

Modificazioni soggettive dei concorrenti a struttura plurisoggettiva tra nuovo e vecchio Codice

di Gianluigi Delle Cave

Data di pubblicazione: 8-10-2024

L'art. 97 del d.lgs. n. 36/2023, superando le restrizioni presenti all'art. 48, commi 17 e 18, del d.lgs. 50/2016, prevede due possibili misure volte a superare il vizio pendente a carico di uno dei partecipanti al RTI, ossia l'estromissione - con conseguente riduzione soggettiva dell'ATI e redistribuzione interna tra i superstiti dei compiti - e la sostituzione, così spostando il legislatore l'attenzione dal soggetto, il partecipante, all'oggetto della gara: in base al principio della par condicio, l'offerta già presentata non può in alcun modo subire modifiche rispetto al contenuto prospettato all'atto della domanda, mentre è consentita la modifica soggettiva, a condizione del rispetto dei requisiti di qualificazione.

*** **

Pubblicato il 04/10/2024

N. 05211/2024 REG.PROV.COLL.

N. 01225/2024 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1225 del 2024, proposto da:
CI.VA. S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, in proprio e quale mandataria del RTI con soc. Edilsma S.r.l. rappresentato e difeso dall'avvocato Alessio Cicchinelli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Sorrento, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Maurizio Pasetto, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

SA.FO. Costruzioni S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, in proprio e nella sua qualità di mandataria dell'ATI costituita con l'impresa M.G.R. s.r.l., rappresentato e difeso dall'avvocato Francesco Delfino, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;
M.G.R. s.r.l., Edil Forte s.r.l., in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, non costituiti in giudizio;

per l'annullamento:

- della determina n. 273 del 14 febbraio 2024, comunicata con nota del successivo 20, con la quale il Comune di Sorrento ha aggiudicato in via definitiva all'ATI SA.FO. Costruzioni s.r.l. e MGR s.r.l. l'appalto avente ad oggetto i "Lavori di recupero e restauro del camminamento di ronda tra il bastione Parsano ed il bastione S. Valerio" [CUP: E13D21002680005 e CIG: A02A7112F4];

- della nota di comunicazione del 20 febbraio 2024;

- della comunicazione prot. 8033 del 31 gennaio 2024, con la quale il Comune di Sorrento segnalava l'avvio del procedimento di valutazione dell'intervenuta mutazione soggettiva dell'ATI controinteressata;

- del riscontro del 22 febbraio 2024 trasmesso dal Comune di Sorrento;

- ove occorra della lex specialis di gara, nella parte in cui dovesse essere interpretata (anche se così non è) nel senso di consentire agli operatori economici:

(i) modifiche additive all'ATI in caso di sopravvenuta perdita di requisiti di ordine generale,

(ii) modifiche in corso di gara il contenuto sostanziale dell'offerta

(iii) di prendere parte al confronto competitivo sebbene privi dei requisiti SOA a qualificazione obbligatoria in essa prescritti;

- ove occorra, dei verbali di gara;

- di ogni altro atto ad essi presupposto, preordinato, connesso e/o consequenziale a quelli suindicati, anche se non conosciuto;

nonché

per la dichiarazione di invalidità e comunque di inefficacia del contratto di appalto eventualmente stipulato con l'operatore economico illegittimo aggiudicatario (dichiarendosi, ad ogni effetto, ed ove occorra, anche la disponibilità della ricorrente a subentrare nell'esecuzione dell'appalto ai sensi di quanto previsto dall'art. 122 c.p.a.),

e per la conseguente condanna

dell'Ente intimato a risarcire il danno cagionato alla ricorrente in forma specifica ovvero, in subordine, per equivalente monetario nella misura che sarà determinata in corso di causa.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Sorrento e di SAFO Costruzioni S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120 cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 3 luglio 2024 il dott. Gianmario Palliggiano, presenti l'avv. Cicchinelli per la parte ricorrente, l'avv. Pasetto per il comune di Sorrento, l'avv. Delfino per SAFO Costruzioni;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1.- Il comune di Sorrento ha indetto una procedura negoziata - ai sensi dell'art. 50, commi 1, lett. d), e 2 d. lgs. 36/2023 - per affidare i "lavori di recupero e restauro del camminamento di ronda tra il bastione Parsano ed il bastione S. Valerio", per un importo a base d'asta di € 1.067.845,54.

