

APPALTI: Contratti della P.A. – Appalto – Gara – Concorrenti – Raggruppamenti temporanei di imprese – Principio di immodificabilità soggettiva dei partecipanti alle pubbliche gare – Permette sostituzioni di carattere solo “interno” al raggruppamento.

Tar Lombardia – Milano, Sez. II, 7 marzo 2022, n. 531

in *Il Foro amm.*, 3, 2022, pag. 394 e ss.

1. “[...] Il principio di immodificabilità soggettiva dei partecipanti alle gare pubbliche ... mira a garantire una conoscenza piena da parte delle amministrazioni aggiudicatrici dei soggetti che intendono contrarre con le amministrazioni stesse consentendo una verifica preliminare e compiuta dei requisiti di idoneità morale, tecnico-organizzativa ed economico-finanziaria dei concorrenti, verifica che non deve essere resa vana in corso di gara con modificazioni di alcun genere”.

Ciò risponde[...] ad una duplice esigenza: a) "evitare ... che la stazione appaltante si trovi ad aggiudicare la gara e a stipulare il contratto con un soggetto ... del quale non abbia potuto verificare i requisiti, generali o speciali, di partecipazione, in conseguenza di modifiche della composizione del raggruppamento avvenute nel corso della procedura ad evidenza pubblica o nella fase esecutiva del contratto" (principio di trasparenza); "tutelare la par condicio dei partecipanti alla gara con modifiche della composizione soggettiva del raggruppamento "calibrate" sull'evoluzione della gara o sull'andamento del rapporto contrattuale" (principio della parità di trattamento).

Di qui la netta tendenza a privilegiare sostituzioni di carattere soltanto "interno" al raggruppamento (le imprese uscenti vengono dunque sostituite da altri soggetti già presenti nel raggruppamento) e non "esterno" ad esso, ossia mediante il ricorso a soggetti estranei al raggruppamento.

Tali modificazioni, in altre parole, debbono eventualmente svolgersi "senza l'aggiunta di nuovi soggetti che non abbiano partecipato alla gara" (punto 15). Del resto, come anche di recente espresso dalla Adunanza plenaria n. 2 del 25 gennaio 2022: "la modifica sostitutiva c.d. per aggiunta costituisce ex se una deroga non consentita al principio della concorrenza perché ammette ad eseguire la prestazione un soggetto che non ha preso parte alla gara secondo regole di correttezza e trasparenza" [...].”

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Azienda S.S.T.D.S.L. e di P. S.p.A.;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 22 febbraio 2022 la dott.ssa Silvana Bini e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Svolgimento del processo

Con deliberazione del Direttore Generale dell'A.D.S.L. n. 681 del 25.6.2018 veniva indetta una procedura aperta, ai sensi dell'art. 60 del D.Lgs. n. 50 del 18 aprile 2016, in forma aggregata tra l'ASST dei Sette Laghi (Capofila) e l'A.L..

Oggetto dell'affidamento è la fornitura, l'installazione (nonché le opere di adeguamento edile e impiantistico necessarie all'installazione) e l'avvio clinico di "due tomografi assiali computerizzati" di più alta fascia disponibile o "top di gamma", completa di contratto di manutenzione full risk della durata di anni 7, per l'importo complessivo di € 3.100.000,00 oltre Iva, da destinarsi alle sopra indicate aziende sanitarie.

L'art. 7 del capitolato Speciale d'appalto prevede la c.d. clausola di adesione, cioè la possibilità di "estendere" la fornitura ad altre Aziende Sanitarie, nei 24 mesi successivi, che potevano aderire alle condizioni previste nel contratto, sino ad un massimo del 400% del valore complessivo netto aggiudicato, cioè fino a 12.4000.0000, 00 €.

Il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa prevedeva l'attribuzione del punteggio tecnico di 70 punti e quello economico di 30 punti.

Alla gara partecipavano l' R. composto da P. S.p.A. e R.C. s.r.l. (di seguito "R. P.") e la C.M.S. (di seguito anche solo C.).

In corso di gara l'R. P. comunicava con nota del 6.2.2020 che "la ditta R.C. s.r.l. M. del costituendo R., in data 17/07/2019 è stata ammessa alla procedura di concordato preventivo, n. 9/2019, del Tribunale di Bergamo".

Chiedeva, ai sensi dell'art. 48 comma 18 del D.Lgs. n. 50 del 2016, l'autorizzazione al subentro della C.I. Srl nella posizione giuridica della mandante R.C. S.r.l. (da ora anche solo "R.C.").

