



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il **Consiglio di Stato**

in sede giurisdizionale (**Sezione Quinta**)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 8938 del 2024, proposto da Italia Opere s.p.a., in proprio e in qualità di mandataria del costituendo RTI, con le mandanti Isap s.r.l., Silco s.r.l., Ramundo Engineering s.r.l., e la società G.P. Ingegneria s.r.l. in qualità di progettista indicato, in persona dei legali rappresentanti *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG A01E0ED030, rappresentate e difese dall'avvocato Gianluca Caporaso, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Provincia di Potenza, non costituita in giudizio;

Ricciardello Costruzioni s.p.a., Mancusi s.p.a., in persona dei legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentate e difese dagli avvocati Andrea Sticchi Damiani e Giuseppe Carlomagno, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Basilicata (Sezione Prima) n. 532/2024, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Ricciardello Costruzioni s.p.a. e della Mancusi s.p.a.;

Viste le memorie delle parti;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 27 febbraio 2025 il Consigliere Annamaria Fasano e uditi per le parti gli avvocati Caporaso e Carlomagno;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. La società Ricciardello Costruzioni s.p.a., in proprio e in qualità di mandataria del costituendo RTI con la mandante Mancusi s.p.a. anche in proprio, proponevano ricorso dinanzi al Tribunale amministrativo regionale per la Basilicata, impugnando la determina dirigenziale n. 684/2024 del 20.4.2024, e gli atti della procedura, con cui la Provincia di Potenza aveva aggiudicato l'appalto per la realizzazione del V lotto della S.P. 'Oraziana', mediante appalto integrato di progettazione ed esecuzione dei lavori di cui alla gara telematica n. G00404, al costituendo RTI Italia Opere s.p.a – Siclo s.r.l. – Isap s.r.l. – Ramundo Engineering s.r.l., deducendone l'illegittimità sotto vari profili.

La società Italia Opere s.p.a. depositava un ricorso incidentale escludente, contestando i verbali di gara, nella parte in cui la commissione giudicatrice, all'esito della valutazione dell'offerta tecnica presentata dal ricorrente RTI Ricciardello, aveva ritenuto l'offerta al sub criterio 3.c conforme alle previsioni della *lex specialis* di gara e deliberato il mantenimento in gara del ricorrente, assegnando al medesimo il relativo punteggio e redatto la graduatoria collocandolo al secondo posto.

Con l'atto introduttivo, il RTI ricorrente denunciava la violazione del disciplinare di gara e degli articoli 68 e 100 del d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, nonché dell'art. 30, comma 1, dell'allegato II.12.

In particolare, lamentava, con riguardo alla categoria prevalente OG3 (non assoggettabile a subappalto qualificante), che la mandante Silco s.r.l. non era qualificata, per carenza di adeguata attestazione SOA, per la quota di esecuzione di lavori che si era impegnata a svolgere in sede di partecipazione alla gara. Analoghe censure venivano prospettate con riferimento alla categoria scorporabile OS21, per la quale non si era fatto riferimento al subappalto obbligatorio, rispetto alla quale *'Italia Opere possiede un certificato SOA per classifica IV Bis (valore sino a euro 3.500.000), Silco possiede la SOA per classifica II (valore fino ad euro 516.000) e ISAP possiede la SOA per classifica II (valore fino ad euro 516.000)'*.

