

## Raggruppamenti temporanei misti per categoria prevalente e per categoria scorporabile

di Giusy Casamassima

Data di pubblicazione: 14-11-2018

*Premesso che la partecipazione in forma congiunta di più imprese associate alla realizzazione di opere di una categoria scorporabile implica necessariamente la formazione di un raggruppamento misto, nel quale, accanto al modello associativo di tipo verticale, che inerisce necessariamente alla previsione di scorporabilità, si affianca un'associazione di tipo orizzontale ai soli fini della realizzazione congiunta delle opere della categoria scorporabile si osserva che (...) – in difetto di una disposizione speciale derogatoria, e non distinguendo l'art. 48, comma 1, d.lgs. n. 50/2016 tra raggruppamenti orizzontali relativi alla categoria prevalente e raggruppamenti orizzontali relativi alle categorie scorporabili – nei raggruppamenti misti ogni sub-raggruppamento debba essere esaminato autonomamente, con la conseguenza che la verifica del possesso della qualificazione della mandataria nella misura minima del 40% (stabilita dall'art. 92, comma 2, d.P.R. n. 207/2010 per i raggruppamenti orizzontali negli appalti di lavori), con riferimento alla singola categoria scorporabile della cui realizzazione la stessa è partecipe unitamente a una o più mandanti, deve essere effettuata in capo all'impresa capogruppo del sub-raggruppamento.*

*La previsione, negli appalti di lavori, di una percentuale minima dei requisiti di qualificazione (da dimostrare attraverso le attestazioni coinvolgenti i livelli prestazionali delle singole imprese) in capo alla mandataria (40%) nei raggruppamenti orizzontali – ivi compresi, per le ragioni sopra esposte, i singoli sub-raggruppamenti –, assolve alla funzione di preservare, in forma specifica, l'interesse pubblico all'esatta e tempestiva esecuzione dell'appalto a regola d'arte, garantendo la capacità e l'affidabilità delle imprese che assumono il ruolo di capogruppo mandataria non solo sotto profilo economico-finanziario (costituente solo uno degli aspetti cui si ricollega il regime di responsabilità solidale della mandataria correlate ai rischi connessi all'esecuzione dei lavori, fino all'estinzione di ogni rapporto; v. art. 48, comma 15, d.lgs. n. 50/2016), ma anche sotto il profilo tecnico-organizzativo, in funzione dell'eventuale esecuzione diretta delle opere in caso di inadempimento di una delle imprese mandanti (per quanto qui interessa, in seno al sub-raggruppamento costituito per le opere scorporabili), mentre il requisito minimo di qualificazione in capo alle mandanti (10%) assolve alla funzione di evitare un'eccessiva polverizzazione delle imprese riunite in raggruppamento onde prevenire il connesso rischio di un'elusione delle garanzie di qualità nell'esecuzione delle opere, e di garantire l'esatto adempimento, 'in prima battuta', delle opere appaltate.*

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 3804 del 2018, proposto dall'impresa Oberosler Cav. Pietro S.r.l., in proprio e quale capogruppo mandataria della costituenda associazione temporanea di imprese (a.t.i.) con le mandanti Ploner S.r.l., Kofler & Rech S.p.A., Klapfer Bau S.r.l., Huber & Feichter S.r.l. e Gasser Paul S.r.l., nonché dalle imprese mandanti, in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentate e difese dagli avvocati Andrea Mazzanti e Federico Tedeschini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Federico Tedeschini in Roma, Largo Messico, n. 7;

*contro*

la Provincia autonoma di Bolzano e l'Agenzia per i procedimenti e la vigilanza in materia di contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (Acp), in persona dei legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentate e difese dagli avvocati Stephan Beikircher, Alexandra Roilo, Renate von Guggenberg, Patrizia Pignatta e Michele Costa, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Michele Costa in Roma, via Bassano del Grappa, n. 24;

l'impresa E.MA.PRI.CE. S.p.A., in proprio e quale capogruppo mandataria della costituenda a.t.i. con le mandanti Nordbau Peskoller S.r.l., Karl Wieser S.n.c., Niederwieser Bau S.r.l. e Transbagger S.r.l., nonché le imprese mandanti, in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentate e difese dagli avvocati Sebastiano Artale, Giuliano Neri e Diego Vaiano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Diego Vaiano in Roma, Lungotevere Marzio, n. 3;

*e con l'intervento di*

ad adiuvandum:

Pessina Costruzioni S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Andrea Mazzanti, Federico Tedeschini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Federico Tedeschini in Roma, Largo Messico, n. 7;

sul ricorso numero di registro generale 3805 del 2018, proposto dalla Oberosler Cav. Pietro S.r.l., in proprio e quale capogruppo mandataria della costituenda a.t.i. con le mandanti Ploner S.r.l., Kofler & Rech S.p.A., Klapfer Bau S.r.l., Huber & Feichter S.r.l. e Gasser Paul S.r.l., nonché dalle imprese mandanti, in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentate e difese dagli avvocati Andrea Mazzanti e Federico Tedeschini, con domicilio

digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Federico Tedeschini in Roma, Largo Messico, n. 7;

*contro*

la Provincia autonoma di Bolzano e l'Agenzia per i procedimenti e la vigilanza in materia di contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, in persona dei legali rappresentanti pro tempore, rappresentate e difese dagli avvocati Stephan Beikircher, Alexandra Roilo, Renate von Guggenberg, Patrizia Pignatta e Michele Costa, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Michele Costa in Roma, via Bassano del Grappa, n. 24;

l'impresa E.MA.PRI.CE. S.p.A., in proprio e quale capogruppo mandataria della costituenda a.t.i. con le mandanti Nordbau Peskoller S.r.l., Karl Wieser S.n.c., Niederwieser Bau S.r.l. e Transbagger S.r.l., nonché le imprese mandanti, in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, rappresentate e difese dagli avvocati Sebastiano Artale, Giuliano Neri e Diego Vaiano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Diego Vaiano in Roma, Lungotevere Marzio, n. 3;

l'impresa Strabag AG Sede Secondaria Italiana, in proprio e quale capogruppo mandataria di costituenda a.t.i. con le mandanti Alpenbau S.r.l., Moser & Co. S.r.l. e Geobau S.r.l., nonché le imprese mandanti, in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, rappresentati e difesi dagli avvocati Leonardo di Brina, Herwig Neulichedl e Andreas Widmann, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Leonardo di Brina in Roma, Via in Arcione, n. 71;

*e con l'intervento di*

ad adiuvandum:

Pessina Costruzioni S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Andrea Mazzanti, Federico Tedeschini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Federico Tedeschini in Roma, Largo Messico, n. 7;

*per la riforma*

quanto al ricorso n. 3804 del 2018:

della sentenza del Tribunale regionale di giustizia amministrativa, Sezione autonoma di Bolzano, n. 112/2018, resa tra le parti e concernente: gara d'appalto per l'affidamento dei lavori relativi al 1° lotto per la realizzazione del nuovo accesso stradale alla Val Badia mediante un ponte sul fiume Rienza e una galleria in località Floronzo;

quanto al ricorso n. 3805 del 2018:

della sentenza del Tribunale regionale di giustizia amministrativa, Sezione autonoma di

Bolzano, n. 113/2018, resa tra le parti e concernente: gara d'appalto per l'affidamento dei lavori relativi al 1° lotto per la realizzazione del nuovo accesso stradale alla Val Badia mediante un ponte sul fiume Rienza e una galleria in località Floronzo;

Visti i ricorsi in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio delle rispettive parti appellate e gli appelli incidentali;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore, nell'udienza pubblica del giorno 12 luglio 2018, il consigliere Bernhard Lageder e uditi, per le parti, gli avvocati Andrea Mazzanti, Michele Costa, Giuliano Neri, Andrea Mazzanti e Federico Tedeschini;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO

1. La presente controversia inerisce alla gara d'appalto, indetta dall'Agenzia per i procedimenti e la vigilanza in materia di contratti pubblici di lavori, servizi e forniture della Provincia autonoma di Bolzano (Acp) con bando inviato per la pubblicazione il 20 dicembre 2016, avente ad oggetto l'affidamento dei lavori edili (1° lotto) identificati dal codice di gara «AOV/SUA L 029/2016 Nuovo accesso Val Badia con ponte sulla Rienza e galleria Floronzo» per la sistemazione dell'accesso alla Val Badia in derivazione dalla strada della Val Pusteria, secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa e al prezzo base d'asta di euro 47.616.909,25 (comprensivo degli oneri di sicurezza e al netto dell'IVA), alla quale avevano partecipato sei concorrenti e che era sfociata nell'aggiudicazione, con provvedimento del 9 ottobre 2017, alla costituenda associazione temporanea d'impresе (a.t.i.) capeggiata dalla E.MA.PRI.CE. S.p.A., prima classificata con il punteggio di 97,57, seguito dall'a.t.i. capeggiata dalla Oberosler Cav. Pietro S.r.l., seconda classificata con il punteggio di 96,98, e dall'a.t.i. capeggiata dalla Strabag AG Sede Secondaria Italiana, terza classificata con il punteggio di 95,41.

