



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

sul ricorso numero di registro generale 532 del 2021, integrato da motivi aggiunti, proposto da Research Consorzio Stabile s.c.ar.l., Nautilus s.r.l., Ferrari Ing. Ferruccio s.r.l., in persona dei legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentati e difesi dagli avvocati Lorenzo Lentini, Francesco Zaccone, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Provincia di Salerno, in persona del Presidente in carica, rappresentata e difesa dall'avvocato Marina Tosini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Consorzio Stabile Grandi Lavori s.c.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Angelo Clarizia, Giovanni La Fauci, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Technital s.p.a., Geosyntech s.r.l., Geomed s.r.l. Geoarcheologia e Geologia Ambientale, non costituiti in giudizio;

e con l'intervento di

ad adiuvandum:

Italia Impresit s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Mario Caliendo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

ad opponendum:

Savarese Costruzioni s.p.a., Meridiana Costruzioni Generali s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentati e difesi dall'avvocato Enrico Soprano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento, previa adozione delle opportune misure cautelari:

PER QUANTO RIGUARDA IL RICORSO PRINCIPALE:

- degli atti e delle operazioni concernenti la procedura aperta indetta dalla Provincia di Salerno per l'“Affidamento congiunto dell'esecuzione dei lavori relativi al Grande Progetto – Interventi di difesa e ripascimento del Litorale del Golfo di Salerno – I Stralcio funzionale: realizzazione del sistema di difesa a celle tra la foce del fiume Picentino ed il litorale Magazzino, della progettazione esecutiva e dei servizi di rilievi, indagini e monitoraggio, nella parte in cui a mezzo degli stessi la S.A. ha illegittimamente disposto l'esclusione dalla procedura del “RTI Research” e conseguentemente aggiudicato l'affidamento al “RTI Consorzio Stabile Grandi Lavori” e, in particolare:
- del provvedimento di esclusione del RTI Research dalla procedura, comunicato con nota prot. PSA202 1000022646 del 22.3.2021, assunto in ragione di una pretesa irregolarità contributiva a carico della progettista Geoatlas s.r.l. (consorzata designata da HUB Engineering Consorzio Stabile, mandante del RTP di progettisti indicati);
- della comunicazione di avvio del procedimento finalizzato all'esclusione dalla procedura del RTI Research;
- delle operazioni di verifica dei requisiti e delle attività valutative poste in essere dalla S.A. nell'ambito del predetto procedimento;

- del provvedimento di aggiudicazione dell'affidamento al RTI Consorzio Stabile Grandi Lavori, assunto con determina Determinazione Dirigenziale C.I.D. n. 56643 del 23.3.2021 e comunicato con nota di pari data; - della proposta di aggiudicazione in favore del medesimo RTI controinteressato;
 - per quanto di ragione, degli ulteriori atti e verbali delle sedute di gara (ivi inclusi i verbali da n. 1 a n. 26), nonché degli ulteriori atti e verbali della procedura anche riservati o istruttori, ancorché non conosciuti;
 - di ogni ulteriore atto connesso, presupposto e conseguente;
- con richiesta:
- di subentro del ricorrente nel contratto eventualmente stipulato con il RTI controinteressato, previa dichiarazione d'inefficacia del contratto stesso ex artt. 121 e/o 122 del c.p.a.;
 - in subordine, ove l'interesse primario all'esecuzione dell'appalto controverso non dovesse trovare soddisfazione per fatto indipendente da volontà e/o colpa dell'odierno ricorrente, con richiesta di condanna della S.A. intimata al risarcimento per equivalente del pregiudizio correlato alla mancata esecuzione dell'appalto;

PER QUANTO RIGUARDA I MOTIVI AGGIUNTI:

- della determinazione dirigenziale C.I.D. 56808 n. 346 del 6.04.2021 di registro generale n. 1236 del 30.04.2021, pubblicata sull'Albo pretorio telematico della Provincia di Salerno in 3 data 30.4.2021 (e non comunicata all'odierno ricorrente), recante nuovamente l'approvazione delle risultanze di gara, l'aggiudicazione della procedura e la dichiarazione di efficacia dell'aggiudicazione medesima disposta in favore del RTI Consorzio Stabile Grandi Lavori;
- dei medesimi atti già gravati con il ricorso introduttivo, siccome sopra calendati (e da intendersi qui integralmente richiamati e trascritti);
- delle attività di verifica compiute dalla S.A. e delle relative risultanze, ancorché non conosciute;
- di ogni ulteriore atto presupposto, connesso e conseguente;

con richiesta:

