

N. 00144/2024 REG.PROV.COLL.

N. 00042/2024 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Molise

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 42 del 2024, integrato da motivi aggiunti, proposto da Scarnata Costruzioni s.r.l., Califel s.r.l., De Vincenzo Costruzioni s.r.l., T.M. Immobiliare s.r.l. e Punto Impianti s.r.l., in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG A01AAA8750, rappresentati e difesi dagli avvocati Giuliano Di Pardo, Margherita Zezza e Mario La Vigna, con domicilio digitale come da PEC da Registro di Giustizia;

contro

l'Agenzia Nazionale per l'Attrazione degli Investimenti e lo Sviluppo d'Impresa s.p.a. – Invitalia s.p.a, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Marco Martinelli e Giulia De Paolis, con domicilio digitale come da PEC da Registro di Giustizia; il Ministero dell'Economia e delle Finanze e il Ministero dell'Interno, in persona dei

rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentati e difesi dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Campobasso, via Insorti D'Ungheria, n.74;

il Comune di Campobasso, non costituito in giudizio;

nei confronti

la ditta Zurlo Domenico e l'Idresia Infrastrutture s.r.l., in proprio e nelle rispettive vesti di mandataria, la prima, e mandante, la seconda, del costituendo RTI tra le stesse composto, in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentate e difese dagli avvocati Stefano Scarano e Alfredo Ricci, con domicilio digitale come da PEC da Registro di Giustizia;

per quanto riguarda il ricorso introduttivo,

per l'annullamento:

- del provvedimento di esclusione prot. n. 0034353 del 26 gennaio 2024 – Comunicazione ai sensi dell'articolo 90, comma 1, del D.lgs. n. 36/2023, assunto da Invitalia;
- del bando di gara pubblicato in GURI il 13 ottobre 2023 per l'affidamento congiunto della progettazione esecutiva e dell'esecuzione dei lavori, sulla base del progetto di fattibilità tecnico- economica, per l'intervento di “*Miglioramento dell'accessibilità e della qualità della sosta e realizzazione di un nuovo parcheggio di relazione in Piazza della Repubblica con demolizione e ricostruzione della scuola F. D'Ovidio*” (CIG A01AAA8750), inclusi i relativi disciplinare di gara e capitolato speciale d'appalto;
- della nota trasmessa il 22 dicembre 2023, ai sensi dell'articolo 101, comma 1 lett. b), del D.lgs. n. 36/2023, con cui il RUP ha richiesto al costituendo RTI ricorrente ogni chiarimento utile a dimostrare il possesso del requisito di qualificazione nella categoria prevalente “OG1”;

- del Documento di indirizzo alla progettazione (DIP) approvato con la D.G.C. n. 392 del 23 dicembre 2022;
 - del Progetto di fattibilità tecnico economica (PFTE) approvato con D.G.C. n. 92 del 31 marzo 2023;
 - di tutti i chiarimenti pubblicati;
 - del provvedimento di nomina della commissione;
 - di tutti i verbali di gara, ivi inclusi: il verbale n. 1 del 14 novembre 2023; il n. 2 del 24 novembre 2023; il n. 3 del 15 dicembre 2023; il n. 4 del 15 dicembre 2023; il n. 5 del 21 dicembre 2023; il n. 6 del 22 gennaio 2024;
 - della proposta di aggiudicazione dell'appalto;
 - del provvedimento di aggiudicazione Prot. n. 0041919 del 1° febbraio 2024 a favore del RTI Zurlo;
 - dell'eventuale provvedimento di declaratoria di efficacia dell'aggiudicazione;
 - di tutta l'eventuale attività di verifica dei requisiti dichiarati dal RTI aggiudicatario;
 - di tutti gli atti antecedenti, consequenziali e, comunque, connessi;
- e per la declaratoria
del diritto – interesse della ricorrente a conseguire l'aggiudicazione della gara e
l'inerente contratto di appalto;
nonché dell'inefficacia dell'eventuale contratto sottoscritto con la controinteressata,
e del diritto del RTI ricorrente al subentro in esso;
e, infine, per la condanna dell'Ente alle inerenti correlate obbligazioni;
per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati dalla stessa ricorrente:
per l'annullamento
- dei medesimi provvedimenti impugnati con il ricorso introduttivo;

- della proroga al 31 gennaio 2024 del termine per la stipula del contratto di appalto, atto di contenuto ed estremi non conosciuti;
 - della nuova e successiva proroga del termine per stipulare il contratto di appalto in data antecedente alla definizione del presente giudizio, di estremi e contenuti non conosciuti;
 - dell'eventuale provvedimento di declaratoria di efficacia dell'aggiudicazione;
 - di tutta l'eventuale attività di verifica dei requisiti dichiarati dall'aggiudicataria;
 - di tutti gli atti antecedenti, consequenziali e, comunque, connessi;
- e per la declaratoria del diritto – interesse della ricorrente a conseguire l'aggiudicazione della gara e l'inerente contratto di appalto; nonché dell'inefficacia dell'eventuale contratto sottoscritto con la controinteressata, e del diritto del RTI ricorrente al subentro nello stesso; e, infine, per la condanna dell'Ente alle inerenti correlate obbligazioni.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio del RTI controinteressato, di Invitalia s.p.a. e delle Amministrazioni statali intimare;

Vista l'ordinanza cautelare n. 29/2024;

Visto il decreto cautelare monocratico n. 37/2024;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 10 aprile 2024 il dott. Federico Giuseppe Russo 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 in GURI il 13 ottobre 2023, l'Agenda Nazionale per l'Attrazione degli Investimenti e lo Sviluppo d'Impresa S.p.A. - Invitalia S.p.A. - (d'ora in avanti "Invitalia") indiceva, in qualità di centrale di committenza per conto del Comune di Campobasso ("Stazione Appaltante"), ai sensi dell'art. 225, commi 8 e 9 del D.lgs. n. 36/2023 ("Codice"), una procedura evidenziale aperta (CIG: A01AAA8750001), da svolgersi sulla propria piattaforma telematica, per l'affidamento congiunto della progettazione esecutiva e dell'esecuzione dei lavori, sulla base del progetto di fattibilità tecnico economica, per l'intervento di *"Miglioramento dell'accessibilità e della qualità della sosta e realizzazione di un nuovo parcheggio di relazione in Piazza della Repubblica con demolizione e ricostruzione della scuola F. D'Ovidio"*, con importo a base d'asta di € 17.428.419,66, con il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa ex art. 108, comma 2, lett. e) del D.lgs. n. 36/2023 (CIG A01AAA8750 – CUP D39J21007320001 - D31B22001690002) in Campobasso.

1.1. L'intervento risultava finanziato per un importo complessivo pari a € 21.395.589,00, così modulato: € 10.000.234,00 assegnati al Comune di Campobasso con Decreto Ministeriale del 30 dicembre 2021 a valere sulle risorse previste dal PNRR (Missione 5 *"Inclusione e Coesione"* – Componente 2: *"Infrastrutture sociali, famiglie, comunità e terzo settore"* – Misure 2: *"Rigenerazione urbana e housing sociale"* - Investimento 2.1: *"Investimenti in progetti di rigenerazione urbana, volti a ridurre situazioni di emarginazione e degrado sociale"*), ed € 11.395.355,00 assegnati al CIS Molise con Delibera CIPE 27/2019 con risorse a valere sul Fondo per lo Sviluppo e la Coesione (FSC 2014-2020).

1.2. In dettaglio, in forza dell'art. 3 del Disciplinare erano messe a bando le seguenti prestazioni:

- il servizio tecnico di progettazione esecutiva dell'intervento, con incluse le indagini a supporto della progettazione, comprensiva della redazione degli elaborati necessari per l'autorizzazione degli Enti preposti, con i contenuti minimi definiti ai sensi del D.lgs. n. 50/2016 e del d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207, sulla base del progetto di fattibilità tecnica ed economica;
- il servizio tecnico di coordinamento della sicurezza in fase di progettazione (di seguito, "CSP"), ai sensi dell'art. 91 del D.lgs. n. 81/2008;
- previa approvazione del progetto esecutivo, l'esecuzione di tutti i lavori, ivi compresi i rilievi e le indagini funzionali all'esecuzione delle lavorazioni, nonché tutte le prestazioni e le forniture necessarie per dare il lavoro completamente compiuto e secondo le condizioni stabilite dal Capitolato, con le caratteristiche tecniche, qualitative e quantitative previste dal progetto esecutivo.

1.3. L'art. 19 del Disciplinare riservava ad Invitalia *“la facoltà di esaminare le offerte prima della verifica dell'idoneità degli offerenti, ai sensi dell'articolo 107, co. 3, del Codice dei Contratti”*, ossia di applicare il metodo della cd. inversione procedimentale (cfr. pagg. 66 e ss.). Dal canto suo, l'art. 8.3.1 del Disciplinare, dedicato ai requisiti di capacità economica e finanziaria e tecnica e professionale per l'esecuzione dei lavori, prescriveva il possesso, in capo all'operatore economico, dell'attestazione di qualificazione rilasciata da una SOA regolarmente autorizzata, in corso di validità, per l'esecuzione delle prestazioni di costruzione. Nello specifico, ai sensi dell'art. 2 dell'Allegato II.12, e in conformità alla *“TABELLA A - CATEGORIE DI OPERE GENERALI E SPECIALIZZATE”* del medesimo Allegato, l'operatore economico doveva dimostrare il possesso della qualifica SOA per le seguenti categorie e classifiche:

- per la categoria prevalente OG1, nella classifica VII, a qualificazione obbligatoria, per un importo pari a € 13.964.033,60;
- per la categoria scorporabile OG11, nella classifica IV-bis, a qualificazione obbligatoria, per un importo ammontante a € 2.956.440,00.

In caso di partecipazione in forma associata, l'art. 8.6.3.1 del Disciplinare imponeva altresì, al singolo operatore partecipante in R.T.I., consorzio ordinario e G.E.I.E., di possedere i requisiti per la parte di prestazioni che esso si impegnava ad eseguire "a pena di esclusione". In caso poi di R.T.I e consorzio ordinario, i requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-professionale dovevano essere posseduti dal R.T.I. e dal consorzio ordinario nel suo complesso, sempre a pena di esclusione ai sensi dell'art. 68, comma 11 del Codice, fermo restando l'obbligo in capo a ciascun componente di possedere, appunto, *"i requisiti prescritti per le categorie dei lavori e le relative quote che lo stesso si è impegnato a realizzare ai sensi del comma 2 del medesimo articolo 68 del Codice dei Contratti"*.

2. Alla Gara partecipavano quattordici concorrenti, tra cui, per ciò che interessa in questa sede: a) il costituendo R.T.I. "Scarnata", composto dalla Scarnata Costruzioni s.r.l. (P. IVA 01482270707), nella qualità di mandataria, la Califel s.r.l., la De Vincenzo Costruzioni s.r.l., la T.M. Immobiliare s.r.l. e la Punto Impianti s.r.l., in qualità di mandanti; b) il costituendo R.T.I. "Zurlo", composto dalla Zurlo Domenico, in qualità di mandataria, e Idresia Infrastrutture s.r.l. quale mandante.

3. Alla seduta del 14 novembre 2023 il R.U.P., in applicazione del metodo dell'inversione procedimentale, dava atto che si sarebbe proceduto *"a esaminare le offerte prima della verifica dell'idoneità degli offerenti, ai sensi e per gli effetti di cui all'articolo 107, co. 3, del Codice dei Contratti, così come previsto dall'articolo 19 del Disciplinare di gara"* (v. verbale n. 1 del 14 novembre 2023, pag. 2).

In occasione della seduta del 15 dicembre 2023 la Commissione di valutazione, a seguito dell'analisi delle buste contenenti le offerte tecniche, attribuiva ai suddetti concorrenti i seguenti punteggi tecnici:

- al R.T.I. "Scarnata" il punteggio di 58,064;
- al R.T.I. "Zurlo" il punteggio di 48,333 (verbale n. 3 del 15 dicembre 2023, pagg. 11 e 12).

In pari data la Commissione procedeva all'apertura anche delle buste economiche dei concorrenti, addivenendo all'attribuzione dei seguenti punteggi: - al R.T.I. "Scarnata" punti 2,908; - al R.T.I. "Zurlo" pt. 10,000.

Conseguentemente la Commissione stilava una graduatoria provvisoria, riportata nella tabella n. 4 del verbale, dalla quale si evincevano i seguenti posizionamenti:

- in 1° posizione il R.T.I. "Scarnata", con punteggio complessivo di 60,972;
- in 2° posizione il R.T.I. "Zurlo", con punteggio complessivo di 58,333.

4. Il 21 dicembre 2023 il R.U.P. procedeva indi alla verifica della documentazione amministrativa dei primi due classificati.

In particolare, questi riscontrava che il RT.I. "Scarnata" aveva dichiarato nella propria offerta tecnica la seguente ripartizione delle quote di esecuzione dei lavori:

- Scarnata Costruzioni s.r.l. (mandataria): OG1 - 42,97%, con attestazione SOA per classifica V;
- Califel s.r.l. (mandante): OG1 – 21,48% e OG11 – 100%, con attestazione SOA OG1 per classifica IV e OG11 per classifica V;
- De Vincenzo Costruzioni s.r.l. (mandante): OG1 – 15,50%, con attestazione SOA per classifica V;
- T.M. Immobiliare s.r.l. (mandante): OG1 – 12,17%, con attestazione SOA per classifica III-*bis*;

- Punto Impianti s.r.l. (mandante): OG1 – 7,88%, con attestazione SOA per classifica III-*bis* (v. verbale n. 5 del 21 dicembre 2023, pagg. 1 e 2).

4.1. In ragione di tale assetto, il R.U.P. rilevava “*alcune incongruenze tra le dichiarazioni sul possesso dei requisiti di qualificazione e le quote di esecuzione dichiarate dall’Operatore Economico*”, con particolare riguardo alle posizioni delle mandanti Califel e T.M. Immobiliare. Osservava, invero, che le classifiche SOA da queste possedute non consentivano “*alle suddette mandanti l’esecuzione dei lavori relativi alla categoria prevalente OG1 nelle percentuali dichiarate nei rispettivi DGUE, in quanto eccedenti i limiti delle proprie classifiche*”: sicché riteneva necessario chiedere al RTI Scarnata, “*ai sensi dell’articolo 101, co. 1, del D.Lgs. n. 36/2023, così come richiamato dal Disciplinare di gara*”, “*ogni chiarimento utile in merito alla rilevata incongruenza al fine di dimostrare il possesso del requisito di capacità economica finanziaria e tecnico professionale nella categoria prevalente “Categoria OG1”, requisito richiesto dalla legge di gara, a pena di esclusione, ai fini della partecipazione alla presente procedura*”.