2. Con la prima delle due appellate sentenze indicate in epigrafe (la sentenza n. 112 del 5 aprile 2018), il Tribunale regionale di giustizia amministrativa - Sezione autonoma di Bolzano pronunciava definitivamente sul ricorso n. 258 del 2017 (integrato da motivi aggiunti), proposto dalla seconda classificata a.t.i. Oberosler avverso gli atti di gara e l'aggiudicazione in favore dell'a.t.i. E.MA.PRI.CE., nonché sul ricorso incidentale proposto da quest'ultima, provvedendo come segue:

(i) in accoglimento dell'eccezione della carenza d'interesse in capo all'a.t.i. Oberosler e del connesso primo motivo del ricorso incidentale – con cui era stata dedotta che l'a.t.i. ricorrente

avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara ai sensi dell'art. 80, comma 5, lettera b), d.lgs. n. 50/2016, poiché l'impresa mandataria Oberosler Cav. Pietro S.r.l. in data 21 ottobre 2017 aveva depositato presso il Tribunale di Bolzano domanda di ammissione a concordato preventivo –, rilevava che l'impresa Oberosler rivestiva la qualifica di mandataria dell'a.t.i., sicché la stessa, anche se fosse stata ammessa al concordato con continuità aziendale (circostanza, comunque, all'epoca non ancora intervenuta), non avrebbe potuto concludere il contratto con l'amministrazione, attesa la preclusione di cui all'art. 186, comma 6, I. fall. che le impediva di partecipare alla procedura ad evidenza pubblica in veste di mandataria;

(ii) affermava che la carenza di interesse in capo all'a.t.i. Oberosler determinava l'assorbimento dei restanti motivi sia del ricorso principale sia di quello incidentale, anche perché nessuna delle doglianze del ricorso principale assumeva portata demolitoria rispetto all'intera procedura di gara, né nel caso specifico era ravvisabile un residuo interesse strumentale della ricorrente principale all'esame dei motivi di ricorso, ovvero un interesse consistente nell'astratta possibilità di ottenere la rinnovazione, in via di autotutela, dell'attività amministrativa quale effetto conformativo conseguente a un'eventuale sentenza di annullamento, in quanto i motivi di ricorso non riguardavano né le regole di gara, né le altre offerte, non coinvolte nel giudizio;

(iii) condannava la ricorrente principale a rifondere alla controinteressata e alle amministrazioni resistenti le spese di causa.

3. Con la seconda sentenza indicata in epigrafe (la sentenza n. 113 del 5 aprile 2018), il T.r.g.a. pronunciava definitivamente sul ricorso n. 262 del 2017 (integrato da motivi aggiunti), proposto dalla terza classificata (a.t.i. Strabag) avverso gli atti di gara, tra l'altro per la mancata esclusione dell'a.t.i. Oberosler e dell'a.t.i. E.MA.PRI.CE., e avverso l'aggiudicazione in favore di quest'ultima, nonché sul ricorso incidentale proposto dall'a.t.i. E.MA.PRI.CE., provvedendo come segue:

(i) quanto all'ordine d'esame dei dedotti motivi, rilevava che, in applicazione del principio processuale della c.d. ragione più liquida e per ragioni di economia processuale, s'imponeva l'esame dei motivi di ricorso formulati nel ricorso principale nei confronti dell'aggiudicataria, la cui infondatezza consentiva di prescindere sia dall'esame del merito del ricorso incidentale asseritamente escludente proposto dall'a.t.i. aggiudicataria E.MA.PRI.CE. sia dall'esame dei motivi formulati in relazione all'offerta della seconda classificata (a.t.i. Oberosler), rendendo con ciò irrilevante la questione relativa all'ordine di esame del ricorso principale e di quello incidentale a valenza escludente proposto dall'impresa aggiudicataria nelle ipotesi in cui alla procedura abbiano preso parte altri concorrenti le cui offerte non siano state oggetto d'impugnazione, e dovendosi nel caso di specie escludere che le censure fatte valere dalla ricorrente principale avessero una possibile portata demolitoria in relazione a tutta la gara e potessero quindi comportare, quale effetto conformativo, un vantaggio anche solo mediato e strumentale per la medesima ricorrente principale (tale dovendosi intendere anche l'interesse al successivo riesame, in via di autotutela, delle offerte affette dal medesimo vizio);

(ii) respingeva l'eccezione di tardività del ricorso principale, sollevata dalle a.t.i. controinteressate sotto il profilo della violazione dell'art. 120, comma 2-bis, cod. proc. amm.,

avendo l'amministrazione resistente espressamente rinviato la verifica dei requisiti ad un momento successivo alla valutazione delle offerte, ai sensi dell'art. 23-bis l. prov. n. 17/1993, con la conseguenza che i motivi dell'impugnazione principale relativi ai requisiti di partecipazione dell'aggiudicataria, e quindi alla sua ammissione, proposti contemporaneamente con l'impugnazione del provvedimento di aggiudicazione, non potevano essere ritenuti tardivi;

(iii) respingeva il primo motivo proposto dall'a.t.i. Strabag nei confronti dell'aggiudicataria a.t.i. E.MA.PRI.CE. (riproposto nei motivi aggiunti) – con cui era stata censurata la mancanza dei requisiti speciali di partecipazione alla gara in capo all'a.t.i. E.MA.PRI.CE., che vi aveva partecipato come raggruppamento di tipo misto, sia sotto il profilo che due mandanti del sub-raggruppamento orizzontale relativo alla categoria di lavori OG.03 (precisamente, le imprese Nordbau Peskoller S.r.l. e Transbagger S.r.l.) fossero prive della qualificazione necessaria per eseguire la quota di lavori dichiarata in sede di offerta, la cui mancanza non era sanabile in sede di soccorso istruttorio, sia sotto il profilo che la mandataria del sub-raggruppamento orizzontale relativo alla categoria di lavori OG.03 (ossia, l'impresa Karl Wieser s.n.c.) e la mandante Transbagger fossero prive del requisito minimo di qualificazione del 40% e, rispettivamente, del 10% –, sulla base dei seguenti rilievi:

- in forza dell'autonomia imprenditoriale, caratterizzante il contratto d'appalto, le imprese riunite in raggruppamenti temporanei sono libere di definire l'entità delle rispettive quote di partecipazione al raggruppamento, con l'unico limite di rispettare i requisiti di qualificazione posseduti, prescrivendo l'art. 92, comma 2, d.P.R. n. 207/2010 che le quote di partecipazione indicate in sede di offerta possono essere liberamente stabilite entro i limiti consentiti dai requisiti di qualificazione posseduti dall'impresa associata;

- sebbene il previgente obbligo della corrispondenza tra quote di partecipazione e quote di esecuzione dei lavori fosse ormai venuto meno con l'abrogazione, ad opera del d.l. 47/2014, del comma 13 dell'art. 37 d.lgs. n. 163/2006, «*tale c.d. liberalizzazione delle quote esecutive non ha fatto, comunque, venir meno l'ulteriore condizione del possesso della quota di qualificazione necessaria ad eseguire la quota dell'appalto dichiarata nell'offerta*», con la precisazione che «*il sopra citato comma 2 dell'art. 92 d.P.R. 207/2010, come modificato dal d.l. 47/2014, esprime la voluntas legis tesa a superare il rigido principio di parallelismo tra quote di partecipazione al raggruppamento e quelle di esecuzione, [prevede che] "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"*» (v. così, testualmente, l'impugnata sentenza);