Il RTI Ricciardello riferiva che, alla seduta di gara del 9.11.2023, il Presidente del seggio aveva rilevato, con riferimento al RTI aggiudicatario, che *'la documentazione contenuta nella busta telematica amministrativa non è conforme alle prescrizioni del Bando di Gara, pertanto il concorrente viene dichiarato ammesso con riserva per le seguenti motivazioni: 1. Nella dichiarazione di impegno alla costituzione del Raggruppamento Temporaneo, sono state indicate quote di esecuzione non corrette in quanto non coprono l'intero importo (per le categorie OG3 e OS21) previsto a base di gara; 2. L'impresa ISAP s.r.l. dichiara di assumere lavorazioni della categoria OS21 in misura superiore alla classifica posseduta in quanto per la stessa non trova applicazione l'art. 2, comma 2, secondo periodo dell'allegato 2.12 al d.lgs. n. 36/2023; 3. L'impresa Silco s.r.l. dichiara di assumere lavorazioni della categoria OG3 e OS21 in misura superiore alla classifica posseduta in quanto per le stesse non trova applicazione l'art. 2, comma 2, secondo periodo dell'allegato 2.12 al d.lgs. 36/2023. 4. La Dichiarazione di subappalto della*

categoria OS12A è errata in quanto la percentuale indicata è inferiore a quella necessaria ad eseguire la lavorazione nel suo intero, in relazione alla qualificazione posseduta; 5. Manca la dichiarazione sul possesso dei requisiti di capacità economica finanziaria (cifra d'affari), di cui al paragrafo 'requisiti di capacità economica finanziaria', a pag. 16 del Disciplinare di gara, ex art. 2, comma 6, allegato 2.12 del Codice'.

Le ricorrenti denunciavano che, nonostante le gravi irregolarità riscontrate, che avrebbero giustificato l'esclusione del RTI aggiudicatario, del tutto inopinatamente la Stazione appaltante aveva concesso al concorrente di attivare il procedimento di soccorso istruttorio, all'esito del quale la Commissione aveva constatato che era stata prodotta la documentazione richiesta in soccorso istruttorio e che la stessa era conforme a quanto prescritto.

Con determina dirigenziale n. 684 del 2024, la Provincia di Potenza, nonostante ciò, ratificava la proposta di aggiudicazione effettuata dalla Commissione giudicatrice nella seduta di gara del 19.12.2023 e aggiudicava 'l'appalto di che trattasi, relativo all'opera in oggetto, all'associazione temporanea d'impresa costituita dalle ditte Italia Opere s.p.a. – Silco s.r.l. – Isap s.r.l. – Ramundo Engineering s.r.l., che ha ottenuto il maggior punteggio quale sommatoria dei punti ricevuti per l'offerta tecnica e per quella economica e che, in particolare, ha offerto il ribasso del 27,822% sull'importo a base d'asta'.

Ciò in quanto, la modifica apportata in sede di soccorso istruttorio aveva consentito di porre rimedio ad una suddivisione originaria delle quote di ripartizione e di esecuzione dei lavori all'interno del RTI che non rispondeva ai requisiti richiesti dalla *lex specialis*. Con gli altri motivi di ricorso, le ricorrenti denunciavano illegittimità relative al subappalto, al mancato possesso dei requisiti economico – finanziari e al divieto di intestazione fiduciaria.

2. Il Tribunale amministrativo regionale, con sentenza n. 532 del 2024, accoglieva il ricorso principale, annullando l'aggiudicazione, disposta a favore del RTI Italia Opere s.p.a., assumendo che, come condivisibilmente lamentato da parte ricorrente, la stazione appaltante anziché addivenire alla doverosa esclusione del costituendo raggruppamento poi risultato aggiudicatario, aveva illegittimamente dato luogo al soccorso istruttorio, all'esito del quale erano state rimodulate le quote di partecipazione (complessive e di categoria) delle cennate società, come emergeva dalla ulteriore 'Dichiarazione di impegno a costituire raggruppamento temporaneo di imprese', del 10 novembre 2023, in atti.

Secondo il Collegio di primo grado, la decisione dell'Amministrazione provinciale di acquisire, in sede di soccorso istruttorio, tra l'altro, una nuova 'dichiarazione di impegno in ATI' si poneva in frontale contrasto alla previsione testuale dell'art. 101 del Codice dei contratti pubblici, secondo cui il soccorso istruttorio era un istituto applicabile esclusivamente per integrare incompletezze e lacune di documenti già trasmessi nel termine ultimo di partecipazione, o per sanare 'omissioni, 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.