4.2. Il 22 dicembre 2023 il R.U.P. inoltrava, quindi, una richiesta di chiarimenti al R.T.I. “Scarnata” in ordine al mancato possesso del requisito di capacità economica e finanziaria e tecnica e professionale richiesto a pena di esclusione dagli articoli 8.3 e 8.6.3.1 del Disciplinare di gara, attivando così il relativo soccorso istruttorio con invito all’interessata a fornire il riscontro richiesto entro il termine del 4 gennaio 2024.

Il R.U.P. precisava nella propria nota le seguenti circostanze:

- la mandante Califel s.r.l., poiché “*in possesso della categoria SOA OG1 in classifica IV*”, risultava “*priva del requisito sufficiente ad eseguire i lavori relativi alla suddetta categoria nella percentuale dichiarata, in quanto eccedente i limiti della propria classifica*”; più precisamente, “*la classifica IV consente di eseguire le lavorazioni fino ad un importo di € 2.582.000,00, mentre*

la quota di esecuzione dichiarata pari al 21,48 % corrisponde ad una quota di lavori pari ad € 2.999.474,42”;

- e la mandante T.M. Immobiliare s.r.l., analogamente, poiché “*in possesso della categoria SOA OG1 in classifica III-BIS*”, risultava anche essa “*priva del requisito sufficiente ad eseguire i lavori relativi alla suddetta categoria nella percentuale dichiarata, in quanto eccedente i limiti della propria classifica*”; precisamente, “*la classifica III-BIS consente di eseguire le lavorazioni fino ad un importo di € 1.500.000,00, mentre la quota di esecuzione dichiarata pari al 12,17 % corrisponde ad una quota di lavori pari ad € 1.699.422,89*”.

4.3. Il 4 gennaio 2024 il R.T.I. “Scarnata” forniva una nota di riscontro, affermando la sussistenza dei requisiti di qualificazione delle proprie componenti sulla scorta delle seguenti argomentazioni, così testualmente graduate:

i) *IL RIALLINEAMENTO DELLE QUOTE INTERNE ALL’RTI*: la sommatoria delle attestazioni SOA delle imprese che partecipavano al raggruppamento era ampiamente superiore all’importo posto a base di gara, e questo con riferimento sia alla categoria prevalente OG1, sia alla categoria scorporabile OG11: sicché risultava possibile un riallineamento interno al RTI delle quote stesse, essendo comunque il raggruppamento nel suo complesso ampiamente qualificato per entrambe le categorie OG 1 e OG11.

In concreto, il concorrente avanzava la seguente proposta di rimodulazione del proprio assetto:

- Scarnata Costruzioni s.r.l. (mandataria): OG1 - 42,97%;
- Califel s.r.l. (mandante): OG1 – 18% e OG11 – 100%;
- De Vincenzo Costruzioni s.r.l. (mandante): OG1 –20,65 %;
- T.M. Immobiliare s.r.l. (mandante): OG1 – 10,50%;
- Punto Impianti s.r.l. (mandante): OG1 – 7,88%.

ii) *IL SUBAPPALTO QUALIFICANTE*: le componenti Califel s.r.l. e T.M. Immobiliare s.r.l. precisavano, in subordine, di voler ricorrere per la categoria OG 1 al subappalto necessario, per la quota asseritamente non coperta dalla propria classifica;

iii) *L'AUMENTO DEL QUINTO*: il RTI considerava applicabile alla mandante Califel l'istituto c.d. dell'aumento del quinto di cui agli artt. 100 e 2, comma 2 dell'Allegato II.12 del Codice dei contratti (*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; nel caso di imprese raggruppate o consorziate la medesima disposizione si applica con riferimento a ciascuna impresa raggruppata o consorziate, a condizione che essa sia qualificata per una classifica pari ad almeno un quinto dell'importo dei lavori a base di gara*). La detta componente aveva dichiarato nel proprio DGUE di essere in possesso nella categoria OG1 della classifica IV (fino ad euro 2.582.000), e indicato una percentuale di esecuzione delle opere della suddetta categoria pari al 21.48 %, che, tenuto conto dell'importo complessivo dei lavori nella categoria OG1 di 13.964.033,60, era pari ad euro 2.999.474,417. In ragione di ciò la Califel, al fine di coprire con la propria classifica l'importo dei lavori così dichiarato, dichiarava di accedere all'incremento del quinto, in conformità con la giurisprudenza amministrativa in materia (da ultimo, CGARS n. 450/2022).

Al contempo, secondo il medesimo R.T.I., la T.M. Immobiliare doveva considerarsi quale un'impresa cooptata ai sensi dell'art. 30, comma 4 dell'Allegato II.12 al nuovo Codice, non incidendo così sul conteggio delle percentuali per l'attestazione SOA (*“Se il singolo concorrente o i concorrenti che intendano riunirsi in raggruppamento temporaneo hanno i requisiti di cui al presente articolo, possono raggruppare altre imprese qualificate anche per categorie e importi diversi da quelli richiesti nel bando, a condizione che i lavori eseguiti da queste*

ultime non superino il 20 per cento dell'importo complessivo dei lavori e che l'ammontare complessivo delle qualificazioni possedute da ciascuna sia almeno pari all'importo dei lavori che saranno a essa affidati?").

Ne conseguiva complessivamente che, ai fini dei requisiti di qualificazione, e in applicazione dei suddetti istituti, le attestazioni SOA del R.T.I. dovevano ritenersi sufficienti per i lavori, attraverso la rimodulazione dell'assetto del Raggruppamento nelle seguenti nuove percentuali:

- Scarnata Costruzioni s.r.l. (mandataria): OG1 - 42,97%;
- Califel s.r.l. (mandante): OG1 – 21,48% e OG11 – 100%;
- De Vincenzo Costruzioni s.r.l. (mandante): OG1 –27,67 %;
- Punto Impianti s.r.l. (mandante): OG1 – 7,88%.

iv) IL RECESSO DI UN COMPONENTE DELL'RTI: in estremo subordine, tenuto conto del punto 8.6 del disciplinare di gara, e del combinato disposto di cui agli articoli 68, commi 17 e 18 e 97, commi 2 e 3 del Codice, il RTI dichiarava la volontà di procedere alla estromissione dell'impresa mandante T.M. Immobiliare s.r.l., con conseguente rimodulazione del proprio assetto nei seguenti e ancora diversi termini:

- Scarnata Costruzioni s.r.l. (mandataria): OG1 - 42,97%;
- Califel s.r.l. (mandante): OG1 – 21,48 % e OG11 – 100%;
- De Vincenzo Costruzioni s.r.l. (mandante): OG1 –27,67 %;
- Punto Impianti s.r.l. (mandante): OG1 – 7,88%.

5. Il R.U.P., all'esito dell'esame della siffatta nota di riscontro, in occasione della seduta del 22 gennaio 2024 riteneva che il Raggruppamento avesse di fatto confermato che le mandanti Califel s.r.l. e T.M. Immobiliare s.r.l. non fossero *“in possesso della categoria SOA OG1 in classifica adeguata a coprire le lavorazioni che le stesse*

intendono assumere nella suddetta categoria OG1”, e che le ulteriori argomentazioni fornite dal concorrente a riscontro, “oltre ad essere fra loro alternative e pertanto incompatibili”, risultavano comunque “inidonee a superare le criticità emerse all’esito della istruttoria, ovvero sia l’accertata carenza dei requisiti di capacità economica e finanziaria e tecnica e professionale richiesti, a pena di esclusione, dall’articolo 8.3.1. e 8.6. del disciplinare di gara”.

Il R.U.P., pertanto, proponeva *“l’esclusione dell’operatore economico RTI costituendo SCARNATA COSTRUZIONI S.r.l. (mandataria), CALIFEL S.r.l., DE VINCENZO COSTRUZIONI S.r.l., PUNTO IMPIANTI S.r.l., T.M. IMMOBILIARE S.r.l. (mandanti) dalle successive fasi della procedura di gara”*, ravvisando a suo carico una *“violazione non altrimenti sanabile”* (v. verbale n. 6 del 22 gennaio 2024).

6. Invitalia, allora, recependo la summenzionata proposta, con provvedimento n. 0034353 del 26 gennaio 2024 disponeva l’esclusione del R.T.I. “Scarnata” dalla Gara.

Il provvedimento poggiava su una motivazione così articolata:

– *“nel riscontrare alla richiesta di soccorso istruttorio avanzata dalla scrivente Agenzia, il RTI Costituendo ha di fatto confermato che le mandanti CALIFEL S.r.l e T.M. Immobiliare S.r.l. non risultano essere in possesso della categoria SOA OG1 in classifica adeguata a coprire le lavorazioni che le stesse intendono assumere nella suddetta categoria OG1;*

– *non è possibile fare ricorso al c.d. “subappalto qualificante” per sopperire alla carenza del requisito di qualificazione nella categoria di lavorazioni individuata quale prevalente negli atti gara poiché il suddetto istituto, come previsto all’articolo 8.3.1. del Disciplinare di gara, opera ai sensi del combinato disposto degli articoli 30, co. 1 dell’Allegato II.12 al Codice dei Contratti e 12, co. 2, lett. b), del D.L. n. 47/2014, conv. in L. 23 maggio 2014, n. 80, solo con riferimento alle categorie scorporabili a qualificazione obbligatoria, ovvero sia laddove il concorrente sia in possesso dell’attestazione di qualificazione SOA relativa alla categoria prevalente OG1, in classifica*

adeguata a coprire, oltre all'importo della categoria prevalente, anche l'importo della categoria scorporabile per la quale non è posseduta la qualificazione;

– le mandanti CALIFEL S.r.l e T.M. Immobiliare S.r.l. non risultano essere in possesso del requisito richiesto per poter usufruire del c.d. “incremento del quinto” che consentirebbe loro di eseguire la quota parte di lavori dichiarata poiché difettano della qualificazione nella categoria prevalente OG1 in una classifica pari ad almeno un quinto dell'importo degli specifici lavori per l'esecuzione dei quali le stesse partecipano alla gara (Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 13 gennaio 2023, n. 2);

– qualora si accedesse all'interpretazione fornita dal RT Costituendo sub lettera A della predetta nota di riscontro, si consentirebbe una illegittima ed inammissibile modifica delle quote di esecuzione indicate univocamente in sede di gara dal concorrente, in violazione del principio della par condicio competitorum;

– gli indirizzi giurisprudenziali prevalenti hanno più volte precisato che:

– la funzione cui sono preordinati i requisiti di qualificazione ne esclude, per le ragioni di tutela dell'interesse pubblico innanzi esposte, una loro natura meramente “formale”, risolvendosi essi in requisiti di affidabilità professionale del potenziale contraente, la cui natura “sostanziale” è del tutto evidente. Di modo che una non corrispondenza, in sede di partecipazione alla gara, tra requisito e quota dei lavori da eseguire si risolve non già in una imprecisione formale ovvero in una sorta di errore materiale, bensì in una violazione sostanziale di regole disciplinanti l'intero sistema dei contratti pubblici (e vevoli oggettivamente per tutti i partecipanti alle gare) (Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 27 marzo 2019, n. 6);

– “la mancanza del requisito di qualificazione in misura corrispondente alla quota dei lavori, cui si è impegnata una delle imprese costituenti il raggruppamento temporaneo in sede di presentazione dell'offerta, è causa di esclusione dell'intero raggruppamento, anche se lo scostamento sia minimo ed anche nel caso in cui il raggruppamento nel suo insieme (ovvero un'altra delle imprese del medesimo)

sia in possesso del requisito di qualificazione sufficiente all'esecuzione dell'intera quota di lavori" (Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 27 marzo 2019, n. 6);

– *"l'impegno ad eseguire l'appalto sulla base di una determinata ripartizione delle quote di esecuzione tra le imprese facenti parte di un raggruppamento temporaneo deve essere già definito al momento in cui si partecipa alla gara [...] poiché in questo modo le imprese raggruppate formalizzano nei loro rapporti e nei confronti dell'amministrazione la misura entro la quale si assumeranno l'esecuzione del contratto e la corrispondente misura dei requisiti di qualificazione di cui devono essere in possesso. Ne segue che questo impegno non può essere modificato in corso di gara, attraverso il potere di soccorso istruttorio della stazione appaltante (Consiglio di Stato, 12 gennaio 2021, n. 400);*

– *le ulteriori argomentazioni fornite dal RTI Costituendo, oltre ad essere fra loro alternative e pertanto incompatibili, risultano inidonee a superare le criticità emerse all'esito della istruttoria, ovvero sia l'accertata carenza dei requisiti di capacità economica e finanziaria e tecnica e professionale richiesti, a pena di esclusione, dall'articolo 8.3.1. e 8.6. del disciplinare di gara"*.

7. In conseguenza dell'esclusione, e a seguito dello scorrimento della graduatoria di merito, con provvedimento n. 0041919 del 1° febbraio 2024 veniva disposta l'aggiudicazione della Gara a favore del R.T.I. "Zurlo".

8. Da qui la proposizione da parte del R.T.I. "Scarnata" del ricorso in epigrafe, notificato per mezzo P.E.C. il 9 febbraio 2024 e corredato di istanza cautelare e domanda di subentro *ex art.* 120 del cod. proc. amm., con il quale il concorrente chiedeva a questo Tribunale, in accoglimento dell'impugnativa, che venisse disposto l'annullamento dei provvedimenti dell'esclusione, della susseguente aggiudicazione e dei connessi e consequenziali atti della gara, inibendo per l'effetto la stipula del contratto con la controinteressata.

8.1. La ricorrente si affidava, a tal fine, alle seguenti, articolate doglianze.

I. Violazione e falsa applicazione del punto 8.6 del disciplinare di gara; violazione e falsa applicazione dell'art. 17 del disciplinare di gara; violazione e falsa applicazione artt. 1, 2, 3, 5, 68, 97, 101 e 2, 30 dell'All. II.12 del decreto legislativo n. 36/2023; violazione e falsa applicazione degli artt. 19, 56 e 63, par. 1, c. 2, Direttiva 24/2014/UE; violazione e falsa applicazione degli artt. 3, 4 e 6 della legge n. 241/90; violazione e falsa applicazione del Trattato UE; violazione e falsa applicazione dei principi di proporzionalità e di ragionevolezza; eccesso di potere per difetto e insufficienza di istruttoria e motivazione, errata presupposizione dei fatti, illogicità, contraddittorietà, sviamento;

II. Violazione e falsa applicazione dell'art. 17 d.lgs. n. 36/2023; difetto di istruttoria e di motivazione; eccesso e sviamento di potere - Illegittimità derivata.