- il legislatore prevede dunque che le quote di partecipazione non siano eccedenti rispetto ai requisiti di qualificazione, precisando che le quote di esecuzione sono suscettibili di modifica nei limiti della compatibilità con i requisiti di qualificazione delle singole imprese;

- nel caso di specie, era pacifico che ai fini della presente gara l'a.t.i. aggiudicataria, nel suo complesso, era sin dall'origine in possesso del prescritto requisito di qualificazione, possedendo la mandataria E.MA.PRI.CE. la qualificazione non solo nella categoria prevalente

OG.04 in classifica illimitata, ma pure in ciascuna delle categorie scorporabili, con particolare riguardo alla categoria OG.03, essendo titolare di qualificazione SOA nella classifica VIII che quindi le avrebbe permesso di eseguire, già da sola, l'intera quota di lavori indipendentemente dal contributo di altri operatori economici;

- tale circostanza, incontestata, dimostrava che, nel caso di specie, le imprese del raggruppamento aggiudicatario non si erano associate temporaneamente per incrementare i requisiti di qualificazione ai fini della partecipazione alla gara (che costituisce in definitiva la ragione sottostante alla disciplina legislativa dei raggruppamenti temporanei, la cui violazione viene lamentata dalle imprese ricorrenti), ma evidentemente al fine di sfruttare al meglio le sinergie per una miglior organizzazione dei lavori e dell'organizzazione della logistica di cantiere;

- in linea di fatto, in sede di offerta (allegato A1 dell'offerta) l'a.t.i. E.MA.PRI.CE. aveva indicato, quali quote di partecipazione al raggruppamento, le quote del 58,94 % per la E.MA.PRI.CE. S.p.A., del 14,37 % per la Nordbau Peskoller S.r.l., del 14,04% per la Karl Wieser s.n.c., del 8,30% per la Niederwieser Bau S.r.l. e del 4,37 % per la Transbagger S.r.l., allegando anche indicazioni in merito alle singole qualificazioni SOA possedute da ogni partecipante al raggruppamento, con la precisazione che tali quote di partecipazione all'a.t.i. erano state indicate (alla pari anche delle altre imprese parti processuali) in un'unica quota percentuale riferita ai lavori nel loro complesso, e quindi in modo differente rispetto all'indicazione delle quote di esecuzione dei lavori da affidare, le quali, invece, erano state indicate con riferimento ad ogni singola impresa in rapporto ad ogni singola categoria di lavori;

- contrariamente a quanto sostenuto dall'a.t.i. ricorrente, le quote di partecipazione indicate in sede di offerta non erano state rimodulate in sede di verifica dei requisiti, come emergeva anche dalla specifica richiesta dell'amministrazione e dalla relativa risposta del raggruppamento, mentre *«ciò che è stato leggermente modificato»* erano *«le singole quote di esecuzione dei lavori, le quali sono state rimodulate comunque nel rispetto del possesso delle qualificazioni in relazione alle singole categorie di lavorazioni che le imprese partecipanti al raggruppamento verranno ad assumere»* (v. così, testualmente, l'impugnata sentenza);

- una simile modifica delle quote di esecuzione delle lavorazioni doveva ritenersi ammessa in sede di esecuzione del contratto e, pertanto, non erano ravvisabili ragioni per escluderla *«in un momento di poco anteriore, a maggior ragione in un caso come il presente, in cui alcun dubbio può sorgere in merito all'affidabilità ed alla responsabilità del raggruppamento stesso che è ampiamente qualificato per l'esecuzione dei lavori oggetto di contratto, in quanto già da solo il mandatario possiede i necessari requisiti»*;

- non era condivisibile la tesi dell'a.t.i. ricorrente, per cui nel presente caso i requisiti speciali di partecipazione avrebbero dovuto essere verificati anche in forza delle quote di esecuzione dei lavori dichiarate in sede di gara – sotto il profilo che, nel caso di specie, sussisterebbe una piena corrispondenza tra quote di partecipazione e quote di esecuzione, e queste ultime sarebbero immodificabili, sicché si tratterebbe di una modifica sostanziale dell'offerta –, essendo a livello normativo venuta meno la corrispondenza tra quote di partecipazione e quote di esecuzione, ed essendo stata fatta espressamente salva la possibilità di modificare queste

ultime in sede esecutiva, con la precisazione che, secondo la giurisprudenza amministrativa, le quote di esecuzione, al fine di renderle coerenti con i requisiti di qualificazione posseduti, erano suscettibili di modifica già in sede di offerta (Cons. Stato., Sez. V, sent. n. 5160/2017), e che non necessariamente i requisiti rilevanti per la fase di esecuzione del contratto dovevano essere posseduti già al momento della presentazione dell'offerta (Cons. Stato., Sez. V, sent. 3303/2017), sicché l'esercizio della facoltà di modificare, dopo l'aggiudicazione, «*le quote originarie di esecuzione rispetto a quelle di partecipazione*», non incideva sui requisiti di ammissione alla gara, i quali erano, invece, correlati «*alle quote di qualificazione e di partecipazione quali requisiti di partenza*» (v. così, testualmente, l'impugnata sentenza);

- né il disciplinare di gara conteneva previsione alcuna che avesse vietato la modifica delle quote di esecuzione indicate in offerta (con conseguente assorbimento del motivo del ricorso incidentale, tendente appunto all'annullamento della disposizione della *lex specialis*, di cui all'articolo 2, paragrafo 2.4, del disciplinare, qualora intesa nel senso voluto dall'a.t.i. ricorrente principale);

(iv) sempre nell'ambito del motivo in esame e procedendo alla verifica, se le quote di esecuzione, come rimodulate, fossero compatibili con i requisiti di qualificazione delle singole imprese, il T.r.g.a. rilevava che:

- dalla dichiarazione dell'a.t.i. E.MA.PRI.CE. del 27 novembre 2017 risultava che l'impresa capogruppo avrebbe eseguito il 100% dei lavori della categoria OG.04, la quota del 76,02% della categoria OS.21 e la quota del 10,12% della categoria OG.03, e dal confronto con l'attestazione SOA relativa all'impresa capogruppo emergeva che la medesima era adeguatamente qualificata per eseguire tali quote di lavori;

- analoga considerazione valeva per la mandante Karl Wieser s.n.c., la quale avrebbe eseguito la quota del 38,63% delle lavorazioni di cui alla categoria a qualificazione obbligatoria OG.03, in quanto, anche volendo considerare l'importo di tale categoria ammontante ad euro 16.043.867,65, e quindi comprensivo dell'importo degli oneri di sicurezza (i quali, peraltro, a rigore andavano ripartiti in proporzione su tutte le categorie di lavori), l'impresa Wieser, essendo qualificata in categoria OG.03 per la classe V, poteva beneficiare ai fini dell'esecuzione dei lavori dell'incremento di un quinto di cui all'art. 61, comma 2, d.P.R. n. 207/2010, richiamato anche espressamente nel disciplinare, con conseguente indubbia sussistenza, in capo alla predetta, dei requisiti di qualificazione per eseguire la quota di lavori dichiarata;

- neppure per l'impresa Nordbau Peskoller S.r.l., che andrà ad eseguire il 23,98% della categoria OS.21, il 16,09% della categoria OG.03, il 100% della categoria OG.06 ed il 17,65% della categoria OS.01, si poneva questione alcuna in merito alla necessaria qualifica, a fronte dell'attestazione SOA prodotta in giudizio;

- l'impresa mandante Niederwieser S.r.l. andrà ad eseguire una quota pari a 24,62% della categoria OG.03, corrispondente ad un importo di Euro 3.950.000, risultando la stessa qualificata in tale categoria di lavori nella classe IV-*bis* e potendo essa beneficiare ai fini dell'esecuzione dei lavori dell'incremento di un quinto dell'importo, sicché la stessa avrebbe

potuto eseguire una quota di lavori fino all'importo di euro 4.200.000;

- infine, la mandante Transbagger S.r.l. risultava qualificata nella categoria OS.21 nella classifica IV-*bis* e, quindi, per un importo ampiamente sufficiente a coprire la quota del 82,35% della relativa categoria;

- a ciò si aggiungeva che in giurisprudenza era pacificamente ammessa anche la modifica delle percentuali di partecipazione al raggruppamento, soprattutto nei casi – del tutto assimilabili al presente – in cui tali modifiche siano introdotte per sopperire ad un'errata indicazione iniziale e non siano, comunque, in grado di porre in discussione in alcun modo il principio della *par condicio* e la serietà e affidabilità dell'offerta, che viene posta in linea con i requisiti effettivi di ogni impresa riunita (Cons. Stato, Sez. V, n. 1026/2018; id., n.1041/2017);