Le opere oggetto di appalto si componevano delle seguenti lavorazioni: categoria prevalente OG2, classifica III o superiore; categoria scorporabile OS18 A, classifica II o superiore.

Alla procedura di gara ha partecipato anche la costituenda ATI formata dalle imprese Edil Forte s.r.l. e MGR s.r.l. (di seguito ATI Edil Forte/MGR)

Secondo quanto previsto nella dichiarazione d'impegno, ai sensi dell'art. 68 d. lgs 36/2023, le

quote di partecipazione nell'ATI erano così suddivise:

a) all'Impresa Edil Forte ed all'impresa MGR, l'esecuzione delle lavorazioni riconducibili alla categoria prevalente OG2 nelle misure, rispettivamente, del 70% e del 30%;

b) l'esecuzione delle lavorazioni riconducibili alla categoria scorporabile OS18-A mediante subappalto ad impresa qualificata.

Con verbale n. 1 dell'8 gennaio 2024, la Commissione ha proceduto all'apertura delle buste contenenti le offerte.

Con nota prefettizia n. 24684 del 19 gennaio 2024 è stata emessa nei confronti dell'impresa Edil Forte un'informazione interdittiva antimafia, ai sensi degli artt. 84 e. 91 del d.lgs.

159/2011.

Con nota del 30 gennaio 2024, l'impresa mandante MGR ha comunicato al comune che, essendo sopravvenuta a carico della mandataria Edil Forte una causa di esclusione per effetto dell'informazione interdittiva antimafia, ne aveva disposto l'estromissione dalla gara e la sua sostituzione con la SAFO Costruzioni.

Dopo aver compiuto le verifiche prescritte, con determina n. 273 del 14 febbraio 2024, il comune

di Sorrento ha aggiudicato l'appalto all'ATI SAFO/MGR.

2.- Con l'odierno ricorso, notificato l'11 marzo 2024 e depositato il successivo 13, CIVA ha quindi impugnato la determina di aggiudicazione, unitamente agli atti collegati in epigrafe specificati, chiedendone l'annullamento previa sospensione cautelare.

Ha dedotto le censure che saranno illustrate nella parte in diritto.

SAFO Costruzioni, in proprio e nella sua qualità di mandataria dell'ATI con l'impresa MGR s.r.l. si è costituita in giudizio con atto depositato il 13 marzo 2024. Con memoria depositata il successivo 14 ha argomentato per la correttezza dell'operato della Stazione appaltante chiedendo il rigetto del ricorso.

Anche il comune di Sorrento si è costituito in giudizio con memoria depositata il 14 marzo 2024, difendendo la legittimità dei provvedimenti impugnati e chiedendo il rigetto del ricorso.

3.- Con ordinanza cautelare n. 818 del 19 aprile 2024, la Sezione ha respinto la richiesta di sospensione cautelare dei provvedimenti impugnati.

In sede di appello, il Consiglio di Stato con ordinanza n. 1745 del 10 maggio 2024, ha accolto l'appello cautelare "nei limiti dell'interesse appena richiamato, ai soli fini dell'inibitoria alla stipulazione del contratto".

Le parti hanno prodotto memorie e repliche in vista dell'udienza pubblica per la discussione nel merito, fissata per la data del 3 luglio 2024. Svoltasi l'udienza, la causa è stata quindi trattenuta per la decisione.

DIRITTO

1.- Parte ricorrente ha dedotto le seguenti censure:

1) Violazione e/o falsa applicazione degli artt. 3, 41, 76, 97 e 117 Cost. Violazione e/o falsa applicazione degli artt. 17, 68, 97, d.lgs. n. 36/2023. Violazione e/o falsa applicazione della lex specialis di gara. Violazione e/o falsa applicazione del principio di non modificabilità dell'offerta, nonché dei principi di risultato, tassatività delle cause di esclusione, disparità di trattamento, concorrenza e par condicio tra operatori economici. eccesso di potere per difetto d'istruttoria, irragionevolezza, ingiustizia e illogicità manifeste. sviamento di potere.