8.2. Il primo motivo di ricorso veniva declinato in molteplici sotto-censure.

8.2.1. Con la prima (“*Sulla violazione dell'art. 101 d.lgs. 36/2023 e dell'art. 17 del disciplinare*”) il ricorrente sosteneva, innanzitutto, che l'esclusione si ponesse in contrasto con il combinato disposto di cui agli artt. 101, comma 1, lett. b) del D.lgs. n. 36/2023, 6 della l. n. 241/1990 e 17 del disciplinare di gara, che ammettevano espressamente la sanabilità di dichiarazioni affette da irregolarità, come per l'appunto quelle rese nel DGUE dalla Califel e dalla T.M. Immobiliare, in ordine alle attestazioni SOA e alle relative percentuali di esecuzione delle lavorazioni. Ne conseguiva, ad avviso della ricorrente, che il soccorso istruttorio attivato da Invitalia si sarebbe dovuto concludere con l'ammissione dell'R.T.I. “Scarnata”, anche in coerenza con il principio generale del risultato di cui all'art. 1 del Codice.

8.2.2. Con una seconda sotto-censura, rubricata “*Sulla violazione dell'art. 97 d.lgs. n. 36/2023*”, il RTI lamentava l'illegittimità dell'esclusione sotto il profilo che il R.U.P., dinanzi agli elementi forniti con le controdeduzioni, aveva illegittimamente rigettato la richiesta della ricorrente di un riallineamento delle quote relative alla categoria

OG1 della Califel e della T.M. Immobiliare, facendone assumere l'eccedenza all'altra mandante, la De Vincenzo s.r.l., con conseguente salvezza dell'intero raggruppamento.

Sempre nell'ambito della medesima doglianza il ricorrente deduceva, altresì, che l'esclusione era viziata anche da un errore di calcolo, in cui il R.U.P. era incorso nella determinazione dell'incremento premiale del quinto del valore dell'attestazione SOA nella categoria OG1 posseduta dalle mandanti Califel e T.M. Immobiliare, incremento da reputare consentito ai sensi dell'art. 2, comma 2, dell'Allegato II.12 al Codice.

8.2.3. Il motivo proseguiva con una terza sotto-censura, rubricata "*Sulla violazione degli artt. 97 e 68 del d.lgs. n. 36/2023*", per mezzo della quale si contestava l'esclusione per violazione degli artt. 97 e 68 del D.lgs. n. 36/2023 con riguardo alla non ammessa operatività dell'istituto del recesso. Invitalia aveva, invero, escluso il ricorrente benché la T.M. Immobiliare, nei chiarimenti, avesse inteso chiaramente esercitare il proprio diritto di recesso dal R.T.I. ai sensi dell'art. 68, comma 17, D.lgs. n. 36/2023, con contestuale assunzione delle relative quote, per la categoria OG1, in capo alla De Vincenzo s.r.l..

8.2.4. Una quarta sotto-censura (rubricata "*Sulla violazione dell'art. 30 dell'All. II.12 del d.lgs. 36/2023*") deduceva, invece, l'illegittimità dell'esclusione per difetto di istruttoria e di motivazione, nonché per eccesso e sviamento di potere rispetto ai chiarimenti trasmessi dall'R.T.I. "Scarnata", con riferimento a due profili:

- a) il criterio adottato per il calcolo dell'aumento premiale del quinto da parte del R.U.P.;
- b) la prospettata ipotesi di cooptazione della T.M. Immobiliare, invano rappresentata in via subordinata dal ricorrente nelle proprie osservazioni.

8.2.5. Una quinta sotto-censura, infine, sollevava la critica del difetto di istruttoria e di motivazione dell'esclusione adducendo, in sintesi, che:

- a) la giurisprudenza evocata dal R.U.P. (Cons. Stato., Ad. Plen. n. 6/2019) e il richiamo all'art. 30 dell'Allegato II.12 al Codice dei Contratti non erano idonei a superare i chiarimenti offerti dal RTI circa la modificabilità delle proprie quote;
- b) l'esclusione del R.T.I. non poteva essere legittimata dal mero richiamo del R.U.P. all'art. 8.6.3.1 del disciplinare, recante la trascrizione dell'art. 68, comma 11 del D.lgs. n. 36/2023, data la sua rilevanza nella sola fase esecutiva del rapporto contrattuale, e non anche ai fini della partecipazione alle gare, né, a maggior ragione, da quello all'art. 8.3.1, meramente riproduttivo del già citato art. 2 dell'Allegato II.12 al nuovo codice appalti;
- c) non corrispondeva al vero l'asserzione che le argomentazioni rappresentate dall'R.T.I. "Scarnata" fossero tra loro alternative e quindi incompatibili.

La doglianza, infine, si concludeva con l'impugnazione della *lex specialis*, della quale si chiedeva l'annullamento, la declaratoria di nullità e/o disapplicazione per violazione degli artt. 68 e 97 del d.lgs. n. 36/2023, 2 e 30 dell'All. II.12, come pure dell'art. 20 del disciplinare, nella parte in cui abilitava la Stazione Appaltante ad escludere il concorrente per carenza della qualificazione necessaria delle singole imprese associate all'R.T.I..

8.3. Con un secondo motivo di ricorso il R.T.I. ricorrente denunciava invece l'illegittimità del solo provvedimento di aggiudicazione della commessa all'R.T.I. "Zurlo", in quanto: - assunto in violazione dell'art. 17, comma 5 del Codice, ossia in assenza della verifica dei requisiti; - e comunque inficiato da illegittimità derivata discendente dall'erronea esclusione del RTI ricorrente.

9. Resistevano all'impugnativa il R.T.I. "Zurlo" e l'Invitalia, deducendo l'infondatezza del gravame. Si costituivano in giudizio, altresì, il Ministero dell'Economia e delle Finanze e il Ministero dell'Interno, chiedendo la loro estromissione dal giudizio sulla notazione che non risultavano atti impugnati a loro riferibili.

Il Comune di Campobasso, seppur debitamente intimato, non si costituiva in giudizio.

10. All'esito della camera di consiglio del 21 febbraio 2024 questo T.A.R. respingeva la domanda cautelare della ricorrente con ordinanza n. 29/2024, fissando per la trattazione della causa in sede di merito l'udienza pubblica del 10 aprile 2024.

11. Successivamente la ricorrente, con i motivi aggiunti (definiti dalla medesima "integrativi") notificati il 4 marzo 2024 e depositati il successivo giorno 14, premettendo che sarebbe stata preannunciata la stipula del contratto con il RTI controinteressato entro il 7 marzo 2024, impugnava nuovamente i medesimi provvedimenti di cui al ricorso introduttivo, e, congiuntamente, le note di concessione, da parte del Ministero dell'Interno, della proroga del termine di stipulazione del contratto fino al 31 marzo 2024.

11.1. I motivi aggiunti, muniti di nuova domanda cautelare, erano affidati alle seguenti censure:

I. Violazione e falsa applicazione art. 18 del d.lgs. n. 36/2023;

II.- Violazione e falsa applicazione degli artt. 121-125 d.lgs. n. 104/2010;

III.- Violazione e falsa applicazione dell'ordinanza Tar Molise n. 29/2024;

IV.- Violazione e falsa applicazione dell'art. 19 del Disciplinare di gara; -Violazione dei principi di fiducia (art. 2 nuovo cod. app.), concorrenza, imparzialità, non discriminazione, pubblicità e trasparenza, proporzionalità (art. 3 nuovo cod. app.); - Violazione e falsa applicazione del

Trattato UE; - Violazione e falsa applicazione artt. 1, par. 3, e 2, par. 1, lett. a), e 5, della direttiva 2007/66/CE;

V.- Invalidità dell'art. 19 del disciplinare di gara, nelle parti in cui consente la stipula del contratto prima dello scadere del periodo di stand still sostanziale, in violazione dell'articolo 18, comma 3 del D.lgs. n. 36/2023.

11.2. In sintesi, con la prima censura il ricorrente censurava l'aggiudicazione a favore del R.T.I. "Zurlo" nella misura in cui questa non poteva dirsi ancora efficace ai fini della successiva stipulazione del contratto, essendo all'uopo propedeutici il completamento della verifica dei requisiti di cui all'art. 17 del Codice e la decorrenza del termine di *stand still* sostanziale di 35 giorni di cui all'art. 18, comma 3 del d.lgs. n. 36/2023.

11.3. La seconda censura era anch'essa incardinata sul riferimento all'illegittimità della paventata stipula del contratto, e alla conseguente inefficacia di tale atto negoziale per violazione del termine di *stand still* sostanziale, questa volta adducendosi la violazione degli artt. 121 e 125 del cod. proc. amm..

11.4. La terza doglianza contestava la futura stipula del contratto anche in raffronto con l'ordinanza cautelare di questo T.A.R. n. 29/2024, adducendosi che, qualora fosse stata disposta la stipula, si sarebbero vanificati, in sostanza, gli effetti discendenti dalla trattazione della controversia per l'udienza pubblica ravvicinata del 10 aprile, e segnatamente preclusa l'eventuale condanna dell'Amministrazione alla tutela risarcitoria in forma specifica.

11.5. Il quarto e quinto motivo, infine, lamentavano l'illegittimità della stipulazione del contratto sotto la diversa angolazione della violazione dell'art. 19 del disciplinare di gara, riproduttivo del contenuto dell'art. 18 del Codice.

Infine, nella denegata ipotesi in cui questo T.A.R. avesse ritenuto “efficace” l’aggiudicazione disposta prima di aver verificato i requisiti in capo all’aggiudicatario, al fine di far decorrere il periodo dello *stand still* sin dalla sua comunicazione, l’art. 19 del Disciplinare, così inteso, sarebbe stato illegittimo in quanto:

- i) in contrasto con l’inesistenza di una deroga alle prescrizioni, di segno opposto, contenute nell’art. 18 del nuovo codice dei contratti;
- ii) smentito dall’A.N.A.C. nella recente Deliberazione n. 51 del 31 gennaio 2024.

12. Questo Tribunale respingeva la domanda di misura cautelare monocratica con decreto n. 37/2024.

13. Anche avverso i suddetti motivi integrativi resistevano, in particolar modo, Invitalia e la controinteressata.

In vista del giudizio di merito tutte le parti costituite, eccettuati il MEF e il Ministero dell’Interno, depositavano memorie e repliche ai sensi dell’art. 73 del cod. proc. amm..

14. La domanda di misure cautelari collegiali corredate i motivi aggiunti veniva abbinata per la trattazione congiunta con il merito della causa su richiesta della stessa ricorrente.

Sicché all’udienza pubblica del 10 aprile 2024 questo Tribunale, all’esito della discussione tra le parti, tratteneva l’intera controversia per la decisione.

15. Il Collegio deve preliminarmente scrutinare l’eccezione di difetto della legittimazione passiva del Ministero dell’Economia e delle Finanze e del Ministero dell’Interno, sollevata dall’Avvocatura dello Stato nella memoria di costituzione del 15 febbraio 2024.

15.1. Si osserva al riguardo che, ai sensi dell’art. 12-*bis*, comma 4, del decreto-legge n. 68 del 2022, sono “*parti necessarie dei giudizi disciplinati dal presente articolo le*

amministrazioni centrali titolari degli interventi previsti nel PNRR, ai sensi dell'articolo 1, comma 4, lettera l), del decreto-legge 31 maggio 2021, n. 77, convertito, con modificazioni, dalla legge 29 luglio 2021, n. 108, per le quali si osservano le disposizioni delle leggi speciali che prescrivono la notificazione presso gli uffici dell'Avvocatura dello Stato. Si applica l'articolo 49 del codice del processo amministrativo”.

Come chiarito dalla giurisprudenza formatasi sul punto, tale norma introduce un'ipotesi di litisconsorzio necessario nei confronti dell'Amministrazione centrale titolare dell'intervento previsto nel P.N.R.R., la quale però non riveste il ruolo di controinteressato in senso tecnico, cui il ricorso debba quindi essere notificato a pena di inammissibilità ex artt. 27 e 41, comma 2 del cod. proc. amm. (cfr. Cons. Stato, sez. V, 4 luglio 2023, n. 6525; id. 3 agosto 2023, n. 7520; id. 16 ottobre 2023, n. 9003).

15.2. Ora, con riferimento all'intervento di cui è causa (Missione 5 “*Inclusione e Coesione*” – Componente 2: “*Infrastrutture sociali, famiglie, comunità e terzo settore*” – Misure 2: “*Rigenerazione urbana e housing sociale*” - Investimento 2.1: “*Investimenti in progetti di rigenerazione urbana, volti a ridurre situazioni di emarginazione e degrado sociale*”) il Ministero dell'Interno risulta essere la sola Amministrazione centrale titolare dell'intervento in forza del combinato disposto del D.P.C.M. 9 luglio 2021, tabella A, e D.M. 6 agosto 2021 del Ministero dell'Economia e delle Finanze.

15.3. Per quanto precede, quindi, in parziale accoglimento dell'eccezione erariale il Collegio deve disporre l'estromissione dal giudizio del Ministero dell'Economia e delle Finanze, in quanto carente della legittimazione di parte necessaria del giudizio anche ai sensi dell'art. 12-*bis*, comma 4, del D.L. n. 68/2022.

Nei confronti del Ministero dell'Interno, invece, in forza della previsione normativa poco sopra trascritta l'eccezione va respinta.

16. Quanto al merito della controversia, il ricorso introduttivo è in parte infondato e in parte inammissibile, con conseguente improcedibilità dei motivi integrativi del 4 marzo 2024 per sopravvenuta carenza di interesse.

La trattazione delle molteplici censure esposte nel ricorso introduttivo si concentrerà, innanzitutto, sul primo motivo d'impugnazione, le cui molteplici articolazioni esigono di scrutinare sotto diverse angolazioni la legittimità dell'esclusione n. 0034353 del 26 gennaio 2024.

Si procederà, poi, con il vaglio delle censure afferenti il provvedimento di aggiudicazione all'R.T.I. "Zurlo" n. 0041919 dell'1° febbraio 2024 di cui al secondo motivo del ricorso introduttivo (e ai motivi aggiunti).

17. Il Collegio muove quindi il proprio esame dalla censura introduttiva del primo motivo di gravame dell'originario ricorso.