Con determina n. 488 del 6.4.2020 veniva approvata la graduatoria, in cui l'R. P. S.p.A. risultava prima, con 100 punti (offerta tecnica 70 punti e offerta economica 30 punti) a fronte dei 99,32 punti della C. (offerta tecnica di 69,40 punti e offerta economica di 29,92 punti) e quindi aggiudicata la gara alla prima classificata.

Con determina n. 553 del 20.4.2020 la stazione appaltante confermava l'aggiudicazione, dando atto che il soggetto aggiudicatario della fornitura era il R. P. Spa/C.I. Srl, a seguito di autorizzazione al subentro della C.I. S.r.l. nella medesima posizione giuridica della mandante originaria del R. concorrente R.C..

L'aggiudicazione e tutti gli atti di gara venivano impugnati dalla C. (ric. n. 848/2020), lamentando l'illegittimità del subentro nell'R. della C.I.; venivano altresì formulate varie censure relativamente alla valutazione delle offerte e alla relativa assegnazione dei punteggi.

La società P. proponeva ricorso incidentale eccependo la carenza di interesse e il difetto di legittimazione, stante l'incompletezza dell'offerta della C., nonché l'inammissibilità del ricorso, per difetto di interesse da "mancata prova di resistenza".

Medio tempore veniva stipulato il contratto per la fornitura della TAC destinata alla A.D.S.L..

Con sentenza n. 1985 del 23.10.2020, il TAR respingeva il ricorso proposto da C..

Con sentenza n. 5895 del 17.08.2021 il Consiglio di Stato, in riforma della decisione di primo grado, annullava l'aggiudicazione a favore di R. P.R.C.C. e 7 O. s.r.l., ritenendo illegittima la sostituzione della mandante R.C. s.r.l. con la C.I. s.r.l., assorbendo gli ulteriori motivi di ricorso e respingendo l'appello incidentale proposto da P..

La sentenza è stata oggetto di impugnazione per revocazione.

In esecuzione alla sentenza di appello, l'A.D.S.L. ha adottato la Determinazione Dirigenziale n. 1113 del 6.9.2021, avviando la fase di una "nuova valutazione dell'ammissibilità dell'offerta da parte dell'R. P./Ruggeri in relazione alla sussistenza di tutti i requisiti soggettivi di partecipazione previsti dagli atti di gara (artt. 10 e 11 Capitolato speciale d'appalto), assegnando allo stesso il termine di 10 giorni per dimostrare, con invio della relativa aggiornata documentazione, la sussistenza dei predetti requisiti di partecipazione, tramite una riorganizzazione dell'assetto interno degli offerenti, ai sensi dell'art. 48, comma 18 e 19-ter D.Lgs. n. 50 del 2016".

Con nota del 17.9.2021, P. S.p.A. ha dichiarato che "con riferimento alle restanti opere accessorie e serventi previste dal capitolato (minimali rispetto all'oggetto dell'appalto) ricorrerà, nei limiti di Legge, all'istituto del subappalto (e/o se del caso del sub affidamento ex art. 105 del D.Lgs. n. 50 del 2016) (...)".

Con nota prot. (...) del 29.9.2021 il Responsabile della S.C. Approvvigionamenti della A.S.L. ha ritenuto che: "la modalità organizzativa indicata da P. configura ipotesi di subappalto necessario/qualificante" e che "le verifiche inerenti all'autorizzazione a tale subappalto dovessero essere svolte nella fase di gara antecedentemente all'aggiudicazione".

Con la Det. n. 1424 del 16 novembre 2021 veniva autorizzata la richiesta di subappalto di P. S.p.A. e di conseguenza considerata ammissibile la relativa offerta; quindi aggiudicata ai sensi dell'art. 60 del D.Lgs. n. 50 del 2016, a P. S.p.A. (già R. P. Spa/R.C. Srl), la fornitura, completa di contratto di manutenzione full risk della durata di anni 7 a partire dal termine del periodo di garanzia, di n. 2 Tomografi Assiali Computerizzati, in favore delle A.D.S.L. e A.L., alle condizioni economiche contenute nell'offerta presentata in gara.

La ricorrente ha impugnati gli atti in epigrafe, con ricorso tempestivamente notificato e depositato, articolando le seguenti censure:

1) Violazione e falsa applicazione dell'art. 48 c. 18 e 19 ter del D.Lgs. n. 50 del 2016. Difetto di istruttoria e travisamento di fatti. Violazione e comunque elusione del giudicato di cui alla sentenza del Consiglio di Stato n. 5895 del 17.08.2021.