Il provvedimento impugnato è illegittimo nella parte in cui aggiudica la gara ad un raggruppamento che ha operato una modifica cd. additiva non ammessa dalla legge e contraria agli orientamenti consolidati della giurisprudenza amministrativa (Adunanze plenarie n. 9 e 10 del 27 maggio 2021; n. 2 del 25 gennaio 2022).

L'ATI formata originariamente dalla Edilforte e dalla MGR è stata infatti oggetto di variazioni nella sua composizione in conseguenza dell'obbligo di dovere estromettere la prima, colpita da una causa di esclusione automatica come statuito dall'art. 94 d. lgs n. 36/2023, e sostituita con l'inserimento di una nuova mandataria, la SAFO Costruzioni S.r.l., operatore economico sino a quel momento estraneo al raggruppamento.

2) Violazione e falsa applicazione degli artt. 1, 10, 17, 97, 101 e 107 d.lgs. n. 36/2023; violazione e falsa applicazione della lex specialis di gara. Eccesso di potere per ingiustizia manifesta e difetto d'istruttoria. Sviamento di potere.

Fermo quanto precede in merito all'inammissibilità della modifica additiva che ha coinvolto l'ATI controinteressata, accettata indebitamente dalla stazione appaltante, il provvedimento di aggiudicazione impugnato è comunque illegittimo per conseguente modifica sostanziale anche dell'offerta.

Ed invero, con l'assunzione da parte di SAFO Costruzioni S.r.l. del ruolo di nuova mandataria del RTI controinteressato, la Stazione appaltante ha aggiudicato l'appalto ad un soggetto totalmente estraneo alla procedura di gara, diverso rispetto a quello che, in concreto: aveva presentato la domanda di partecipazione; firmato l'offerta tecnica ed economica; assunto gli impegni preliminari per la partecipazione alla gara (es. garanzia fideiussoria); dichiarato di subappaltare le lavorazioni a qualificazione obbligatoria nella categoria scorporabile OS18 A.

3) violazione e falsa applicazione dell'art. 100 e 119 d.lgs. n. 36/2023 e del suo allegato II.12. Violazione e falsa applicazione della lex specialis di gara. Eccesso di potere per travisamento dei fatti, difetto d'istruttoria. Ingiustizia ed irragionevolezza manifeste. Sviamento di potere.

3.1) Il provvedimento di aggiudicazione è comunque illegittimo per difetto dei requisiti di qualificazione in capo al RTI controinteressato.

La disciplina di gara prescriveva, ai fini della partecipazione, l'obbligatorietà del possesso dei seguenti requisiti di qualificazione SOA: "Categoria prevalente dei lavori. La categoria prevalente è la OG2 (Restauro e manutenzione dei beni immobili sottoposti a tutela) in classifica III. Categorie scorporabili. La categoria scorporabile è la OS18-A (Componenti strutturali in acciaio) in classifica II".

Ebbene, secondo le nuove disposizioni rinvenibili nel d. lgs 36/2023, e nell'attuale vigenza dell'art. 12 D.L. n. 47/2014, deve affermarsi che tutte le categorie di opere scorporabili, sia generali sia speciali, devono, dal 1° luglio 2023, considerarsi a qualificazione obbligatoria.

Contrariamente a quanto imposto all'ATI CIVA/Edilsma, l'ATI controinteressata è composta da imprese prive della relativa qualificazione relativa alla menzionata categoria OS18-A.

Come non avevano la qualifica per la predetta categoria OS18-A l'Edilforte e la MGR., anche la subentrante SAFO Costruzioni ne è priva.

3.2) Peraltro, oltre al difetto concernente il requisito di qualificazione, SAFO Costruzioni non ha neanche sottoscritto alcuna dichiarazione concernente il subappalto delle relative lavorazioni, come emerge in maniera evidente dall'insieme della documentazione trasmessa dalla Stazione appaltante in sede di accesso agli atti.

2.- Infondato è il primo motivo.

2.1. - L'art. 63, paragrafo 1, comma 2 della Direttiva CEE 24/2014 dispone che l'Amministrazione aggiudicatrice:

- "impone che l'operatore economico sostituisca un soggetto che non soddisfa un pertinente criterio di selezione o per il quale sussistono motivi obbligatori di esclusione";
- "può imporre o essere obbligata dallo Stato membro ad imporre che l'operatore economico sostituisca un soggetto per il quale sussistono motivi non obbligatori di esclusione".

