

Requisiti di ammissione e raggruppamento temporaneo di imprese

di Antonio Danza

Data di pubblicazione: 20-7-2017

1. La giurisprudenza di questo Consiglio ha già avuto modo di rilevare che la corrispondenza delle quote di partecipazione, di qualificazione e di esecuzione tra i vari soggetti che partecipano in associazione temporanea di imprese ad una gara pubblica è vicenda che si presenta come necessaria per far esattamente conoscere all'Amministrazione procedente quale impresa eseguirà le varie parti dell'appalto e se la stessa sia in possesso dei relativi requisiti (soprattutto, di qualificazione) per eseguirla a regola d'arte. Tuttavia, tale necessità sorge nel momento in cui l'Amministrazione si trova a valutare l'offerta concretamente presentata dal raggruppamento, mentre in sede di prequalificazione tale necessità non sussiste, in quanto l'Amministrazione non esamina il progetto offerto ma si limita soltanto a verificare se il soggetto che chiede l'ammissione ha i relativi requisiti.

2. In presenza di una clausola dal contenuto non univoco (quale il punto III.2.2, lett. a) del bando), l'interprete deve propendere per la lettura maggiorante conforme ai correnti orientamenti giurisprudenziali, nonché a principi di portata generale, quale quello del favor participationis, superando – fin dove possibile – interpretazioni volte a limitare conseguenze escludenti in assenza di effettive ragioni sistematiche.

3. La giurisprudenza amministrativa ha in più occasioni affermato che in materia di gare pubbliche il divieto di modificazione della compagine delle associazioni temporanee di imprese o dei consorzi nella fase procedurale corrente tra la presentazione delle offerte e la definizione della procedura di aggiudicazione, è finalizzato a impedire l'aggiunta o la sostituzione di imprese partecipanti all'a.t.i. o al consorzio, e non anche a precludere il recesso di una o più di esse, a condizione che quelle che restano a farne parte risultino titolari, da sole, dei requisiti di partecipazione e di qualificazione e che ciò non avvenga al fine di eludere la legge di gara e, in particolare, per evitare una sanzione di esclusione dalla gara per difetto dei requisiti in capo al componente dell'a.t.i. venuto meno per effetto dell'operazione riduttiva.

4. A fronte di una clausola che connetteva (peraltro, con portata di dubbia legittimità in relazione al comma 1-bis dell'articolo 4 del previgente 'Codice dei contratti') effetti escludenti al mancato rispetto di una determinata forma nella dichiarazione, e a fronte del carattere non univoco della disposizione escludente, l'interprete deve conformare la propria attività interpretativa al criterio del favor participationis, evitando di avallare conseguenze escludenti laddove la 'forma sostanziale' prescritta dalla lex specialis di gara risulti in concreto rispettata.

Guida alla lettura

La pronuncia in commento si segnala per l'esame di alcune rilevanti questioni giuridiche.

1. Il Consiglio di Stato si domanda in primo luogo se i componenti di un raggruppamento temporaneo di imprese debbano possedere i requisiti di partecipazione previsti dalla legge già nella fase di prequalifica o soltanto quando l'amministrazione precedente valuta l'offerta.

Il Supremo Consesso giurisdizionale amministrativo risponde a tale quesito richiamando lo scopo della necessaria corrispondenza tra quote di partecipazione, quote di qualificazione e quote di esecuzione tra i soggetti che partecipano ad un raggruppamento temporaneo di imprese. Tale corrispondenza, cioè, consente all'amministrazione: di conoscere le imprese esecutrici delle diverse quote del contratto che sarà eventualmente aggiudicato; di verificare se tali imprese siano capaci di eseguire eventualmente l'affidamento.

Ad avviso dei Giudici di Palazzo Spada, tuttavia, tale finalità sussiste solo quando l'amministrazione precedente valuta l'offerta presentata dal raggruppamento. Non sussiste, invece, in fase di prequalifica, poiché in tale sede l'ente aggiudicatore si limita a verificare se il soggetto che chiede l'ammissione alla gara possieda i requisiti prescritti dalla legge a questo fine.

Per il Consiglio di Stato, inoltre, il bando non avrebbe potuto legittimamente anticipare la verifica dei requisiti di qualificazione alla fase di prequalifica, minacciando la sanzione dell'esclusione alle imprese che ne fossero state prive. I Giudici amministrativi giustificano questa conclusione argomentando che una simile eventuale clausola avrebbe violato il principio del *favor participationis*. Tale principio, infatti, introduce un dualismo normativo: la norma generale è la partecipazione alle gare, obiettivo fondamentale, anche se non primario, della contrattualistica pubblica; la norma eccezionale è, consequenzialmente, l'esclusione degli operatori economici dalle procedure di affidamento. L'esclusione, cioè, deve operare solo se non è possibile rimediare alle violazioni commesse dai partecipanti alle gare, e ovviamente se l'interesse privato a concorrere nella procedura e ad aggiudicarsela confligge con superiori interessi pubblici. Il Consiglio di Stato non ritiene sussistenti tali interessi nel caso di specie.

