

Rimodulazione del raggruppamento per esclusione di un suo componente e retrocessione del procedimento di gara.

di Anna Libraro

Data di pubblicazione: 10-9-2024

In caso di rimodulazione del raggruppamento (per esclusione di un suo componente), in esito alla verifica dei requisiti in capo ai rimanenti membri del raggruppamento la gara deve essere ripresa e gestita come se l'impresa esclusa non ci fosse mai stata (tamquam non esset).

Di qui l'esigenza di rivalutare non solo la residua affidabilità delle restanti componenti del raggruppamento, ma anche la persistente bontà dell'offerta a suo tempo presentata ed al netto del contributo in tal senso fornito dalla impresa esclusa.

Dunque, la "retrocessione della gara" costituisce espressione polisensa diretta a ricomprendere non solo la rivalutazione dei pregressi errori professionali commessi dal componente escluso e la successiva riverifica dei requisiti posseduti dai componenti del raggruppamento non esclusi ma, altresì, la connessa rimodulazione dell'offerta tecnica e dei punteggi ad essa attribuiti in ragione del "contributo" che il soggetto poi escluso aveva concretamente fornito per via di alcuni requisiti specifici premianti al medesimo facenti capo

Pubblicato il 13/08/2024

N. 07123/2024REG.PROV.COLL.

N. 01751/2024 REG.RIC.

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 1751 del 2024, proposto da Safety21 S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Daniele Cutolo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Soes S.p.A. in proprio e n.q. di mandataria rti con Ser.Com S.r.l./Esse3 S.r.l./C&C S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Christian Lombardi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;
Provincia di Caserta, non costituita in giudizio;

nei confronti

Traffitek S.r.l., non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania (Sezione Sesta) n. 01020/2024, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Soes S.p.A.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 16 maggio 2024 il Cons. Massimo Santini e uditi per le parti gli avvocati Cutolo e Lombardi;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La Provincia di Caserta affidava l'appalto per installazione di tre autovelox al raggruppamento Traffitek (mandataria) – Safety (mandante). Importo a base d'asta: oltre 7 milioni 32 mila euro.

La seconda classificata SOES impugnava l'aggiudicazione dinanzi al TAR Campania che, con sentenza n. 832 del 2021, accoglieva il gravame in quanto la stazione appaltante non avrebbe sufficientemente valutato alcuni pregressi errori professionali (due risoluzioni contrattuali con altrettanti enti pubblici) a suo tempo commessi da Traffitek. Il giudice di primo grado ordinava dunque: a) la retrocessione del procedimento di gara; b) prima ancora, la rideterminazione da parte della SA sui requisiti di affidabilità professionale di Traffitek.

In esito ad ulteriori passaggi giurisdizionali (che qui non si citano per ragioni di economia descrittiva), la Provincia di Caserta: a) escludeva Traffitek per via degli accertati, anche in via

definitiva, illeciti professionali; b) ammetteva comunque la mandante Safety, previa rimodulazione in riduzione del predetto raggruppamento (cfr. Adunanza plenaria n. 2 del 2022), a proseguire l'appalto già aggiudicato in quanto "astrattamente" in possesso di tutti i requisiti di ordine generale.

2. Quest'ultimo provvedimento (sostanziale prosecuzione dell'appalto con la sola Safety) veniva impugnato in sede di ottemperanza da SOES dinanzi al TAR Campania il quale accoglieva il gravame in quanto la stazione appaltante aveva rivalutato solo l'*affidabilità residua* del raggruppamento (ossia Safety) e non anche la *persistente bontà* dell'offerta a suo tempo formulata dal raggruppamento stesso ed al netto del contributo in tal senso apportato dalla esclusa Traffitek (certificazioni premiali, requisiti specifici di fatturato, qualificazione professionali valutabili, etc.). Dunque si doveva provvedere: a) alla "riverifica dei requisiti di partecipazione"; b) alla rimodulazione eventuale del "punteggi assegnati".