Con la legge n. 78/2022, di delega per la riforma del codice dei contratti pubblici, il Parlamento ha demandato al Governo il compito di adottare, col nuovo codice, il menzionato art. 63, paragrafo 1, comma 2, della Direttiva 24/2014 e di uniformarsi all'interpretazione che di essa è stata resa dalla Corte di Giustizia, Sezione IX, 3 giugno 2021, in causa C-210/20. La Corte aveva chiarito che: "osta a una normativa nazionale in forza della quale l'Amministrazione aggiudicatrice deve automaticamente escludere un offerente da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico qualora un'impresa ausiliaria, sulle cui capacità esso intende fare affidamento, abbia reso una dichiarazione non veritiera quanto all'esistenza di condanne penale passate in giudicato, senza poter imporre o quanto meno permettere, in siffatta ipotesi, a tale offerente di sostituire detto soggetto".

Su queste premesse, l'art. 97, comma 2, d. lgs 36/2023 statuisce che: "... se un partecipante al raggruppamento si trova in una delle situazioni di cui agli art. 94 e 95 ..., il raggruppamento può comprovare di averlo estromesso o sostituito con altro soggetto munito dei necessari requisiti, fatta salva l'immodificabilità sostanziale dell'offerta presentata".

Anche la relazione illustrativa rammenta, per l'appunto, che l'art. 97 del codice intende attuare la previsione contenuta nel menzionato art. 63 della Direttiva UE n. 24/2014, alla luce dell'interpretazione resa dalla Corte di Giustizia.

Per questo aspetto, dunque, l'art. 97 conferma ed amplia la disciplina già individuabile nel precedente codice degli appalti, il d. lgs 50/2016.

Da un lato, infatti, l'art. 97 d. lgs 36/2023 conferma gli orientamenti ai quali era pervenuta la giurisprudenza formatasi nella vigenza del precedente codice, laddove, in materia di "estromissione", ammette la modifica del raggruppamento cosiddetto "per riduzione".

Dall'altro, l'art. 97 d. lgs 36/2023 amplia le possibilità di modifica dei concorrenti a struttura plurisoggettiva, laddove, nell'introdurre la nozione di "sostituzione", ammette la modifica del raggruppamento anche in via "aggiuntiva".

Il legislatore ha consentito ai raggruppamenti, afflitti da vicende inerenti uno dei suoi componenti per condotte ai primi non imputabili e sulle quali non hanno potere di controllo, di prevedere, oltre alla misura dell'estromissione, anche quella della sostituzione

L'art. 97 supera pertanto le restrizioni presenti all'art. 48, commi 17 e 18, d. lgs. 50/2016, prevedendo due possibili misure volte a superare il vizio pendente a carico di uno dei partecipanti al RTI.

La prima misura è l'estromissione, con conseguente riduzione soggettiva dell'ATI e redistribuzione interna tra i superstiti dei compiti.

La seconda misura è la sostituzione. Con tutta evidenza questa interviene nel caso in cui, in conseguenza dell'estromissione di uno dei componenti, vengano meno i requisiti di partecipazione. Per ovviare a simile inconveniente, l'operatore economico può provvedere a sostituire il partecipante del raggruppamento allo scopo di mantenere i requisiti, senza alterare la divisione dei compiti e fermo rimanendo il rispetto del principio di non modificabilità dell'offerta.

Si osserva al riguardo che l'espressione utilizzata dall'art. 97 d.l.gs. 36/2023 è identica a quella che si rinviene, con riguardo all'avvalimento, nell'art. 104, laddove si parla di "sostituzione", ossia il subentro di un nuovo soggetto in conseguenza della fuoriuscita di quello precedente.

Il legislatore ha quindi spostato l'attenzione dal soggetto, il partecipante, all'oggetto della gara: in base al principio della par condicio, l'offerta già presentata non può in alcun modo subire modifiche rispetto al contenuto prospettato all'atto della domanda, mentre è consentito la modifica soggettiva, a condizione del rispetto dei requisiti di qualificazione.