- doveva, pertanto, considerarsi legittima anche l'ipotesi alternativa proposta alla stazione appaltante e contenuta nella risposta di data 27 novembre 2017 dell'a.t.i. E.MA.PRI.CE. di modificare, «*per quanto possa occorrere, anche in considerazione dei rilievi mossi con ricorso avanti al T.R.G.A. di Bolzano dal R.T.I. terzo classificato Strabag*», modestamente le quote globali di partecipazione di ciascuna impresa, in quanto l'a.t.i. aggiudicataria aveva fin dalla presentazione dell'offerta dato ampia soddisfazione complessiva dei requisiti di qualificazione richiesti, e l'ipotizzata modesta modifica delle quote di partecipazione non avrebbe inciso in alcun modo sulla responsabilità delle imprese raggruppate;

- ad ogni modo, la detta rimodulazione delle quote di partecipazione rispetto all'iniziale indicazione contenuta nella domanda di partecipazione non violava il divieto di modificazioni soggettiva dei raggruppamenti temporanei oppure quello di *par condicio*, poiché la composizione soggettiva del raggruppamento temporaneo era rimasta invariata e nel presente caso non si poneva alcuna questione in merito al possesso dei necessari requisiti di qualificazione per le prestazioni oggetto di appalto, essendo la mandataria, da sola, in possesso dei relativi requisiti;

(v) proseguendo nell'esame del motivo in questione, il T.r.g.a. riteneva, altresì, infondato il profilo di censura relativo all'asserito mancato possesso dei requisiti di qualificazione in capo alla supposta mandataria del sub-raggruppamento orizzontale della categoria di lavori scorporabile OG.03, in quanto:

- alcun dato normativo imponeva di individuare in relazione ad un raggruppamento misto per ciascuno dei sub-raggruppamenti orizzontali, indicati per l'esecuzione delle lavorazioni appartenenti alle categorie scorporabili, un sub-mandatario;

- le argomentazioni dell'a.t.i. ricorrente principale si fondavano su una non condivisibile interpretazione analogica della disposizione contenuta all'art. 92, comma 2, d.P.R. n. 207/2010, la quale atteneva ai raggruppamenti di tipo orizzontale;

- infatti, volendo seguire l'interpretazione proposta dalle ricorrenti, si dovrebbe necessariamente arrivare anche ad affermare che in un raggruppamento di tipo misto accanto alla capogruppo mandataria dell'intero raggruppamento, la quale si assume la responsabilità

complessiva dei lavori come pure la rappresentanza esclusiva di tutte le imprese riunite nei confronti della stazione appaltante, si affiancherebbero, per un fine e un titolo non comprensibili, ulteriori imprese mandatarie, ossia quelle dei sub-raggruppamenti;

- in definitiva, si tratterebbe di un'interpretazione irragionevole e perplessa, priva di apprezzabile funzione di garanzia o utilità per l'interesse pubblico coinvolto nella procedura di affidamento, nonché unicamente diretta all'esclusione di un operatore economico e, quindi, come tale contraria al principio di massima partecipazione cui è, appunto, ispirato l'istituto del raggruppamento temporaneo di imprese;

(vi) respingeva il secondo motivo proposto nei confronti dell'offerta dell'a.t.i. E.MA.PRI.CE. – con cui era stato dedotto che la cauzione provvisoria inviata in via telematica sarebbe priva di un requisito essenziale previsto dal disciplinare a pena di esclusione, mancando l'espresso impegno dell'istituto bancario a pagare dietro semplice presentazione della copia inoltrata dal concorrente tramite la piattaforma sul sito *internet* –, rilevando che la cauzione provvisoria presentata dall'a.t.i. aggiudicataria era stata redatta in conformità al modello previsto nell'allegato A2 del disciplinare di gara e conteneva l'impegno del garante di pagare l'importo dovuto entro il termine di 15 giorni dal ricevimento della semplice richiesta scritta della stazione appaltante, nonché ritenendo che tale formulazione fosse in ogni caso più ampia e comprensiva di quella contenuta nel disciplinare, aggiungendo che, in ogni caso, l'eventuale incompletezza della cauzione avrebbe potuto essere emendata in sede di soccorso istruttorio;

(vii) respingeva la censura, pure dedotta avverso l'offerta dell'a.t.i. aggiudicataria e diretta a far valere un'asserita carenza di sottoscrizione digitale dei moduli scheda n. 1, 2 e 3 contenente i *curricula* rispettivamente del direttore tecnico di cantiere, del capo cantiere e del preposto per la sicurezza, allegati all'offerta, rilevando che, in realtà, i documenti presentati in sede di offerta dal raggruppamento aggiudicatario risultavano tutti correttamente sottoscritti in forma digitale, e che solo in sede accesso alcuni dati personali erano stati oscurati;

(viii) dichiarava improcedibile il primo motivo di gravame dedotto avverso l'offerta della seconda classificata a.t.i. Oberosler – avente ad oggetto la perdita del requisito generale di partecipazione e, quindi, l'incapacità di contrarre con la pubblica amministrazione –, per sopravvenuta carenza di interesse, attesa l'infondatezza dei motivi dedotti avverso l'offerta della prima classificata;

(ix) in sede di delibazione della soccombenza virtuale, al mero fine di decidere sulle spese di causa, riteneva fondata la censura *sub* (viii), avendo l'impresa Oberosler cav. Pietro s.r.l., capogruppo e mandataria dell'a.t.i. controinteressata in data 21 ottobre 2017 depositato presso il Tribunale di Bolzano domanda di concordato 'in bianco' ovvero 'con riserva' ai sensi dell'art. 161, sesto comma, l. fall., e, a prescindere dallo stato della relativa procedura, era dirimente la circostanza che l'impresa Oberosler avesse assunto la qualifica di mandataria nel raggruppamento temporaneo di imprese, poiché, in forza dell'art. 186-*bis*, comma 6, l. fall. e dell'articolo 2, paragrafo 2.5, del disciplinare di gara, neppure in caso di ammissione di un'impresa concorrente al concordato preventivo in continuità aziendale era ammessa la sua partecipazione alle gare d'appalto pubblico in qualità di mandataria, sicché il motivo all'esame doveva ritenersi fondato;

(x) affrontando, infine, il primo motivo del ricorso incidentale proposto dall'a.t.i. E.MA.PRI.CE nei confronti della ricorrente principale a.t.i. Strabag, di asserita valenza escludente – avente ad oggetto la questione dell'indicazione delle cave necessarie allo smaltimento del materiale di scavo in eccesso non più riutilizzabile, determinato dalla stazione appaltante nel proprio progetto esecutivo nella misura di 88.900 mc –, riteneva che l'offerta della ricorrente principale non fosse stata carente di un elemento essenziale fin dal momento della sua presentazione, sicché il motivo del ricorso incidentale tendente all'esclusione dell'offerta avversaria dalla valutazione non appariva fondato sotto questo aspetto, «*quanto piuttosto in relazione alla mancanza in capo al r.t.i. Strabag dell'interesse ad ottenere il bene della vita per cui pende causa*» (v. così, testualmente, l'impugnata sentenza), attesa l'ineseguitabilità dell'offerta tecnica presentata in sede di gara per l'intervenuta modificazione della scelta della cava per il deposito definitivo del materiale di scavo in eccedenza;

(xi) condannava l'a.t.i. Strabag a rifondere alle amministrazioni resistenti e alla controinteressata a.t.i. E.MA.PRI.CE le spese di causa, dichiarandole compensate nei rapporti con l'a.t.i. Oberosler.