3. Quest'ultima sentenza viene ora impugnata da Safety la quale lamenta, nella sostanza, che il TAR Campania non si sarebbe attenuto al giudicato formatosi sulla sua precedente sentenza n. 832 del 2021 (che avrebbe a suo dire riguardato soltanto la sussistenza dei requisiti di affidabilità e non pure il punteggio a suo tempo ottenuto). Questi in particolare i motivi di appello:

3.1. Erroneità nella parte in cui è stata rigettata l'eccezione di inammissibilità del ricorso per superamento del vincolo conformativo del giudicato. Ciò in quanto l'amministrazione era soltanto tenuta alla rivalutazione dei pregressi errori professionali di Traffitek nonché, in caso di valutazione negativa di quest'ultima, alla verifica circa la sussistenza dei necessari requisiti soggettivi di partecipazione in capo a Safety, non anche alla rimodulazione dell'offerta tecnica e dunque eventualmente dei relativi punteggi già ottenuti dal raggruppamento soggetto a modificazione in riduzione;

3.2. Erroneità nella parte in cui non sarebbe stato considerato che la "retrocessione della gara" non andava estesa anche alla possibile rimodulazione dei punteggi, previa ricalibratura dell'offerta tecnica;

3.3. Violazione dell'art. 48, comma 17, del decreto legislativo n. 50 del 2016, nonché delle conclusioni di cui alla Adunanza plenaria n. 2 del 2022 nella parte in cui la modificazione soggettiva in riduzione del raggruppamento per esclusione di uno dei suoi componenti non comporta altresì una rimodulazione dell'offerta tecnica e, se del caso, una rivalutazione dei punteggi già ottenuti. Ciò anche per non incorrere nella violazione del principio di immodificabilità delle offerte.

4. Si costituiva in giudizio SOES per chiedere il rigetto del gravame mediante articolate controdeduzioni che, più avanti, formeranno oggetto di specifica trattazione.

5. Con ordinanza n. 1120 del 27 marzo 2024 questa sezione, nell'accogliere l'istanza di tutela cautelare, riteneva quanto di seguito indicato:

"Premesso che si controverte, a seguito di rimodulazione in riduzione di un raggruppamento

aggiudicatario, sul conseguente obbligo della SA di rivalutare, o meno, non solo la residua affidabilità delle restanti componenti del raggruppamento ma anche la persistente bontà dell'offerta a suo tempo presentata ed al netto del contributo in tal senso prestato dalla impresa esclusa;

Considerato, ad un primo esame che è proprio di questa fase cautelare, che la sentenza n. 832 del 2021 del TAR Campania (da cui è scaturita la suddetta rimodulazione in riduzione) prevedeva espressamente non solo la rivalutazione della affidabilità di Traffitek (poi esclusa) ma anche la “retrocessione del procedimento di gara”, dunque la rivalutazione altresì dell'offerta in caso di rimodulazione in riduzione del raggruppamento originario. Ciò anche in linea con le conclusioni della Plenaria n. 2 del 2022 la quale prevede che, in caso di rimodulazione del raggruppamento (per esclusione di un suo componente), debba riprendere “l'ordinario procedimento di gara”;

Considerato altresì che la rivalutazione dell'offerta medesima e dunque del punteggio da assegnare in concreto al raggruppamento residuo debba essere svolta in funzione dei requisiti e delle capacità a tal fine posseduti dall'impresa rimasta in gara (ossia Safety), la quale deve essere messa nelle condizioni di versare agli atti di gara tutta la documentazione (che in precedenza non era stata prodotta in quanto esibita dalla sola Traffitek) e che si riterrà necessaria al fine di confermare o di ricalibrare comunque il punteggio ottenuto”.

6. Alla camera di consiglio del 16 maggio 2024, le parti rassegnavano le proprie rispettive conclusioni ed il ricorso in appello veniva infine trattenuto in decisione.