2. I Giudici amministrativi si chiedono poi se la dichiarazione di fallimento di una impresa mandante determini necessariamente l'esclusione dell'intero raggruppamento dalla gara.

Il Consiglio di Stato risponde negativamente alla domanda. L'ipotesi descritta evoca quella disciplinata dall'art. 37, cc. 18 e 19 del previgente Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 163/2006). Secondo la disposizione di tale articolo, però, il raggruppamento perde l'idoneità se il fallimento viene pronunciato durante l'esecuzione del contratto. Trattandosi di norma eccezionale, poiché tali sono le norme che comminano l'esclusione delle imprese dalle gare pubbliche, essa non può analogicamente estendersi all'ipotesi in cui il fallimento sia dichiarato durante la fase pubblicistica. In tale evenienza, allora, il raggruppamento conserva l'idoneità già acquisita a partecipare alla gara. Nel caso descritto, inoltre, nemmeno verrebbe violato il principio che vieta di modificare le compagini societarie concorrenti dopo la verifica dei requisiti di ammissione. Quando il fallimento della mandante viene pronunciato, infatti, tale verifica è già avvenuta: le altre imprese, diverse dalla mandante, sono già state giudicate idonee e, perciò, ammesse alla gara. Può tuttavia accadere che le imprese diversa da quella fallita

perdano i requisiti a causa del suo fallimento. In tale eventualità, dunque, l'amministrazione procedente deve verificare se le imprese superstiti siano ugualmente capaci di eseguire le prestazioni oggetto del contratto pubblico; dunque se occorra o meno escluderle dalla gara.

Un'impresa del raggruppamento priva dei requisiti di ammissione può inoltre recedere per eludere la disciplina dei contratti pubblici.

Opina il Consiglio di Stato che tale finalità elusiva potrebbe per esempio essere raggiunta se un'impresa dell'associazione temporanea affittasse un ramo d'azienda. Un'impresa potrebbe cioè affittare un ramo d'azienda per evitare che l'amministrazione dichiari il raggruppamento privo dei requisiti di ammissione. Si pensi all'ipotesi in cui l'impresa che cede il ramo d'azienda versi in stato di decozione: essa non è verosimilmente capace di adempiere gli obblighi contrattuali che ha assunto o che assumerà con l'amministrazione. Anche in questo caso l'ente aggiudicatore deve verificare se tale operazione commerciale pregiudichi la capacità delle altre imprese del gruppo di eseguire l'affidamento. Secondo il Consiglio di Stato, nel caso di specie *"l'operazione di affitto del ramo di azienda: i) determinava una (consentita) modificazione 'in riduzione' della consistenza del raggruppamento; ii) non palesava intenti elusivi in relazione alla (già completata) verifica preliminare in ordine al possesso dei requisiti di partecipazione e iii) non alterava il possesso dei requisiti in questione in capo al raggruppamento nel suo complesso (requisiti che, come si è già detto, erano pacificamente posseduti – e in modo integrale e autonomo – dalle due imprese che continuavano a costituire il raggruppamento medesimo)"*.

3. Un'ulteriore rilevante questione che il Consiglio di Stato discute nella sentenza in commento è se il raggruppamento di imprese sia obbligato a correggere la lista delle lavorazioni e dei prezzi unitari rispettando rigorosamente le precise modalità che il bando di gara stabilisce per questa evenienza. Il criterio risolutivo che Consiglio di Stato individua è il seguente: indipendentemente dalla formale osservanza delle richiamate modalità, le correzioni in questione devono essere univocamente riconducibili al soggetto che le apporta. I Giudici di Palazzo Spada risolvono questa ulteriore questione, quindi, privilegiando un parametro interpretativo sostanzialistico e ripudiando, consequenzialmente, opzioni ermeneutiche sterilmente formalistiche. Tale soluzione è giustificata dall'esigenza di conciliare il principio della proporzionalità delle sanzioni da infliggere agli operatori economici che violino le prescrizioni del bando e il principio della massima partecipazione alle gare. Il Consiglio di Stato ritiene cioè inadeguata la conseguenza dell'esclusione dalla procedura di affidamento nell'ipotesi in cui un partecipante non si attenga pedissequamente alle prescrizioni della *lex specialis* ma ne soddisfi ugualmente la finalità ispiratrice.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 893 del 2017, proposto dalla Cooperativa Muratori & Cementisti - C.M.C. di Ravenna - Società Cooperativa in proprio e in qualità di mandataria di R.T.I., R.T.I. - Aleandri S.p.a., R.T.I.-Impresa Bacchi S.r.l., in persona dei legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentati e difesi dall'avvocato Gianluigi Pellegrino, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, corso del Rinascimento, 11

contro

Anas S.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa per legge dall'Avvocatura generale dello Stato, domiciliata in Roma, via dei Portoghesi, 12

nei confronti di

Rti-Carena S.p.A. Impresa di Costruzioni, FIMET Forniture Impianti Manutenzioni Elettrotelefoniche Tubazioni S.p.A. in Liquidazione, FIMET Forniture Impianti Manutenzioni Elettrotelefoniche Tubazioni S.p.A. in fallimento, Locatelli Geom. Gabriele S.r.l. in liquidazione, Geom. Locatelli Lavori S.r.l. in liquidazione non costituiti in giudizio

per la riforma della sentenza del T.A.R. Lombardia – Sezione staccata di Brescia – Sezione II, n. 167 del 2017