- di subentro del RTI ricorrente nel contratto eventualmente stipulato con il RTI controinteressato, previa dichiarazione d'inefficacia del contratto stesso ex artt. 121 e/o 122 del c.p.a., non comportando i vizi dedotti l'obbligo di rinnovare la gara;

- in subordine, ove l'interesse primario all'esecuzione dell'appalto controverso non dovesse trovare soddisfazione per fatto indipendente da volontà e/o colpa dell'odierno ricorrente, con richiesta di condanna della S.A. intimata al risarcimento per equivalente del pregiudizio correlato alla mancata esecuzione dell'appalto;

PER QUANTO RIGUARDA IL RICORSO INCIDENTALALE:

– del provvedimento di esclusione del RTI Research del 22.3.2021 nella parte nella quale il medesimo RTI S.r.l. non è stato escluso dalla gara per altri motivi;

– dei verbali di gara nelle parti nelle quali il RTI Research è stato ammesso/non è stato escluso e/o la cui offerta è stata oggetto di valutazione e di attribuzione di punteggio; - all'occorrenza, dei punti 12.8, 14.20 e 14.21 del Disciplinare, laddove interpretati nel senso di consentire anche l'indicazione, e non la sola associazione, dei soggetti esecutori dei servizi di appalto fase 1 e fase 4 e di quelli di progettazione fase 3, nonché delle risposte ai chiarimenti ai quesiti n. 7 e n. 11, laddove intesi a consentire la mera indicazione, e non la sola associazione, dei soggetti esecutori dei servizi di appalto fase 1 e fase 4 e di quelli di progettazione fase 3;

– di ogni altro atto connesso, conseguente e/o presupposto.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Provincia di Salerno e del Consorzio Stabile Grandi Lavori;

Visto il ricorso incidentale proposto dal Consorzio Stabile Grandi Lavori;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 6 ottobre 2021 il dott. Raffaele Esposito e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con bando pubblicato sulla G.U.R.I. il 23 maggio 2018, la Provincia di Salerno ha indetto una procedura aperta per l'affidamento congiunto della progettazione e dell'esecuzione dei lavori relativi al "Grande Progetto – Interventi di difesa e ripascimento del Litorale del Golfo di Salerno – I Stralcio funzionale: realizzazione del sistema di difesa a celle tra la Foce del Fiume Picentino ed il Litorale Magazzeno", da aggiudicare secondo il criterio del miglior rapporto qualità/prezzo.

2. All'esito delle operazioni di gara è risultato primo classificato il costituendo RTI Savarese Costruzioni s.p.a. - Meridiana Costruzioni Generali s.r.l., successivamente escluso per mancanza dei requisiti generali di partecipazione. Il provvedimento di esclusione è stato impugnato dal citato raggruppamento dinanzi a questo Tribunale che, con sentenza n. 441/2021, ha respinto il ricorso; il Consiglio di Stato, con sentenza n. 5563/2021, ha altresì respinto l'appello proposto dal medesimo Raggruppamento.

3. La Stazione appaltante ha quindi provveduto alla verifica del possesso dei requisiti generali da parte del costituendo RTI consorzio stabile Research s.c.ar.l. - Nautilus s.r.l. - Ferrari Ing. Ferruccio, secondo classificato, contestando la sopravvenuta carenza del requisito della regolarità contributiva a carico della Geoatlas s.r.l., consorziata designata quale esecutrice del consorzio stabile HUB Engineering, mandante del costituendo RTP indicato per le attività di progettazione, rilievo e monitoraggio; in particolare, la Stazione appaltante ha contestato l'irregolarità del DURC n. 24872053 richiesto il 12 novembre 2020 ed

emesso 10 dicembre 2020 per un importo di euro 5.641,83, sebbene la posizione della citata società fosse risultata già regolare con il DURC n. 20836465 del 17 marzo 2020 (valido fino al 15 luglio 2020) e con il DURC n. 23156995 del 15 luglio 2020 (valido fino al 12 novembre 2020) e sia poi risultata altresì regolare con il DURC n. 24145291 del 10 dicembre 2020 con scadenza 9 aprile 2021.

4. Con l'impugnato provvedimento la Stazione appaltante ha disposto quindi l'esclusione del ricorrente raggruppamento dalla procedura. Con successivo provvedimento ha quindi aggiudicato la procedura al RTI consorzio stabile Grandi Lavori s.c.r.l. – Technital s.p.a. – Geosynteh s.r.l. – Geomed s.r.l.