Si registra sul punto un deciso orientamento della più recente giurisprudenza, in particolare:

- TAR Sicilia, Palermo sez. III, 22 gennaio 2024, n. 218 secondo cui, ai sensi del citato art. 97 d.lgs. 36/23, è ammessa la sostituzione di una consorziata designata, priva di un requisito generale di partecipazione, con altra consorziata;

- TAR Campania, Salerno, sez. I, 28 febbraio 2024, n. 541 riguardo alla possibilità di sostituire

il progettista già designato.

2.2. - Non può essere presa in considerazione la richiesta di parte ricorrente –formulata solo con la memoria depositata il 14 giugno 2024 - di rimettere alla Corte Costituzionale la questione di legittimità costituzionale del menzionato art. 97 d. lgs. 36/2023, per violazione dell'art. 76 Cost. in relazione all'eccesso di delega.

2.2.1. - La ricorrente aggancia l'eccesso di delega all'asserito mancato rispetto del criterio direttivo consistente nel vincolo al Governo di adottare un decreto legislativo in tema di contratti pubblici conforme ai principi stabiliti, tra gli altri, dalla giurisprudenza nazionale. Tra questi principi giurisprudenziali, ad avviso della ricorrente, va annoverato quello cristallizzato dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato in ben tre pronunce (Ad. Plen 9 e 10/2021; 2/2022), secondo cui non è ammissibile la modifica cd. additiva nei raggruppamenti. In questo senso, un'interpretazione dell'art. 97 opposta a quella emersa in sede di Adunanza plenaria sarebbe contraria al criterio direttivo di cui alla L. n. 78/2022.

2.2.2. - La ricorrente svolge un rilievo di incostituzionalità per eccesso di delega dell'art. 97 d. lgs. 50/2016 senza considerare che la portata della disposizione, per come attualmente è applicata, è l'esito non di un eccesso di delega quanto più propriamente di una soluzione interpretativa (aspetto che riconosce la stessa ricorrente) adottata dalla più recente giurisprudenza (sopra indicata), soprattutto alla luce delle indicazioni fornite dalla Corte di giustizia dell'Unione europea.

2.3. - Né tantomeno può essere avallata la richiesta di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione europea, ai sensi dell'art. 267 TFUE.

Al riguardo, la ricorrente sostiene che il considerando n. 110 della Direttiva appalti 2014/14/UE sia esplicito nell'escludere che una procedura di gara possa concludersi con aggiudicazione in favore di un soggetto che non vi ha partecipato. Ne deriva che le norme nazionali invocate devono interpretarsi, viepiù nell'assenza di contenuto testuale che possa dirsi univocamente di segno opposto, nel senso che il subentro nelle quote di raggruppamento e nelle lavorazioni assegnate al soggetto attinto da una causa di esclusione cd. automatica possa essere operato esclusivamente con impresa già facente parte del raggruppamento.

Le conclusioni alle quali perviene parte ricorrente non trovano alcun addentellato nel dato normativo comunitario, men che meno nell'invocato Considerando 110 della Direttiva 2014/14/UE.

La disposizione precisa testualmente che "in linea con i principi di parità di trattamento e di trasparenza, l'aggiudicatario non dovrebbe essere sostituito da un altro operatore economico, ad esempio in caso di cessazione dell'appalto a motivo di carenze nell'esecuzione, senza riaprire l'appalto alla concorrenza. Tuttavia, in corso d'esecuzione del contratto, in particolare qualora

sia stato aggiudicato a più di un'impresa, l'aggiudicatario dell'appalto dovrebbe poter subire talune modifiche strutturali dovute, ad esempio, a riorganizzazioni puramente interne,

incorporazioni, fusioni e acquisizioni oppure insolvenza. Tali modifiche strutturali non dovrebbero automaticamente richiedere nuove procedure di appalto per tutti gli appalti pubblici eseguiti da tale offerente”.

In primo luogo, l'appena illustrato Considerando 110 si riferisce principalmente alla fase di esecuzione del contratto, in precedenza affidato tramite procedura pubblica. In secondo luogo, il Considerando non preclude in via assoluta le eventualità di sostituzione, al contrario ammesse in particolari ipotesi, peraltro indicate in via solo esemplificativa.

3.- Infondato è anche il secondo motivo.