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

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

Visto l'atto di costituzione in giudizio e il ricorso incidentale proposto dalla ricorrente incidentale Salc S.p.A.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 aprile 2017 il Cons. Claudio Contessa e uditi per le parti l'avvocato Pellegrino, l'avvocato dello Stato Palmieri e l'avvocato Musenga;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue

FATTO

La ricorrente Cooperativa Muratori & Cementisti di Ravenna soc. coop. (d'ora in poi: 'la

CMC' o 'la cooperativa appellante'), attiva nel settore degli appalti di lavori, ha partecipato alla gara per l'affidamento dei lavori per la realizzazione del raccordo autostradale tra l'autostrada A4 e la Val Trompia – Tronco Ospitaletto – Sarezzo, Tratto Concesio – Sarezzo, compreso lo svincolo di Concesio (Lotto n. 1), per un importo complessivo a base di gara di 235.281.018,40 €, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

La ricorrente, risultata seconda in graduatoria dopo il raggruppamento R.T.I. SALC (originariamente I.C.S. Grandi Lavori Spa), ha impugnato dinanzi al T.A.R. della Lombardia – Sezione staccata di Brescia l'aggiudicazione in favore di tale raggruppamento, a causa di plurime ragioni che avrebbero dovuto indurre la stazione appaltante all'esclusione del medesimo dalla gara.

Con la sentenza in epigrafe il Tribunale amministrativo regionale adito ha respinto il ricorso principale (CMC) e il ricorso incidentale proposto dall'aggiudicataria.

La sentenza in questione è stata impugnata in appello dalla CMC la quale ne ha chiesto la riforma articolando i seguenti motivi di censura:

1) Manifesta erroneità della sentenza appellata ove (rigettando il primo motivo di ricorso) ha ritenuto ammissibile la qualificazione dell'ATI aggiudicataria pur non avendo la mandante Locatelli una SA sufficiente alle lavorazioni assunte. Violazione manifesta del bando di gara;

2) Erroneità della sentenza ove (rigettando il terzo motivo di ricorso) ha ritenuto che possa essere aggiudicatario un raggruppamento in cui nel corso della gara una mandante è stata dichiarata fallita. Violazione e falsa applicazione degli artt. 37 e 38 del d.lgs. 163 del 2006;

3) Erroneità della sentenza ove con riguardo al quarto articolato motivo di ricorso non ha rilevato la violazione dell'art. 51 del 'Codice dei contratti';

4) Erroneità della sentenza ove ha ritenuto non fondato il motivo riguardante la necessaria esclusione del R.T.I. SALC per violazione della lex specialis con riferimento alle modalità di correzione dei prezzi unitari;

5) Erroneità della sentenza ove ha ritenuto non fondato il motivo riguardante la grave indeterminatezza della proposta negoziale del R.T.I. SALC;

6) Erroneità della sentenza ove ha ritenuto non fondato il motivo riguardante la mancata produzione degli elaborati progettuali modificati da parte del R.T.I. avversario.

Si è costituito in giudizio l'aggiudicatario R.T.I. SALC il quale ha concluso nel senso della reiezione dell'appello.

Il raggruppamento in parola ha altresì chiesto la riforma della sentenza in epigrafe per non avere i primi Giudici accolto i motivi con i quali si era lamentata la mancata esclusione della cooperativa appellante dalla gara per la mancata indicazione, in sede di domanda di partecipazione, di un pregiudizio penale ostativo a carico del legale rappresentante della

mandante Aleandri s.p.a.

Si è altresì costituita in giudizio ANAS s.p.a. la quale ha concluso nel senso dell'inammissibilità e/o dell'infondatezza dell'appello.

Con ordinanza n. 868/2017 (resa all'esito della camera di consiglio del 2 marzo 2017) questo Consiglio ha accolto l'istanza di sospensione cautelare degli effetti della sentenza in epigrafe, proposta in via incidentale dalla cooperativa appellante.

Alla pubblica udienza del 13 aprile 2017 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

1. Giunge alla decisione del Collegio il ricorso proposto dalla Cooperativa Muratori & Cementisti di Ravenna soc. coop. - d'ora in poi: 'la CMC' o 'la cooperativa appellante' -, attiva nel settore degli appalti lavori (la quale aveva partecipato a una gara di appalto indetta dall'ANAS per la realizzazione di un raccordo autostradale e si era classificata al secondo posto dopo il R.T.I. SALC s.p.a.) avverso la sentenza del T.A.R. della Lombardia – Sezione staccata di Brescia con cui è stato respinto il ricorso avverso gli atti con cui la gara è stata aggiudicata al R.T.I. SALC s.p.a.