Con la prima censura parte ricorrente, anche alla luce dei principi affermati dall'Adunanza Plenaria nn. 9/2021 e 10/2021, lamenta la violazione dell'art. 48 commi 18 e 19 ter del D.Lgs. n. 50 del 2016: nell'offerta originaria P. ha indicato come mandataria la R.C., soggetto in possesso della S., mentre non è mai stato dichiarato di voler subappaltare a terzi le opere edili.

Secondo la tesi di parte ricorrente, la sostituzione effettuata con un soggetto che non ha partecipato al raggruppamento è in contrasto con il principio di immodificabilità dell'offerta.

L'art. 48 D.Lgs. n. 50 del 2016 sopra citato permette infatti la sostituzione della mandante solo con operatori già facenti parte dell'R., non, come nel caso in esame, con soggetti esterno rispetto al raggruppamento, in quanto ciò comporterebbe la modifica dell'R., non ammessa né in fase di gara, né di esecuzione.

Sotto altro profilo, parte ricorrente lamenta il contrasto con la sentenza del Consiglio di Stato n. 5895/2021, che ha disposto solo la riorganizzazione interna, ma non il coinvolgimento di soggetti terzi;

2) Violazione e falsa applicazione dell'art. 105 c. 4 del D.Lgs. n. 50 del 2016. Inammissibilità del subappalto postumo. Difetto di istruttoria ed errore di fatto. Violazione e comunque elusione del giudicato di cui alla sentenza del Consiglio di Stato n. 5895 del 17.08.2021: sostiene parte ricorrente che non si sarebbe potuto ricorrere al subappalto, in quanto nell'offerta non sono state indicate le opere edili da subappaltare, ma solo le componenti impiantistiche.

La condizione per ammettere il subappalto, anche quello "necessario", è infatti che siano indicate nella fase dell'offerta le lavorazioni che si intendono subappaltare.

Nel caso in esame, evidenzia la ricorrente, che nell'offerta sono state indicate le opere edili per l'importo complessivo di 170.000 € da realizzarsi attraverso la Ruggeri costruzioni, senza alcuna indicazione di subappaltatori delle opere edili.

Conclude parte ricorrente rilevando che, non essendo possibile il subappalto, l'offerta della P. doveva essere esclusa, in quanto non in possesso della qualifica S. per eseguire le opere.

La ricorrente ripropone le censure già sollevate nel ricorso n. 848/2020, in quanto i vizi sollevati avverso l'originario provvedimento di aggiudicazione inficiano anche la nuova aggiudicazione:

3. Ulteriori vizi dei provvedimenti impugnati. le censure non esaminate dal Consiglio di Stato che vizio la rinnovata aggiudicazione ed i provvedimenti impugnati.

3.1 Vizi dell'offerta tecnica del R. P.. Inammissibilità dell'offerta del R. P. di due modelli diversi di TAC da parte del R. P.: ICT 256 e IQon. Violazione dell'art. 3 del C.. Violazione dell'art. 16 del Disciplinare di gara. Inammissibilità dell'offerta del R. P. perché duplice e condizionata. Violazione dell'art. 32 c. 4

del D.Lgs. n. 50 del 2016 e dell'art. 16 del Disciplinare. Non conformità del modello IQon alle caratteristiche minime indispensabili del Capitolato Speciale: secondo parte ricorrente i modelli di Tac offerti non soddisfano i requisiti richiesti dal bando, per cui l'offerta avrebbe dovuto essere esclusa.

In primo luogo sarebbe state offerte due macchine di diversa tecnologia, in violazione alla richiesta del bando che prescriveva due macchina della medesima tipologia.

L'offerta sarebbe inammissibile anche perché duplice e condizionata e quindi resa in violazione dell'art. 32, comma 4, del D.Lgs. n. 50 del 2016 e dell'art. 16 del Disciplinare di gara.

Viene altresì eccepita la non conformità del modello IQon alle caratteristiche minime indispensabili del Capitolato Speciale;

3.2 Vizi dell'offerta economica del R. P.. Inammissibilità dell'offerta del R. P. per superamento della base d'asta delle opere edili (voci b dell'importo a base d'asta). Violazione dell'art. 5 del Capitolato speciale. Violazione e falsa applicazione dell'art. 59 del D.Lgs. n. 50 del 2016. Violazione del principio di c.d. autovincolo: secondo parte ricorrente il superamento della base d'asta delle opere edili (voci b dell'importo a base d'asta) avrebbe dovuto portare all'esclusione dell'offerta;

3.3 Esclusione dell'offerta del R. P. per omessa compilazione dell'Allegato C. Violazione degli artt. 16 e 17 del Disciplinare di gara. Inammissibilità di offerte reticenti e incomplete. Violazione dei principi di concorrenza e di par condicio: l'offerta della controinteressata non ha rispettato la prescrizione di gara che richiedeva la suddivisione dei costi, secondo il modello dell'Allegato C, contenente il dettaglio dei prezzi unitari;