7. Tutto ciò premesso, i tre motivi di appello possono in questa fase essere congiuntamente trattati attesa la loro evidente connessione logica. Osserva al riguardo il collegio come le conclusioni del giudice di primo grado si rivelino piuttosto condivisibili dal momento che:

7.1. La richiamata sentenza n. 832 del 2021 prevedeva espressamente non solo la rivalutazione della affidabilità di Traffitek (poi esclusa) ma anche la “retrocessione del procedimento di gara”, dunque anche la rivalutazione dell'offerta in caso di rimodulazione in riduzione del raggruppamento originario;

7.2. Del resto la stessa Plenaria n. 2 del 2022 prevede che, in caso di rimodulazione del raggruppamento (per esclusione di un suo componente), in esito alla verifica dei requisiti in capo ai rimanenti membri del raggruppamento debba riprendere, all'esito della fase di verifica dei requisiti di partecipazione, “l'ordinario procedimento di gara”;

7.3. Dunque la gara deve essere ripresa e gestita come se l'impresa esclusa non ci fosse mai stata (*tamquam non esset*);

7.4. Di qui l'esigenza di rivalutare non solo la *residua affidabilità* delle restanti componenti del raggruppamento ma anche la *persistente bontà* dell'offerta a suo tempo presentata ed al netto del contributo in tal senso fornito dalla impresa esclusa;

7.5. Dunque deve trattarsi di parti dell'offerta tecnica – ove una simile operazione sia possibile

ed effettivamente praticabile – facilmente scindibili e, soprattutto, agevolmente e direttamente imputabili al componente escluso del raggruppamento poi oggetto di riduzione soggettiva. Il tutto con possibile ricalibratura dell’offerta medesima ossia con rivalutazione del punteggio da assegnare in concreto al raggruppamento residuo ed in funzione dei requisiti e delle capacità a tal fine posseduti: in particolare si tratterà delle certificazioni di qualità o dei particolari requisiti di qualificazione che consentono di ottenere punteggi premiali aggiuntivi rispetto a quelli ottenuti in funzione del merito e del contenuto specifico dell’offerta tecnica.

7.6. Safety osserva al riguardo che l’art. 48, comma 17, del decreto legislativo n. 50 del 2016 prevede che possano essere in tal caso rivalutati soltanto i “requisiti di qualificazione” dell’impresa mandante rimasta in gara. Una diversa impostazione quale quella indicata dal giudice di primo grado (rivalutazione dei punteggi previa rimodulazione dell’offerta tecnica) darebbe inevitabilmente luogo alla violazione del principio di immodificabilità dell’offerta. Una simile eccezione non può tuttavia essere accolta dal momento che:

7.6.1. Il giudice della sentenza di cui si chiede l’esecuzione ha fatto espresso riferimento alla “retrocessione del procedimento di gara” e una simile statuizione risulta ormai essere passata in giudicato. Questa stessa sezione, con sentenza n. 590 del 17 gennaio 2023 (in cui si erano definiti gli ambiti esecutivi della sentenza n. 832 del 2021 con riguardo alla rivalutazione dei pregressi errori professionali di Traffitek) aveva evidenziato come la sentenza di primo grado avesse in effetti disposto, oltre alla suddetta rivalutazione degli illeciti Traffitek, anche che: “Da tale annullamento deriva la retrocessione del procedimento di gara”;

7.6.2. Una simile espressione normativa, quale quella di cui al richiamato art. 48, comma 17, può in ogni caso essere letta nel senso che, mentre il merito tecnico ed il contenuto della relativa offerta restano fermi, ciò che deve essere rivalutato sono quei requisiti di qualificazione e quelle certificazioni (ossia tutti i requisiti di natura soggettiva) che in qualche modo hanno dato luogo a punteggio premiale in favore della prima classificata ed ora riorganizzata;

7.6.3. In questa direzione, alla modificazione *soggettiva* in riduzione dovrebbe accompagnarsi – per quanto possibile – anche una modificazione *oggettiva* in riduzione dell’offerta tecnica, almeno in prima battuta e nei limiti della disposta esclusione, ossia una decurtazione del punteggio basata sulla analisi del contributo ad esso dato dal componente poi escluso dalla gara e dunque anche dal raggruppamento;