3.1. - Nel caso controverso, il Comune di Sorrento ha ammesso la sostituzione della Capogruppo Edilforte con la SAFO Costruzioni dopo avere accertato e valutato la tempestività della condotta assunta dal Raggruppamento circa la sopravvenuta criticità e l'adeguatezza dello strumento utilizzato per il superamento della stessa, soprattutto in relazione alle ripercussioni sull'offerta già presentata.

Ciò trova sostegno nella dichiarazione resa, all'atto del subentro, dalla SAFO il cui testo di seguito si riporta: “Ai sensi e per gli effetti dell'art. 97, co.2, del d.lgs. 36/2023 di accettare integralmente il contenuto economico e tecnico dell'offerta presentata dalla costituenda ATI formata dalle imprese EDIL FORTE s.r.l. e M.G.R. Costruzioni protocollata al Comune di

Sorrento in data 4.1.2024 con n. 4168650” (allegata agli atti della causa da SAFO e dalla stessa ricorrente).

3.2. - Né può sostenersi, come vorrebbe la ricorrente, che la dichiarazione sia del tutto insufficiente rispetto al complesso degli impegni di cui si compone il negozio giuridico vincolato dell'offerta presentata in gara da un operatore economico.

A suo avviso, l'offerta sarebbe priva di tutti i documenti con i quali SAFO avrebbe sottoscritto l'impegno a costituire il raggruppamento, le garanzie occorrenti per la presentazione dell'offerta ed inoltre avrebbe dichiarato di possedere tutte le certificazioni imposte dalla lex specialis di gara e di voler subappaltare le lavorazioni per le quali non è qualificata.

Sostiene che le carenze dell'offerta dell'attuale RTI siano assolutamente insanabili, senza possibilità di ricorrere all'istituto del soccorso istruttorio. Laddove peraltro si accedesse alla tesi della possibile sostituzione additiva nei raggruppamenti, comunque emergerebbe la grave violazione dell'art. 101, D.lgs. n. 36/2023, in quanto tutti i documenti, eventualmente sottoscritti dalla nuova mandataria, sarebbero comunque successivi al termine per la presentazione dell'offerta, in quanto evidentemente modificativi del suo contenuto essenziale.

Il Collegio ritiene che l'impostazione seguita dalla ricorrente sia fuorviante e logicamente non sostenibile.

È del tutto evidente che, nel momento in cui si aderisce ad una lettura dell'art. 97 d. lgs 36/2023, favorevole alla modificazione additiva del raggruppamento, deve accettarsi anche il

fatto che il subentrante fornisca i documenti e le dichiarazioni in un momento successivo.

Ciò tuttavia non altera l'offerta, il cui contenuto oggettivo rimane inalterato, perché attiene esclusivamente ai profili soggettivi del concorrente.

4.- Infondato è, infine, il terzo motivo.

In sintesi, la ricorrente si duole dell'illegittimità del provvedimento di aggiudicazione

sostenendo che le associate sarebbero state prive della qualificazione nella categoria scorporabile OS18-A, classifica II.

In realtà, sin dall'inizio della partecipazione alla gara, il RTI aggiudicatario ha dichiarato di subappaltare la lavorazione inerente la categoria scorporabile OS18-A ad impresa in possesso della suddetta categoria, soluzione in linea con quanto previsto dall'art. 119 d. lgs. 36/2023.

Si osservi, peraltro, che la classifica delle categorie SOA OG2 delle componenti dell'ATI - sia di quelle originarie sia di quelle successive in sostituzione - copre l'intero valore dell'appalto.

Per questa ragione, benché a qualificazione obbligatoria, la categoria OS18-A, classifica II, può costituire oggetto di subappalto cosiddetto "necessario" o "qualificante".

Con la nuova disciplina del sistema di qualificazione degli operatori economici introdotta

dal d.lgs. n. 36/2023, tutte le categorie di opere scorporabili, sia generali sia specializzate, dovranno, dal 1° luglio 2023, considerarsi a qualificazione obbligatoria, nel senso che l'aggiudicatario, per eseguirle, o deve essere in possesso della relativa qualificazione oppure in alternativa può ricorrere al subappalto (cfr. sul punto, TAR Calabria, Reggio Calabria, 26 ottobre 2023, n. 782, secondo cui: «Con la nuova disciplina del sistema di qualificazione degli operatori economici introdotta dal D.lgs. n. 36/2023 e nell'attuale vigenza dell'art. 12 D.L. n. 47/2014, si può dunque affermare che tutte le categorie di opere scorporabili, sia generali che specializzate, dovranno, dal 1° luglio 2023, considerarsi a qualificazione obbligatoria, ovvero l'aggiudicatario, per eseguirle, dovrà essere in possesso della relativa qualificazione, oppure dovrà necessariamente ricorrere al subappalto.