5. Con il ricorso principale e i relativi motivi aggiunti, ritualmente notificati e depositati, il ricorrente deduce:

- con il primo motivo di ricorso, la violazione dell'art. 103 del d.l. n. 18/2020, nel testo vigente tra il 19 luglio 2020 e il 3 dicembre 2020, che ha prorogato *ex lege* fino al novantesimo giorno successivo alla dichiarazione di cessazione dello stato di emergenza la validità del DURC del 17 marzo 2020, con conseguente regolarità della posizione della Geoatlas alla data del 12 novembre 2020;

- con il secondo e il terzo motivo di ricorso, considerato che l'esclusione è stata determinata dalla posizione di una consorziata esecutrice del consorzio stabile mandante del costituendo raggruppamento temporaneo di progettisti designato per l'esecuzione delle prestazioni di rilievo, progettazione e monitoraggio, la violazione della disciplina di riferimento che consente la estromissione (in considerazione del legame non diretto tra la consorziata esecutrice e la Stazione appaltante) ovvero la sostituzione (ai sensi dell'art. 48 ovvero dell'art. 89 del d.lgs. n. 50/2016) della consorziata esecutrice.

6. Il consorzio stabile Grandi Lavori s.c.r.l., quale mandatario del raggruppamento aggiudicatario della procedura, ha proposto ricorso

incidentale, ritualmente notificato e depositato, impugnando gli atti indicati in epigrafe e avanzando censure relative alla forma di partecipazione del ricorrente principale, al possesso dei requisiti di partecipazione e alla sostituibilità della Consorziata esecutrice.

7. Ha proposto intervento *ad adivuvandum* Italia Impresit s.r.l., consorziata esecutrice del consorzio stabile Research.

Hanno proposto intervento *ad opponendum* la Savarese Costruzioni s.p.a. e la Meridiana Costruzioni generali s.r.l.

8. All'udienza pubblica del 6 ottobre 2021 la causa è stata trattenuta in decisione.

9. Occorre rilevare l'inammissibilità dell'intervento della Savarese Costruzioni - Meridiana Costruzioni Generali, stante la definitività delle esclusioni sancita dal rigetto dell'appello proposto.

È invece ammissibile l'intervento della Italia Impresit in quanto volto a tutelare un interesse collegato a quello fatto valere dal ricorrente principale.

10. Ciò posto, è possibile procedere all'esame delle censure del ricorso principale e dei relativi motivi aggiunti (con i quali sono state dedotte, in via di illegittimità derivata, le medesime censure del ricorso principale).

11. Deve essere disatteso il primo motivo di ricorso.

L'art. 103, comma 2, del d.l. 17 marzo 2020, n. 18 (convertito, con modificazioni, dalla legge 24 aprile 2020, n. 27), nel testo vigente tra il 19 maggio 2020 e il 3 dicembre 2020, ha previsto che "Tutti i certificati, attestati, permessi, concessioni, autorizzazioni e atti abilitativi comunque denominati ... in scadenza tra il 31 gennaio 2020 e il 31 luglio 2020, conservano la loro validità per i novanta giorni successivi alla dichiarazione di cessazione dello stato di emergenza".

In virtù della citata disposizione, l'efficacia del DURC n. 20836465 del 17 marzo 2020 con scadenza 15 luglio 2020 è stata quindi prorogata fino al

novantesimo giorno successivo alla dichiarazione di cessazione dello stato di emergenza, nel frattempo non intervenuta.

Infatti:

- con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 31 gennaio 2020, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana n. 26 del 1° febbraio 2020, è stato dichiarato lo stato di emergenza per sei mesi dalla data del provvedimento ovvero fino al 31 luglio 2020;
- con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 29 luglio 2020, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana n. 190 del 30 luglio 2020, lo stato di emergenza è stato prorogato fino al 15 ottobre 2020;
- con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 7 ottobre 2020, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana n. 248 del 7 ottobre 2020, lo stato di emergenza è stato prorogato fino al 31 gennaio 2021.

Tuttavia l'art. 1, comma 4, del d.l. 30 luglio 2020, n. 83, entrato in vigore il 30 luglio 2020 (e convertito, con modificazioni, dalla legge 25 settembre 2020, n. 124), ha stabilito che "I termini previsti da disposizioni legislative diverse da quelle individuate nell'allegato 1, connessi o correlati alla cessazione dello stato di emergenza dichiarato con delibera del Consiglio dei Ministri del 31 gennaio 2020, non sono modificati a seguito della proroga del predetto stato di emergenza, deliberata dal Consiglio dei Ministri il 29 luglio 2020, e la loro scadenza resta riferita al 31 luglio 2020".

Non essendo la disposizione di cui all'art. 103, comma 2, del d.l. n. 18/2020 ricompresa nell'elenco di cui al citato allegato 1, la scadenza dalla stessa prevista "resta riferita al 31 luglio 2020" ovvero alla scadenza originaria dello stato di emergenza, con la conseguenza, ai fini della censura in esame, che la validità dei DURC in scadenza tra il 31 gennaio 2020 e il 31 luglio 2020 non risente delle proroghe dello stato di

emergenza e resta così fissata al novantesimo giorno successivo al 31 luglio 2020 ovvero al 29 ottobre 2020.