Come si è premesso, con la prima sottocensura, rubricata *"Sulla violazione dell'art. 101 d.lgs. 36/2023 e dell'art. 17 del disciplinare"*, il ricorrente sostiene l'illegittimità dell'esclusione disposta nei propri riguardi in quanto in contrasto con il combinato disposto di cui agli artt. 101, comma 1, lett. b) del d.lgs. n. 36/2023, 6 della l. n. 241/1990 e 17 del disciplinare di gara. A detta del ricorrente, queste disposizioni permettevano alla Califel e alla T.M. Immobiliare di poter sanare le proprie dichiarazioni, qualificate in ricorso quali mere "imprecisioni", in ordine al possesso dei requisiti di partecipazione alla procedura, incluse le informazioni relative alle attestazioni SOA, alle qualifiche possedute e alle relative percentuali di esecuzione dei lavori. Sicché, a detta della ricorrente, a seguito dei chiarimenti e integrazioni forniti a riscontro del soccorso istruttorio l'esclusione non avrebbe potuto essere disposta.

18. La doglianza non coglie nel segno.

18.1. Occorre, al riguardo, brevemente ripercorrere il quadro normativo di riferimento, come pure le puntuali prescrizioni dettate dalla *lex specialis* in ordine ai requisiti di capacità economica e finanziaria e tecnica e professionale richiesti per la partecipazione alla procedura di evidenza pubblica.

18.1.1. Si ricorda che, secondo quanto confermato dall'art. 68 del Codice, è consentita la presentazione di offerte anche da parte dei soggetti che andranno a costituire un raggruppamento temporaneo d'impresa. In tal caso, *“l'offerta deve essere sottoscritta da tutti gli operatori economici che costituiranno i raggruppamenti temporanei”*, e *“deve contenere l'impegno che, in caso di aggiudicazione della gara, gli stessi operatori conferiranno mandato collettivo speciale con rappresentanza ad uno di essi, da indicare in sede di offerta e qualificato come mandatario, il quale stipulerà il contratto in nome e per conto proprio e dei mandanti?”* (comma 1). E, soprattutto, il secondo comma dell'articolo recita poi: *“in sede di offerta sono specificate le categorie di lavori o le parti del servizio o della fornitura che saranno eseguite dai singoli operatori economici riuniti o consorziati, con l'impegno di questi a realizzarle”*. L'articolo in esame detta inoltre, in tema di possesso delle qualificazioni da parte del costituendo RTI, le seguenti prescrizioni:

- a) *“i raggruppamenti e i consorzi ordinari di operatori economici sono ammessi alla gara se gli imprenditori o altro raggruppamento che vi partecipano, oppure gli imprenditori consorziati, abbiano complessivamente i requisiti relativi alla capacità economica e finanziaria e alle capacità tecniche e professionali, ferma restando la necessità che l'esecutore sia in possesso dei requisiti prescritti per la prestazione che lo stesso si è impegnato a realizzare ai sensi del comma 2. Si applicano in quanto compatibili le disposizioni contenute nell'allegato II.12”* (comma 11);
- b) *“se il singolo concorrente o i concorrenti che intendano riunirsi in raggruppamento temporaneo hanno i requisiti di cui al presente articolo, possono raggruppare altre imprese qualificate anche per categorie ed importi diversi da quelli richiesti nel bando, a condizione che i lavori eseguiti da queste*

ultime non superino il 20 per cento dell'importo complessivo dei lavori e che l'ammontare complessivo delle qualificazioni possedute da ciascuna sia almeno pari all'importo dei lavori che saranno ad essa affidati? (comma 12).

18.1.2. Il successivo articolo 100 del Codice si occupa, invece, in via generale, del tema dei c.d. "requisiti di ordine speciale". E per quanto d'interesse nella presente controversia, concernente una commessa di importo superiore ai 150.000,00 euro, il comma 4 prescrive che *"le stazioni appaltanti richiedono che gli operatori economici siano qualificati"*. In ordine alla qualificazione, tale comma ulteriormente precisa che: a) l'attestazione di qualificazione è rilasciata da organismi di diritto privato autorizzati dall'ANAC; b) il sistema di qualificazione per gli esecutori di lavori pubblici, articolato in rapporto alle categorie di opere e all'importo delle stesse è disciplinato dall'allegato II.12.; c) il possesso di attestazione di qualificazione in categorie e classifiche adeguate ai lavori da appaltare rappresenta *"condizione necessaria e sufficiente"* per la dimostrazione dei requisiti di partecipazione di ordine speciale, nonché *"per l'esecuzione, a qualsiasi titolo, dell'appalto"*.

18.1.3. L'allegato II.12 al Codice conferma, per parte sua, il contenuto degli articoli 68 e 100 del Codice, con alcune puntualizzazioni.

Nello specifico, in tema di "categorie e classifiche", l'articolo 2, comma 2 dell'Allegato ribadisce la regola del necessario possesso, da parte dell'operatore economico, dell'attestazione di qualificazione di cui al già citato comma 4 dell'art. 100, introducendo però la regola dell'incremento del quinto (tema che però sarà approfondito nel prosieguo della trattazione).

A tenore della norma dell'allegato, *"la qualificazione in una categoria abilita l'operatore economico a partecipare alle gare e ad eseguire i lavori nei limiti della propria classifica incrementata di un quinto"*; e nel caso di imprese raggruppate 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”, mentre “non si applica alla mandataria ai fini del conseguimento del requisito minimo di cui all'articolo 30, comma 2”.

A conclusione del quadro, inoltre, l'art. 30, comma 2 dell'Allegato precisa che *“le quote di partecipazione al raggruppamento o consorzio, indicate in sede di offerta, possono essere liberamente stabilite entro i limiti consentiti dai requisiti di qualificazione posseduti dall'associato o dal consorziato”*; i lavori *“sono eseguiti dai concorrenti riuniti secondo le quote indicate in sede di offerta, fatta salva la facoltà di modifica delle stesse, previa autorizzazione della stazione appaltante che ne verifica la compatibilità con i requisiti di qualificazione posseduti dalle imprese interessate”.*

18.1.4. Il Codice prevede, inoltre, dei meccanismi di soccorso istruttorio nel caso di omissioni o irregolarità nella documentazione di gara.

A tenore del suo articolo 101, comma 1, lett. b), e sempre che al momento della scadenza del termine per la presentazione dell'offerta il documento sia presente nel fascicolo virtuale dell'operatore economico, *“la stazione appaltante assegna un termine non inferiore a cinque giorni e non superiore a dieci giorni per: (...) b) sanare ogni omissione, inesattezza o irregolarità della domanda di partecipazione, del documento di gara unico europeo e di ogni altro documento richiesto dalla stazione appaltante per la partecipazione alla procedura di gara, con esclusione della documentazione che compone l'offerta tecnica e l'offerta economica. Non sono sanabili le omissioni, inesattezze e irregolarità che rendono assolutamente incerta l'identità del concorrente”.*

18.2. L'assetto prescrittivo fin qui esposto viene fatto proprio dalla *lex specialis* di gara.

18.2.1. Nell'ambito dell'articolo 8 del Disciplinare sui *“requisiti di partecipazione”*, il paragrafo 8.3. si occupa specificamente dei requisiti di *“capacità economica e finanziaria e tecnica e professionale”* previsti per la partecipazione alla gara.

18.2.1.1. Il successivo paragr. 8.3.1., rilevante ai fini della presente controversia, si concentra sul possesso dei suddetti requisiti con particolare riguardo *“all'esecuzione dei lavori”*, precisando in proposito che, *“a pena di esclusione, ai sensi dell'articolo 100, co. 4 e dell'Allegato II.12 del Codice dei Contratti, nonché dell'articolo 12, commi 1 e 2, D.L. n. 47/2014, conv. in L. 23 maggio 2014, n. 80”*, l'operatore economico *“dovrà possedere l'attestazione di qualificazione rilasciata da una SOA, regolarmente autorizzata, in corso di validità, per l'esecuzione delle prestazioni di costruzione nelle categorie e nelle classifiche adeguate nelle seguenti lavorazioni, ai sensi dell'articolo 2 dell'Allegato II.12 e in conformità alla “TABELLA A - CATEGORIE DI OPERE GENERALI E SPECIALIZZATE” del medesimo Allegato, ovvero: A. categoria prevalente OG1 nella classifica VII, a qualificazione obbligatoria, il cui importo ammonta a € 13.964.033,60; B. categoria scorporabile OG11, nella classifica IV BIS, a qualificazione obbligatoria, il cui importo ammonta a € 2.956.440,00”*.

E, si esige sempre a pena di esclusione, *“in riferimento alla categoria scorporabile OG11, a qualificazione obbligatoria, l'operatore economico, in mancanza della predetta attestazione SOA, ai sensi dell'articolo 30, co. 1 dell'Allegato II.12 al Codice dei Contratti e dell'articolo 12, co. 2, lett. b), del D.L. n. 47/2014, conv. in L. 23 maggio 2014, n. 80 dovrà: a) possedere l'attestazione di qualificazione SOA relativa alla categoria prevalente OG1, nella classifica adeguata a coprire, oltre all'importo della categoria prevalente, anche l'importo della suddetta categoria scorporabile per la quale non è posseduta la qualificazione; b) indicare in sede di offerta i lavori o la parte di essi che intende subappaltare ad impresa dotata della relativa qualificazione”*.

Inoltre, lo stesso paragrafo 8.3.1. ribadisce l'applicabilità dell'istituto dell'incremento del quinto di cui all'art. 2, comma 2 dell'Allegato II.12. al Codice anche *“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”.

18.2.1.2. Dette prescrizioni si trovano anche reiterate nel paragrafo 8.6., con riguardo ai “*Requisiti di partecipazione degli operatori che partecipano in forma associata*”.

In special modo, il paragrafo 8.6.3.1., sempre in tema di requisiti di ordine speciale, conferma che: a) a pena di esclusione, in caso di R.T., di consorzi ordinari e di G.E.I.E., “*ciascun componente dovrà possedere i requisiti per la parte di prestazioni che si impegna ad eseguire*”; b) e sempre a pena di esclusione, “*in caso di R.T. e di consorzi ordinari, ai sensi dell’articolo 68, comma 11, del Codice dei Contratti, i requisiti relativi alla capacità economica e finanziaria e alle capacità tecniche e professionali dovranno essere posseduti dal R.T. e dal consorzio ordinario nel suo complesso, fermo restando che ciascun componente dovrà possedere i requisiti prescritti per le categorie dei lavori e le relative quote che lo stesso si è impegnato a realizzare ai sensi del comma 2 del medesimo articolo 68 del Codice dei Contratti*”.

18.2.2. La *lex specialis*, infine, recepisce il meccanismo del soccorso istruttorio di cui al citato articolo 101 del Codice. A tal fine, l’articolo 17 del Disciplinare reitera la prescrizione per cui l’operatore economico, “*ai sensi dell’articolo 101, co. 1, lettere a) e b), del Codice dei Contratti, potrà : (...) b) sanare ogni omissione, inesattezza o irregolarità della domanda di partecipazione integrata con il DGUE e di ogni altro documento richiesto per la partecipazione alla procedura di gara, con esclusione della documentazione che compone l’offerta tecnica e l’offerta economica*”. E inoltre avverte come, in ogni caso, non siano sanabili: - il mancato possesso dei prescritti requisiti - l’omesso impegno ad assicurare, in caso di aggiudicazione del contratto, il rispetto delle condizioni di esecuzione e dei requisiti di partecipazione di cui agli articoli 3 e 8 del Disciplinare.

18.3. Una volta evocate le regole di riferimento della controversia, il Collegio deve ricordare che nella fattispecie il R.T.I. “Scarnata”, nelle domande di partecipazione

integrate con il DGUE delle proprie componenti, aveva previsto che la Califel avrebbe eseguito il 21,48% delle lavorazioni della categoria OG1, pari al valore di € 2.999.474,41, e la T.M. Immobiliare il 12,17% delle lavorazioni OG1, pari al valore di € 1.699.422,88.

Senonché, come si è già esposto nella precedente narrativa, le qualifiche possedute dalle due imprese appena dette non erano capaci *ex se* di garantire il soddisfacimento delle quote di lavori dalle stesse rispettivamente dichiarate in sede di offerta. Califel, a fronte del possesso di qualificazione nella OG1 per la classifica IV, avrebbe potuto eseguire lavori per un importo non superiore a € 2.582.000,00, e quindi ben inferiore a quello di € 2.999.474,41, corrispondente alla quota in OG 1 da essa indicata; mentre la T.M. Immobiliare, a fronte del possesso di qualificazione nella OG1 per la classifica III bis, non avrebbe potuto superare l'importo di lavori eseguibili in OG1 di € 1.500.000,00, laddove il valore della quota da essa indicata era di € 1.699.422,88.

Il R.T.I. Scarnata, nella propria nota di riscontro alla richiesta di chiarimenti del 4 gennaio 2024 confermava, del resto, la circostanza della mancanza *ab origine* per tali due società, rispetto alla categoria di lavori OG1, di classifiche adeguate a coprire la percentuale di opere che le stesse si erano impegnate ad eseguire e realizzare ai sensi dell'art. 68, comma 2 e 11, del Codice, al punto di fornire al R.U.P., in via graduata, ben 4 proposte alternative tese a permettere comunque al RTI di rimanere in gara.

18.4. Per chiarezza conviene, allora, subito anticipare che, come ben evidenziato dalla resistente Invitalia nelle proprie difese, i DGUE delle mandanti Califel e T.M. Immobiliare, lungi dal recare delle mere "irregolarità dichiarative" (come prospettato invece dalla ricorrente), denotavano in realtà *per tabulas* la mancanza, in capo alle stesse due mandanti, della necessaria corrispondenza tra classifica SOA posseduta e

rispettiva quota di esecuzione delle opere in OG1, corrispondenza richiesta a pena di esclusione dalla *lex specialis* nei paragrafi 8.3.1. e 8.6.3.1., e dunque esprimevano una violazione di ordine sostanziale di regole disciplinanti l'intero sistema dei contratti pubblici, come tale non suscettibile di sanatoria ai sensi dell'art. 101, comma 1, lett. b) del Codice.

18.5. La definizione della questione di diritto posta dal ricorrente con la presente doglianza richiede, invero, una preliminare considerazione sul ruolo attribuibile al requisito di qualificazione alla luce delle prescrizioni del nuovo Codice degli appalti di cui al d.lgs. n. 36/2023.

18.6. Come si è visto poc'anzi, il combinato disposto degli artt. 68, comma 2, e 100 comma 4 del Codice definisce il criterio direttivo di ordine partecipativo secondo cui la partecipazione stessa alla gara da parte dell'impresa associata in R.T.I. può avvenire solo a condizione del possesso, da parte sua, di requisiti di qualificazione corrispondenti alla quota di esecuzione per essa prevista.