Nel caso di specie non era dato ravvisare alcuna lacuna o omissione della originaria dichiarazione di impegno alla costituzione del raggruppamento, ma solo l'indicazione *contra legem* delle quote di esecuzione assunte, con la conseguenza che non erano ravvisabili margini per l'applicazione del soccorso istruttorio.

Inoltre, dal contenuto del disciplinare di gara non si ricavavano indici che consentivano la doverosità del ricorso al soccorso istruttorio in fattispecie come quella in esame. Veniva respinto il ricorso incidentale, incentrato sul divieto, recato dal disciplinare, di proporre varianti al progetto di fattibilità tecnico economico, tramite individuazione analitica delle offerte tecniche migliorative, e tramite la previsione dell'esclusione per le offerte non ammissibili e quelle che non rispettavano le caratteristiche minime stabilite nei documenti di gara.

3. La società Italia Opere s.p.a., in proprio e in qualità di mandataria del RTI costituendo con le mandanti ISAP s.r.l., la Ditta Silco s.r.l., la Soc. Romundo Engineering s.r.l. e la Soc. G.P. Ingegneria s.r.l., quale progettista designato, hanno proposto appello avverso la suddetta pronuncia, sollevando le seguenti censure: *“1. Error in iudicando. Violazione del c.p.a. sui poteri istruttori, decisori e motivazionali del giudice; violazione e falsa applicazione dell'art. 101 del d.lgs. n. 36/2023; di ogni altra norma e principio in materia di soccorso istruttorio; violazione ed erronea applicazione dell'art. 68, comma 11 e dell'art. 30, dell'All'II.12 del d.lgs. n. 36/2023; violazione e falsa applicazione del disciplinare di gara; omessa, incompleta e/o travisata disamina degli elementi in fatto e in diritto in rilievo nella specie; 2. Error in iudicando. Violazione del c.p.a. sui poteri istruttori, decisori e motivazionali del giudice; violazione ed erronea applicazione dell'art. 68, comma 11 e dell'art. 30 dell'All. II.12 del d.lgs. n. 36/2023; violazione e falsa applicazione del disciplinare di gara; omessa, incompleta e/o travisata disamina degli elementi in fatto e in diritto in rilievo nella specie; 3. Error in iudicando. Violazione del c.p.a. sui poteri istruttori, decisori e motivazionali del giudice; violazione ed erronea applicazione degli artt. 101, 68, comma 11 e dell'art. 30 dell'All. II.12 del d.lgs. n. 36/2023; violazione e falsa applicazione del disciplinare di gara; omessa, incompleta e/o travisata disamina degli elementi in fatto e in diritto in rilievo nella specie; 4. Error in iudicando. Violazione del c.p.a. sui poteri istruttori, decisori e motivazionali del giudice; erronea applicazione dei principi generali del codice degli appalti e degli artt. 101, 68, comma 11 e dell'art. 30 dell'All. II.12 del d.lgs. n. 36/2023; violazione e falsa applicazione del disciplinare di gara; erronea valutazione degli atti che dispongono e giustificano il soccorso istruttorio; omessa, incompleta, e/o travisata disamina degli elementi in fatto e in diritto in rilievo nella specie”*.

4. Le società Ricciardello Costruzioni s.p.a. e Mancusi s.p.a. si sono costituite in resistenza, concludendo per il rigetto del gravame, e riproponendo nel presente giudizio le censure assorbite e non esaminate in primo grado dal Giudice del merito, ai sensi dell'art. 101, comma 2, c.p.a.