3.4 In via subordinata. Vizi del procedimento di valutazione delle offerte tecniche.

3.4.1 Inammissibilità di un criterio di valutazione delle offerte tecniche non previsto dalla normativa di gara. Violazione dell'art. 95 del D.Lgs. n. 50 del 2016. Violazione dei principi di concorrenza, trasparenza e par condicio. Secondo la prospettazione di parte ricorrente la commissione avrebbe introdotto un criterio di valutazione delle offerte non previsto dalla normativa di gara, avendo attribuito un unico punteggio alle due apparecchiature offerte;

3.4.2 Illegittimità delle valutazioni della commissione di gara per errore di fatto, illogicità e contraddittorietà: la ricorrente contesta l'assegnazione del punteggio rispetto ai criteri A2 e A5;

3.5 In ulteriore subordine. Illegittimità della clausola di adesione di cui all'art. 7 del C.. Violazione dei principi di pubblicità, trasparenza e par condicio. La clausola di adesione sarebbe illegittima e viziata in quanto non fissa criteri certi per scegliere tra due tipologie di TAC.

La ricorrente chiede altresì il risarcimento del danno: in via principale in forma specifica, con l'annullamento dei provvedimenti impugnati e con la dichiarazione di inefficacia il contratto eventualmente stipulato. In via subordinata per equivalente, chiede il risarcimento dei danni subiti e

subendi a causa del mancato affidamento della fornitura a C., nella misura risultante dall'istruttoria o determinata dal Tribunale.

Si sono costituite in giudizio sia L'A. sia la controinteressata, chiedendo il rigetto del ricorso.

Con ordinanza n. 20 del 12.1.2022 il Collegio, preso atto che era stata eseguita la fornitura per l'A.D.S.L., ha accolto in parte la domanda cautelare, sospendendo in parte qua l'aggiudicazione, limitatamente alla fornitura della TAC a favore dell'A.L. e fissando l'udienza pubblica.

Nei termini di legge le parti hanno depositato memorie ex art. 73 c.p.a.

All'udienza pubblica del 22 febbraio 2022 il ricorso è stato trattenuto in decisione dal Collegio.

Motivi della decisione

1) Con il presente ricorso la società C. impugna la determinazione dirigenziale n. 1424 del 16.11.2021 con la quale la A.D.S.L. ha autorizzato la richiesta di subappalto di P. S.p.A., dichiarando ammissibile l'offerta di quest'ultima e confermando l'aggiudicazione, ai sensi dell'art. 60 del D.Lgs. n. 50 del 2016, a P. S.p.A., della fornitura, completa di contratto di manutenzione full risk della durata di anni 7 a partire dal termine del periodo di garanzia, di n.2 Tomografi Assiali Computerizzati, in favore delle A.D.S.L. e A.L..

Come emerge dalla ricostruzione in fatto, la determina è stata adottata dopo un primo annullamento disposto con la sentenza del Consiglio di Stato n. 5895 del 17.8.2021.

Per una esatta comprensione della vicenda vanno evidenziati alcuni passaggi della sentenza del Consiglio di Stato e dei provvedimenti conseguenti.

2) Il Giudice d'appello, dopo aver richiamato alcuni passaggi delle Adunanze Plenarie n. 9/2021 e 10/2021, ha affermato che "in applicazione del dettato delle menzionate sentenze dell'Adunanza Plenaria, l'Appello deve essere accolto nei limiti di seguito precisati, non essendo necessario procedere all'ulteriore vaglio delle ulteriori censure proposte dall'appellante.

L'Amministrazione, infatti, alla luce dell'interpretazione resa dalle menzionate decisioni non avrebbe potuto legittimamente ammettere la sostituzione con un soggetto estraneo in coerenza con i precisati cardini dell'immodificabilità soggettiva dell'offerta".

Ha quindi precisato che " in virtù del principio di conservazione degli atti giuridici, gli atti di gara devono essere annullati sino al momento della valutazione positiva dell'ammissibilità dell'offerta di P. a seguito della informazione in ordine della controversa sostituzione, nel senso che deve essere disposta la riedizione del potere che consenta di assegnare al raggruppamento un congruo termine per verificare la possibilità di riorganizzazione dell'assetto interno i P. tale da poter riprendere correttamente, e rapidamente, la propria partecipazione alla gara".