E tale criterio viene ribadito anche nei citati articoli 2, comma 2 e 30, comma 2 dell'Allegato II.12 al Codice, a seguito dei quali sono delineabili i seguenti ulteriori criteri:

- quello della piena libertà, in capo alle imprese partecipanti al raggruppamento, di stabilire la quota di partecipazione al raggruppamento medesimo, con il limite rappresentato tuttavia dai requisiti di qualificazione posseduti dal singolo associato;
- quello della possibilità di una successiva modifica delle quote di esecuzione in seno al raggruppamento, purché vi sia a tal fine autorizzazione della stazione appaltante, *“che ne verifica la compatibilità con i requisiti di qualificazione posseduti dalle imprese interessate”*.

Ora, questi principi trovano una solida corrispondenza di fondo nel quadro normativo di cui al precedente D.lgs. n. 50/2016.

Difatti, l'articolo 30, comma 2 dell'Allegato II.12 al nuovo Codice ripropone, *in parte qua*, quanto già previsto dall'art. 92, comma 2, del d.P.R. 5 ottobre 2010 n. 207 (recante, nell'ambito del regolamento di esecuzione e attuazione del Decreto Legislativo 12 aprile 2006 n. 163, la disciplina dei "soggetti abilitati ad assumere lavori"), fonte secondo la quale "Per i raggruppamenti temporanei di cui all'articolo 34, comma 1, lettera d), del codice, i consorzi di cui all'articolo 34, comma 1, lettera e), del codice ed i soggetti di cui all'articolo 34, comma 1, lettera f), del codice, di tipo orizzontale, i requisiti di qualificazione economico-finanziari e tecnico-organizzativi richiesti nel bando di gara per l'impresa singola devono essere posseduti dalla mandataria o da un'impresa consorziata nella misura minima del 40 per cento e la restante percentuale cumulativamente dalle mandanti o dalle altre imprese consorziate ciascuna nella misura minima del 10 per cento. Le quote di partecipazione al raggruppamento o consorzio, indicate in sede di offerta, possono essere liberamente stabilite entro i limiti consentiti dai requisiti di qualificazione posseduti dall'associato o dal consorziato. Nell'ambito dei propri requisiti posseduti, la mandataria in ogni caso assume, in sede di offerta, i requisiti in misura percentuale superiore rispetto a ciascuna delle mandanti con riferimento alla specifica gara. I lavori sono eseguiti dai concorrenti riuniti secondo le quote indicate in sede di offerta, fatta salva la facoltà di modifica delle stesse, previa autorizzazione della stazione appaltante che ne verifica la compatibilità con i requisiti di qualificazione posseduti dalle imprese interessate".

E ancora, l'articolo 68, comma 1 e 2 del Codice riproduce il contenuto del precedente articolo 48, commi 3 e 4 del D.lgs. n. 50/2016, che statuiva: "Nel caso di lavori, i raggruppamenti temporanei e i consorzi ordinari di operatori economici sono ammessi se gli imprenditori partecipanti al raggruppamento, ovvero gli imprenditori consorziati, abbiano i requisiti di cui all'articolo 84. Nel caso di lavori, forniture o servizi nell'offerta devono essere specificate le categorie di lavori o le parti del servizio o della fornitura che saranno eseguite dai singoli operatori economici riuniti o consorziati".

18.7. Stante, dunque, la continuità della prescrizione del necessario possesso, da parte dell'impresa raggruppata, dei requisiti di qualificazione corrispondenti alla propria quota di esecuzione dei lavori, ad avviso del Collegio sul tema sollevato con il motivo di ricorso in trattazione possono trovare conseguente applicazione le coordinate ermeneutiche già di recente tracciate dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con la decisione n. 6 del 27 marzo 2019, pronunciatasi per l'appunto sul contenuto dell'art. 92 del d.P.R. 5 ottobre 2010 n. 207 (il cui contenuto, come si è detto, è stato riprodotto nell'art. 30 dell'Allegato II.12 al Codice).

18.7.1. L'Adunanza Plenaria ha, in tale occasione, confermato l'orientamento giurisprudenziale per cui la mancanza del requisito di qualificazione in misura corrispondente alla quota di lavori cui si era impegnata, in sede di presentazione dell'offerta, la singola impresa associata è causa di esclusione dell'intero raggruppamento, e questo anche ove, per ipotesi, il raggruppamento nel suo insieme sia in possesso del requisito di qualificazione sufficiente all'esecuzione integrale dei lavori. Ciò in quanto i requisiti di qualificazione attengono alle caratteristiche soggettive del concorrente che aspira all'aggiudicazione, e consentono alla stazione appaltante di valutare la capacità imprenditoriale del concorrente a realizzare quella parte di lavoro (quota di esecuzione) che gli sarà poi eventualmente aggiudicata (cfr. Cons. Stato, sez. V, 2 luglio 2018 n. 4036; 22 agosto 2016, n. 3666; 22 febbraio 2016, n. 786).

L'Adunanza Plenaria ha giustificato il suddetto orientamento sulla base sia del dato normativo letterale, sia della stessa natura e finalità dei requisiti di qualificazione.

Sul piano letterale, secondo l'Adunanza Plenaria, l'articolo 92, comma 2 del d.P.R. n. 207/2010 – riprodotto poi dall'art. 30, comma 2 dell'Allegato II.12 al Codice – prevede un duplice contenuto normativo:

- in primo luogo, quello per cui vi è piena libertà in capo alle imprese partecipanti al raggruppamento di stabilire la quota di partecipazione al raggruppamento medesimo, con il solo limite rappresentato *“dai requisiti di qualificazione posseduti dall'associato o dal consorziato”*;

- in secondo luogo, quello della possibilità di modifica *“interna”* delle quote di esecuzione, purché vi sia a tal fine autorizzazione della stazione appaltante, *“che ne verifica la compatibilità con i requisiti di qualificazione posseduti dalle imprese interessate”*.

In sostanza, *“la disposizione riconosce la piena libertà delle imprese partecipanti al raggruppamento di suddividere tra loro le quote di esecuzione dei lavori, sia in via preventiva (art. 92, co. 2, secondo periodo), sia in via successiva (art. 92, co. 2, quarto periodo, sia pure previa autorizzazione), fermo il limite rappresentato dai requisiti di qualificazione posseduti dall'impresa associata. In tal modo, però, appare evidente come le norme evocate ne presuppongano un'altra ad esse preordinata, e precisamente la norma secondo la quale l'impresa associata partecipa alle gare in base ai (e nei limiti dei) propri requisiti di qualificazione. Se, infatti, la quota di esecuzione dei lavori da parte dell'impresa associata, in sede di attribuzione preventiva e/o di definizione successiva, può essere liberamente stabilita nei limiti del possesso dei corrispondenti requisiti di qualificazione, ciò significa a tutta evidenza che è la partecipazione stessa alla gara da parte dell'impresa associata in r.t.i. che può avvenire solo a condizione del possesso di requisiti di qualificazione corrispondenti alla quota di esecuzione per essa prevista”* (cfr. Ad. Plen. n. 6/2019).

Ma anche la *ratio* sottesa ai requisiti di qualificazione giustifica, secondo l'Adunanza Plenaria, la prescrizione del previo necessario possesso dei primi, da parte di ogni singola impresa raggruppata, in misura almeno corrispondente alla quota dei lavori di cui questa si è impegnata ad eseguire.

E, difatti, la sentenza osserva che i requisiti di qualificazione “*attengono alle caratteristiche soggettive del concorrente che partecipa alla gara ed aspira all’aggiudicazione, e ciò al fine di assicurare la stazione appaltante sulle sue serietà, professionalità e capacità imprenditoriale in ordine alla realizzazione di quella parte di lavoro che potrebbe, in caso di esito positivo della gara, essergli affidata*”.

I requisiti di qualificazione “*sono funzionali, dunque, alla cura e tutela dell’interesse pubblico alla selezione di contraenti affidabili, onde garantire al meglio il risultato cui la pubblica amministrazione tende con l’indizione della gara: un risultato che non pertiene (occorre ricordarlo) alla pubblica amministrazione come soggetto, ma al più generale interesse pubblico del quale l’amministrazione/ stazione appaltante risulta titolare e custode.*

In questo senso, appare evidente come non sia possibile contrapporre (come ipotizza l’ordinanza di rimessione: pag. 10) ad una interpretazione del requisito di qualificazione come “personale” (cioè riferito alla singola impresa facente parte del raggruppamento), un’altra interpretazione che, invece, ritenga tale requisito come riferito, complessivamente, all’intero raggruppamento, in tal modo rendendo possibile sopperire alle eventuali “carenze” di una impresa associata con la “sovrabbondanza” di requisito eventualmente presente in capo ad altra impresa associata. Ed infatti:

- per un verso, poiché il sistema dei requisiti di qualificazione ha la funzione innanzi descritta (di garanzia di serietà ed affidabilità tecnica ed imprenditoriale dell’impresa), esso non può (per avere e mantenere le ragioni della sua previsione) che riferirsi ad ogni singola impresa, ancorché associata in un raggruppamento;

- per altro verso, diversamente opinando, si finirebbe con il conferire una sorta di “soggettività” al raggruppamento, al di là di quella delle singole imprese partecipanti; e ciò in quanto una sorta di interscambiabilità dei requisiti di partecipazione, quale quella ipotizzata, risulta più agevolmente ipotizzabile laddove si riconoscesse (ma così non è) una personalità giuridica propria al r.t.i.; tale

ipotesi interpretativa pone, dunque, le premesse proprio per un (non ammissibile) riconoscimento (espreso o implicito che sia) di una soggettività autonoma del raggruppamento;

- per altro verso ancora, l'utilizzazione (ancorché parziale) dei requisiti di qualificazione può finire per rappresentare, nella sostanza, una sorta di avvalimento anomalo ed in contrasto con quanto previsto dall'art. 89, d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50, anche con riferimento agli adempimenti procedurali previsti a pena di nullità (co.1)" (cfr. Ad. Plen. n. 6/2019).

E, continua ancora la sentenza, non è possibile "ritenere come "formalistica" l'interpretazione ora offerta, contrapponendola (come non condivisibilmente effettuato dall'appellante) ad un'altra interpretazione di tipo "sostanzialistico", secondo la quale – in presenza delle tre condizioni più volte innanzi indicate – il principio di doverosa corrispondenza tra i requisiti di partecipazione di ciascuna impresa e la quota di esecuzione dichiarata "non può dirsi nella sostanza violato", posto che si otterrebbe anche il "contemperamento tra il principio di libero accesso alle gare ed il principio della necessaria affidabilità degli offerenti".

A tal fine, occorre in primo luogo osservare come la funzione cui sono preordinati i requisiti di qualificazione ne esclude, per le ragioni di tutela dell'interesse pubblico innanzi esposte, una loro natura meramente "formale", risolvendosi essi in requisiti di affidabilità professionale del potenziale contraente, la cui natura "sostanziale" è del tutto evidente" (cfr. Ad. Plen. n. 6/2019).

Sicché "una non corrispondenza, in sede di partecipazione alla gara, tra requisito e quota dei lavori da eseguire si risolve non già in una imprecisione formale ovvero in una sorta di errore materiale, bensì in una violazione sostanziale di regole disciplinanti l'intero sistema dei contratti pubblici (e vevoli oggettivamente per tutti i partecipanti alle gare)".

Né, conclude l'Adunanza Plenaria, "può dirsi pretermesso il principio del libero accesso alle gare (più volte richiamato dall'appellante), posto che tale accesso è certamente "libero" per i soggetti che rispondono ai requisiti previsti dall'ordinamento per la partecipazione. D'altra parte, il principio volto a garantire la più ampia partecipazione alle gare non agisce "in astratto", ma esso,

nella sua concreta attuazione, non può che riferirsi ad imprese che – per serietà ed affidabilità tecnico-professionale (appunto validate dal possesso dei requisiti) – sono potenzialmente idonee ad assumere il ruolo di contraenti con gli operatori economici pubblici?”.

18.7.2. Alla luce, dunque, dei principi sopra esposti, il possesso dei requisiti di qualificazione di ordine economico-finanziario e tecnico-organizzativo, da parte della singola impresa raggruppata, in misura non inferiore alla quota di lavori alla cui esecuzione l'impresa stessa s'impegna, riveste, ad avviso del Collegio, una valenza di tipo “sostanziale”, qualificante la stessa domanda di partecipazione della singola impresa.

Sicché la mancanza di un siffatto requisito di qualificazione, da parte anche di una soltanto una delle imprese raggruppate, in misura corrispondente alla quota dei lavori cui la stessa si è impegnata ad eseguire in sede di presentazione dell'offerta, “è causa di esclusione dell'intero raggruppamento, anche se lo scostamento sia minimo ed anche nel caso in cui il raggruppamento nel suo insieme (ovvero un'altra delle imprese del medesimo) sia in possesso del requisito di qualificazione sufficiente all'esecuzione dell'intera quota di lavori?” (cfr. Ad. Plen. n. 6/2019);

18.8. Dal che, ad avviso del Collegio, logicamente si desume che un vizio siffatto non possa essere sanato *ex post* per mezzo del soccorso istruttorio di cui all'art. 101, comma 1, lett. b) del Codice, per le seguenti ragioni.

18.8.1. Preliminarmente il Collegio ricorda che nel contesto del D.lgs. n. 50/2016 l'istituto del soccorso istruttorio ha trovato disciplina nel relativo articolo 83, comma 9. Secondo tale disposizione, le carenze di qualsiasi “*elemento formale della domanda possono essere sanate attraverso la procedura di soccorso istruttorio di cui al presente comma*”. In particolare, “*in caso di mancanza, incompletezza e di ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo di cui all'articolo 85, con esclusione di quelle afferenti*

all'offerta economica e all'offerta tecnica, la stazione appaltante assegna al concorrente un termine, non superiore a dieci giorni, perché siano rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie, indicandone il contenuto e i soggetti che le devono rendere. In caso di inutile decorso del termine di regolarizzazione, il concorrente è escluso dalla gara. Costituiscono irregolarità essenziali non sanabili le carenze della documentazione che non consentono l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa".