5. Le parti, con memorie, hanno precisato le proprie difese.

6. All'udienza del 27 febbraio 2025, la causa è stata assunta in decisione.

DIRITTO

7. Con il primo motivo, il RTI appellante censura la sentenza impugnata in relazione alla corretta interpretazione della disciplina generale applicabile, assumendo che il T.A.R. adito avrebbe accolto il ricorso omettendo di dare il giusto rilievo agli effetti giuridici della seconda dichiarazione di impegno, identica alla precedente con la sola correzione percentuale, resa a seguito del motivato soccorso regolarizzante e sanante, applicato dalla Stazione appaltante in corretta esecuzione del disciplinare di gara, che ha riprodotto ed esplicitato il modello dell'art. 101 del Codice del 2023, applicabile alla fattispecie in esame. Secondo il ricorrente, nella specie, non si farebbe questione di modifica dell'offerta tecnica e/o economica, trattandosi di modifica della documentazione amministrativa relativa alla dichiarazione delle percentuali di subappalto e di quote di lavori da eseguire. Diversamente da quanto sostenuto dal Collegio di prime cure, la Provincia avrebbe applicato correttamente il soccorso istruttorio, in quanto, avendo ravvisato l'incompleta e/o l'eventuale irregolarità della dichiarazione sul possesso dei requisiti del sufficiente valore d'iscrizione nella specifica categoria, ha chiesto e ottenuto una nuova dichiarazione di impegno che tenesse conto dei limiti dell'iscrizione.

8. Con il secondo mezzo, il RTI appellante denuncia l'erroneità della sentenza impugnata anche nella parte iniziale in cui si assume che, in estrema sintesi, il provvedimento impugnato non avrebbe considerato che le imprese, che compongono l'ATI aggiudicataria, non sarebbero in possesso di requisiti di qualificazione corrispondenti alla quota di esecuzione per esse prevista nell'atto di impegno originario. Tale affermazione, secondo il ricorrente, sarebbe smentita dalla corretta lettura della seconda dichiarazione di impegno e dalla relazione istruttoria depositata in prime cure, che non sarebbe stata correttamente valutata dal Giudice di prime cure. L'omesso scrutinio della seconda dichiarazione e dei documenti ad essa allegati avrebbe consentito di verificare che, a seguito della rimodulazione delle quote, sia l'intero raggruppamento che le singole consorziate avevano i requisiti per poter dare esecuzione alla quota di lavori ad esse riservate.

Secondo l'esponente, in applicazione dei principi enunciati dal d.lgs. n. 36 del 2023 e dal disciplinare di gara, che riteneva sanabili l'omessa o incompleta, nonché irregolare presentazione delle dichiarazioni sul possesso dei requisiti di partecipazione e ogni altra mancanza, incompletezza o irregolarità della domanda, appare legittimo l'esercizio del potere – dovere del soccorso istruttorio dal momento che il raggruppamento aveva nel suo complesso i prescritti requisiti. Con riferimento alla categoria dei lavori, le attestazioni erano incomplete solo perché indicavano una cifra inferiore, da qui la necessità della Stazione appaltante di fare al riguardo chiarezza, consentendo la presentazione della seconda dichiarazione di impegno, con la quale si era provveduto semplicemente a rimodulare le quote di spettanza allineandole con gli importi di

iscrizione posseduti, senza incidere sull'offerta e senza apportare sostanziali modifiche all'offerta stessa.

9. Con la terza censura, parte appellante lamenta che la sentenza appellata, per supportare la propria motivazione, fa riferimento ai principi affermati dall'Adunanza Plenaria n. 6 del 2019, emanata con riferimento al precedente Codice ma che, allo stato del nuovo assetto normativo in realtà sarebbe inconferente e certamente non perfettamente sovrapponibile al d.lgs. n. 36 del 2023. Vi sarebbe un errato riferimento a principi da ritenersi superati, che comunque non si attagliano al caso di specie in cui rileva sia la natura mista dell'ATI, sia la dichiarazione di subappalto del 50% per la categoria OS21. Le disposizioni citate nella motivazione della sentenza (art. 68, comma 11, del d.lgs. n. 36 del 2023, che rimanda all'allegato II.12 nel limite della compatibilità, e l'art. 30 comma 2 del predetto allegato), consentirebbero di operare una modifica delle quote indicate in sede d'offerta, dal momento che attraverso il soccorso istruttorio, espressamente previsto dal disciplinare, si sono potute sanare e comunque riallineare le dichiarazioni incomplete e/o irregolari.