Ciò risulta confermato dall'art. 3 *bis*, comma 2, del d.l. n. 125/2020; a fronte dell'ampliamento dell'ambito di applicazione dell'art. 103, comma 2, del d.l. n. 18/2020 a “tutti i certificati, attestati, permessi, concessioni, autorizzazioni e atti abilitativi comunque denominati, compresi i termini di inizio e di ultimazione dei lavori di cui all'articolo 15 del testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 6 giugno 2001, n. 380, in scadenza tra il 31 gennaio 2020 e la data della dichiarazione di cessazione dello stato di emergenza epidemiologica da COVID-19”, disposta dall'art. 3 *bis*, comma 1, lett. a, del d.l. n. 125/2020, il comma 2 del medesimo articolo ne ha escluso l'applicazione ai DURC “che continuano ad essere assoggettati alla disciplina ordinaria di cui al medesimo decreto ministeriale”, presupponendo pertanto la già avvenuta riconduzione della disciplina della validità dei citati documenti al regime ordinario.

Non risulta comunque applicabile l'art. 8, comma 10, del d.l. n. 76/2020, riferibile unicamente alle procedure avviate dopo la data di entrata in vigore del medesimo decreto (17 luglio 2020) ovvero alle procedure già avviate ma per le quali, alla medesima data, non erano scaduti i termini di presentazione delle dell'offerta (nel caso di specie il termine di presentazione delle offerte scadeva il 20 luglio 2018).

12. Non può trovare accoglimento neanche il secondo motivo di ricorso, in relazione ad alcuno dei profili dedotti.

Il ricorrente ritiene irrilevante la sopravvenuta carenza di un requisito generale in capo alla consorziata esecutrice in ragione di un rapporto solamente indiretto tra quest'ultima e la Stazione appaltante. A suo parere, il consorzio stabile, che ha espresso la consorziata esecutrice, è dotato di autonoma soggettività e organizzazione ed è unico titolare del rapporto con la Stazione appaltante con la conseguenza che la modifica della consorziata esecutrice assume un rilievo meramente interno, non in grado

di incidere sul citato rapporto; inoltre è il consorzio stabile ad essere stato designato quale mandante del costituendo RTP cosicché non sussiste un rapporto diretto neppure tra la consorziata esecutrice e il ricorrente raggruppamento.

Tali argomentazioni non colgono nel segno.

L'art. 45, comma 2, lett. c), del d.lgs. n. 50/2016 include tra gli operatori economici anche i consorzi stabili “tra imprenditori individuali, anche artigiani, società commerciali, società cooperative di produzione e lavoro ... formati da non meno di tre consorziati che, con decisione assunta dai rispettivi organi deliberativi, abbiano stabilito di operare in modo congiunto nel settore dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture per un periodo di tempo non inferiore a cinque anni, istituendo a tal fine una comune struttura di impresa”.

Il patto consortile stabile instaura pertanto tra le parti un rapporto di durata, con causa mutualistica, avente ad oggetto la collaborazione tra i consorziati ai fini della partecipazione a gare pubbliche.

Nella ricostruzione della struttura di questa particolare forma di partecipazione, l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, con la pronuncia n. 5/2021, ha affermato che *“I partecipanti in questo caso danno infatti vita ad una stabile struttura di impresa collettiva, la quale, oltre a presentare una propria soggettività giuridica con autonomia anche patrimoniale, rimane distinta e autonoma rispetto alle aziende dei singoli imprenditori ed è strutturata, quale azienda consortile, per eseguire, anche in proprio (ossia senza l'ausilio necessario delle strutture imprenditoriali delle consorziate), le prestazioni affidate a mezzo del contratto (da ultimo, Cons. St., sez. VI, 13 ottobre 2020, n. 6165).*

7.3. Proprio sulla base di questa impostazione, la Corte di Giustizia UE (C-376/08, 23 dicembre 2009) è giunta ad ammettere la contemporanea partecipazione alla medesima gara del consorzio stabile e della consorziata, ove quest'ultima non sia stata designata per l'esecuzione del

contratto e non abbia pertanto concordato la presentazione dell'offerta (ex multis, Cons. St., sez. III, 4 febbraio 2019, n. 865)”.