2. Con il primo motivo di appello (sostanzialmente reiterativo di analogo motivo già articolato in primo grado e disatteso dal T.A.R.) l'appellante CCC lamenta la mancata esclusione del R.T.I. SALC dalla procedura per cui è causa nonostante la violazione del punto III.2.2, lettera a) del Bando di gara in tema di requisiti per ottenere la prequalifica e il successivo invito alla procedura ristretta.

In particolare l'appellante lamenta la mandante dell'appellata (si tratta della Locatelli Geom. Gabriele s.p.a. - d'ora innanzi: 'la Locatelli' -), che era stata indicata per eseguire il 20 per cento delle lavorazioni della categoria OG8 non possedesse una qualificazione adeguata a tal fine (in particolare, siccome l'importo delle lavorazioni di cui alla categoria OG8 ammontava ad euro 53.128.871,89, la Locatelli avrebbe dovuto essere in possesso della classifica VII, mentre era in possesso della sola classifica V, evidentemente insufficiente ai fini della legge di gara).

Soggiunge al riguardo l'appellante:

i) che a nulla rileva la circostanza per cui, una volta ottenuta la prequalifica, il R.T.I. appellato abbia proceduto a rimodulare le quote di esecuzione (riducendo la quota di esecuzione della Locatelli alla qualifica in concreto posseduta);

ii) che a nulla rileva la circostanza per cui la mandataria SALC fosse in possesso della qualificazione illimitata per la categoria prevalente.

Quanto al primo aspetto l'appellante deduce che la rimodulazione in parola risulterebbe inammissibile, dovendo i requisiti di ammissione essere posseduti sin dalla fase di prequalifica

(e secondo le quote di riparto indicate in tale occasione), senza possibilità di successive rimodulazioni.

Quanto al secondo aspetto l'appellante osserva che la circostanza non rileva ai fini della decisione, dovendosi avere riguardo, ai fini ammissivi, alle quote di esecuzione (e quindi di qualificazione) indicate in sede di domanda di prequalifica.

2.1. Il primo motivo è nel suo complesso infondato.

2.1.1. Si osserva in primo luogo al riguardo (e si tratta di circostanza del tutto dirimente ai fini del decidere) che, in base a un condiviso orientamento – correttamente richiamato dalla Difesa erariale e dall'appellata -, non può condividersi la tesi dell'appellante secondo cui il possesso dei requisiti di partecipazione in capo al R.T.I. SALC (in relazione alle quote di esecuzione indicate dal medesimo raggruppamento) dovesse essere valutato sulla base di quanto rappresentato in sede di domanda di prequalifica.

Al riguardo la giurisprudenza di questo Consiglio ha già avuto modo di rilevare che la corrispondenza delle quote di partecipazione, di qualificazione e di esecuzione tra i vari soggetti che partecipano in associazione temporanea di imprese ad una gara pubblica è vicenda che si presenta come necessaria per far esattamente conoscere all'Amministrazione procedente quale impresa eseguirà le varie parti dell'appalto e se la stessa sia in possesso dei relativi requisiti (soprattutto, di qualificazione) per eseguirla a regola d'arte. Tuttavia, tale necessità sorge nel momento in cui l'Amministrazione si trova a valutare l'offerta concretamente presentata dal raggruppamento, mentre in sede di prequalificazione tale necessità non sussiste, in quanto l'Amministrazione non esamina il progetto offerto ma si limita soltanto a verificare se il soggetto che chiede l'ammissione ha i relativi requisiti (in tal senso: Cons. Stato, V, 8 settembre 2010, n 6490).

E la circostanza per cui il raggruppamento appellato (indipendentemente dalle quote di esecuzione indicate in sede di domanda di prequalifica – invero ininfluenti ai fini che qui rilevano -) possedesse nel suo complesso i requisiti di ammissione alla gara per quanto riguarda la categoria prevalente OG4 risulta pacifico in atti, se solo si consideri che la mandataria SALC era in possesso della qualifica illimitata per la richiamata categoria OG4 (si rinvia invece al prosieguo per quanto riguarda la qualificazione nella categoria OG8).

2.1.2. Ad ogni modo è pacifico in atti che, in occasione della presentazione della propria offerta in gara, il R.T.I. SALC abbia rimodulato (come era in sua facoltà) il riparto interno fra le quote demandate alle singole imprese del raggruppamento, presentando quote di riparto del tutto compatibili con le categorie e le classi di importo da ciascuna di esser posseduta.

Per quanto riguarda, in particolare, la mandante Locatelli, in sede di presentazione dell'offerta di gara, la sua quota per le lavorazioni della categoria OG8 è stata ridotta al 10 per cento (*i.e.*: a una quota percentuale certamente compatibile con la qualificazione posseduta).

2.1.3. Non può inoltre ritenersi che la *lex specialis* di gara potesse introdurre un ulteriore requisito di partecipazione, imponendo (e sotto comminatoria di esclusione) che il possesso

dei requisiti di qualificazione (pur pacificamente posseduto dal raggruppamento nel suo complesso già nella fase della prequalifica) dovesse essere scrutinato già in tale fase pure per quanto riguarda il riparto relativo delle quote di esecuzione fra le diverse imprese partecipanti (e in tal modo anticipando una valutazione che, ai sensi del richiamato orientamento, deve essere svolta solo in occasione della concreta presentazione dell'offerta di gara).