10. Con la quarta doglianza, si censura la sentenza impugnata nella parte in cui si afferma *'7.1.4.23. Inconferente, infine, è il richiamo al principio del risultato, che è criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale, mentre nel caso di specie, come si è osservato, l'esclusione è conseguenza doverosa e vincolata, in forza delle disposizioni di rango primario e della lex specialis applicabili. Va a tale riguardo stigmatizzata la singolare scelta dell'ufficio gare della stazione appaltante che, pure se consapevole (come si legge nella relazione amministrativa redatta dall'ufficio gare) della <possibile fondatezza delle asserzioni del ricorrente>, ha ritenuto di abdicare alle conseguenti valutazioni e decisioni per la singolare considerazione secondo cui <una esclusione immediata del concorrente (il RTI aggiudicatario), attesa la natura dubbia delle questioni sopra enunciate, avrebbe dato luogo sicuramente all'impugnazione del provvedimento di esclusione con possibile applicazione della misura cautelare della sospensione del procedimento di gara, con ripercussioni sui termini del procedimento>. Ebbene, la fallacità e l'incoerenza di tale ragionamento sono dimostrate ictu oculi dalla proposizione del presente ricorso, sicchè il risultato che si è inteso illegittimamente evitare, ossia l'impugnazione da parte dell'operatore che sarebbe dovuto escludere, si è concretizzato ugualmente, sebbene a opera dell'operatore economico pretermesso nell'aggiudicazione, coi conseguenziali riflessi in punto di rispetto della tempistica sottostante l'ottenimento del finanziamento'*. Secondo il RTI appellante, tale statuizione non potrebbe essere condivisa in ragione del contenuto della comunicazione relativa al soccorso istruttorio, nonché della relazione resa dalla Stazione appaltante in ottemperanza alla richiesta del Giudice di prime cure. L'omessa attivazione del soccorso istruttorio avrebbe comportato la perdita del finanziamento, posto che l'aggiudicazione definitiva avrebbe dovuto essere assunta entro il 31 dicembre 2023.

11. Le critiche, sopra sintetizzate, vanno esaminate congiuntamente in quanto attinenti a profili connessi.

11.1. L'appello è infondato.

Ai sensi dell'art. 68 del d.lgs. n. 36 del 2023, è consentita la presentazione di offerte anche da parte di soggetti che andranno a costituire un raggruppamento temporaneo di imprese.

In particolare, ai sensi del secondo comma dell'articolo in commento: *“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”*.

La disposizione, con riferimento al possesso delle qualificazioni da parte del costituendo RTI, stabilisce che: *‘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 di 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’*.

Con riferimento ai requisiti di ordine speciale, l'art. 100, comma 4, del d.lgs. n. 36 del 2023, in relazione alla presente commessa di importo superiore ai 150.000,00 euro, prevede che *‘le stazioni appaltanti richiedono che gli operatori economici siano qualificati’*.

In ordine alla qualificazione è richiesto 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 e 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’*.

L'art. 30, comma 1, allegato II.12 del d.lgs. n. 36 del 2023, prevede che: *‘il concorrente singolo può partecipare a una gara per l'affidamento di un contratto pubblico (di lavori) 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)’*.

L'art. 30, comma 2, cit. precisa che: *‘per i raggruppamenti temporanei di imprese, le quote di partecipazione possono essere liberamente stabilite entro i limiti consentiti dai requisiti di qualificazione posseduti dall'associato o dal consorziato. I lavori, poi, 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)'.