4.0. Avverso la sentenza n. 112/2018, di cui sopra *sub 2.*, interponeva appello l'a.t.i. soccombente Oberosler (con ricorso rubricato *sub r.g. n. 3804/2018*), deducendo i motivi come di seguito rubricati:

a) «*Erroneità della sentenza appellata nella parte in cui ha dichiarato assorbito il ricorso principale del r.t.i. Oberosler. Errata interpretazione ed applicazione dei principi di cui alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea C-689/13 del 5 aprile 2016 (c.d. sentenza Puligienica)*»;

b) «*Riproposizione dei motivi di impugnazione del ricorso principale (e per motivi aggiunti) erroneamente ritenuti assorbiti*», in particolare delle censure relative all'inammissibilità dell'offerta dell'a.t.i. E.MA.PRI.CE per la presentazione di una variante al progetto esecutivo in violazione della disciplina legislativa e della *lex specialis*, attesa la formulazione di offerte plurime, alternative, condizionate e irrealizzabili sotto il profilo tecnico;

c) «*Erroneità della sentenza nella parte in cui ha accolto il primo motivo del ricorso incidentale del r.t.i. E.MA.PRI.CE. Violazione e falsa applicazione degli artt. 80 co. 5 d.lgs. 50/2016 e 186-bis co. 6 l. 267/1942*».

L'appellante chiedeva pertanto, previa sospensione della provvisoria esecutorietà dell'impugnata sentenza e in sua riforma, la reiezione dell'avversario ricorso incidentale di primo grado e l'accoglimento del ricorso principale.

4.1. Si costituiva in giudizio l'appellata a.t.i. E.MA.PRI.CE, contestando la fondatezza dell'appello e chiedendone la reiezione.

4.2. Si costituivano, altresì, in giudizio la Provincia autonoma di Bolzano e l'Acp, resistendo e chiedendo la reiezione dell'appello.

4.3. Con atto del 25 giugno 2018 interveniva in giudizio la Pessina Costruzioni S.p.A., nella dichiarata qualità di successore a titolo particolare della Oberosler Cav. Pietro S.r.l. in virtù di contratto di cessione di ramo d'azienda del 12 giugno 2018, anche con riferimento alla posizione dedotta in giudizio, associandosi alle conclusioni formulate dall'a.t.i. appellante e chiedendone l'accoglimento.

5.0. Pure avverso la sentenza n. 113/2018, di cui sopra *sub* 3., interponeva appello l'a.t.i. Oberosler (con ricorso rubricato *sub* r.g. n. 3805/2018), incentrato sulla censura dell'erroneo accoglimento del primo motivo del ricorso dell'a.t.i. Strabag nei propri confronti, in violazione e falsa applicazione degli artt. 80, comma 5, d.lgs. n. 50/2016 e 186-*bis*, comma 6, l. n. 267/1942, chiedendo, in riforma dell'impugnata sentenza, la reiezione dell'avversario motivo di gravame dedotto in primo grado.

5.1. Si costituiva in giudizio l'a.t.i. Strabag, contestando la fondatezza dell'avversario appello e proponendo a sua volta «*appello incidentale e principale*», incentrato sui motivi come di seguito rubricati:

a) «*Erroneità della sentenza impugnata nella parte in cui ha rigettato il terzo, rectius, quarto motivo del ricorso principale e il primo ricorso per motivi aggiunti nonché il primo e il quarto motivo del secondo ricorso per motivi aggiunti (capi da 4 a 8 della sentenza impugnata): Vizio di motivazione per illogicità e contraddittorietà, omessa motivazione. Violazione e falsa applicazione dell'art. 48, commi 3, 4 e 6, degli artt. 83 e 84 del D.Lgs. n. 50/2016, dell'art. 92 e dell'art. 61 DPR 207/2010. Violazione e falsa applicazione dell'art. 1 par. 2.4. del Disciplinare di gara. Violazione delle norme e dei principi di par condicio dei concorrenti e di tassatività dei termini per la presentazione delle offerte. Violazione delle norme e dei principi in materia di possesso del requisito di qualificazione; violazione e falsa applicazione del principio di immodificabilità soggettiva e di univocità dell'offerta*»;

b) «*Erroneità della sentenza appellata nella parte in cui ha ritenuto che i principi della giurisprudenza amministrativa coordinati con quelli della giurisprudenza comunitaria imporrebbero di esaminare con precedenza il ricorso incidentale c.d. paralizzante e che il ricorso principale poteva essere comunque trattato prioritariamente in ragione della sua infondatezza (capi 2 e 12). Vizio di motivazione per contraddittorietà e omessa pronuncia sulle eccezioni di inammissibilità/improcedibilità del ricorso incidentale sollevate in primo grado dal RTI Strabag e riproposizione di queste ultime. Errata interpretazione ed applicazione dei principi processuali relativi alla sussistenza dei presupposti dell'azione (con particolare riguardo alla legittimazione a ricorrere) e dei principi enunciati dalla Corte di Giustizia nella sentenza c.d. Puligienica*»;

c) «*Riproposizione dei motivi del ricorso principale secondo e quarto (rectius) terzo ossia dei motivi secondo e terzo relativi al RTI Oberosler, rimasti assorbiti nel giudizio di primo grado*».

L'appellante chiedeva pertanto, previa sospensione della provvisoria esecutorietà dell'impugnata sentenza e in sua riforma, l'accoglimento del ricorso principale di primo grado.

5.2. Si costituiva, altresì, in giudizio, l'a.t.i. E.MA.PRI.CE, proponendo appello incidentale

avverso la statuizione reiettiva dell'eccezione di tardività del ricorso principale proposto dall'a.t.i. Strabag, in violazione dell'art. 120, comma 2-*bis*, cod. proc. amm. e dell'art. 23-*bis* l. prov. n. 17/1993, e chiedendo, in riforma dell'impugnata sentenza, la declaratoria d'inammissibilità del ricorso di primo grado proposto dall'a.t.i. Strabag.

Per il resto, riproponeva i motivi di ricorso incidentale dichiarati improcedibili e/o assorbiti dal T.r.g.a., contestando altresì la fondatezza dell'appello incidentale proposto dall'a.t.i. Strabag e chiedendone la reiezione.

5.3. Si costituivano, infine, in giudizio anche la Provincia autonoma di Bolzano e l'Acp, resistendo e chiedendo la reiezione degli appelli, proposti in via principale e incidentale.

5.4. Anche nell'ambito della presente causa d'appello, con atto del 25 giugno 2018 interveniva in giudizio la Pessina Costruzioni S.p.A., nella dichiarata qualità di successore a titolo particolare della Oberosler Cav. Pietro S.r.l. in virtù di contratto di cessione di ramo d'azienda del 12 giugno 2018, anche con riferimento alla posizione dedotta in giudizio, associandosi alle conclusioni formulate dall'a.t.i. Oberosler e chiedendone l'accoglimento, nonché opponendosi all'accoglimento dell'appello incidentale proposto dall'a.t.i. Strabag e chiedendone la reiezione.

6. Nell'udienza camerale del 14 giugno 2018, fissata per la trattazione delle domande cautelari, su richiesta e accordo dei difensori delle parti, la trattazione della invocata tutela cautelare è stata rinviata alla udienza di merito del 12 luglio 2018, con l'impegno, da parte della difesa della Provincia autonoma di Bolzano, di non procedere alla stipula del contratto in attesa della suindicata udienza pubblica.

Indi, nell'udienza pubblica del 12 luglio 2018 entrambi i ricorsi sono stati chiamati per essere trattati congiuntamente, con il rinnovato impegno, assunto dalla difesa della Provincia autonoma di Bolzano, di non procedere alla stipula del contratto nelle more della pubblicazione della sentenza, al che entrambe le cause sono state trattenute in decisione.

## DIRITTO

7. Premesso che i due appelli in epigrafe, sebbene proposti avverso due distinte sentenze, vanno riuniti e trattati congiuntamente per ragioni di connessione oggettiva e soggettiva, e che, a fronte dell'impegno della difesa della Provincia di non procedere alla stipula del contratto in attesa della pubblicazione della sentenza, nulla è dato statuire sulle istanze cautelari, divenute perciò improcedibili per sopravvenuta carenza di interesse, si osserva che, in via logicamente prioritaria, deve essere esaminato il motivo d'appello incidentale *sub* 5.0., con cui l'a.t.i. E.MA.PRI.CE, censura la statuizione reiettiva dell'eccezione di tardività del ricorso principale proposto dall'a.t.i. Strabag, in violazione dell'art. 120, comma 2-*bis*, cod. proc. amm. e dell'art. 23-*bis* l. prov. n. 17/1993.

Il motivo in esame è infondato.