Con particolare riguardo all'applicazione dell'art. 83, comma 9 alle carenze documentali relative ai requisiti di partecipazione alla gara, il consolidamento orientamento giurisprudenziale del Consiglio di Stato ha enucleato il principio di diritto per cui *"il soccorso istruttorio ha la finalità di consentire l'integrazione della documentazione già prodotta in gara, ma ritenuta dalla stazione appaltante incompleta o irregolare sotto un profilo formale, non anche di consentire all'offerente di formare atti in data successiva a quella di scadenza del termine di presentazione delle offerte, in violazione del principio di immutabilità e segretezza dell'offerta, imparzialità e par condicio delle imprese concorrenti (v., ex plurimis, Cons. St., sez. V, 4 aprile 2019, n. 2219 nonché la delibera n. 54 del 1° febbraio 2017 dell'ANAC), con la conseguenza che è pacificamente ammissibile, nei termini appena delineati, il soccorso istruttorio in relazione ai requisiti di ordine speciale"* (cfr., sul punto, Cons. Stato, sez. III, n. 4103/2020 che richiama, a sua volta, le precedenti sez. III, 16 aprile 2019, n. 2493 e sez. V, 10 aprile 2019, n. 2351).

In coerenza con la citata *regula iuris*, la giurisprudenza ha dunque affermato l'ammissibilità del soccorso istruttorio con riguardo ai requisiti di partecipazione dell'offerta nella sola misura in cui gli stessi, ove costituenti elementi essenziali della domanda, non risultassero carenti *ab origine*. L'elemento essenziale che può essere integrato con il soccorso istruttorio deve, infatti, *"necessariamente preesistere alla scadenza del termine di presentazione delle offerte, ammettendosi altrimenti una inammissibile partecipazione*

tardiva, in violazione di una regola basilare del procedimento di gara: ciò perché, laddove una domanda di partecipazione non sia oggettivamente rilevabile, nemmeno de relato ad altre componenti della documentazione di gara aventi altra finalità, deve escludersi in radice che possa ritenersi perfezionata una fattispecie partecipativa (allo stesso modo, esemplificativamente, in cui il processo amministrativo non può ritenersi instaurato se fa difetto il relativo ricorso)” (cfr. Cons. Stato, sez. V, 27 ottobre 2022, n. 9147, che richiama id., sez. III, 26 giugno 2020, n. 4103).

18.8.2. Ebbene, ad avviso del Collegio i suddetti insegnamenti giurisprudenziali, seppur riferiti al citato articolo 83, comma 9 del D.lgs. n. 50/2016, possono trovare senz'altro applicazione anche nel caso di specie. Il contenuto dell'articolo 83, comma 9 del D.lgs. n. 50/2016 è, invero, confluito integralmente nell'articolo 101, comma 1, lett. b) del nuovo Codice, con la conseguenza che i sopra esposti principi di diritto si devono ritenere ancora vigenti e, pertanto, applicabili anche alla presente vicenda. La persistenza dei suddetti principi è stata ribadita, da ultimo, dal Consiglio di Stato nella recente sentenza n. 7870 del 21 agosto 2023 con riferimento proprio al contenuto dell'art. 101, comma 1, lettera b) del Codice.

Dopo aver qualificato la tipologia astratta del soccorso istruttorio in discorso come “*sanante*”, il Supremo Consesso ha affermato che, per quel che qui più rileva, “*deve tenersi per ferma la non soccorribilità (sia in funzione integrativa, sia in funzione sanante) degli elementi integranti, anche documentalmente, il contenuto dell'offerta (tecnica od economica): ciò che si porrebbe in contrasto con il superiore principio di parità dei concorrenti*”.

In altri termini, “*si possono emendare le carenze o le irregolarità che attengano alla (allegazione) dei requisiti di ordine generale (in quanto soggettivamente all'operatore economico in quanto tale), non quelle inerenti ai requisiti di ordine speciale (in quanto atte a strutturare i termini dell'offerta, con riguardo alla capacità economica, tecnica e professionale richiesta per l'esecuzione delle prestazioni messe a gara)*” (cfr. Cons. Stato, sez. V, n. 7870/2023). E ciò in coerenza

con i principi di *par condicio* e di autoresponsabilità (che in generale sollecita gli operatori economici, in virtù della postulata qualificazione professionale e del correlativo dovere di diligenza, al pieno e puntuale rispetto delle formalità procedurali, evitando gli aggravii imposti dalla rimessione in termini: per i quali ben potrebbe prospettarsi, anche alla luce del criterio di buona fede, una forma di immeritevole abuso).

18.8.3. Orbene, l'applicazione delle suddette coordinate ermeneutiche al caso di specie non fa nutrire dubbi, ad avviso del Collegio, circa l'impossibilità, in capo alla Califel e alla T.M. Immobiliare, di sanare, per mezzo del soccorso istruttorio di cui all'art. 101, comma 1, lettera b), le proprie carenze dei requisiti di qualificazione rispetto alla quota dei lavori che le stesse società, in sede di presentazione dell'offerta, si erano impegnate ad eseguire.

La mancata corrispondenza, in sede di partecipazione alla gara, tra classifica SOA posseduta e quota di esecuzione delle mandanti Califel e T.M. Immobiliare non dà luogo a una mera imprecisione o una irregolarità solo formale passibile, come tale, di un soccorso istruttorio sanante. Essa, invece, integra una "violazione sostanziale" di cui alla suddetta decisione dell'Adunanza Plenaria n. 6/2019, siccome inerente ad un vincolo che il concorrente aveva assunto scientemente in ossequio al principio di autoresponsabilità e vertente, per l'appunto, nel possesso dei requisiti di ordine speciale.

Stante, dunque, la natura "sostanziale" della violazione, questa non poteva essere "sanata" dall'R.T.I. per mezzo del meccanismo generale del soccorso istruttorio.

La mancanza di una classifica SOA commisurata alla quota di esecuzione si presenta come una carenza sostanziale presente *ab origine* al tempo della presentazione della

domanda, e pertanto, in coerenza con gli orientamenti sopra espressi dalla giurisprudenza amministrativa, non emendabile *ex post*.

Ne consegue che il provvedimento di esclusione del 26 gennaio 2024 è, sotto il profilo dell'asserita violazione degli artt. 101 del Codice e 17 del disciplinare di gara, integralmente legittimo.

18.9. La prima doglianza del ricorso è, pertanto, infondata.

19. Rimanendo nella cornice del possesso dei requisiti di partecipazione, la trattazione del ricorso deve ora proseguire con le doglianze concernenti l'applicazione dell'istituto del c.d. incremento del quinto di cui agli artt. 2, comma 2, e 30, comma 2 dell'All. II.12 al Codice.

Il Collegio ricorda che il provvedimento oggetto di gravame ha escluso che le mandanti Califel e T.M. Immobiliare potessero beneficiare dell'applicazione del suddetto incremento premiale del quinto, in quanto esse non risultavano in possesso del requisito richiesto dalla legge per poterne fruire, ossia *“difettano della qualificazione nella categoria prevalente OG1 in una classifica pari ad almeno un quinto dell'importo degli specifici lavori per l'esecuzione dei quali le stesse partecipano alla gara (Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 13 gennaio 2023, n. 2)”*.

19.1. In relazione alla motivazione amministrativa appena riferita il R.T.I. solleva due distinte forme di affermazioni critiche.

Nell'ambito della 2° sotto-censura del primo motivo di ricorso, e pur relativa alla violazione del meccanismo di cui all'art. 97 del Codice, il ricorrente deduce che l'esclusione impugnata sarebbe viziata da un errore di calcolo, nel quale sarebbe incorso il R.U.P. nella determinazione dell'incremento del quinto del valore dell'attestazione SOA nella categoria OG1 posseduta dalle mandanti Califel e T.M.

Immobiliare: incremento consentito ai sensi dell'art. 2, comma 2, dell'Allegato II.12 al Codice.

Al contempo, nella 4° sotto-censura (rubricata “*Sulla violazione dell'art. 30 dell'All. II.12 del d.lgs. 36/2023*”) si deduce l'illegittimità dell'esclusione per difetto di istruttoria e di motivazione, nonché per eccesso e sviamento di potere rispetto ai chiarimenti trasmessi dal RTI “Scarnata”, richiamando in causa anche qui, ma *per incidens*, il criterio adottato per il calcolo dell'aumento premiale del quinto da parte del R.U.P..

19.2. Ciò posto, il Collegio deve innanzitutto affrontare la prima delle due doglianze, in qualche modo evocata nelle pagine da 22 a 24 della 2° sotto-censura del primo motivo di ricorso, pur rubricata “*Sulla violazione dell'art. 97 d.lgs. n. 36/2023*”.

Il R.T.I. assume qui, in sostanza, che la negazione dell'incremento premiale del quinto, da parte del provvedimento gravato, contrasterebbe con la lettura conferita a siffatto istituto da quella giurisprudenza amministrativa, specificamente rappresentata dalla decisione del C.G.A.R.S. n. 450/2022 (pronunciatasi in rapporto al precedente art. 61, comma 2 del d.P.R. n. 207/2010, il cui contenuto, come si vedrà, è confluito nell'art. 2 dell'Allegato II.12 al nuovo Codice), secondo la quale l'impresa raggruppata può beneficiare dell'incremento se la somma delle classifiche da essa possedute è almeno pari al 20% del valore complessivo dei lavori posti a base di gara (“*deve ritenersi che, se il 20% vede quale parametro di riferimento, da porre nel denominatore della frazione di un quinto, l'importo complessivo a base di gara, il dato da porre al numeratore deve essere omogeneo e così comprendere le complessive qualificazioni possedute (anche in altre categorie) dalla società partecipante al raggruppamento che intenda usufruire del quinto di incremento*”).

A detta della ricorrente, la diversa interpretazione seguita da Invitalia condurrebbe al risultato paradossale di subordinare la conseguibilità dell'aumento del quinto della categoria interessata (OG1) alla condizione per cui i membri del raggruppamento, per beneficiare dell'incremento premiale, dovrebbero possedere il requisito in misura addirittura superiore all'importo dei lavori che si sono impegnati ad eseguire.

19.2.1. Il Collegio non può esimersi dall'osservare preliminarmente come questa forma di critica dia innanzitutto adito a perplessità in punto di ammissibilità, e questo sia per la sua collocazione testuale, sia soprattutto per i suoi contenuti.

Innanzitutto, la doglianza è stata proposta all'interno della 2° sotto-censura di cui al primo motivo del ricorso introduttivo. Tale sotto-censura, però, giusta la sua rubrica, solleva essenzialmente il rilievo della presunta illegittimità dell'esclusione per non aver il R.U.P. ammesso, ai sensi dell'art. 97 del Codice, il riallineamento delle quote interne al R.T.I. nelle modalità prospettate dalla ricorrente in sede di osservazioni al soccorso istruttorio. Sicché appare evidente l'improprietà logica della collocazione della doglianza sull'incremento premiale del quinto in siffatta sotto-censura, il cui contenuto essenziale poggiava, oltretutto, sul riconoscimento della illegittimità inficiante in partenza le quote di riparto originariamente proposte in seno al raggruppamento.

Ma anche sotto il profilo dei suoi contenuti formali la critica abbozzata dalla ricorrente si presenta censurabile, in quanto del tutto generica e a tratti indeterminata, e in concreto, quindi, passibile di dubbi in merito al soddisfacimento del requisito di specificità dei motivi di ricorso di cui all'art. 40, comma 1, lett. d) del Codice del processo amministrativo. La stessa è stata infatti avviata senza tenere debito conto dell'esplicito superamento dell'interpretazione giurisprudenziale invocata dalla ricorrente (C.G.A.R.S. n. 450/2022) da parte delle decisioni

dell'Adunanza Plenaria nn. 2 e 3 del 2023, avverso le quali non è stata mossa, d'altra parte, alcuna precisa contestazione.

19.2.2. Anche a voler prescindere da ogni dubbio sull'ammissibilità della critica alla luce del suddetto principio di specificità dei motivi di ricorso, ad ogni modo, la censura evocata è comunque inequivocabilmente infondata.

L'interpretazione posta dalla ricorrente a base delle critiche appena riferite non è invero conciliabile con i criteri sul calcolo dell'incremento premiale del quinto di recente forniti dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nelle decisioni nn. 2 e 3 del 2023, dalle cui indicazioni non sono state offerte valide ragioni per discostarsi.

19.2.3. Al riguardo occorre in primo luogo raffrontare i contenuti dell'allegato II.12 del nuovo Codice alla normativa precedente regolativa della stessa materia.

19.2.4. Come già osservato dal T.A.R. Trentino - Alto Adige – Bolzano nella recente sentenza n. 62 del 6 marzo 2024, gli artt. 1 e 2 del predetto allegato II. 12 riproducono le corrispondenti disposizioni dell'abrogato regolamento di esecuzione di cui al d.P.R. n. 207/2001.

Il nuovo art. 1, rubricato "*Ambito di applicazione*", conferma i disposti dell'art. 60 del d.P.R. n. 207/2001, recante a sua volta "*Ambito di applicazione delle disposizioni in materia di qualificazione degli esecutori di lavori*", e conforme pure all'art. 1, del d.P.R. n. 34/2000.

E il nuovo art. 2, rubricato "*Categorie e classifiche*", ripropone – salvo che per una diversa numerazione dei rinvii- quelli dell'art. 61 dell'abrogato regolamento di esecuzione.

In tale contesto, la sentenza del T.A.R. appena citato ha evidenza allora che "*il sistema di qualificazione degli operatori economici introdotto dal D.lgs. n. 36/2023 non è affatto nuovo. Esso riproduce in massima parte, ed in alcuni casi semplicemente aggiorna, l'abrogata disciplina di cui agli artt. da 60 a 104 del D.P.R. n. 207/2010. Oltre ai già esaminati articoli*

1 e 2, che confermano rispettivamente le disposizioni di cui agli artt. 60 e 61 del D.P.R. n. 207, l'art. 30, dedicato ai "Requisiti del concorrente singolo e di quelli riuniti" (ai sensi del quale: "1. Il concorrente singolo può partecipare alla gara qualora sia in possesso dei requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi relativi alla categoria prevalente per l'importo totale dei lavori ovvero sia in possesso dei requisiti relativi alla categoria prevalente e alle categorie scorporabili per i singoli importi. I requisiti relativi alle categorie scorporabili non posseduti dall'impresa devono da questa essere posseduti con riferimento alla categoria prevalente.") riproduce letteralmente l'art. 92 del D.P.R. n. 207.

Inoltre, come esaminato in precedenza, 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", corrisponde al disposto di cui all'art. 61, comma 2, del D.P.R. n. 207, ritenuto pienamente compatibile con la nuova disciplina, sostitutiva dell'art. 109, comma 2, dello stesso D.P.R., introdotta con il D.L. n. 47/2014".