L'art. 6.3 del Disciplinare di gara, con riferimento ai requisiti di idoneità professionale, ha statuito che: *'I requisiti di capacità tecnica e professionale sono rappresentati dalla documentazione sotto riportata'*. Per il concorrente esecutore dell'opera, la sussistenza del requisito è provata tramite: *'a) Attestazione di qualificazione in corso di validità, adeguata per categoria e classifica ai valori dell'appalto da aggiudicare di cui al punto II.1.5 del bando, rilasciata da una S.O.A. appositamente autorizzata, per le attività di costruzione'*.

La comprova del requisito di cui alla lettera a) della norma del Disciplinare richiamata è fornita, attraverso il FVOE, dell'attestazione di qualificazione SOA in corso di validità.

Per l'ipotesi di costituendi RTI, come nel caso dell'originaria aggiudicataria, il Disciplinare a pag. 20 ha precisato che per il concorrente esecutore dell'opera, *'il requisito di cui al punto 6.3 deve essere soddisfatto dal raggruppamento temporaneo di imprese nel complesso, 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 dell'art. 68, comma 11, del d.lgs. 36/2023. Si applicano in quanto compatibili le disposizioni contenute nell'allegato II.12'*.

E, a pag. 21, ha stabilito che: *'Per i soggetti di cui all'art. 65, comma 2, lett. e), f), g), e h) del Codice, i requisiti di capacità economica e finanziaria di cui al punto 6.2 e i requisiti di capacità tecnica e professionale di cui al punto 6.3, devono essere posseduti dalla mandataria e dalle imprese mandanti o dalle imprese consorziate in misura coerente con le rispettive quote di esecuzione dei lavori. A tale fine, ai sensi dell'art. 68, comma 2, del Codice, i soggetti di cui all'art. 65, comma 2, lett. e), f), g) e h) sono tenuti ad indicare, in sede di offerta, le categorie di lavori o le parti del servizio che saranno eseguite dai singoli operatori economici riuniti o consorziati, con l'impegno di questi a realizzarle nonché i requisiti di qualificazione posseduti. Vale a dire che le quote di esecuzione relative a ciascun operatore economico dovranno essere indicate in coerenza con la percentuale dei requisiti posseduti come risultanti dall'attestazione SOA'*.

11.2. Tenuto conto del quadro normativo di riferimento e della *lex specialis*, non può non essere rilevato che la Stazione appaltante ha riscontrato la situazione di irregolarità, come risulta dal verbale del Seggio di gara n. 99 del 2023, in cui si legge: *'2. L'impresa ISAP s.r.l. dichiara di assumere lavorazioni della categoria OS21 in misura superiore alla classifica posseduta in quanto per la stessa non trova applicazione l'art. 2, comma 2, secondo periodo dell'allegato 2.12. al d.lgs. 36/2023. 3. L'impresa SILCO s.r.l. dichiara di assumere lavorazioni della categoria OG3 e OS21 in misura superiore alla classifica posseduta in quanto per le stesse non trova applicazione l'art. 2, comma 2, secondo periodo dell'allegato 2.12 al d.lgs. 36/2023'*.

Ma, anziché addivenire alla esclusione del costituendo raggruppamento, stante il difetto della certificazione richiesta dalla legge di gara, ha dato luogo al soccorso istruttorio, all'esito del quale

sono state rimodulate le quote di partecipazione, complessive e di categoria, delle suddette società, come risulta dalla successiva ‘Dichiarazione di impegno a costituire raggruppamento temporaneo di imprese’ del 10 novembre 2023.

Va rammentato che 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, secondo i criteri indicati dalla *lex specialis*, perché 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 consegue che questo impegno non può essere modificato in corso di gara, attraverso il potere di soccorso istruttorio della Stazione appaltante.

