contrasta con la chiara indicazione dell'art. 75, comma 7, d.P.R. n. 5 ottobre 2010, n. 207, che, nel secondo periodo, precisa che "dalla data della nuova attestazione decorre il termine di efficacia fissato dal comma 5",

vale a dire il termine di validità dell'attestazione SOA; le dichiarazioni rese dall'organismo di attestazione su sollecitazione dell'impresa, non possono condurre a dire esistente il requisito di qualificazione per un periodo precedente al rilascio; in detto periodo, la continuità del requisito di qualificazione richiesto dal bando è stata interrotta in maniera definitiva, senza che a tale fatto possa rimediarsi retroattivamente».

Alla luce di quanto complessivamente considerato, il primo motivo di appello non può dunque trovare ingresso in questa sede.

6.2. Sul secondo motivo di appello, la difesa di parte appellante insiste nel richiamare la tesi della Plenaria n. 2 del 2022: trattavasi tuttavia in quel caso di estendere, ai fini della ammissibilità della modificazione del raggruppamento "in riduzione", la fattispecie della perdita dei requisiti di partecipazione di cui all'art. 80 del codice dei contratti, stante la presenza di una antinomia normativa tra il comma 18 ed il comma 19-*ter* dell'art. 48 del medesimo codice dei contratti, dalla fase "di esecuzione" a quella "di gara". Nel caso di specie si tratta invece di requisiti di qualificazione di cui all'art. 84 del codice dei contratti (Sistema unico di qualificazione degli esecutori di lavori pubblici), come correttamente posto in evidenza dal giudice di primo grado, la cui perdita non comporta alcuna eccezione al principio della immodificabilità soggettiva dei raggruppamenti temporanei (principio questo ribadito proprio dalla citata decisione della Adunanza plenaria, la quale non ha tra l'altro perso occasione per sottolineare la sussistenza di numerose se non troppe eccezioni a tale specifico riguardo). In altre parole, come puntualmente posto in evidenza dal giudice di primo grado: "non è consentito al raggruppamento temporaneo di imprese di modificare la propria organizzazione, se non nelle limitate e tassative ipotesi previste dai commi 17, 18 e 19 *ter*". Infine che: "La mancanza di attestazione SOA non rientra nei casi previsti dai commi 17, 18 e 19 *ter* che, come visto, vanno interpretati in senso tassativo e restrittivo". La difesa di parte appellante richiama altresì ulteriori precedenti giurisprudenziali che non possono tuttavia trovare applicazione nel caso di specie per le ragioni di seguito indicate:

a) quanto a C.d.S., Ad. plen., 18 marzo 2021, n. 5, si trattava in quella ipotesi di impresa consorziata di un consorzio stabile, non designata ai fini dell'esecuzione dei lavori, ritenuta equiparabile all'impresa ausiliaria nell'avvalimento, sicché la perdita da parte della stessa del requisito impone alla stazione appaltante di prescriverne la sostituzione. Come correttamente messo in evidenza dal giudice di primo grado: "Nel presente giudizio viene in rilievo un raggruppamento temporaneo di imprese che non è sovrapponibile ad un consorzio stabile, essendo privo di una comune struttura di impresa";

b) quanto alla Adunanza plenaria, decisioni n. 9 e n. 10 del 2021: nella prima si pronuncia sulla partecipazione alla gara di una impresa che aveva presentato domanda di concordato in bianco o con riserva; nella seconda sui limiti della sostituzione, in caso di RTI, dell'impresa fallita o comunque assoggettata ad altra procedura concorsuale con un'altra impresa, esterna all'originario raggruppamento di imprese. Trattasi dunque delle ipotesi eccezionalmente ed

unicamente contemplate dall'art. 48 ai fini della ammissibilità della deroga al principio della immutabilità soggettiva del raggruppamento;

c) la difesa di parte appellante richiama altresì Corte di giustizia UE n. 461 del 2022, la quale avrebbe giustificato modificazioni in addizione dei raggruppamenti: trattavasi tuttavia di ipotesi di fallimento, laddove nel caso di specie si tratta come già detto di perdita di attestazione SOA di cui all'art. 84 (ipotesi non contemplata dall'art. 48 del codice dei contratti);

d) anche la sentenza C.G.A.R.S. n. 499 del 2022 riguardava ipotesi di sentenza dichiarativa di fallimento che aveva colpito la mandataria.