In esecuzione della sentenza, l'Amministrazione ha adottato la determina n. 1424 del 16.11.2021, con cui ha autorizzato il subappalto e riconfermato, di conseguenza, l'aggiudicazione alla P. del servizio.

Di detta determina rilevano i seguenti passaggi:

- "ai sensi dell'art. 48, comma 18, D.Lgs. n. 50 del 2016, in caso di concordato preventivo del mandante, il mandatario, ove non indichi altro operatore economico subentrante che sia in possesso dei prescritti requisiti di idoneità, è tenuto all'esecuzione, direttamente o a mezzo degli altri mandanti, fermo restando il possesso dei requisiti di qualificazione adeguati ai lavori o servizi o forniture da eseguire;

- ai sensi dell'art. 48, comma 19-ter, D.Lgs. n. 50 del 2016 la previsione di cui al succitato comma 18 trova applicazione anche laddove le modifiche soggettive ivi contemplate si verificano in fase di gara;

- in base a quanto chiarito dalla giurisprudenza (Consiglio di Stato, sez. III, 17.6.2019; TAR Lombardia-Milano, Sez. I, 3.9.2021 n. 1965) è possibile per l'operatore economico partecipante provare il possesso dei requisiti qualificazione e capacità tramite subappalto, purché si tratti di prestazioni accessorie e strumentali rispetto all'oggetto principale dell'appalto (art. 3 lett. tt) D.Lgs. n. 50 del 2016);

- "in una prospettiva orientata al favor participationis nonché ai principi di efficienza e di efficacia dell'azione amministrativa l'esecuzione delle opere tramite subappalto da parte di P. costituisca esecuzione in modalità diretta in luogo del mandante venuto meno ammessa dall'art. 48 comma 18 e 19 ter del D.Lgs. n. 50 del 2016".

3) Alla luce di queste precisazioni si può passare all'esame dei due primi motivi del ricorso, che vengono vagliati congiuntamente, in quanto intimamente connessi.

3.1 Sostiene la ricorrente che l'offerta della P. avrebbe dovuto essere esclusa, non avendo dimostrato di possedere la qualifica S. per effettuare le opere edili, né potendo ricorrere al subappalto, in quella fase di gara.

Lamenta una triplice violazione:

- la violazione dell'art. 48 c. 18 e 19 ter del D.Lgs. n. 50 del 2016, che permette la sostituzione di un componente dell'R. solo tramite altri mandanti del R. e dotati di idonea qualificazione;

- la violazione del giudicato di cui alla sentenza del Consiglio di Stato n. 5895 del 17.08.2021, che avrebbe disposto solo la riorganizzazione interna, ma non il coinvolgimento di soggetti terzi;

- la violazione dell'art. 105 c. 4 del D.Lgs. n. 50 del 2016, in quanto nell'offerta originaria P. ha indicato come mandante la R.C., soggetto in possesso della S., mentre non è mai stato dichiarato di voler subappaltare a terzi le opere edili, ma solo le componenti impiantistiche.

La condizione per ammettere il subappalto, anche quello "necessario", è infatti che siano indicate nella fase dell'offerta le lavorazioni che si intendono subappaltare, mentre nel caso in esame nell'offerta sono state indicate le opere edili per l'importo complessivo di 170.000 € da realizzarsi attraverso la Ruggeri costruzioni, senza alcuna indicazione di subappaltatori.

3.2 Il Collegio ritiene che le censure siano in parte fondate.

Sono note le coordinate che discendono dalle tre recenti sentenze dell'Adunanza Plenaria (n. 9 e 10 del 27.5.2020 e n. 2 del 25.1.2022), i cui principi, per quanto rileva nel presente giudizio, possono essere così sintetizzabili.

La regola dell'immutabilità soggettiva dei concorrenti, di cui all'art. 48, comma 9, del Codice dei contratti, soffre di due eccezioni: la prima è prevista dal successivo comma 17 e riguarda la "mandataria", la quale può essere sostituita al ricorrere di alcune tassative ipotesi e, tra queste, anche in caso di concordato preventivo. Condizione di fattibilità di tale sostituzione è che l'impresa subentrante abbia gli stessi requisiti di qualificazione necessari per eseguire l'appalto; la seconda eccezione è prevista dal comma 18 e riguarda la "mandante", la quale può essere sostituita al ricorrere delle stesse ipotesi (sottoposizione a fallimento o comunque ad altre procedure concorsuali) ed alle stesse condizioni di cui al comma precedente.

La modificazione soggettiva deve avvenire soltanto "per sottrazione" (ossia mediante subentro di soggetti già appartenenti al raggruppamento) e mai "per addizione" (ossia mediante soggetti esterni al raggruppamento medesimo).