Del resto, il tenore letterale della richiamata clausola non depone univocamente nel senso indicato dall'appellante, ma sembra piuttosto da interpretare nel senso di imporre soltanto l'indicazione della quota di partecipazione al raggruppamento, oltre che la sussistenza (del pari, al livello di raggruppamento) dei requisiti complessivamente intesi.

Ad ogni modo, in presenza di una clausola dal contenuto non univoco (quale il punto III.2.2, lett. a) del bando), l'interprete deve propendere per la lettura maggiorante conforme ai correnti orientamenti giurisprudenziali, nonché a principi di portata generale, quale quello del *favor participationis*, superando – fin dove possibile – interpretazioni volte a limitare conseguenze escludenti in assenza di effettive ragioni sistematiche.

2.1.4. Fermo restando il carattere dirimente ai fini del decidere di quanto appena esposto, si osserva in secondo luogo che non risulta comunque fondata la tesi dell'appellante secondo cui la mandante Locatelli fosse in radice priva della qualifica in OG8 per una classe di importo adeguata (i.e.: per il 20 per cento dell'importo di euro 53.128.871,89, pari ad euro 10.625.774,27).

Ed infatti, come condivisibilmente rilevato dalla Difesa erariale:

- la Locatelli risultava in possesso della qualifica per la categoria OG8 in classe V (i.e.: per importi sino ad euro 5.164.569);

- tale classe di importo doveva tuttavia essere incrementata del 20 per cento (sino a giungere ad euro 6.197.482,80) ai sensi del comma 2 dell'articolo 3 del d.P.R. 25 gennaio 2000, n. 34 (secondo cui *“la qualificazione in una categoria abilita l'impresa a partecipare alle gare e ad eseguire i lavori nei limiti della propria classifica incrementata di un quinto; nel caso di imprese raggruppate o consorziate la medesima disposizione si applica con riferimento a ciascuna impresa raggruppata o consorziata, a condizione che essa sia qualificata per una classifica pari ad almeno un quinto dell'importo dei lavori a base di gara”*);

- per quanto riguarda l'importo differenziale (pari ad euro 4.428.291,57) la Locatelli poteva farvi fronte attraverso la posseduta qualificazione nella categoria prevalente OG4 in classifica V (anche in questo caso incrementata di un quinto, ai sensi del comma 2 dell'articolo 3 del d.P.R. 34 del 2000, cit.).

In base a quanto appena esposto non risulta neppure fondata in punto di fatto la premessa da cui muove la tesi dell'appellante secondo cui (pur a voler aderire alla più rigida interpretazione della richiamata clausola di *lex specialis*), la Locatelli non fosse in possesso di qualificazione adeguata per la realizzazione delle lavorazioni della categoria OG8 per un importo adeguato.

2.1.5. Anche per tale ragione il primo motivo di appello deve essere respinto.

3. Con il secondo motivo di appello l'appellante CCC lamenta che i primi Giudici abbiano erroneamente respinto il motivo di ricorso con cui si era lamentata la mancata esclusione dalla procedura del raggruppamento appellato, nonostante il fatto che, nel corso della procedura di gara, una sua mandante (la società FIMET) fosse stata dichiarata fallita, in tal modo determinando la perdita di un necessario requisito idoneo a riverberarsi in modo negativo sulla partecipazione dell'intero raggruppamento.

L'appellante osserva al riguardo

- che l'esclusione dalla gara del raggruppamento non potrebbe essere evitata invocando i commi 18 e 19 dell'articolo 37 del decreto legislativo n. 163 del 2006, trattandosi di disposizione di carattere eccezionale riferita all'ipotesi – che qui non ricorre – in cui il fallimento sia intervenuto in corso di esecuzione del contratto;

- che non potrebbe giungersi a conclusioni diverse neppure in relazione al fatto che, a seguito del fallimento della società FIMET, ne era stata disposta l'estromissione dal raggruppamento. Ed infatti, la disposta misura non risulterebbe *ex se* idonea ad impedire la perdita della necessaria continuità dei requisiti in capo al raggruppamento nel suo complesso;

- che, in ogni caso, la più recente giurisprudenza di questo Consiglio tende a sfavorire qualunque possibile modificazione nella composizione dei raggruppamenti in corso di gara atteso che ammettere una siffatta possibilità equivarrebbe a una indebita riformulazione della normativa di riferimento.

3.1. Il motivo è nel suo complesso infondato.

3.2. Si osserva al riguardo che non può essere condivisa l'eccezione di inammissibilità del motivo sollevata dalla SALC (la quale osserva che il motivo in esame risulterebbe sostanzialmente nuovo e diverso dal terzo motivo del ricorso di primo grado).