Nel caso di specie, la stazione appaltante si è avvalsa della facoltà di rinviare la verifica del

possesso dei requisiti di ordine generale e speciale in capo all'aggiudicatario alla fase successiva alla valutazione delle offerte, ai sensi dell'art. 23-bis l. prov. n. 17/1993 che, nel testo applicabile *ratione temporis* alla fattispecie *sub iudice*, dispone testualmente: «1. Al fine di semplificare e accelerare le procedure di scelta del contraente, ridurre gli oneri a carico degli operatori economici e contrastare il contenzioso, le amministrazioni aggiudicatrici possono limitare la verifica del possesso dei requisiti di ordine generale e speciale in capo all'aggiudicatario, successivamente alla valutazione delle offerte. In tal caso la partecipazione alle procedure vale quale dichiarazione del possesso dei requisiti di ordine generale e speciale come stabiliti dalla normativa nazionale, specificati ed eventualmente integrati dal bando di gara o dalla lettera d'invito. [...] 4. Fermo restando che il possesso dei requisiti deve sussistere a far data dalla presentazione dell'offerta, le amministrazioni aggiudicatrici invitano, se necessario, l'aggiudicatario a completare o a fornire, entro un termine non superiore a dieci giorni, chiarimenti in ordine al contenuto dei certificati e documenti richiesti. Qualora la prova non è fornita o i chiarimenti non confermano il possesso dei requisiti richiesti, le amministrazioni aggiudicatrici escludono il suddetto concorrente, procedono all'escussione della relativa cauzione e alla segnalazione del fatto all'Autorità competente. Se necessario, l'amministrazione aggiudicatrice procede alla determinazione della nuova soglia di anomalia dell'offerta e alla conseguente eventuale nuova applicazione».

Infatti, l'articolo 3 del disciplinare di gara contiene un espresso richiamo all'art. 23-bis l. prov. n. 17/1993 e prevede espressamente che «la stazione appaltante provvederà alla verifica dei requisiti di ordine generale e speciale in capo all'aggiudicatario successivamente alla valutazione delle offerte», con la conseguenza che il *dies a quo* per l'impugnazione dell'ammissione dei concorrenti alla gara non poteva che decorrere dalla comunicazione dell'aggiudicazione provvisoria, in difetto di prova dell'adozione e pubblicazione di un provvedimento motivato di ammissione che avesse fatto decorrere il termine d'impugnazione ai sensi dell'art. 120, comma 2-bis, cod. proc. amm. e, quindi, imposto un onere d'impugnazione immediata.

Peraltro, tenuto conto delle risultanze dei relativi verbali, deve escludersi che all'esito delle sedute pubbliche dell'autorità di gara del 14 marzo 2017 e del 16 giugno 2017 fossero concretamente percepibili gli eventuali profili di illegittimità azionabili in giudizio e si fosse concretizzata una situazione di lesività, dovendosi invece ritenere che l'ammissione dei concorrenti fosse comunque condizionata alla verifica definitiva dei requisiti di ordine generale e speciale in capo all'aggiudicatario successivamente alla valutazione delle offerte, ai sensi dell'articolo 3 del disciplinare, con la creazione di una correlativa situazione di legittimo affidamento contrastante con l'esigibilità di un onere d'impugnazione anticipata.

In reiezione del motivo in esame, deve pertanto essere confermata la statuizione *sub* 3.(ii).

8.0. In ordine logico successivo, s'impone l'esame delle censure proposte dall'a.t. i Oberosler con i motivi d'appello *sub* 4.0.c) e con l'appello *sub* 5.0., avverso le statuizioni *sub* 2.(i) e rispettivamente 3.(ix), con cui in capo alla Oberosler è stata accertata la sopravvenuta carenza del requisito generale di cui all'art. 80, comma 5, lettera b), d.lgs. n. 50/2016.

8.1. Occorre anticipare sin d'ora che il motivo d'appello *sub* 4.0.a), con cui l'a.t.i. Oberosler censura l'erronea applicazione dei principi affermati dalla Corte di giustizia in tema di rapporto tra ricorso principale e ricorso incidentale, deve ritenersi superato dall'accoglimento dell'appello incidentale dell'a.t.i. Strabag (su cui v. *infra*, §§ 10. ss.), comportante il subingresso di quest'ultima nell'aggiudicazione e nella stipula del contratto (previa verifica dei requisiti), non avendo l'a.t.i. Oberosler fatto valere, neppure in via subordinata, eventuali motivi di valenza escludente nei confronti dell'a.t.i. Strabag, né censure in tesi inficianti la gara nel suo complesso.

8.2. Nel merito, osserva il Collegio che il T.r.g.a., nelle impugnate sentenze, correttamente ha affermato la perdita del requisito generale di cui all'art. 80, comma 5, lettera b), d.lgs. n. 50/2016 in capo alla Oberosler S.r.l., mandataria capogruppo dell'a.t.i. seconda classificata, in quanto:

- l'articolo 2, paragrafo 2.5., del disciplinare di gara – in aderenza alla disciplina legislativa di cui al combinato disposto degli artt. 80, comma 5, lettera b), d.lgs. n. 50/2016 e 186-bis, comma 6, l. fall., che esclude la partecipazione alle gare dell'a.t.i. la cui *mandataria* si trovi in stato di concordato con continuità aziendale –, dopo aver previsto che *«ai sensi dell'art. 186-bis, comma 4, R.D. 16.3.1942 n. 267 e s.m.i. (Legge Fallimentare), l'impresa ammessa ovvero che ha depositato il ricorso per l'ammissione al concordato preventivo con continuità aziendale può partecipare alla presente procedura di gara presentando, a pena di esclusione, la documentazione prevista negli allegati A1 e A1bis»*, dispone espressamente che, *«in ogni caso, l'impresa può ai sensi dell'art. 186-bis, comma 5, R.D. 16.3.1942 n. 267 e s.m.i. (Legge Fallimentare) concorrere anche riunita in raggruppamento temporaneo di imprese, purché non rivesta, a pena d'esclusione, la qualità di mandataria [...]»* (v. anche il modello A1 della dichiarazione di partecipazione predisposta dalla stazione appaltante, che, nella Sezione V, ribadisce espressamente la causa di esclusione costituita dalla circostanza che l'impresa mandataria versi in stato di concordato preventivo con continuità aziendale o abbia proposto relativa istanza);

- nel caso di specie, l'impresa mandataria dell'a.t.i. seconda classificata, in data 21 ottobre 2017, dunque prima della stipula del contratto e in pendenza della procedura di evidenza pubblica, essendo ancora in corso la verifica dei requisiti in capo all'aggiudicataria a.t.i. E.MA.PRI.CE, ha presentato domanda di concordato ai sensi dell'art. 161, comma 6, l. fall., con ciò venendo integrata la causa di esclusione comminata dalla riportata disciplina legislativa e dalla *lex specialis* di gara;

- irrilevante è la sopravvenienza, nel corso del giudizio di primo grado, del decreto di autorizzazione del Tribunale di Bolzano - Sezione Fallimentare del 15 gennaio 2018 a partecipare alla gara in oggetto, non risultando affrontata la questione relativa alla causa di esclusione costituita dalla qualità di mandataria di a.t.i. dell'impresa Oberosler, la cui soluzione rientra peraltro nell'ambito della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo;

- né rileva la cessione del ramo d'azienda intervenuta in favore dell'impresa Pessina Costruzioni S.p.A. (estranea all'a.t.i. Obersoler), con atto notarile del 12 giugno 2018 (quindi dopo la pronuncia delle sentenze di primo grado e in pendenza del giudizio d'appello), in

quanto, a prescindere dall'interpretazione dell'ambito oggettivo dell'atto di cessione, l'art. 106 d.lgs. n. 50/2016 – richiamato dalla cessionaria nella missiva del 12 giugno 2018 diretta alla stazione appaltante e disciplinante, con un regime tassativo, la modifica dei contratti «*durante il periodo di efficacia*», tra cui le modifiche soggettive – presuppone l'intervenuta stipula e l'inizio dell'esecuzione del contratto da parte dell'impresa aggiudicataria, mentre, nel caso di specie, si verte in una fase anteriore, esulante dall'ambito oggettivo della menzionata disposizione legislativa;

- pertanto, in applicazione del principio, per cui i requisiti generali e speciali devono essere posseduti dalle imprese concorrenti non solo alla data di scadenza del termine per la presentazione della richiesta di partecipazione alla procedura di affidamento, ma anche per tutta la durata della procedura stessa fino all'aggiudicazione definitiva e alla stipula del contratto (v., per tutte, Ad. Plen., 20 luglio 2015, n. 8), la sopravvenuta perdita del requisito di cui all'art. 80, comma 5, lettera b), d.lgs. n. 50/2016 in capo alla mandataria dell'a.t.i. Oberosler veniva a integrare la correlativa causa di esclusione, la quale non poteva essere aggirata e/o elusa attraverso l'invocata modifica soggettiva.