Ha precisato poi l'Adunanza Plenaria n. 2/2022 che la modifica soggettiva del raggruppamento temporaneo di imprese, in caso di perdita dei requisiti di partecipazione di cui all'art. 80 D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (Codice dei contratti pubblici) da parte del mandatario o di una delle mandanti, è consentita non solo in sede di esecuzione, ma anche in fase di gara, in tal senso interpretando l'art. 48, commi 17, 18 e 19-ter del medesimo Codice.

Il fondamento della deroga prevista da dette disposizioni, rispetto al principio generale del comma 9, va individuato nell'esigenza di assicurare l'esecuzione del contratto nei termini stabiliti e di ovviare quindi ad un evento che colpisca uno dei componenti del R.T.I., che si è aggiudicato la commessa, a condizione che la sostituzione non sia finalizzata ad eludere la mancanza di un requisito di partecipazione alla gara. La "sostituzione" è il risultato di un sub procedimento, in cui la stazione appaltante assegna al raggruppamento un congruo termine per la riorganizzazione del proprio assetto interno (c.d. sostituibilità procedimentalizzata).

E' indubbio che rimane ferma l'impossibilità di ricorrere ad un soggetto esterno all'ATI per la sostituzione non solo della mandataria ma anche della mandante.

In tal senso si è già pronunciata l'Adunanza Plenaria n. 8/ 2012, affermando che "Il principio di immodificabilità soggettiva dei partecipanti alle gare pubbliche ... mira a garantire una conoscenza piena da parte delle amministrazioni aggiudicatrici dei soggetti che intendono contrarre con le amministrazioni stesse consentendo una verifica preliminare e compiuta dei requisiti di idoneità morale, tecnico-organizzativa ed economico-finanziaria dei concorrenti, verifica che non deve essere resa vana in corso di gara con modificazioni di alcun genere".

Ciò risponde, come evidenziato dalla citata Plenaria n. 10 del 2021, ad una duplice esigenza: a) "evitare ... che la stazione appaltante si trovi ad aggiudicare la gara e a stipulare il contratto con un soggetto ... del quale non abbia potuto verificare i requisiti, generali o speciali, di partecipazione, in conseguenza di modifiche della composizione del raggruppamento avvenute nel corso della procedura ad evidenza pubblica o nella fase esecutiva del contratto" (principio di trasparenza); "tutelare la par condicio dei partecipanti alla gara con modifiche della composizione soggettiva del raggruppamento "calibrate" sull'evoluzione della gara o sull'andamento del rapporto contrattuale" (principio della parità di trattamento).

Di qui la netta tendenza a privilegiare sostituzioni di carattere soltanto "interno" al raggruppamento (le imprese uscenti vengono dunque sostituite da altri soggetti già presenti nel raggruppamento) e non "esterno" ad esso, ossia mediante il ricorso a soggetti estranei al raggruppamento.

Tali modificazioni, in altre parole, debbono eventualmente svolgersi "senza l'aggiunta di nuovi soggetti che non abbiano partecipato alla gara" (punto 15). Del resto, come anche di recente espresso dalla Adunanza plenaria n. 2 del 25 gennaio 2022: "la modifica sostitutiva c.d. per aggiunta costituisce ex se una deroga non consentita al principio della concorrenza perché ammette ad eseguire la prestazione un soggetto che non ha preso parte alla gara secondo regole di correttezza e trasparenza".

3.3 Facendo applicazione dei principi sopra riportati al caso in esame, emerge che la sostituzione in fase di gara della mandante è avvenuta con un soggetto estraneo al raggruppamento, ma indicato nella terna dei subappaltatori della mandante per gli impianti meccanici.

E' quindi evidente che la sostituzione non può trovare legittimazione nell'art. 48 D.Lgs. n. 50 del 2016 sopra citato, che ammette solo una sostituzione interna.

In tal caso si verifica una sostituzione che contrasta con la tutela della par condicio dei partecipanti alla gara, in quanto viene modificata la composizione soggettiva del raggruppamento.

Pertanto è fondata la censura in esame, atteso che l'art. 48 D.Lgs. n. 50 del 2016 sopra citato non può legittimare la sostituzione con un soggetto estraneo all'R..

3.4 Né la sostituzione poteva essere effettuata con il ricorso al subappalto, che in questa ipotesi è stato qualificato nel provvedimento impugnato come "subappalto necessario".

L'art. 105 c. 4 D.Lgs. n. 50 del 2016 stabilisce che i soggetti affidatari di contratti pubblici possono affidare in subappalto le opere o i lavori o i servizi o le forniture compresi nel contratto previa autorizzazione della stazione appaltante purchè:

c) all'atto dell'offerta siano stati indicati i lavori o le parti di opere ovvero i servizi o parti di servizi e forniture che si intende subappaltare.