Si osserva in contrario che, dall'esame comparativo fra il terzo motivo del ricorso di primo grado e il secondo motivo di appello, emerge la sostanziale identità di tali motivi (entrambi incentrati sulla controversa valenza escludente sortita dalla dichiarazione di fallimento che, all'indomani dell'aggiudicazione provvisoria, aveva colpito la mandante FIMET).

3.3. Il motivo in questione è tuttavia infondato nel merito.

3.3.1. Può convenirsi con l'appellante che le previsioni di cui ai commi 18 e 19 dell'articolo 37 del decreto legislativo n. 163 del 2006 (le quale consentono, a talune condizioni, di modificare la composizione del raggruppamento in caso – rispettivamente – di fallimento della mandataria o della mandante) siano limitate alla sola fase dell'esecuzione del contratto e non possano *sic et simpliciter* trovare applicazione al caso - che qui ricorre – in cui il fallimento della mandante sia intervenuto nel corso della fase pubblicitica.

3.3.2. Occorre tuttavia domandarsi se, in situazioni quale quella che qui ricorre, l'esclusione dell'intero raggruppamento costituisca l'unica conseguenza possibile alla luce del c.d. 'principio di immodificabilità' di cui al comma 9 del richiamato articolo 37.

A tal fine è necessario richiamare la ratio del richiamato principio di immodificabilità, che è solitamente individuata nell'esigenza di consentire alla stazione appaltante di verificare in modo attendibile il possesso dei requisiti di partecipazione in capo ai soggetti che costituiscono il raggruppamento e di evitare che tale esigenza resti frustrata da modificazioni soggettive le quali intervengano in un momento successivo rispetto alle verifiche preliminari in ordine al possesso dei richiamati requisiti.

Ma se questa è l'effettiva ratio sottesa al richiamato principio di immodificabilità, ne consegue che le modifiche nella composizione dei raggruppamenti non restino precluse in via assoluta, ma solo nei casi in cui esse risultino artatamente preordinate al fine di impedire l'efficace controllo in ordine al possesso dei requisiti o comunque possano rendere di fatto inefficace tale verifica.

Al riguardo la giurisprudenza amministrativa ha in più occasioni affermato che in materia di gare pubbliche il divieto di modificazione della compagine delle associazioni temporanee di imprese o dei consorzi nella fase procedurale corrente tra la presentazione delle offerte e la definizione della procedura di aggiudicazione, è finalizzato a impedire l'aggiunta o la sostituzione di imprese partecipanti all'a.t.i. o al consorzio, e non anche a precludere il recesso di una o più di esse, a condizione che quelle che restano a farne parte risultino titolari, da sole, dei requisiti di partecipazione e di qualificazione e che ciò non avvenga al fine di eludere la legge di gara e, in particolare, per evitare una sanzione di esclusione dalla gara per difetto dei requisiti in capo al componente dell'a.t.i. venuto meno per effetto dell'operazione riduttiva (sul punto – *ex multis* – Cons. Stato, V, 20 gennaio 2015, n. 169).

In definitiva, dalla complessiva *ratio* sottesa al richiamato principio di immodificabilità soggettiva emerge che non resti preclusa la modificazione soggettiva del raggruppamento: *i)* laddove tale modificazione operi 'in riduzione' (e non 'in aggiunta' o 'in sostituzione' di alcuno dei componenti il raggruppamento); *ii)* laddove la modificazione soggettiva non risulti finalizzata ad impedire la verifica dei controlli in ordine al possesso dei requisiti di partecipazione; *iii)* laddove, comunque, i residui membri del raggruppamento siano di per sé in possesso – anche in assenza dell'operatore escluso – della totalità dei requisiti di partecipazione, senza la possibilità di ammettere a tal fine integrazioni di sorta.

Ebbene, riconducendo i principi appena enunciati alle peculiarità del caso in esame, emerge che dall'esclusione della FIMET (il cui fallimento era stato dichiarato dopo l'aggiudicazione provvisoria) non doveva necessariamente derivare l'esclusione dalla gara dell'intero raggruppamento.

Si osserva al riguardo:

i) che, in effetti, l'esclusione della FIMET era avvenuta per mera 'sottrazione', senza che la stessa fosse sostituita da altro operatore;

ii) che l'esclusione in parola non era stata disposta al fine di eludere le verifiche in ordine al possesso dei requisiti (verifiche che si erano già svolte in precedenza e con esito positivo);

iii) che, in ogni caso – e secondo risultanze pacifiche in atti – i residui membri del raggruppamento risultavano *ex se* in possesso della totalità dei requisiti di qualificazione richiesti per l'esecuzione dell'appalto per cui è causa.

3.3.3. Non può poi ritenersi che ostino alla ricostruzione testé offerta le statuizioni rese dall'Adunanza Plenaria n. 8 del 2012 (richiamata dalla stessa appellante) in ordine alla portata del richiamato principio di immodificabilità soggettiva.

Al contrario, la sentenza da ultimo richiamata ha espressamente confermato il principio secondo cui lo scopo primo sotteso al richiamato principio è quello di consentire all'amministrazione di verificare il possesso dei requisiti da parte dei soggetti che partecipano alla gara e, correlativamente, di precludere modificazioni soggettive, sopraggiunte ai controlli, e dunque, in grado di impedire le suddette verifiche preliminari.