19.2.5. Riconosciuta, dunque, anche in questo caso la continuità della disciplina originariamente introdotta dall'art. 61 del d.P.R. n. 207/2010 rispetto all'attuale contenuto dell'art. 2, comma 2 dell'Allegato II.12, il Collegio non può che rilevare la conseguenza della perdurante validità, anche ai fini del presente caso di specie, degli approdi ermeneutici cui è pervenuta l'Adunanza Plenaria con le sentenze nn. 2 e 3 del 2023 per le seguenti ragioni.

19.2.5.1. Come si è appena visto, il contenuto degli artt. 61 e 92 del d.P.R. n. 207/2010 è stato puntualmente recepito nelle successive disposizioni di cui agli artt. 2 e 30 dell'Allegato II.12 al Codice.

In dettaglio, l'art. 61, comma 2 del d.P.R. n. 207/2010 prevedeva che "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 consorziate, a condizione che essa sia qualificata per una classifica pari ad almeno un quinto dell'importo dei lavori a base di gara; nel caso di imprese raggruppate o consorziate la disposizione non si applica alla mandataria ai fini del conseguimento del requisito minimo di cui all'articolo 92, comma 2".

L'articolo 2, comma 2 dell'Allegato II.12, dal canto suo, si esprime nei medesimi termini con il seguente testo: *“la qualificazione in una categoria abilita l'operatore economico a partecipare alle gare e ad eseguire i lavori nei limiti della propria classifica incrementata di un quinto”; e nel caso di imprese raggruppate la medesima disposizione “si applica con riferimento a ciascuna impresa raggruppata o consorziate, a condizione che essa sia qualificata per una classifica pari ad almeno un quinto dell'importo dei lavori a base di gara”, mentre “non si applica alla mandataria ai fini del conseguimento del requisito minimo di cui all'articolo 30, comma 2”.*

La sostanziale coincidenza testuale delle disposizioni appena raffrontate non permette quindi alcun dubbio, ad avviso del Collegio, sulla volontà del Legislatore del nuovo Codice di sottoporre tutti i raggruppamenti temporanei d'impresa sorti sotto la sua vigenza alle regole al tempo espressamente dettate per i raggruppamenti d'impresa c.d. orizzontali e misti, alla stregua della loro interpretazione giurisprudenziale.

Dunque, siffatta espressa “generalizzazione” delle regole previste per l'R.T.I. orizzontale conferma la permanente pertinenza dei principi di diritto espressi dalle sentenze dell'Adunanza Plenaria nn. 2 e 3 del 2023, e segnatamente di quello attinente all'enunciazione normativa per cui l'incremento del quinto è operabile nei confronti di ciascuna impresa raggruppata a condizione che essa stessa sia qualificata per una classifica pari ad almeno un quinto dell'importo dei lavori a base di gara.

19.2.5.2. Alla luce di quanto precede, invero, il Collegio è dell'avviso che nel caso di specie debba trovare applicazione il principio direttivo, mutuato dalle già citate decisioni dell'Adunanza Plenaria, e fedelmente applicato dal RUP nel provvedimento di esclusione impugnato, per cui *“per l'attribuzione, ai fini della qualificazione per la categoria di lavori richiesta dalla documentazione di gara, del beneficio dell'incremento del quinto, per ciascuna delle imprese concorrenti in forma di raggruppamento temporaneo debba sussistere una qualificazione «per una classifica pari ad almeno un quinto dell'importo dei lavori a base di gara» di cui all'art. 2, comma 2 dell'allegato II.12, ove per “importo dei lavori” debba riferirsi ai singoli importi della classifica posseduta e dichiarata”* (cfr. Ad. Plen. n. 3/2023).

Sicché, ad avviso del Collegio, l'apodittico asserto del ricorrente che l'incremento del quinto debba essere parametrato all'importo complessivo dell'appalto, anziché ai singoli importi della classifica posseduta, si rivela destituito di fondamento.

19.3. Conseguentemente, la critica appena presa in esame deve essere senz'altro disattesa sotto ogni profilo.

19.4. Come premesso, la stessa critica fa poi capolino, per un aspetto particolare, anche in un inciso della 4° sotto-censura del medesimo primo motivo, rubricata *“Sulla violazione dell'art. 30 dell'All. II.12 del d.lgs. 36/2023”*, dove viene lamentato un difetto di motivazione (anche) sull'applicazione dell'istituto dell'incremento del quinto.

Tale prospettazione non integra tuttavia un ammissibile motivo d'impugnazione.

19.4.1. Deve darsi atto che la critica affiora in sede di ricorso introduttivo nei seguenti termini:

“Il provvedimento di esclusione è illegittimo per difetto di istruttoria e di motivazione, nonché eccesso e sviamento di potere, rispetto ai chiarimenti trasmessi dall’Ati Scarnata, pure in ordine al criterio adottato per il calcolo dell’aumento premiale del quinto.

La ricorrente ha difatti puntualmente rappresentato le ragioni per cui Invitalia avrebbe dovuto ammettere al prosieguo della gara l’esponente, dando corretta applicazione sia all’art. 97 del d.lgs. n. 36/2023, sia all’art. 17 del disciplinare di gara.

Le argomentazioni svolte dall’Ati Scarnata sono state invece totalmente disattese dalla committente, che ha finito col disapplicare le nuove disposizioni introdotte dal codice appalti oggi vigente”.

19.4.2. Ciò premesso, il Collegio non può esimersi appunto dal rilevare la sicura inammissibilità di siffatto profilo di doglianza, sempre in punto di incremento del quinto, per difetto di specificità ai sensi dell’art. 40, comma 2 del cod. proc. amm..

Tra i contenuti minimi obbligatori del ricorso consta la chiara indicazione dei “*motivi specifici su cui si fonda il ricorso*” di cui all’art. 40, comma 1, lett. d) del Codice, imperativo che si ricollega al principio dispositivo, pacificamente vigente anche nel processo amministrativo.

Per mezzo dell’introduzione di specifici motivi di censura il ricorrente (principale o incidentale) delimita il *thema decidendum* e indirizza così il processo, e il conseguente sindacato giurisdizionale, verso quelle sole questioni fattuali e giuridiche dallo stesso precisamente quanto argomentatamente introdotte nella propria impugnativa.

Corollario applicativo, allora, di tale requisito di forma e sostanza è la sanzione di inammissibilità del ricorso di cui all’articolo 40, comma 2 del Codice, qualora l’atto processuale abbia ommesso del tutto l’indicazione dei motivi, oppure abbia fornito motivi tanto generici, occulti o confusi, da rendere impossibile alle parti e al giudice di coglierne il preciso senso tecnico-giuridico nonostante la doverosa analisi degli atti di causa.

Invero, la consolidata giurisprudenza amministrativa formatasi sul tema è costante nell'affermare che in linea generale, giusta il chiaro disposto del predetto articolo 40, il ricorso "*deve contenere "distintamente"*, tra l'altro, l'esposizione sommaria dei fatti e i motivi specifici su cui si fonda il ricorso. Essa precisa, inoltre, che il legislatore "*ha dunque voluto una chiara organizzazione del ricorso imponendo di separare "distintamente", ossia nettamente, la parte in fatto da quella in diritto contenente i motivi di ricorso o di appello*", e, pertanto, l'inosservanza di tale obbligo da parte della parte onerata "*non può che condurre all'inammissibilità del ricorso perché non consente alla controparte, e al giudice, di individuare quali sono le specifiche censure mosse dal ricorrente*" (cfr. tra le molte, Cons. Stato, sez. IV, 6 giugno 2023, n. 5550).

19.4.3. Così declinato il requisito della specificità dei motivi, il Collegio rileva che il contenuto del profilo di critica ora in disamina contravvenga a siffatto qualificato e inderogabile obbligo deduttivo e redazionale.

La critica, nella modalità meramente incidentale e del tutto astratta e apodittica con cui è stata accennata, non rende evincibili gli specifici elementi e parametri di fatto e giuridici in rapporto ai quali questo Tribunale dovrebbe svolgere il proprio scrutinio sulla motivazione dell'esclusione, nella parte relativa al denegato incremento del più volte menzionato beneficio del quinto: sicché il Collegio, per poter vagliare la critica, dovrebbe prima indebitamente sostituirsi alla ricorrente nell'integrarne la fisionomia.

19.4.4. Né le successive memorie del 21 e 29 marzo 2024 della ricorrente potrebbero essere reputate idonee, con le loro precisazioni, a sanare il vizio di inammissibilità inficiante l'introduzione del profilo di doglianza in commento.

Come ben evidenziato dalle resistenti, detta integrazione è sicuramente a sua volta inammissibile, in quanto non contenuta nel ricorso introduttivo e pertanto tardiva,

in quanto operata oltre il termine di 30 giorni dal provvedimento di esclusione del 26 gennaio 2024 (oltre che non notificata alle controparti).

19.4.5. Ne consegue che la 4° sotto-censura di cui al primo motivo di ricorso, nella parte in cui evoca un preteso deficit motivazionale sulla richiesta della concorrente dell'applicazione del c.d. incremento del quinto, deve essere giudicata inammissibile.

20. Sgombrato dunque il campo dalle censure aventi quale oggetto diretto o indiretto il possesso dei requisiti di partecipazione, il Collegio può ora vagliare le rimanenti doglianze, quelle afferenti l'applicazione dei rimedi contemplati dall'art. 97 del Codice, di cui alla 2° e 3° sotto-censura del primo motivo, la 4° sotto-censura, nella parte in cui attiene all'istituto della cooptazione e, infine, la 5° sotto-censura con riguardo al complessivo deficit dell'apparato motivazionale.

21. Al Collegio preme, innanzitutto, ricordare il contenuto della 2° e 4° censura di cui al primo motivo del ricorso introduttivo.

Nella prima parte della 2° sotto-censura, intitolata “*Sulla violazione dell'art. 97 d.lgs. n. 36/2023*”, la ricorrente lamenta l'illegittimità dell'esclusione nella parte in cui il R.U.P., anche a fronte degli elementi forniti con le controdeduzioni, ha rigettato la richiesta, avanzata dall'odierna ricorrente ai sensi degli artt. 63, par. 1 della Direttiva UE 24/2014, 97 del d.lgs. n. 36/2023 e 8.6. del disciplinare, di riallineamento delle quote relative alla categoria OG1 della Califel e della T.M. Immobiliare, fatte assumere all'altra componente, la De Vincenzo s.r.l. (con conseguente salvezza dell'intero raggruppamento).

La 4° censura, invece, nella parte rimasta da esaminare, ha dedotto *in parte qua* l'illegittimità dell'esclusione per difetto di istruttoria e di motivazione, nonché per eccesso e sviamento di potere rispetto ai chiarimenti trasmessi dall'RTI

“Scarnata”, nella parte in cui il RUP non ha ritenuto perseguibile la proposta di reputare la T.M. Immobiliare alla stregua di un’impresa cooptata.

21.1. Anche le suddette doglianze sono destituite di fondamento.

21.2. Preliminarmente, il Collegio rimarca che le proposte di riallineamento delle quote interne al R.T.I. e di cooptazione dell’T.M. Immobiliare sono state prospettate dalla concorrente soltanto in sede di osservazioni alla richiesta di chiarimenti inviata dalla Stazione appaltante, e non prima di ciò.

Con riguardo alla prima delle due ipotesi, quella del riallineamento delle quote, la ricorrente aveva rappresentato al riguardo al R.U.P. la circostanza che la sommatoria delle attestazioni SOA delle imprese che partecipavano al raggruppamento fosse superiore all’importo posto a base di gara, e questo sia con riferimento alla categoria prevalente OG1, sia con riferimento alla categoria scorporabile OG11: sicché, essendo il raggruppamento nel suo complesso ampiamente qualificato per entrambe le categorie OG 1 e OG11, sarebbe stato possibile un riallineamento interno al medesimo delle quote delle sue imprese componenti.

Nello specifico, l’R.T.I. avanzava quindi la seguente proposta di rimodulazione del proprio assetto interno di quote:

- Scarnata Costruzioni s.r.l. (mandataria): OG1 - 42,97%;
- Califel s.r.l. (mandante): OG1 – 18% e OG11 – 100%;
- De Vincenzo Costruzioni s.r.l. (mandante): OG1 –20,65 %;
- T.M. Immobiliare s.r.l. (mandante): OG1 – 10,50%;
- Punto Impianti s.r.l. (mandante): OG1 – 7,88%.

Al contempo, tra le ipotesi avanzate al R.U.P. ai fini della salvezza dell’intero RTI, il ricorrente esprimeva anche la possibilità che la T.M. Immobiliare fosse considerabile alla stregua di un’impresa cooptata ai sensi dell’art. 30, comma 4 dell’allegato II.12

al nuovo Codice, sì da non incidere, in tale veste, sul conteggio delle percentuali per l'attestazione SOA (secondo l'art. 30, comma 4: *“Se il singolo concorrente o i concorrenti che intendano riunirsi in raggruppamento temporaneo hanno i requisiti di cui al presente articolo, possono raggruppare altre imprese qualificate anche per categorie e importi diversi da quelli richiesti nel bando, a condizione che i lavori eseguiti da queste ultime non superino il 20 per cento dell'importo complessivo dei lavori e che l'ammontare complessivo delle qualificazioni possedute da ciascuna sia almeno pari all'importo dei lavori che saranno a essa affidati?”*).

21.3. Il Tribunale ritiene decisiva la circostanza che entrambe le soluzioni così proposte dal RTI non potessero essere utilmente valutate dalla Stazione appaltante, essendo state avanzate tardivamente.

21.4. Si osserva, a tal fine, che secondo quanto stabilito dall'art. 97, comma 1 del Codice, nella parte qui di interesse, *“fermo restando quanto previsto dall'articolo 96, commi 2, 3, 4, 5 e 6, il raggruppamento non è escluso qualora un suo partecipante sia interessato da una causa automatica o non automatica di esclusione o dal venir meno di un requisito di qualificazione, se si sono verificate le condizioni di cui al comma 2 e ha adempiuto ai seguenti oneri: a) in sede di presentazione dell'offerta: 1) ha comunicato alla stazione appaltante la causa escludente verificatasi prima della presentazione dell'offerta e il venir meno, prima della presentazione dell'offerta, del requisito di qualificazione, nonché il soggetto che ne è interessato; 2) ha comprovato le misure adottate ai sensi del comma 2 o l'impossibilità di adottarle prima di quella data; b) ha adottato e comunicato le misure di cui al comma 2 prima dell'aggiudicazione, se la causa escludente si è verificata successivamente alla presentazione dell'offerta o il requisito di qualificazione è venuto meno successivamente alla presentazione dell'offerta”*.