Infatti il consorzio stabile può partecipare in proprio alla procedura di gara ed eseguire in proprio le prestazioni dedotte in contratto oppure “indicare, in sede di offerta, per quali consorziati il consorzio concorre” (cfr. art. 48, comma 7, del d.lgs. n. 50/2016) designando corrispondentemente tali consorziati all'esecuzione del contratto mediante la specificazione delle prestazioni che saranno eseguite da ciascuno di essi (cfr. art. 48, comma 4, del d.lgs. n. 50/2016).

La consorziata esecutrice partecipa quindi alla procedura di gara per il tramite del consorzio stabile che precisa di concorrere per essa e la designa per l'esecuzione delle prestazioni.

La stessa Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato ha affermato che “Solo le consorziate designate per l'esecuzione dei lavori partecipano alla gara e concordano l'offerta, assumendo una responsabilità in solido con il consorzio stabile nei confronti della stazione appaltante (art. 47 comma 2 del codice dei contratti)” (cfr. Adunanza Plenaria n. 5/2021).

Il possesso dei requisiti generali di partecipazione è richiesto pertanto anche in capo alle consorziate esecutrici affinché il consorzio stabile, da forma collettiva di partecipazione, non si trasformi in uno strumento elusivo dell'obbligo del possesso dei requisiti generali, consentendo la partecipazione di consorziate esecutrici prive dei necessari requisiti (cfr. Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 8/2012 e Consiglio di Stato n. 2537/2018).

L'art. 47, comma 2, del d.lgs. n. 50/2016 prevede poi che il consorzio stabile esegue “le prestazioni o con la propria struttura o tramite i consorziati indicati in sede di gara senza che ciò costituisca subappalto, ferma la responsabilità solidale degli stessi nei confronti della stazione appaltante”; l'art. 48, comma 7, del medesimo decreto dispone che “I consorzi di cui all'articolo 45, comma 2, lettere b) e c), sono tenuti ad

indicare, in sede di offerta, per quali consorziate il consorzio concorre; a questi ultimi è fatto divieto di partecipare, in qualsiasi altra forma, alla medesima gara; in caso di violazione sono esclusi dalla gara sia il consorzio sia il consorziato”.

L’indicazione della consorziata per la quale il consorzio concorre e il divieto di partecipazione di questa, in altra forma, alla medesima gara (previsti dal citato art. 48, comma 7, d.lgs. n. 50/2016) nonché la responsabilità solidale e l’inconfigurabilità del subappalto nei rapporti tra consorzio stabile e consorziata esecutrice (previste dall’art. 47, comma 2, del medesimo decreto) consentono di escludere che il rapporto tra consorzio stabile e consorziata esecutrice possa essere configurato come un rapporto meramente indiretto e privo di rilevanza esterna, tale da consentire la sostituzione della consorziata esecutrice alla stregua di una vicenda meramente interna al consorzio stabile.

Il consorzio stabile poi, quale struttura comune destinata a consentire la congiunta operatività delle consorziate nel settore dei contratti pubblici, già all’atto della partecipazione indica le consorziate per le quali concorre e le designa come esecutrici, generando così anche tra le stesse consorziate esecutrici e la Stazione appaltante un rapporto avente rilevanza esterna.

In ogni caso, la rilevanza esterna dei rapporti tra consorzio stabile, consorziata esecutrice e Stazione appaltante già emerge dalla configurazione del patto consortile. La partecipazione del consorzio stabile alla procedura di gara ne realizza infatti la causa concreta e, proiettando l’accordo nella reale operatività dei contratti pubblici, dà allo stesso rilevanza non meramente interna.

Il carattere indiretto e interno di tale rapporto non può essere argomentato neppure sulla base della posizione di raggruppamento “indicato” rivestita dal costituendo RTP (a cui partecipa come mandante il consorzio stabile che ha designato la consorziata esecutrice in posizione di irregolarità fiscale) in quanto, come già rilevato nell’ambito della sentenza n. 441/2021

di questo Tribunale relativa alla medesima procedura, il progettista “indicato” è comunque assimilabile al concorrente ai fini del possesso dei requisiti generali.

Il ricorrente contesta altresì la violazione del combinato disposto dei commi 7 *bis*, 17, 18, 19 e 19 *ter* dell’art. 48 del d.lgs. n. 50/2016, ritenendo possibile, nel caso di specie, la sostituzione della consorziata esecutrice sulla base di tali disposizioni, anche considerato che in capo alla stessa è stata rilevata un’irregolarità non originaria ma sopravvenuta rispetto alla partecipazione alla procedura.

Anche tale ulteriore profilo di censura non può essere condiviso.