Solo la dichiarazione e l'individuazione puntuale e specifica in offerta delle prestazioni consente dunque di subappaltare a terzi, non potendo invece ex post affidare in subappalto prestazioni già individuate o

individuabili all'atto dell'offerta che non aveva originariamente considerato (Consiglio di Stato 15.02.2021, n. 1308).

Secondo la tesi difensiva dell'Azienda sanitaria e della controinteressata, nel caso in esame nell'offerta la P. aveva già indicato la ditta CRS impianti come subappaltatrice per gli impianti meccanici; ma è stata introdotta una formula ("La presente riserva si estende, inoltre a tutte le prestazioni comunque concorrenti per operare in opera quanto oggetto di fornitura, inclusi ulteriori lavori, opere o servizi necessari per fronteggiare eventi non prevedibili secondo i criteri dell'ordinaria diligenza professionale che dovessero manifestarsi nel corso dell'esecuzione del contratto") che estenderebbe la possibilità di affidare anche le opere edili ai soggetti indicati come subappaltatori nell'offerta.

Sostengono altresì che si tratterebbe di un subappalto necessario, per opere edili propedeutiche alla prestazione tipica dell'appalto, consistente nella installazione e nel funzionamento delle due TAC, di minimo valore, rispetto al valore dell'appalto.

A sostegno di questa tesi, secondo cui appunto l'indicazione della CRS come subappaltatrice varrebbe anche per le opere edili, viene richiamata la giurisprudenza che ammette per l'operatore la possibilità di provare il possesso dei requisiti di qualificazione e di capacità tecnica tramite subappalto, purchè si tratti di prestazione accessorie e strumentali rispetto all'oggetto principale dell'appalto.

La tesi difensiva della stazione appaltante e della controinteressata non può essere condivisa.

Le opere edili sono state quantificate in € 170.000€ (suddivise tra le due strutture in 100.000 € per la Tac dell'A. dei sette laghi e 70.000€ per l'altra A.): questo è l'importo che per il quale si richiedeva la S..

Ritiene il Collegio che l'offerta non contenga una dichiarazione di subappalto per le opere edili: la ditta CRS è indicata come subappaltatore dei soli impianti meccanici.

La formula finale non presenta i requisiti richiesti per essere qualificata come dichiarazione di subappalto: non solo non è stata indicata fin dall'origine il possesso, da parte del subappaltatore, dei requisiti di qualificazione (la S.), ma non viene indicato in alcun modo che le opere edili possono essere oggetto di subappalto.

Non è una mera irregolarità, ma mancanza di un elemento essenziale: si tratta infatti di una dichiarazione generale che non equivale all'esplicitazione dell'intenzione di attivare il subappalto necessario per le opere edili.

Anzi si fa riferimento a prestazioni comunque occorrenti ed eccezionali per fronteggiare eventi non prevedibili, quindi a prestazioni non previste nel capitolato.

Da ciò discende la fondatezza della censura in esame.

3.5 Pertanto la sostituzione poteva essere effettuato solo con altro soggetto indicato ab origine nel raggruppamento.

E' indubbio, come sostenuto dalla difesa della Azienda S. che la legge di gara non impedisse né limitasse il subappalto; ma la sostituzione della Società R.C. ricorrendo al subappalto delle opere edili presupponeva che le ditte subappaltatrici fossero indicate nell'offerta, con la precisa qualifica di subappalto per le opere edili.

Il ricorso al subappalto in tanto poteva essere ammesso, in quanto già indicato nell'offerta.

Si operava così quella riorganizzazione che l'Adunanza Plenaria ritiene ammissibile, ma pur sempre attraverso gli strumenti normativi, posti a tutela del rispetto del principio di par condicio.

Nel caso in esame si è invece operato una sorte di doppia sostituzione e di doppia modifica dell'offerta: una sostituzione soggettiva con un'impresa non facente parte dell'R. e una introduzione nell'offerta della indicazione del subappalto.

3.6 Per completezza si osserva che, a giudizio del Collegio, non vi è alcuna violazione del giudicato: nella sentenza del Consiglio di Stato n. 5895/2021 è stato solo disposto che la stazione appaltante dovesse dare un termine al raggruppamento "per verificare la possibilità di riorganizzazione dell'assetto interno i P. tale da poter riprendere correttamente, e rapidamente, la propria partecipazione alla gara".