Il comma 2 dello stesso articolo specifica, poi, nei seguenti termini gli elementi essenziali dei meccanismi di salvezza del R.T.I., anche per i casi di sopravvenuta assenza dei requisiti di partecipazione speciale di cui all'art. 100 del Codice: *“Fermo*

restando l'articolo 96, se un partecipante al raggruppamento si trova in una delle situazioni di cui agli articoli 94 e 95 o non è in possesso di uno dei requisiti di cui all'articolo 100, il raggruppamento può comprovare di averlo estromesso o sostituito con altro soggetto munito dei necessari requisiti, fatta salva l'immodificabilità sostanziale dell'offerta presentata. Se tali misure sono ritenute sufficienti e tempestivamente adottate, il raggruppamento non è escluso dalla procedura d'appalto. Se la stazione appaltante ritiene che le misure siano intempestive o insufficienti, l'operatore economico è escluso con decisione motivata”.

21.5. Tanto premesso, ad avviso del Collegio i dati normativi appena esposti si presentano del tutto chiari nell'imporre al R.T.I., il quale versi in una situazione di sopravvenuta carenza di requisiti di ordine speciale, l'onere di darne una tempestiva comunicazione al R.U.P., e proporre altrettanto tempestivamente le idonee misure di cui al comma 2 dell'art. 97 del Codice, pena l'esclusione dalla gara.

Nella fattispecie, per converso, siffatta regola di tempestività non è stata però dalla ricorrente affatto rispettata, con conseguente inoperatività delle misure (rimodulazione delle quote interne al raggruppamento; cooptazione della mandante T.M. Immobiliare) di cui al comma 2 dell'art. 97, prospettate dalla concorrente solo con le osservazioni del 4 gennaio 2024.

21.5.1. In primo luogo, la ricorrente è stata sicuramente intempestiva nel comunicare al R.U.P. la mancanza dei requisiti di ordine speciale di cui all'art. 100 del Codice.

Il R.T.I. “Scarnata”, difatti, ha del tutto mancato di farsi parte attiva nell'evidenziare il proprio errore incorso nella distribuzione delle quote di partecipazione al raggruppamento in fase di presentazione dell'offerta, essendosi attivata in tal senso soltanto all'esito di un'espressa sostanziale contestazione mossale da parte di Invitalia ai sensi dell'art. 101 del Codice con la propria richiesta di chiarimenti.

È, quindi, evidente, sotto tale primissimo profilo, che la condotta tenuta dalla ricorrente abbia determinato una evidente violazione del primo presupposto richiesto dall'art. 97, comma 2 del Codice, vertente sulla necessaria tempestività della comunicazione sulla mancanza dei requisiti di ordine speciale.

21.5.2. Una simile conclusione è suffragata dalla stessa Relazione al Codice, nonché dalla giurisprudenza amministrativa formatasi successivamente all'entrata in vigore del medesimo in casi analoghi.

Invero, secondo quanto evidenziato dalla Relazione del Consiglio di Stato allo *"Schema definitivo di Codice dei contratti pubblici"*, il comma 1 dell'art. 97 si prefigge l'obiettivo di attuare l'art. 63 paragrafo 1, comma 2, della direttiva 24/2014 nell'interpretazione resa dalla Corte di Giustizia (sez. IX, 3 giugno 2021, in causa C-210/2020), secondo la quale la norma *"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 penali passate in giudicato, senza poter imporre o quantomeno permettere, in siffatta ipotesi, a tale offerente di sostituire detto soggetto"*.

Sempre secondo la Relazione, *"l'ambito oggettivo di applicazione della disposizione è stato perimetrato, nel rispetto dell'art. 63 della direttiva, con riferimento alle cause di esclusione di cui agli artt. 94 e 95, comprese le cause di esclusione riguardanti le irregolarità fiscali e contributive (a differenza dell'istituto del self cleaning, che le esclude (...))"*.

Per quel che attiene, invece, agli aspetti procedurali di cui al comma 2, *"quanto alla proceduralizzazione della facoltà di sostituzione, si è optato per una disciplina "snella": a fronte dell'onere dell'operatore economico di comunicare tempestivamente il verificarsi della causa di esclusione e delle misure adottate (o dell'intenzione di adottarle se sono venute meno in corso di gara*

o prima e l'operatore economico ha comprovato l'impossibilità di porvi rimedio per tempo) ed è stato ribadito nel successivo comma 2 che la intempestività della adozione delle misure comporta l'esclusione?

La giurisprudenza, dal canto suo, ha già avuto modo di evidenziare che la disciplina del citato art. 97 *“consente alla stazione appaltante di non procedere all'esclusione del raggruppamento a condizione che si siano verificate non solo le condizioni di cui al comma 2 (cioè che, in sintesi, parte ricorrente reclama) ma, altresì, che il concorrente abbia adempiuto agli oneri di cui al comma 1 lett. a) quanto alle cause di esclusione preesistenti alla presentazione dell'offerta - ipotesi in cui rientra il caso in esame - ovvero di cui alla lett. b) con riferimento alle cause escludenti verificatesi successivamente alla presentazione dell'offerta, ciò che è reso evidente dall'uso della congiunzione "e" nell'ambito del periodo "si sono verificate le condizioni di cui al comma 2 e ha adempiuto ai seguenti oneri"”* (cfr. T.A.R. Lazio - Latina, sez. I, 5 marzo 2024, n. 175; lettura ribadita anche da T.A.R. Sicilia – Palermo, sez. III, 22 gennaio 2024, n. 218).

21.5.3. Da tutto ciò consegue, fissando allora una prima conclusione, che l'omessa tempestività del Raggruppamento nel comunicare alla S.A. la propria carenza dei requisiti di qualificazione di ordine speciale, da esso esternata -benché non discendente da sopravvenienze- soltanto alle soglie dell'aggiudicazione, preclude alla ricorrente la possibilità di invocare a proprio vantaggio le previsioni dell'art. 97 del Codice.

21.6. Il Collegio condivide però anche l'ulteriore argomento, sollevato dalla resistente Invitalia nelle proprie difese, che nel caso di specie, a monte di quanto appena detto, la carenza già *ab origine* dei requisiti di ordine speciale del Raggruppamento metteva già di per se stessa fuori gioco la possibilità della ricorrente di avvalersi del meccanismo rimediale di cui all'art. 97, rendendo così doverosa l'esclusione.

L'idonea qualificazione del R.T.I. nella categoria OG 1 non è “*venuta meno prima della presentazione dell’offerta*” di cui al comma 1, lettera a) dell’art. 97, o ancora “*prima dell’aggiudicazione, se la causa escludente si è verificata successivamente alla presentazione dell’offerta o il requisito di qualificazione è venuto meno successivamente alla presentazione dell’offerta*” di cui all’articolo 1, lettera b) dell’art. 97: e proprio questi erano, invece, i presupposti indefettibili per l’operatività dei meccanismi rimediali sostituitivi e/o correttivi di cui all’invocato comma 2 dell’articolo.

Al contrario, si è al cospetto di una situazione in cui la ricorrente versava in una condizione di difetto congenito dei necessari requisiti di qualificazione previsti, giusta le quote di riparto interno della commessa da esso stesso stabilite.

21.7. Ciò posto, le circostanze della carenza *ab origine* dei requisiti, e della piena auto-responsabilità della ricorrente nella causazione della propria siffatta condizione antiggiuridica giustificano, ad avviso del Collegio, tanto la non invocabilità da parte della ricorrente stessa dei contenuti del suddetto art. 97, quanto lo scarno contenuto motivazionale del provvedimento di esclusione sul punto.

Il provvedimento, invero, si sofferma in proposito essenzialmente con il rilevare che, “*qualora si accedesse all’interpretazione fornita dal RT Costituendo sub lettera A della predetta nota di riscontro, si consentirebbe una illegittima ed inammissibile modifica delle quote di esecuzione indicate univocamente in sede di gara dal concorrente, in violazione del principio della par condicio competitorum*”.

Discende però da quanto già illustrato che comunque l’Amministrazione non avrebbe potuto adottare in concreto alcuna decisione diversa da quella dell’esclusione, stante la circostanza che all’assenza di corrispondenza delle quote interne al Raggruppamento ai requisiti individuali di qualificazione non avrebbe potuto in alcun modo ovviarsi con le iniziative di cui all’art. 97, comma 2.

La S.A. era dunque vincolata sia a negare l'applicazione dell'art. 97 del Codice, sia, consequenzialmente, a disporre l'esclusione della ricorrente. La motivazione del provvedimento di esclusione, pertanto, per quanto scarna, non avrebbe potuto essere di segno diverso da quello reiettivo.

In questo contesto trova pertanto applicazione la regola di cui all'art. 21-*octies*, comma 2 della l. n. 241/1990, poiché il provvedimento non avrebbe potuto avere un contenuto diverso da quello in concreto adottato.

21.8. Le sotto-censure 2° e 4° di cui al primo motivo di ricorso si rivelano definitivamente infondate.

21.9. Per le stesse ragioni meritano di essere respinti per infondatezza i più ampi rilievi di deficit motivazionale esposti nella 5° sotto-censura di cui al primo motivo di ricorso.

L'esclusione è debitamente motivata sul presupposto, unico e legittimante, del mancato possesso in capo al R.T.I. Scarnata dei requisiti di ordine speciale sul possesso delle classifiche necessarie per l'esecuzione della commessa da parte delle mandanti Califel e T.M. Immobiliare, presupposto richiesto a pena di esclusione dalla *lex specialis* nei paragrafi 8.3.1. e 8.6.1 del disciplinare.

Sicché anche questa critica deve essere respinta.

22. Il Collegio può ora muovere all'analisi della restante terza doglianza di cui al primo motivo di ricorso, avente a oggetto l'applicazione dell'istituto del recesso di cui al medesimo art. 97 del Codice.

Con siffatta doglianza, rubricata "*Sulla violazione degli artt. 97 e 68 del d.lgs. n. 36/2023*", il Raggruppamento si duole che la S.A. l'abbia escluso dalla gara benché la propria originaria mandante T.M. Immobiliare, nei chiarimenti sottoposti al R.U.P., avesse inteso chiaramente esercitare il proprio diritto di recesso dal R.T.I. ai sensi dell'art.

68, comma 17, D.lgs. n. 36/2023, con contestuale assunzione delle sue quote per la categoria OG1 in capo alla De Vincenzo s.r.l..

22.1. Anche questa doglianza è destituita di fondamento.

22.2. L'articolo 68, comma 17 stabilisce che *“È ammesso il recesso di una o più imprese raggruppate, sempre che le imprese rimanenti abbiano i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori o servizi o forniture ancora da eseguire. Il recesso è ammesso anche se il raggruppamento si riduce a un unico soggetto”*.

Orbene, il Collegio non ha dubbi che la facoltà di recesso possa essere esercitata da un'impresa raggruppata in occasione dell'esercizio delle facoltà di modifica soggettiva, questa volta “in diminuzione”, di cui all'art. 97 del Codice, ossia nel caso di perdita sopravvenuta dei requisiti di partecipazione.

Ciò, però, comporta la necessaria tempestività della relativa dichiarazione di recesso, e dunque, più ampiamente, la sottoposizione della dichiarazione stessa alle specifiche e stringenti garanzie procedimentali e temporali previste dal comma 2 dell'art. 97 del nuovo Codice.

Calando queste coordinate nel caso di specie, allora, il Collegio non può che rilevare:

- a) la evidente tardività della richiesta di recesso avanzata dal R.T.I. solo in sede di osservazioni/soccorso istruttorio;
- b) l'inoperatività dell'istituto invocato dalla ricorrente, atteso il difetto *ab origine*, da parte sua, dei requisiti di partecipazione di ordine speciale.

22.3. Alla luce di quanto sopra esposto anche la 3° doglianza è, pertanto, infondata.

23. Concluso il vaglio di legittimità del provvedimento di esclusione gravato con il ricorso introduttivo a mezzo delle censure del suo primo motivo, il Collegio non può che rilevare l'improcedibilità dello stesso gravame con riguardo al suo secondo motivo, avversativo del successivo provvedimento di aggiudicazione, per

sopravvenuta carenza di legittimazione attiva, per avere la ricorrente ormai perduto, a seguito della confermata esclusione, la qualità di concorrente della gara di cui si tratta.

24. Sono invece affetti da un'ordinaria improcedibilità per sopravvenuta carenza d'interesse i motivi integrativi.

Il Collegio ricorda che con tali motivi aggiunti (definiti dalla stessa ricorrente, appunto, "integrativi"), notificati il 4 marzo 2024, la parte ricorrente, adducendo che era stata preannunciata la stipula del contratto con il controinteressato RTI "Zurlo" entro il 7 marzo 2024, impugnava i medesimi provvedimenti di cui al ricorso introduttivo, ma soprattutto le note del Ministero dell'Interno di concessione della proroga del termine di stipulazione del contratto fino al 31 marzo 2024.

Come già esposto nella narrativa in "Fatto", l'interesse palesato dal RTI ricorrente nella proposizione dei motivi integrativi si incentrava invero sull'intento di inibire all'Amministrazione precedente la stipulazione del contratto con l'aggiudicataria. Qualora, infatti, a tale stipula si fosse pervenuti, sarebbe stato con ciò precluso l'accesso della ricorrente – in ipotesi di esito favorevole dell'impugnativa – ad un risarcimento in forma specifica, almeno nei termini di cui al combinato disposto degli artt. 125, comma 3, e 121, comma 1, lett. c), del cod.proc.amm..

Orbene, la riscontrata legittimità del provvedimento di esclusione della ricorrente fa venire conseguentemente meno anche il sopra esposto interesse sotteso ai motivi integrativi, atteso che con tale conclusione è venuta a mancare ogni utilità di una pronunzia sul merito sui motivi stessi, la portata dei quali lasciava l'esclusione esente da ulteriori censure.

Ne consegue la loro improcedibilità per sopravvenuta carenza di interesse.

25. In definitiva, perciò, mentre il ricorso introduttivo risulta complessivamente infondato, i suoi motivi integrativi vanno dichiarati improcedibili per sopravvenuta carenza d'interesse.

La complessità delle questioni giuridiche affrontate giustifica, infine, la compensazione delle spese del giudizio tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Molise (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sulla controversia, così dispone:

- respinge il ricorso introduttivo;
- dichiara la improcedibilità dei successivi motivi aggiunti per sopravvenuta carenza di interesse.

Spese compensate.

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

Così deciso in Campobasso nella camera di consiglio del giorno 10 aprile 2024 con l'intervento dei magistrati:

Nicola Gaviano, Presidente

Luigi Lalla, Referendario

Federico Giuseppe Russo, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Federico Giuseppe Russo

IL PRESIDENTE
Nicola Gaviano

IL SEGRETARIO

LAVORI PUBBLICI