Occorre rammentare che, in relazione alle richiamate disposizioni, la prevalente giurisprudenza ha espresso una tendenza interpretativa restrittiva, ammettendo la sostituzione, peraltro meramente interna secondo quanto affermato dalla pronuncia dell’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 10/2021, dei componenti delle forme collettive di partecipazione “in caso di perdita, in corso di esecuzione, dei requisiti di cui all’articolo 80” del d.lgs. n. 50/2016 ed escludendo tale sostituzione in caso di perdita dei medesimi requisiti in corso di gara; da ultimo, con ordinanza n. 6959/2021, la V Sezione del Consiglio di Stato ha rimesso all’Adunanza Plenaria la questione relativa alla esatta interpretazione delle medesime disposizioni, chiedendo in particolare “*se sia possibile interpretare l’art. 48, commi 17, 18 e 19 ter d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 nel senso che la modifica soggettiva del raggruppamento temporaneo di imprese in caso di perdita dei requisiti di partecipazione ex art. 80 da parte del mandatario o di una delle mandanti è consentita non solo in fase di esecuzione, ma anche in fase di gara*” e prospettando, sulla base di ampie argomentazioni, un’interpretazione meno rigida.

Occorre tuttavia considerare che, anche ammettendo una interpretazione più elastica del combinato disposto dei commi 17, 18, 19 e 19 *ter* dell’art. 48 (ritenendo cioè possibile la modifica soggettiva anche ove la mancanza

dei requisiti generali sopravvenga in corso di gara), la sostituzione della consorziata esecutrice, nel caso di specie, non può essere ammessa in quanto si tradurrebbe in un'inammissibile modifica dell'offerta presentata in gara.

Infatti, la variazione della composizione soggettiva del concorrente, prevista dall'art. 48 del d.lgs. n. 50/2016, incontra comunque il limite delle immodificabilità dell'offerta al fine di assicurare il rispetto dei principi di parità di trattamento, di trasparenza e di corrispondenza tra prestazioni proposte e prestazione eseguite ovvero tra offerta presentata e lavori, forniture o servizi realizzati in fase di esecuzione.

Al riguardo, è utile evidenziare che il Consiglio di Stato, nella sentenza n. 5563/2021 relativa alla precedente vicenda processuale che ha coinvolto la medesima procedura di gara, nel confermare le valutazioni espresse da questo Tribunale, ha affermato che la *“modifica dell'offerta [è stata] esclusa dalla stessa Corte di Giustizia anche nell'ambito delle (in sé ammissibili) modifiche soggettive di cui all'art. 63 dir. 2014/24/UE (cfr. Corte di Giustizia, 3 giugno 2021, causa C-210/20, in cui si evidenzia che “quando si vede obbligata, in forza del suo diritto nazionale, ad imporre a un offerente la sostituzione di un soggetto sulle cui capacità esso intende fare affidamento, l'amministrazione aggiudicatrice deve assicurarsi, conformemente ai principi di trasparenza e di parità di trattamento enunciati all'articolo 18, paragrafo 1, della direttiva 2014/24, che la sostituzione del soggetto interessato non conduca a una modifica sostanziale dell'offerta di tale offerente”)”*.

Nel caso di specie, la procedura è stata aggiudicata sulla base del criterio del miglior rapporto qualità/prezzo; in particolare il disciplinare di gara prevedeva:

- con il criterio T.2 la valutazione delle “Caratteristiche metodologiche, modalità di svolgimento delle prestazioni previste con la FASI 1 e la FASE 2.1”, disponendo che “la relazione dovrà illustrare le azioni che si

intendono svolgere, il metodo di esecuzione delle stesse, i tipi di strumenti e di risorse umane che si intendono impiegare per l'esecuzione di tutte le attività incluse nella presente Fase" e apprezzando "la qualità nell'attuazione della prestazione in relazione soprattutto alle modalità: di esecuzione delle indagini a supporto della progettazione esecutiva; di verifica ed ottimizzazione delle soluzioni previste dal progetto definitivo in ottemperanza alle prescrizioni ed alla possibilità di ridurre gli impatti ambientali, estetici e paesaggistici dell'intervento; di verifica dello scenario di intervento finale (progetto esecutivo) in relazione alle possibili interferenze delle opere di primo lotto funzionale su tutto il litorale; di interlocuzione con la Stazione Appaltante";

- con il criterio T.5 la valutazione delle "Caratteristiche metodologiche, modalità di svolgimento delle prestazioni previste con la FASE 4", disponendo la presentazione di "una relazione che illustri le azioni che si intendono svolgere, il metodo di esecuzione delle stesse, i tipi di strumenti e di risorse umane che si intendono impiegare per l'esecuzione di tutte le attività incluse nella presente Fase" e apprezzando "la qualità nell'attuazione della prestazione in relazione soprattutto alle modalità:

- attività di monitoraggio con riferimento agli elaborati di progetto definitivo (R.10 - R.10.1 - R.10.2) ed al documento denominato Azioni integrate per la "gestione adattiva" del litorale del golfo di Salerno trasmesso, nell'ambito della procedura VIA-VI, all'Autorità di Bacino Campania Sud ed Interregionale per il bacino idrografico del fiume Sele in data 05.02.2014 con prot. PSA201400035139, revisionato con l'inserimento delle prescrizioni correlate ai pareri acquisiti in sede di conferenza di servizi e della procedura di valutazione ambientale (v. elaborato E.I. 01), dove si definisce con maggior dettaglio la "gestione adattiva" del litorale del golfo di Salerno, sviluppata con l'intento di massimizzare gli effetti di risanamento e difesa di gran parte della costa bassa della Piana del Sele".

In relazione a tali criteri, il ricorrente ha individuato nell'offerta le risorse umane impegnate nelle citate fasi, tra cui quattro tecnici appartenenti direttamente alla Geoatlas, indicati come "principali figure del gruppo di lavoro", aventi compiti di coordinamento delle attività e responsabilità diretta di rilievi; a ciò si aggiunga che alla medesima Geoatlas appartiene anche il geologo individuato nell'ambito del gruppo di progettazione designato ai fini del possesso del requisito di cui al par. 12.8.1.1, impegnato altresì nell'esecuzione dei rilievi archeologici previsti nell'ambito della proposta relativa al medesimo criterio T.2.

È evidente pertanto che tali professionalità appartenenti alla Geoatlas, quali risorse umane da impiegare nella fase di esecuzione e a tal fine indicate nell'offerta con una sintetica descrizione del *curriculum*, abbiano contribuito alla formulazione dell'offerta mediante l'elaborazione delle metodologie e delle soluzioni proposte in relazione ai criteri T.2 e T.5 e che tali professionalità, metodologie e soluzioni abbiano poi formato oggetto di valutazione da parte della Stazione appaltante ai fini dell'attribuzione dei relativi punteggi; a tal proposito occorre rammentare che i criteri T.2 e T.5 rivestivano un peso significativo nell'ambito della complessiva valutazione dell'offerta in quanto, per tali criteri, il disciplinare di gara prevedeva l'attribuzione di un punteggio massimo, rispettivamente, di 20 e di 10 punti ovvero di complessivi 30 punti su un punteggio massimo attribuibile all'offerta tecnica di 75 punti.

Quanto sopra evidenziato fornisce la misura del contributo fornito dalla consorziata esecutrice all'elaborazione dell'offerta tecnica presentata in gara nonché della rilevanza di tale contributo ai fini delle valutazioni della Stazione appaltante e dei punteggi attribuiti, tale da precluderne la sostituzione.

Non è possibile inoltre affermare, come fa il ricorrente, che tali professionisti risulterebbero di per sé disponibili nell'ambito dei rapporti esistenti tra le consorziate appartenenti al medesimo consorzio stabile in

quanto l'art. 47 del d.lgs. n. 50/2016 consente il cumulo unicamente dell'organico medio annuo, computato cumulativamente in capo al consorzio ancorché posseduto dalle singole imprese consorziate, e non in generale di tutte le professionalità disponibili; tale disposizione inoltre assume rilievo ai soli fini del possesso dei requisiti di partecipazione ma non consente lo scambio di professionalità tra le consorziate nella fase di esecuzione dell'appalto, del tutto estranea al suo ambito applicativo.

13. Deve infine essere disatteso anche il terzo motivo di ricorso.

Il raggruppamento ricorrente ha partecipato alla procedura individuando un costituendo RTP ai fini del possesso dei requisiti e dell'esecuzione delle prestazioni di cui alle fasi 1, 2, e 4 dell'appalto, producendo il contratto di avvalimento e le dichiarazioni prescritte. Il verbale n. 9 evidenzia che il raggruppamento ha fatto ricorso all'avvalimento anche ai fini del possesso dei requisiti (definiti dalla Stazione appaltante) di idoneità professionale di cui al par. 12.8.1.1 del disciplinare di gara e che il RTP così individuato si è impegnato a eseguire integralmente le prestazioni previste dalle fasi 1 (servizi di indagine), 2 (progettazione esecutiva) e 4 (servizi di monitoraggio); il medesimo verbale rileva la violazione dell'art. 89, commi 1 e 8, del d.lgs. n. 50/2016 che non consente l'avvalimento dei requisiti di idoneità professionale e ammette l'esecuzione diretta dei servizi da parte dell'ausiliario unicamente nel caso di avvalimento dei requisiti relativi ai titoli di studio e professionali e alle esperienze professionali pertinenti, questi ultimi "ritenuti una fattispecie di requisiti di capacità tecnico professionale differente da quelli previsti nel disciplinare di gara"; come già evidenziato nel verbale precedente, nel verbale n. 10 si "ritiene che il contratto di avvalimento prodotto non sia in linea con il disposto di cui all'art. 89 del Codice e irrilevante ai fini della partecipazione, tenuto conto che il concorrente in ATI, con apposita dichiarazione, ha comunque "indicato" - per l'esecuzione dei servizi relativi alle fasi 1, 2 e 4 - un costituendo RTP". Il concorrente, pur