Ne consegue da quanto riportato che deve essere ribadito il principio della generale immodificabilità soggettiva dei raggruppamenti temporanei ai sensi dell'art. 48 del codice dei contratti, principio il quale soffre di talune specifiche eccezioni (e sempre che si tratti sul piano soggettivo di modificazioni "in riduzione" e mai "in addizione") soltanto ove vengano in essere ipotesi di fallimento, liquidazione coatta, morte o interdizione della mandataria/mandante oppure nei casi di esclusione di cui all'art. 80 del codice appalti, laddove nel caso di specie si tratta di perdita del requisito della attestazione SOA *ex* art. 84 codice dei contratti. In altre parole, trattandosi di eccezione da applicare come tale secondo un criterio di stretta interpretazione, poiché la fattispecie relativa alla perdita del requisito di qualificazione non rientra tra quelle espressamente contemplate dall'art. 48 (commi 17 per la mandataria e 18 per le mandanti) va da sé che alcuna sostituzione anche soltanto "in riduzione" poteva essere legittimamente accordata nel caso di specie.
Per tutte le ragioni sopra esposte, anche il secondo motivo di appello deve dunque essere respinto.

6.3. Quanto alla riproposizione delle censure sollevate con i tre atti di motivi aggiunti osserva il Collegio che, al netto di ogni valutazione circa l'eventuale omessa pronunzia in merito a tali aspetti (sintetizzati al punto 3.3 della presente decisione), si tratta nella sostanza di pedissequa ripetizione o, comunque, di sostanziale ripresa delle stesse censure formulate con ricorso principale (si veda pag. 49 dell'atto di appello, allorché si ribadisce la tesi secondo cui M&D sarebbe sempre stata in possesso della prescritta qualificazione per la categoria OG1, classifica III-*bis*, nonché pagg. 50 e 51 nella parte in cui si ripropone la tesi della Adunanza plenaria n. 10 del 2021). Di qui la insussistenza del lamentato vizio di omessa pronunzia ad opera del giudice di primo grado attesa la loro conseguente infondatezza.
6.4. Quanto infine all'ultimo dei motivi proposti con l'appello introduttivo (erronea statuizione di improcedibilità del ricorso incidentale formulato in primo grado dalla odierna appellata AICO) giova rammentare che, per giurisprudenza costante (cfr., *ex multis*, C.d.S., Sez. IV, 15 aprile 2021, n. 3094), una volta esaminato e ritenuto infondato il ricorso principale, in applicazione del principio della c.d. ragione più liquida, il ricorso incidentale escludente proposto dall'aggiudicataria (nel caso di specie AICO) diviene inevitabilmente improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse ai sensi degli artt. 42, comma 1, e 35, comma 1, lett. c), c.p.a.

Ciò in quanto l'interesse della aggiudicataria a proporre ricorso incidentale, al fine di contestare la mancata esclusione dalla gara della ricorrente principale, viene tanto evidentemente quanto radicalmente meno allorché il ricorso proposto da quest'ultima sia dichiarato inammissibile o venga respinto: in entrambi i suddetti casi, infatti, l'aggiudicataria conserva ad ogni modo il bene della vita ottenuto (l'aggiudicazione).
Al riguardo la stessa giurisprudenza evidenzia che, se è vero che le sentenze della Corte di giustizia dell'Unione europea 4 luglio 2013, Fastweb (causa C-100/12), 5 aprile 2016, Puligienica (causa C-689/13), e 5 settembre 2019, Lombardi (causa C-333/18), hanno affermato la necessità di esaminare sempre il ricorso principale, anche in caso di accoglimento del ricorso incidentale escludente ed a prescindere dal numero dei partecipanti alla gara e dalla natura dei vizi dedotti, è anche vero tuttavia che nessuna pronuncia del giudice europeo, né del giudice nazionale, ha mai affermato la necessità di esaminare comunque il ricorso incidentale escludente proposto dall'aggiudicataria, qualora, secondo il citato principio della ragione più liquida, il ricorso principale sia già stato esaminato e sia stato dichiarato infondato.

Per tutte le ragioni sopra evidenziate anche tale motivo di appello deve dunque essere rigettato dal momento che, correttamente, il giudice di primo grado ha statuito circa l'improcedibilità per sopravvenuto difetto di interesse del ricorso incidentale.

6.5. Viene da ultimo formulata istanza di rinvio alla Corte di giustizia UE invocando, a tal fine, la più volte citata sentenza della stessa CGE n. 461 del 2022. Tale decisione ammette tuttavia la possibilità di apportare determinate modificazioni soggettive interne al raggruppamento soltanto allorché si tratti di "riorganizzazioni puramente interne". Ipotesi, questa, nella specie in alcun modo rinvenibile dal momento che la invocata modificazione soggettiva si sarebbe verificata in ragione della perdita dei requisiti di qualificazione professionale in capo ad una delle imprese esecutrici del raggruppamento stesso. L'istanza non può dunque essere accolta sulla base delle prospettazioni al riguardo fornite dalla difesa di parte appellante.

7. In conclusione l'appello deve essere rigettato, con conseguente piena conferma della sentenza di primo grado.

8. Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

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

Condanna la parte appellante alla rifusione delle spese di lite, da quantificare nella complessiva somma di euro 4.000,00 (quattromila/00), oltre IVA e CPA e da corrispondere in favore di ciascuna delle due parti costituite (Provincia di Benevento e A.I.C.O./Consorzio Stabile).

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