Secondo l'Adunanza Plenaria, quindi, "tale essendo (...) la funzione di detta disposizione è evidente come le uniche modifiche soggettive elusive del dettato legislativo siano quelle che portano all'aggiunta o alla sostituzione delle imprese partecipanti e non anche quelle che conducono al recesso di una delle imprese del raggruppamento, in tal caso, infatti, le esigenze succitate non risultano affatto frustrate poiché l'amministrazione, al momento del mutamento soggettivo, ha già provveduto a verificare i requisiti di capacità e di moralità dell'impresa o delle imprese che restano, sicché i rischi che il divieto mira ad impedire non possano verificarsi".

3.4. Il secondo motivo deve quindi essere respinto.

4. Per motivi in larga parte connessi con quelli appena esposti deve altresì essere respinto il terzo motivo di appello.

Con il motivo in questione l'appellante CCC contesta il mancato accoglimento del motivo con cui si era lamentata la mancata esclusione dalla gara del raggruppamento appellato, nonostante la ritenuta violazione delle regole e dei limiti in tema di (legittimo) ricorso all'affitto del ramo di azienda in favore di altra impresa in corso di gara (articolo 51 del decreto legislativo n. 163 del 2006).

In particolare, il T.A.R. avrebbe ommesso di rilevare l'illegittimità dell'affitto del ramo di azienda disposto in corso di gara dall'impresa Geom. Locatelli lavori s.p.a. in favore della FIMET (peraltro, in seguito dichiarata fallita, come già si è osservato).

Secondo l'appellante, i primi Giudici avrebbero ommesso di rilevare che l'operazione in questione celasse un palese intento elusivo delle conseguenze pregiudizievoli che si sarebbero dovute produrre in danno del raggruppamento per effetto della perdita dei requisiti di partecipazione che ormai si era verificata in capo alla cedente.

Nella tesi della CCC, infatti, l'operazione di affitto del ramo di azienda si era resa necessaria

in considerazione dello stato di decozione che interessava la cedente (la quale, non a caso, è stata ammessa a una procedura di concordato preventivo appena pochi giorni dopo la cessione), in tal modo palesando il carattere elusivo dell'operazione nel suo complesso.

4.1. Il motivo non può trovare accoglimento per motivi in larga parte coincidenti con quelli esposti *sub* 3.1, 3.2 e 3.3.

Anche in questo caso, infatti, la sostanziale esclusione della Locatelli disposta attraverso l'operazione di affitto del ramo di azienda: *i*) determinava una (consentita) modificazione 'in riduzione' della consistenza del raggruppamento; *ii*) non palesava intenti elusivi in relazione alla (già completata) verifica preliminare in ordine al possesso dei requisiti di partecipazione e *iii*) non alterava il possesso dei requisiti in questione in capo al raggruppamento nel suo complesso (requisiti che, come si è già detto, erano pacificamente posseduti – e in modo integrale e autonomo – dalle due imprese che continuavano a costituire il raggruppamento medesimo).

4.2. Anche il terzo motivo di appello deve quindi essere respinto.

5. Con il quarto motivo di appello la CCC contesta il mancato accoglimento del motivo di ricorso con cui si era lamentata la mancata esclusione dalla gara del R.T.I. SALC nonostante la violazione, da parte di quest'ultimo, delle modalità di conferma delle correzioni alla lista delle lavorazioni e dei prezzi unitari previste dalla *lex specialis* di gara.

In particolare, secondo l'appellante, il R.T.I. SALC non avrebbe rispettato la clausola della legge di gara la quale (con espressa comminatoria di esclusione dalla gara) imponeva che le integrazioni e le riduzioni alla 'lista prezzi' fossero apportate secondo precise modalità ("ciascuna quantità che il concorrente ritiene di integrare o ridurre dovrà essere barrata e la relativa correzione dovrà essere espressamente confermata e sottoscritta dal Concorrente stesso").

5.1. Il motivo non può trovare accoglimento.

Si osserva al riguardo che le modalità concrete con cui l'appellata aveva apportato le richiamate integrazioni e correzioni apparivano nel complesso rispettose della finalità sottesa alla richiamata prescrizione della *lex specialis* (che era evidentemente quella di riferire in modo univoco e incontestabile al dichiarante il complesso delle modifiche proposte alla lista dei prezzi).

In particolare, ad avviso del Collegio, non vi è ragione di dubitare della chiara ed univoca espressione di volontà che emergeva dalla documentazione prodotta dal R.T.I. SALC il quale: *i*) aveva apportato singolarmente a mano le singole correzioni; *ii*) aveva provveduto a numerarle in modo progressivo; *iii*) aveva apposto su ciascuna delle pagine recanti modifiche un timbro con la dicitura "sono confermate le seguenti correzioni", con ulteriore timbro e firma del legale rappresentante dell'impresa.

In tal modo operando la dichiarante aveva soddisfatto in modo del tutto adeguato le esigenze

di chiara ed univoca riferibilità della volontà espressa, così come della genuinità del contenuto di ciò che veniva dichiarato.