7.6.4. In seconda battuta, tale punteggio potrà essere poi rimodulato (presumibilmente in aumento) sulla base dei requisiti premiali (certificazione di qualità, etc.) che i componenti rimasti all’interno del raggruppamento se del caso avevano al momento della scadenza della presentazione della domanda di gara;

7.6.5. In questa direzione, alcuna violazione del principio della immodificabilità dell’offerta si registra in quanto la *par condicio competitorum* – che è essenzialmente posta a presidio di tale principio – non viene in alcun modo intaccata da una modificazione pur oggettiva dell’offerta che risulta piuttosto destinata, secondo l’*id quod plerumque accidit*, a favorire gli altri operatori economici rimasti in gara e collocatisi in posizione peggiore rispetto al raggruppamento oggetto di riduzione;

7.6.6. Del resto, elementari esigenze di imparzialità richiedono che questa offerta, nell'ambito del processo di oggettiva rimodulazione, tenga debitamente conto anche di quei requisiti premiali che, per esigenze di economia del procedimento di partecipazione alla gara, non erano stati *illo tempore* indicati e prodotti proprio in quanto posseduti da altri soggetti poi rimasti esclusi dalla gara e dal raggruppamento;

7.6.7. Concludendo sul punto specifico, oggetto di rivalutazione non sarebbe il contenuto *ex se* dell'offerta tecnica (la cui quota punteggio rimane invariata) ma soltanto quei requisiti di natura strettamente soggettiva (certificazioni di qualità, qualificazioni professionali, etc.) che hanno dato in qualche modo luogo a punteggi di natura premiale;

7.6.8. Con la precisazione che, a tale proposito, l'impresa rimasta in gara (ossia Safety) potrà se del caso versare agli atti di gara tutta la documentazione (che in precedenza non era stata prodotta in quanto esibita dalla sola Traffitek) e che si riterrà necessaria al fine di confermare o di ricalibrare comunque il punteggio ottenuto. Tale documentazione potrà in altre parole essere prodotta "ora per allora" e dovrà riferirsi a certificazioni e requisiti effettivamente posseduti al momento della scadenza dell'avviso di gara di cui in questa sede ancora si discute.

8. Riassumendo sui singoli motivi di appello:

8.1. Il primo motivo deve essere respinto in quanto la valutazione del perimetro effettivo del giudicato, come correttamente posto in evidenza dal giudice di primo grado, deve formare oggetto del "merito" dell'azione di ottemperanza;

8.2. Il secondo motivo deve essere rigettato in quanto la disposta "retrocessione della gara" costituisce espressione polisensu diretta a ricomprendere non solo la rivalutazione dei pregressi errori professionali commessi dal componente escluso dell'RTI e la successiva riverifica dei requisiti posseduti dai componenti del raggruppamento non esclusi ma, altresì, la connessa rimodulazione dell'offerta tecnica e dei punteggi ad essa attribuiti in ragione del "contributo" che il soggetto poi escluso aveva concretamente fornito per via di alcuni requisiti specifici premianti al medesimo facenti capo;

8.3. Anche il terzo motivo deve essere respinto in quanto il citato art. 48, comma 17, implica non solo una *modificazione soggettiva* del raggruppamento ma anche una *modificazione oggettiva*, entro ben precisi limiti e condizioni sopra enucleati (analisi del "contributo" dato dal soggetto escluso alla formazione del punteggio), dell'offerta tecnica a suo tempo presentata e della connessa valutazione ad essa attribuita.

9. In conclusione il ricorso è infondato e deve essere rigettato con le precisazioni di cui al punto 7.6.8.

10. Con compensazione in ogni caso delle spese di lite stante la peculiarità delle esaminate questioni.

P.Q.M.

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

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 16 maggio 2024 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Stefano Fantini, Consigliere

Alberto Urso, Consigliere

Marina Perrelli, Consigliere

Massimo Santini, Consigliere, Estensore

Guida alla lettura

Con pronuncia n. **7123** dello scorso 13 agosto, il **Consiglio di Stato** ha ribadito il principio secondo il quale **in caso di rimodulazione del raggruppamento (per esclusione di un suo componente), in esito alla verifica dei requisiti in capo ai rimanenti membri del raggruppamento debba riprendere, all'esito della fase di riverifica dei requisiti di partecipazione, "l'ordinario procedimento di gara"** (Adunanza Plenaria n. 2 del 2022).