11.3. Invero, diversamente da quanto sostenuto dall’appellante nello sviluppo illustrativo dei mezzi, la decisione della Provincia di Potenza di acquisire, in sede di soccorso istruttorio, una nuova ‘dichiarazione di impegno in atti’, con una rimodulazione della quote di partecipazione della singole società, ha rappresentato una violazione della previsione testuale dell’art. 101 del Codice dei contratti, atteso che si è consentito una integrale, inammissibile, sostituzione della dichiarazione di impegno con un’altra postuma e di segno differente.

Il soccorso istruttorio non può essere utilizzato per porre rimedio ad errori contenuti nell’offerta perché sarebbe altrimenti alterato il principio della par condicio tra i concorrenti (*ex multis*, Cons. Stato, n. 1671 del 2020; id. n. 5751 del 2019).

Tale impostazione ermeneutica condivisa dalla giurisprudenza espressa con riferimento al d.lgs. n. 50 del 2016, rimane confermata anche nella disciplina del soccorso istruttorio delineata dal d.lgs. n. 36 del 2023, che, a differenza del previgente Codice, vi dedica una autonoma e più articolata disposizione (art. 101 cit.) amplificandone l’ambito, la portata e le funzioni.

La Stazione appaltante, mediante il soccorso istruttorio, ha consentito una inammissibile modifica sostanziale dell’offerta, tale dovendosi ritenere la diversa ripartizione delle quote tra i componenti del raggruppamento, posto che le mandanti Silco e Isap, non erano in possesso, fin dall’origine, per le categorie SOA OG3 e OS21, di una classifica adeguata a coprire le lavorazioni che le stesse intendevano assumere nelle suddette categorie.

Va, altresì, precisato che le mandanti non risultavano essere in possesso neppure del requisito richiesto per poter usufruire del c.d. ‘incremento del quinto’, come invece deduce l’appellante, che avrebbe consentito loro di eseguire la quota parte dei lavori dichiarata, poiché difettavano della necessaria qualificazione. Invero, nella vicenda in esame, è pacifico che le mandanti non avrebbero potuto beneficiare del suddetto incremento, non essendo qualificate per una classifica pari ad almeno un quinto dell’importo dei lavori a base di gara.

Il T.A.R. ha accertato che la categoria OG3 la SOA posseduta da Silco era inadeguata rispetto alla quota dei lavori dichiarata in sede di gara; mentre, con riferimento alla categoria OS21, anche le SOA possedute da Silco, ISAP e Italia Opere erano inadeguate rispetto alle quote dichiarate.

In concreto, la modifica apportata in sede di soccorso istruttorio ha consentito di porre rimedio ad una suddivisione originaria delle quote di partecipazione e di esecuzione dei lavori all'interno del RTI che non rispondeva minimamente ai requisiti richiesti dalla *lex specialis*.

11.4. In definitiva, le censure prospettate nei motivi di gravame non possono trovare accoglimento, atteso che, riguardo alla disciplina del soccorso istruttorio, nel caso di omissioni o irregolarità nella documentazione di gara, l'art. 101 del d.lgs. n. 36 del 2023 stabilisce che il mancato possesso dei requisiti di partecipazione non è sanabile mediante soccorso istruttorio ed è causa di esclusione dalla procedura di gara.

Il suddetto principio di diritto è condiviso dalla giurisprudenza di questa Sezione del Consiglio di Stato, dalla quale non vi sono ragioni per discostarsi, che ha precisato: *'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'*. Ed invero, *'si possono emendare le carenze o le irregolarità che attengono alla allegazione dei requisiti di ordine generale (in quanto soggettivamente appartenenti 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)'* (Cons. Stato, n. 7870 del 2023; id. n. 8214 del 2024). In sostanza, non è consentito il soccorso istruttorio attivato non tanto per integrare e chiarire la documentazione prodotta a comprova della dichiarazione, ma per rettificare il contenuto della dichiarazione medesima nella sua integralità (Cons. Stato, n. 1540 del 2021). Ciò in quanto, nell'ambito del settore dell'evidenza pubblica, non può essere in alcun modo pregiudicato il principio della *par condicio* fra i concorrenti (Cons. Stato, n. 1372 del 2024).