Tale interpretazione, oltre a configurare un esito rassicurante del quadro normativo in tema di qualificazione degli operatori economici, ha il pregio di armonizzarsi con l'art. 2, comma 2, del citato allegato II.12, laddove prescrive che "La qualificazione in una categoria abilita l'operatore economico a partecipare alle gare e a eseguire i lavori nei limiti della propria classifica incrementata di un quinto", il che fa dedurre che per "eseguire i lavori" è necessario essere in possesso di adeguata qualificazione.">>)

5.- L'infondatezza delle censure e, pertanto, della domanda impugnatoria comporta l'infondatezza anche della domanda risarcitoria.

Le spese seguono la soccombenza e sono determinate nella misura indicata in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Condanna parte ricorrente al pagamento delle spese del giudizio che liquida in € 2.500,00, oltre accessori di legge per ciascuna delle parti resistenti costituite: Comune di Sorrento, SA.FO. Costruzioni s.r.l.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 3 luglio 2024 con l'intervento dei magistrati:

Vincenzo Salamone, Presidente

Gianmario Palliggiano, Consigliere, Estensore

Domenico De Falco, Consigliere

Guida alla lettura

Il T.A.R. Napoli, con la sentenza in commento, si sofferma sulle **modificazioni soggettive** dei concorrenti a struttura plurisoggettiva (come nel caso dei **raggruppamenti temporanei di impresa**) per come disciplinate dal d.lgs. n. 36/2023 e dal “vecchio” d.lgs. n. 50/2016.

Anzitutto, il giudice di *prime cure* prende le mosse dal dato eurounitario. Ed infatti, precisano i giudici partenopei, l'art. 63, paragrafo 1, comma 2 della Direttiva UE 24/2014 dispone che l'Amministrazione aggiudicatrice: (i) impone che l'operatore economico sostituisca un soggetto che non soddisfa un pertinente criterio di selezione o per il quale sussistono motivi obbligatori di esclusione e (ii) può imporre o essere obbligata dallo Stato membro ad imporre che l'operatore economico sostituisca un soggetto per il quale sussistono motivi non obbligatori di esclusione.

Ora, con la l. n. 78/2022, di delega per la riforma del codice dei contratti pubblici, il Parlamento ha demandato al Governo il compito di adottare, col nuovo codice, il menzionato art. 63, paragrafo 1, comma 2, della Direttiva 24/2014 e di uniformarsi all'interpretazione che di esso è stata resa dalla Corte di Giustizia, Sezione IX, 03 giugno 2021, in causa C-210/20, ove espressamente si statuiva che *“osta a una normativa nazionale in forza della quale l'Amministrazione aggiudicatrice deve automaticamente escludere un offerente da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico qualora un'impresa ausiliaria, sulle cui capacità esso intende fare affidamento, abbia reso una dichiarazione non veritiera quanto all'esistenza di condanne penale passate in giudicato, senza poter imporre o quanto meno permettere, in siffatta ipotesi, a tale offerente di sostituire detto soggetto”*.

Su tali premesse, l'art. 97, comma 2, d.lgs. 36/2023 statuisce chiaramente che se un partecipante al raggruppamento si trova in una delle situazioni di cui agli art. 94 e 95 del d.lgs. cit., il raggruppamento può comprovare di averlo **estromesso o sostituito** con altro soggetto munito dei necessari requisiti, fatta salva **l'immodificabilità sostanziale dell'offerta** presentata. Sul punto, peraltro, si consideri che anche la relazione illustrativa al Codice dei Contratti Pubblici *de quo* rammenta, per l'appunto, che l'art. 97 in esame intende *“attuare la previsione contenuta nel menzionato art. 63 della Direttiva UE n. 24/2014, alla luce dell'interpretazione resa dalla Corte di Giustizia”*.