Né l'appellante ha addotto elementi concreti (diversi da generiche deduzioni dubitative) idonei a contestare la genuinità della volontà espressa e la mancata alterazione del contenuto delle dichiarazioni rese.

Si osserva del resto che, a fronte di una clausola che connetteva (peraltro, con portata di dubbia legittimità in relazione al comma 1-bis dell'articolo 4 del previgente 'Codice dei contratti') effetti escludenti al mancato rispetto di una determinata forma nella dichiarazione, e a fronte del carattere non univoco della disposizione escludente, l'interprete deve conformare la propria attività interpretativa al criterio del *favor participationis*, evitando di avallare conseguenze escludenti laddove la 'forma sostanziale' prescritta dalla *lex specialis* di gara risulti in concreto rispettata.

6. Con il quinto motivo di appello la CCC contesta il mancato accoglimento del motivo di ricorso con cui si era lamentata la mancata esclusione dalla gara del R.T.I. SALC nonostante la grave indeterminatezza che caratterizzava l'offerta formulata e la contraddittorietà fra i dati economici (prezzi unitari) riportati nelle 'Analisi nuovi prezzi' ed i prezzi unitari inseriti invece nella 'Lista prezzi'.

L'appellante lamenta che il T.A.R. abbia respinto in modo acritico tale motivo di ricorso recependo in modo acritico le difese dell'amministrazione .

6.1. Il motivo non può trovare accoglimento in quanto, come condivisibilmente osservato dall'amministrazione appellata e dal primo Giudice, che la 'Lista Nuovi Prezzi' sarebbe stata presa in considerazione dalla stessa amministrazione solo se l'offerta formulata dal concorrente fosse rientrata nel range delle offerte anomale (in tal senso, il punto G.2 della lettera di invito in relazione al precedente punto E.1.3)

Ma siccome è pacifico in atti che l'offerta del RTI SALC non è rientrata nel novero delle offerte anomale, ne consegue che le discrasie lamentate dall'appellante non potrebbero comunque essere ritenute come indicative di un'offerta *ex se* contraddittoria nella sua formulazione, non avendo inciso sulla struttura dell'(unica) offerta economica valutata ai fini dell'affidamento.

Si osserva del resto che l'appellante non ha allegato alcun elemento tale da far ritenere che l'offerta del RTI SALC presentasse profili di anomalia rilevanti ai sensi dell'articolo 86 del previgente 'Codice dei contratti'.

Conclusivamente, anche il quinto motivo di appello non può trovare accoglimento.

7. Con il sesto motivo di appello la CCC contesta il mancato accoglimento del motivo di ricorso con cui si era lamentata la mancata esclusione dalla gara del R.T.I. SALC nonostante la violazione della clausola della legge di gara che imponeva, in caso di offerte migliorative rispetto al progetto esecutivo, di produrre nuovi e ulteriori elaborati grafici progettuali, indicativi delle modifiche proposte.

In particolare l'appellante lamenta che, nonostante il R.T.I. SALC avesse proposto integrazioni e miglioramenti degli impianti tecnologici, non avrebbe poi allegato alla documentazione di gara l'elaborato grafico-progettuale rivisto (come richiesto dalla *lex specialis*), limitandosi invece – in sede di offerta tecnica – ad affermare che i relativi elaborati fossero “invariati” rispetto a quelli posti a base del progetto esecutivo.

7.1. Il motivo è infondato.

Si osserva al riguardo che la tipologia di migliorie che il raggruppamento appellato aveva proposto in relazione agli impianti tecnologici era limitata ai materiali da utilizzare, ragione per cui tali migliorie non avrebbero richiesto la riformulazione degli elaborati grafici.

Al contrario, a seguito della formulazione dell'offerta migliorativa, il raggruppamento appellato ha puntualmente proceduto ad integrare la documentazione di gara nella parte interessata dalle proposte migliorative (ad es.: integrando il computo metrico e introducendo talune voci di prezzo integrative nell'ambito dell'elenco prezzi).

Il motivo in questione non può quindi trovare accoglimento.

8. Dall'infondatezza dell'appello principale (e quindi delle ragioni che avrebbero potuto condurre all'estromissione del raggruppamento appellato dalla procedura per cui è causa) deriva l'improcedibilità dell'appello incidentale, non residuando in capo al R.T.I. SALC un effettivo interesse alla sua ulteriore coltivazione.

Ed infatti, siccome la posizione in gara dell'appellata resta invariata, così come la legittimità dell'affidamento in suo favore, l'eventuale accoglimento dell'appello incidentale non potrebbe addurre alcuna utilità ulteriore a vantaggio dell'appellata stessa.

9. Per le ragioni dinanzi esposte l'appello principale deve essere respinto, mentre deve essere dichiarato improcedibile l'appello incidentale.

Il Collegio ritiene che sussistano giusti ed eccezionali motivi per disporre l'integrale compensazione delle spese di lite fra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, respinge l'appello principale e dichiara improcedibile l'appello incidentale.

Spese compensate.

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