richiamando la norma di cui all'art. 89 del d.lgs. n. 50/2016, ha infatti più volte “indicato” il costituendo RTP ai fini delle prestazioni di cui alle fasi 1, 2 e 4 cosicché la Stazione appaltante ha ritenuto “ammissibile l’assetto di partecipazione dichiarato nell’istanza di ammissione alla gara e dichiarazione di impegno a costituire ATI” – con indicazione del costituendo RTP per l’esecuzione dei servizi” (cfr. anche provvedimento di esclusione).

La Stazione appaltante ha di conseguenza ammesso il ricorrente alle successive fasi della procedura considerando il citato RTP non come “ausiliario” ma come “indicato” (evidentemente ai sensi dell’art. 59, comma 1 *bis*, del d.lgs. n. 50/2016) per le tre citate fasi di esecuzione, con la conseguenza che non ne è possibile la sostituzione ai sensi dell’art. 89, comma 3, del d.lgs. n. 50/2016.

L’applicazione di tale disposizione presuppone infatti la sussistenza di un rapporto di avvalimento tra il concorrente e il soggetto da sostituire, rapporto che non ricorre nel caso di specie in cui la Stazione appaltante ha invece considerato il costituendo RTP come “indicato” ai fini dell’ammissione del ricorrente stesso alle successive fasi della procedura, ritenendo altrimenti violata la disciplina in materia avvalimento.

Tale “qualificazione” del rapporto tra il ricorrente e il RTP non è specificamente contestata dal ricorrente stesso, il quale si limita a censurare le valutazioni della Stazione appaltante evidenziando unicamente che il requisito di idoneità professionale previsto doveva essere necessariamente posseduto dal RTP impegnatosi all’esecuzione delle prestazioni, sebbene fossero più ampi i rilievi avanzati dalla Stazione appaltante circa il rapporto di avvalimento rappresentato in sede di partecipazione; al riguardo occorre comunque precisare che la giurisprudenza ha costantemente escluso l’avvalimento per i requisiti di idoneità professionale di cui all’art. 83, comma 1, lett. a), del d.lgs. n.

50/2016 e pertanto la censura, per come formulata, non è idonea a scalfire le valutazioni dell'Amministrazione.

Di conseguenza, la configurazione del rapporto tra ricorrente e costituendo RTP in termini di indicazione anziché di avvalimento, operata dalla Stazione appaltante sulla base del mancato rispetto della disciplina di cui all'art. 89 del d.lgs. n. 50/2016 nonché della formulazione contenuta nella documentazione prodotta in sede di partecipazione alla procedura dallo stesso odierno ricorrente, esclude l'applicazione dell'art. 89, comma 3, del citato decreto e della ipotesi di sostituzione ivi prevista.

In ogni caso, tale sostituzione incontrerebbe il limite dell'immodificabilità dell'offerta sopra rilevato, valido anche in ipotesi di sostituzione dell'ausiliaria (cfr. Consiglio di Stato n. 5563/2021 e giurisprudenza europea ivi citata).

14. In conclusione, il ricorso principale ed i relativi motivi aggiunti sono infondati e devono essere respinti.

Al mancato accoglimento del ricorso principale e dei relativi motivi aggiunti segue l'improcedibilità, per carenza di interesse, del ricorso incidentale proposto dalla controinteressata.

15. La particolarità delle questioni trattate, sotto il profilo fattuale e giuridico, consente di compensare integralmente le spese di lite tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania, sezione staccata di Salerno (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso principale, sui relativi i motivi aggiunti e sul ricorso incidentale, come in epigrafe proposti, respinge il ricorso principale e i relativi i motivi aggiunti e dichiara improcedibile il ricorso incidentale.

Compensa integralmente le spese di lite tra le parti.

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

Così deciso in Salerno nelle camere di consiglio dei giorni 6 ottobre 2021 e 3 novembre 2021, con l'intervento dei magistrati:

Leonardo Pasanisi, Presidente

Pierangelo Sorrentino, Referendario

Raffaele Esposito, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Raffaele Esposito

IL PRESIDENTE
Leonardo Pasanisi

IL SEGRETARIO