Nella specie, come precisato dal Giudice di prima istanza, *'non è dato ravvisare alcuna lacuna, inesattezza, omissione o irregolarità della originaria dichiarazione di impegno alla costituzione del raggruppamento, bensì l'indicazione contra legem delle quote di esecuzione assunte dai cennati operatori economici, non ravvisandosi quindi margine per l'applicazione del soccorso istruttorio...In effetti, ciò che qui viene in rilievo è l'integrale (inammissibile) sostituzione della cennata dichiarazione di impegno con un'altra, postuma e di segno differente'*.

Inoltre, come osservato dalle parti resistenti nelle memorie, non rileva che la mandataria avesse o meno la maggiore iscrizione illimitata nella categoria OG3 e che la medesima fosse in grado anche di coprire l'eventuale differenza di lavori rispetto sia alla OG3 che alla categoria OS21, dovendosi dare rilievo al fatto che il Disciplinare richiedeva che le quote di esecuzione relative a

ciascun operatore economico dovessero essere indicate in coerenza con la percentuale dei requisiti posseduti, come risultanti dall'attestazione SOA.

11.5. Da quanto sopra consegue l'infondatezza del primo, del secondo motivo e del terzo motivo di appello, dovendosi considerare che non è stato di fatto contestato che le componenti del RTI aggiudicatario hanno dimostrato, solo in sede di soccorso istruttorio, la rispondenza tra requisiti di partecipazione e quote di esecuzione, a mezzo di una inammissibile rimodulazione delle quote originarie. Infine, non può assumere rilievo la circostanza dedotta dall'appellante secondo cui per la stessa categoria OS21 era stata dichiarata una percentuale di subappalto del 50%, atteso che è irrilevante la somma delle SOA posseduta dal raggruppamento, essendo necessario, come sopra precisato, che ogni operatore fosse qualificato per la quota che intendeva perseguire. Oltre al fatto che, come osservato dalle società Ricciardello Costruzioni s.p.a. e Mancusi s.p.a., il RTI aggiudicatario aveva dichiarato espressamente di non voler utilizzare il c.d. subappalto qualificante per la categoria OS21, che è stato invece utilizzato per altre categorie.

11.6. Quanto al quarto mezzo di gravame, le argomentazioni difensive non colgono nel segno, non solo per i principi sopra espressi, ma anche perché la tutela della concorrenza e della *par condicio competitorum* non possono essere sacrificate in nome del raggiungimento del risultato, che deve essere comunque un risultato 'virtuoso' (Cons. Stato, n. 7798 del 2024); pertanto, va ribadito quanto sostenuto dal Collegio di prima istanza secondo cui: *'Inconferente, infine, è il richiamo al principio del risultato, che è criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale, mentre nel caso di specie, come si è osservato, l'esclusione è conseguenza doverosa e vincolata, in forza delle disposizioni di rango primario e della lex specialis applicabili'*.

12. In definitiva, l'appello va respinto ed ogni altra questione dedotta dalle parti deve ritenersi assorbita, atteso che l'eventuale esame della stessa non determinerebbe una soluzione di segno contrario.

13. Le spese di lite del grado seguono il criterio della soccombenza, e vanno liquidate nel dispositivo.

P.Q.M.

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

Condanna la parte soccombente alla rifusione delle spese di lite del grado, che liquida in complessivi euro 4.000,00 (quattromila/00) oltre accessori di legge se dovuti, a favore di ciascuna delle parti appellate costituite.

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

Così deciso, in Roma, nella camera di consiglio del giorno 27 febbraio 2025 con l'intervento dei magistrati:

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Presidente

Alberto Urso, Consigliere

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere

Gianluca Rovelli, Consigliere

Annamaria Fasano, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Annamaria Fasano

IL PRESIDENTE
Paolo Giovanni Nicolo' Lotti

IL SEGRETARIO