In tal senso ha operato la stazione appaltante, senza quindi violare il dictum giurisdizionale, che, pur richiamando i principi in materia di sostituibilità dei soggetti nell'R., tuttavia non ha statuito nulla circa la modalità di sostituzione.

3.7 La società P. doveva quindi essere esclusa, non essendo in possesso della qualifica per la realizzazione delle opere edili.

Stante la fondatezza dei motivi, la determina n. 1424 del 16.11.2021 con cui viene autorizzato il subappalto, viene dichiarata ammissibile l'offerta della P. e confermata l'aggiudicazione alla stessa deve essere annullata.

4) La società C. ha riproposto i motivi del ricorso n. 848/2020, relativi alla valutazione delle offerte. Detti motivi sono stati respinti nella sentenza di questa Sezione n. 1985/2020 e assorbiti nella sentenza di appello.

A fronte dell'accoglimento dei primi due motivi, che comportano la caducazione dell'atto impugnato e di conseguenza l'esclusione dalla gara della controinteressata, viene meno l'interesse della ricorrente all'esame degli altri motivi, che possono essere assorbiti.

5) La ricorrente chiede il risarcimento dei danni in principalità in forma specifica, con l'annullamento dei provvedimenti impugnati e con la dichiarazione di inefficacia il contratto eventualmente stipulato. In via subordinata per equivalente il risarcimento dei danni subiti e subendi a causa del mancato affidamento della fornitura a C., nella misura risultante dall'istruttoria o determinata dal Tribunale.

La domanda di risarcimento in forma specifica va accolta.

Infatti in assenza di evidenziate esigenze imperative connesse all'interesse generale che inducano a preservare il contratto già stipulato ma non ancora portato ad integrale esecuzione, non si ravvisano obiettive preclusioni alla declaratoria di inefficacia del contratto a decorrere dalla pubblicazione della presente sentenza con subentro della società ricorrente, subentro però sospensivamente condizionato al positivo esito delle verifiche di legge, cui naturalmente la stazione appaltante è tenuta.

Considerato che C. è seconda in graduatoria e non vi sono contestazioni sulla sua posizione, la stazione appaltante dovrà adottare un provvedimento di aggiudicazione in favore di C. e con essa stipulare il contratto.

Va poi rilevato che il contratto prevede oltre alla installazione della TAC anche l'attività di manutenzione e fornitura per 7 anni: pertanto la reintegrazione in forma specifica implicherebbe la sostituzione della TAC, per permettere alla C. di effettuare l'attività di assistenza e di fornitura per i futuri 7 anni, attività che può, presumibilmente, essere effettuata solo dalla società che ha installato il macchinario.

Tuttavia nel caso in cui, al momento della stipulazione del contratto, una parte di prestazione negoziale fosse già stata eseguita e non si possa operare la sostituzione (in questo caso della TAC), al relativo pregiudizio patrimoniale la ricorrente potrà ovviare attraverso l'azione di cui all'art. 112, comma 3, cod. proc. amm., quale rimedio esteso alle ipotesi in cui il danno non è connesso alla violazione o all'elusione del giudicato ma all'impossibilità oggettiva di ottenere integralmente l'esecuzione del giudicato in forma specifica.

Come evidenziato dalla giurisprudenza (v. Cons. Stato, Ad. plen., 12 maggio 2017 n. 2), in caso di illegittima aggiudicazione di un appalto, il concorrente che ottenga dal giudice amministrativo, a titolo di risarcimento in forma specifica, il subentro nel contratto, senza che la sentenza possa essere integralmente eseguita, l'obbligazione dell'Amministrazione non viene estinta ma convertita in una diversa, di natura risarcitoria e compensatoria, avente ad oggetto l'equivalente monetario del bene della vita riconosciuto dal giudicato, in parziale sostituzione della esecuzione in forma specifica.

6) In conclusione il ricorso va accolto e per l'effetto va annullata l'aggiudicazione a favore della P. e disposto l'annullamento dei contratti stipulati medio tempore.

Va accolta la domanda di risarcimento dei danni, con la reintegrazione in forma specifica.

Le spese di giudizio avuto riguardo alla complessità della fattispecie, possono essere compensate tra le parti, fatta salva la rifusione del contributo unificato in favore della ricorrente e a carico dell'Azienda S.S.T.D.S.L..

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie.

Accoglie la domanda risarcitoria, come da motivazione.

Spese compensate, salva la refusione del contributo unificato, in favore della ricorrente e a carico dell'Azienda S.S.T.D.S.L..

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

Conclusione

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 22 febbraio 2022 con l'intervento dei magistrati:

Ugo Di Benedetto, Presidente

Silvana Bini, Consigliere, Estensore

Lorenzo Cordi', Referendario