Per questo aspetto, dunque, secondo il TAR, l'art. 97 “conferma ed amplia” la disciplina già individuabile nel precedente codice degli appalti, il d. lgs 50/2016. Ed infatti, da un lato, l'art. 97 in commento conferma gli orientamenti ai quali era pervenuta la giurisprudenza formatasi nella vigenza del precedente codice, laddove, in materia di “estromissione”, ammette la modifica del raggruppamento c.d. **“per riduzione”**. Dall'altro, l'art. 97 cit. amplia le possibilità di modifica dei concorrenti a struttura plurisoggettiva, laddove, nell'introdurre la nozione di “sostituzione”, ammette la modifica del raggruppamento anche in via **“aggiuntiva”**.

Il legislatore, quindi, a detta del Collegio, *“ha consentito ai raggruppamenti, afflitti da vicende inerenti a uno dei suoi componenti per condotte ai primi non imputabili e sulle quali non hanno potere di controllo, di prevedere, oltre alla misura dell'estromissione, anche quella della sostituzione”*.

L'art. 97, dunque, supera le restrizioni presenti all'art. 48, commi 17 e 18, del d.lgs. 50/2016, prevedendo due possibili misure volte a superare il vizio pendente a carico di uno dei partecipanti al RTI. La prima misura è **l'estromissione**, con conseguente riduzione soggettiva dell'ATI e redistribuzione interna tra i superstiti dei compiti. La seconda misura è **la sostituzione**. Con tutta evidenza, questa interviene nel caso in cui, in conseguenza dell'estromissione di uno dei componenti, vengano meno i requisiti di partecipazione. Per ovviare a simile inconveniente, quindi, come evidenziato dal giudice di *prime cure*, *“l'operatore economico può provvedere a sostituire il partecipante del raggruppamento allo scopo di mantenere i requisiti, senza alterare la divisione dei compiti e fermo rimanendo il rispetto del principio di non modificabilità dell'offerta”*.

Peraltro, pare appena il caso di rilevare come l'espressione utilizzata dall'art. 97 del d.lgs. n. 36/2023 sia identica a quella che si rinviene, con riguardo all'avvalimento, nell'art. 104 del Codice dei Contratti Pubblici appena citato, laddove si parla di “sostituzione”, ossia il subentro di un nuovo soggetto in conseguenza della fuoriuscita di quello precedente.

Il legislatore ha, dunque, chiaramente spostato l'attenzione dal soggetto, il partecipante, all'oggetto della gara: in base al principio della *par condicio*, l'offerta già presentata *“non può in alcun modo subire modifiche rispetto al contenuto prospettato all'atto della domanda, mentre è consentito la modifica soggettiva, a condizione del rispetto dei requisiti di qualificazione”*. Tanto si evince anche dalla più recente giurisprudenza formatasi sul punto: è il caso di T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. III, 22 gennaio 2024, n. 218 secondo cui, ai sensi del citato art. 97, è ammessa la sostituzione di una consorziata designata, priva di un requisito generale di partecipazione, con altra consorziata; ma anche di T.A.R. Campania, Salerno, Sez. I, 28

febbraio 2024, n. 541 riguardo alla possibilità di sostituire il progettista già designato.

Il TAR Napoli, con la medesima pronuncia, si sofferma poi pure sul **sistema di qualificazione degli O.E.** per come espressamente declinato nel d.lgs. n. 36/2023.

Ed infatti, a detta dei giudici amministrativi, con la nuova disciplina del sistema di qualificazione *supra*, tutte le categorie di opere scorporabili, sia generali sia specializzate, dovranno, dal 1° luglio 2023, considerarsi a **qualificazione obbligatoria**, nel senso che l'aggiudicatario, per eseguirle, o deve essere in possesso della relativa qualificazione oppure, in alternativa, può ricorrere al subappalto (cfr. sul punto, T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, 26 ottobre 2023, n. 782, secondo cui *“tale interpretazione, oltre a configurare un esito rassicurante del quadro normativo in tema di qualificazione degli operatori economici, ha il pregio di armonizzarsi con l’art. 2, comma 2, del citato allegato II.12, laddove prescrive che la qualificazione in una categoria abilita l’operatore economico a partecipare alle gare e a eseguire i lavori nei limiti della propria classifica incrementata di un quinto, il che fa dedurre che per “eseguire i lavori” è necessario essere in possesso di adeguata qualificazione”*).