8.3. Per le esposte ragioni, di natura assorbente, in reiezione dei correlativi motivi d'appello principale e delle richieste di cui agli atti di intervento della Pessina Costruzioni S.p.A., devono essere confermate le statuizioni di accertamento della sopravvenuta perdita del requisito generale di cui all'art. 80, comma 5, lettera b), d.lgs. n. 50/2016, in capo alla mandataria dell'a.t.i. seconda classificata.

9. Premesso che dalla sopra accertata causa di esclusione in capo alla seconda classificata discende la procedibilità – sotto il profilo del superamento della prova di resistenza – dei motivi del ricorso principale di primo grado (e dei correlativi motivi aggiunti), proposti dall'a.t.i. Strabag nei confronti della prima classificata a.t.i. E.MA.PRI.CE, si osserva che, in primo luogo, deve essere confermata la qualificazione dei motivi di ricorso incidentale formulati in primo grado dall'a.t.i. aggiudicataria nei confronti dell'offerta dell'a.t.i. Strabag come motivi di natura non escludente (v. il paragrafo 12. della sentenza n. 113/2018).

Infatti, in reiezione dei correlativi profili di censura dedotti dall'a.t.i. E.MA.PRI.CE nel «*ricorso in appello incidentale e memoria di costituzione*» del 6 giugno 2018, rileva il Collegio che, ad un'interpretazione 'sostanzialistica' del ricorso incidentale di primo grado (prescindendo dall'auto-qualificazione dei dedotti motivi prospettata dalla stessa parte), deve ritenersi che non sia stata contestata la legittimità dell'ammissione originaria dell'a.t.i. Strabag alla procedura di gara, bensì la legittimità delle sole valutazioni della commissione tecnica in ordine a presunte sopravvenute modifiche tecniche dell'offerta in relazione ai siti di conferimento e di prelievo dei materiali, con riferimenti a precisi criteri fissati per l'offerta tecnica.

Peraltro, i siti per il deposito dei materiali di scavo non erano previsti nella *lex specialis* di gara come elemento essenziale dell'offerta, non contenendo il disciplinare di gara alcuna correlativa previsione a pena di esclusione, con la conseguenza che, in applicazione del principio della tassatività delle cause di esclusione, l'offerta dell'a.t.i. Strabag giammai poteva essere ritenuto carente di un elemento essenziale dell'offerta. Né l'asserita natura essenziale di tale elemento dell'offerta poteva desumersi, in modo chiaro e univoco, dagli altri documenti

di gara, sicché lo stesso veniva a costituire semplicemente uno dei criteri valutativi dell'offerta tecnica.

L'inconfigurabilità del motivo di ricorso incidentale in questione come motivo di natura escludente comporta l'irrilevanza della questione processuale relativa alla tematica dei rapporti intercorrenti tra il ricorso principale e il ricorso incidentale c.d. escludente, presupponente, appunto, la natura 'escludente' del ricorso incidentale, nella specie invece da escludere.

Atteso il già sopra anticipato accoglimento dell'appello incidentale e del ricorso principale di primo grado dell'a.t.i. Strabag (v. *infra*, § 10. ss.), nella parte in cui censura la mancanza dei requisiti speciali di partecipazione alla gara in capo all'a.t.i. E.MA.PRI.CE., il ricorso incidentale di primo grado proposta da quest'ultima nei confronti dell'offerta dell'a.t.i. Strabag diventa improcedibile, in accoglimento della correlativa eccezione (ri)proposta dall'a.t.i. Strabag nel presente grado, con la precisazione che ciò vale anche per il motivo incidentale per cui l'insufficienza delle due cave avrebbe dovuto condurre all'azzeramento del punteggio riconosciuto per il criterio «3.3.materiale di scavo» (nonché in relazione agli altri connessi criteri precisati nel ricorso incidentale in primo grado), non avendo le imprese graduate dopo la terza classificata impugnato l'offerta dell'a.t.i. Strabag e non essendo l'a.t.i. E.MA.PRI.CE. – che, per le ragioni che saranno esposte *infra*, avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara – legittimata a impugnare la graduatoria delle restanti imprese rimaste in gara, trattandosi di inammissibile *exceptio de iure tertii*.

Da quanto sopra discende, altresì, l'accoglimento del motivo d'appello incidentale dell'at.i. Strabag, con cui viene censurato il capo n. 2. della parte-motiva della sentenza n. 113/201, laddove – peraltro in contraddizione con il capo 12. della sentenza – al ricorso incidentale di primo grado era stata attribuita valenza «*paralizzante*» (al fine di giustificare la previa trattazione del ricorso principale secondo il principio della ragione più liquida, ché, altrimenti, sarebbe dovuto essere esaminato in via prioritario il ricorso incidentale), attenendo, invero, come già sopra evidenziato, le censure dedotte in via incidentale dall'a.t.i. aggiudicataria avverso l'offerta dell'a.t.i. Strabag alla violazione dei criteri di valutazione dell'offerta, ed esulando gli stessi dunque dalla tematica del rapporto tra ricorso principale e ricorso incidentale c.d. escludente in materia di contratti pubblici.

Ad ogni modo, le censure dedotte avverso l'offerta dell'a.t.i. Strabag nel ricorso incidentale di primo grado di E.MA.PRI.CE, sono manifestamente infondate nel merito, in quanto, per un verso, al momento della formulazione dell'offerta (in data 13 gennaio 2017), la capienza di deposito complessiva delle due cave 'Rienzfeld 2' e 'Reischach 4' rispettava le esigenze del progetto esecutivo, e, per altro verso, la successiva indicazione della nuova cava 'Scherer', in seguito al sopravvenuto riempimento delle originarie cave (peraltro, per la maggior parte successivamente all'aggiudicazione), rileva in sede di determinazione delle modalità esecutive, ma non altera le caratteristiche essenziali dell'offerta né è idonea a renderla indeterminata e/o condizionata, tutt'al più incidendo sui relativi criteri di valutazione (la cui erronea applicazione, per le ragioni processuali innanzi esposte, non è censurabile dall'originaria ricorrente incidentale).

10. Come in precedenza ripetutamente anticipato, meritano accoglimento i motivi d'appello dedotti dall'a.t.i. Strabag nel «ricorso in appello incidentale e principale con istanza di sospensione e contestuale comparsa di costituzione» avverso la statuizione sub 3.(iii), 3.(iv) e 3.(v), con cui erano state respinte le censure dedotte con il primo motivo proposto dall'a.t.i. Strabag nei confronti dell'aggiudicataria a.t.i. E.MA.PRI.CE. (riproposto e integrato nei motivi aggiunti), relative alla mancanza dei requisiti speciali di partecipazione alla gara in capo all'a.t.i. E.MA.PRI.CE. che vi aveva partecipato come raggruppamento di tipo misto, sia sotto il profilo che due imprese mandanti del sub-raggruppamento orizzontale relativo alla categoria di lavori OG.03 (precisamente, Nordbau Peskoller S.r.l. e Transbagger S.r.l.) sarebbero prive della qualificazione necessaria per eseguire la quota di lavori dichiarata in sede di offerta, la cui mancanza non sarebbe sanabile in sede di soccorso istruttorio, sia sotto il profilo che la mandataria del sub-raggruppamento orizzontale relativo alla categoria di lavori OG3 (ossia, l'impresa Karl Wieser s.n.c.) e l'impresa mandante Transbagger sarebbero prive dei requisiti minimi di qualificazione del 40% e, rispettivamente, del 10%.

10.1. Va preliminarmente rilevato, in linea di fatto, che, alla luce delle risultanze istruttorie acquisite al giudizio, devono ritenersi comprovate le seguenti circostanze di fatto.

10.1.1. La *lex specialis* ha individuato la categoria e la classifica prevalenti dei lavori oggetto d'appello nella categoria OG.04, classifica VIII, ai sensi dell'art. 61, comma 5, d.P.R. n. 207/2010, per l'importo di euro 17.947.600,41 (comprensivo degli oneri di sicurezza), mentre – per quanto qui interessa – tra le categorie scorporabili era indicata la categoria OG.03, classifica VII, per l'importo di euro 16.043.867,65 (di cui euro 1.290.294,34 per oneri di sicurezza).