Ad avviso dei Giudici, dunque, in siffatta ipotesi la gara deve essere ripresa e gestita come se l'impresa esclusa non ci fosse mai stata (*tamquam non esset*).

Conseguentemente, occorre rivalutare non solo la *residua affidabilità* delle restanti componenti del raggruppamento ma anche la *persistente bontà* dell'offerta a suo tempo presentata ed al netto del contributo in tal senso fornito dalla impresa esclusa.

Peraltro, è stato chiarito che **deve trattarsi di parti dell'offerta tecnica** – ove una simile operazione sia possibile ed effettivamente praticabile – **facilmente scindibili e, soprattutto, agevolmente e direttamente imputabili al componente escluso del raggruppamento poi oggetto di riduzione soggettiva**. Il tutto con possibile ricalibratura dell'offerta medesima, ossia con rivalutazione del punteggio da assegnare in concreto al raggruppamento residuo ed in funzione dei requisiti e delle capacità a tal fine posseduti: in particolare si tratterà delle certificazioni di qualità o dei particolari requisiti di qualificazione che consentono di ottenere punteggi premiali aggiuntivi rispetto a quelli ottenuti in funzione del merito e del contenuto specifico dell'offerta tecnica.

Sostiene il Collegio che la disposizione di cui all'art. 48, comma 17, del decreto legislativo n. 50 del 2016, **può in ogni caso essere letta nel senso che, mentre il merito tecnico ed il contenuto della relativa offerta restano fermi, ciò che deve essere rivalutato sono quei requisiti di qualificazione e quelle certificazioni (ossia tutti i requisiti di natura soggettiva) che in qualche modo hanno dato luogo a un punteggio premiale in favore della prima classificata ed ora riorganizzata.**

Alla **modificazione soggettiva in riduzione** dovrebbe (dunque) accompagnarsi – per quanto possibile – anche una **modificazione oggettiva in riduzione dell'offerta tecnica**, almeno in prima battuta e nei limiti della disposta esclusione, ossia una decurtazione del punteggio basata sulla analisi del contributo ad esso dato dal componente poi escluso dalla gara e dunque anche dal raggruppamento.

Successivamente, tale punteggio potrà essere poi rimodulato (presumibilmente in aumento) sulla base dei requisiti premiali (certificazione di qualità, etc.) che i componenti rimasti all'interno del raggruppamento - se del caso - avevano al momento della scadenza della presentazione della domanda di gara;

I Giudici sottolineano che alcuna violazione del principio della immodificabilità dell'offerta si registra in quanto **la *par condicio competitorum* – che è essenzialmente posta a presidio di tale principio – non viene in alcun modo intaccata da una modificazione pur oggettiva dell'offerta che risulta piuttosto destinata, secondo l'*id quod plerumque accidit*, a favorire gli altri operatori economici rimasti in gara e collocatisi in posizione deteriore rispetto al raggruppamento oggetto di riduzione.**

Ricapitolando, la “retrocessione della gara” costituisce espressione polisensa diretta a ricomprendere non solo la rivalutazione dei pregressi errori professionali commessi dal componente escluso e la successiva riverifica dei requisiti posseduti dai componenti del raggruppamento non esclusi ma, altresì, la connessa rimodulazione dell'offerta tecnica e dei punteggi ad essa attribuiti in ragione del “contributo” che il soggetto poi escluso aveva concretamente fornito per via di alcuni requisiti specifici premianti al medesimo facenti capo; il citato art. 48, comma 17, implica non solo una *modificazione soggettiva* del raggruppamento ma anche una *modificazione oggettiva*, entro ben precisi limiti e condizioni sopra enucleati (analisi del “contributo” dato dal soggetto escluso alla formazione del punteggio), dell'offerta tecnica a suo tempo presentata e della connessa valutazione ad essa attribuita.