10.1.2. Il costituendo raggruppamento d'impresa capeggiato dalla E.MA.PRI.CE S.p.A. assumeva la forma di raggruppamento misto, in cui, per le specificate quote di lavori scorporabili risultava, sostanzialmente, indicato il sub-raggruppamento orizzontale capeggiato dalla Wieser s.n.c. (v. *infra*, § 10.2.).

10.1.3. In sede di offerta (allegato A1 dell'offerta), l'a.t.i. E.MA.PRI.CE. indicava, per le singole imprese della costituenda a.t.i. – allegando anche le indicazioni in merito alle singole qualificazioni SOA possedute da ogni partecipante al raggruppamento –, le seguenti quote di partecipazione al raggruppamento:

- 58,94 % per la E.MA.PRI.CE. S.p.A.;
- 14,37 % per la Nordbau Peskoller S.r.l.;
- 14,04% per la Karl Wieser s.n.c.;
- 8,30% per la Niederwieser Bau S.r.l.;
- 4,37 % per la Transbagger S.r.l..

10.1.4. Tali quote di partecipazione all'a.t.i. erano state indicate in un'unica quota percentuale

riferita ai lavori nel loro complesso, e quindi in modo differente rispetto all'indicazione delle *quote di esecuzione* dei lavori da affidare, le quali, invece, erano state indicate con riferimento ad ogni singola impresa in rapporto ad ogni singola categoria di lavori, e precisamente nella quota del 100% dei lavori della categoria OG.04 per la E.MA.PRI.CE S.p.A., nonché, per i lavori della categoria OG.03, nelle seguenti misure:

- 10,12 % per la E.MA.PRI.CE. S.p.A.;
- 18,51 % per la Nordbau Peskoller S.r.l.;
- 36,15 % per la Karl Wieser s.n.c.;
- 24,62 % per la Niederwieser Bau S.r.l.;
- 10,60 % per la Transbagger S.r.l..

10.1.5. La stazione appaltante, con lettera del 18 ottobre 2017, in sede di verifica dei requisiti dell'a.t.i. aggiudicataria e delle relative associate, rilevava che *«le mandanti del raggruppamento, per diverse categorie SOA, non soddisfano le condizioni previste dalla normativa, in particolare, dall'art. 61, comma 2, D.P.R. 2017/2010, tuttora vigente»*, e che *«alla luce della citata normativa le attestazioni SOA oggetto di verifica non dimostrano, nei casi di incremento di un quinto delle classifiche per le mandanti, la rispettiva qualificazione per una classifica pari ad almeno un quinto dell'importo dei lavori. Tale constatazione è, peraltro, corroborata dall'indicazione delle quote di partecipazione al raggruppamento, dove si indicano percentuali inferiori al predetto quinto»*, invitando quindi le imprese dell'a.t.i. aggiudicataria a fornire relativi chiarimenti, nonché specificando, nella successiva lettera del 24 ottobre 2017, che *«il quesito posto con la nostra comunicazione del 18.10.2017 è finalizzato ad ottenere un chiarimento in ordine alla dimostrazione del possesso dei requisiti di partecipazione in capo al Vostro costituendo raggruppamento»*.

10.1.6. Dopo la risposta delle imprese, comunicata con lettera del 27 ottobre 2017 cui erano allegate le tabelle riportanti i requisiti di qualificazione per le singole imprese e le quote di partecipazione, la stazione appellante, con ulteriore missiva dell'8 novembre 2018, chiedeva di *«evidenziare se si è proceduto alla rimodulazione delle quote percentuali di partecipazione interna al raggruppamento e di mettere in evidenza le quote percentuali eventualmente modificate e in quale misura»*.

Seguiva la risposta delle imprese dell'a.t.i. aggiudicataria, con lettera del 27 novembre 2017, nella quale, in primo luogo, si affermava che, inalterate le quote di partecipazione indicate in sede di offerta, le imprese sarebbero in possesso dei requisiti di qualificazione, e si rimodulavano le quote di esecuzione rispetto a quelle indicate nell'allegato A1 dell'offerta. Nella stessa missiva le imprese dell'a.t.i. aggiudicataria, *«anche in considerazione dei rilievi mossi con ricorso avanti al T.R.G.A. di Bolzano dal R.T.I. terzo classificato Strabag»* (ossia, con il ricorso introduttivo del giudizio di primo grado definito con la sentenza n. 113/2018) e pur contestando la fondatezza di tali rilievi, proponevano una nuova ripartizione delle quote di partecipazione in una tabella dichiaratamente contenente *«una modesta rettifica (inferiore al*

5%) delle quote globali di partecipazione al Raggruppamento di ciascuna impresa».

10.2. Ciò posto in linea di fatto, si osserva che, in primo luogo, è fondato il profilo di censura con cui l'a.t.i. Strabag ha dedotto il difetto, sia in capo alla mandataria (Karl Wieser s.n.c.) sia in capo alla mandante Transbagger S.r.l. del sub-raggruppamento relativo ai lavori della categoria OG.03, del requisito minimo di qualificazione per la partecipazione richiesto dall'art. 92 d.P.R. n. 207/2010 [di persistente vigenza, arg. ex art. 217, comma 1), lettera u), numero 1), d.lgs. n. 50/2016, e con la precisazione, di natura generale, che la disposizione di rango primario di cui all'art. 48, comma 3, d.lgs. n. 50/2016 ribadisce il necessario – a pena di inammissibilità – possesso dei requisiti ex art. 84 d.lgs. n. 50/2016 in capo agli operatori economici raggruppati].

Premesso che la partecipazione in forma congiunta di più imprese associate alla realizzazione di opere di una categoria scorporabile implica necessariamente la formazione di un raggruppamento misto, nel quale, accanto al modello associativo di tipo verticale, che inerisce necessariamente alla previsione di scorporabilità, si affianca un'associazione di tipo orizzontale ai soli fini della realizzazione congiunta delle opere della categoria scorporabile, si osserva che, nel caso di specie, la qualità di mandataria del sub-raggruppamento orizzontale relativo ai lavori scorporabili di categoria OG.03 doveva ritenersi rivestita dalla Karl Wieser s.n., avendo la stessa assunto la quota di partecipazione/esecuzione del 36,15% (quale indicata in sede di offerta, poi modificata alla quota del 38,63% nella tabella di cui alla missiva del 27 ottobre 2017, confermata nella missiva del 27 novembre 2017), e quindi una quota percentuale superiore rispetto alle altre componenti del sub-raggruppamento, e dovendo a norma dell'art. 92, comma 2, d.P.R. n. 207/2010 la mandataria essere individuata nel soggetto che assume i requisiti in misura percentuale superiore rispetto a ciascuna delle mandanti, apparendo a tal fine decisivo l'importo dei lavori assegnati. In tale contesto, a nulla rileva che le altre raggruppate (del sub-raggruppamento), assuntrici delle restanti quote di partecipazione/esecuzione, possano possedere, in astratto, un'attestazione SOA superiore all'importo dei lavori affidati o, in ipotesi, addirittura superiore alla attestazione SOA della mandataria, né rileva la mancanza di un'indicazione espressa della mandataria del sub-raggruppamento, unicamente rilevando il sopra evidenziato dato sostanziale.

Ritiene, al riguardo, il Collegio che – in difetto di una disposizione speciale derogatoria, e non distinguendo l'art. 48, comma 1, d.lgs. n. 50/2016 tra raggruppamenti orizzontali relativi alla categoria prevalente e raggruppamenti orizzontali relativi alle categorie scorporabili – nei raggruppamenti misti ogni sub-raggruppamento debba essere esaminato autonomamente, con la conseguenza che la verifica del possesso della qualificazione della mandataria nella misura minima del 40% (stabilita dall'art. 92, comma 2, d.P.R. n. 207/2010 per i raggruppamenti orizzontali negli appalti di lavori), con riferimento alla singola categoria scorporabile della cui realizzazione la stessa è partecipe unitamente a una o più mandanti, deve essere effettuata in capo all'impresa capogruppo del sub-raggruppamento.

La previsione, negli appalti di lavori, di una percentuale minima dei requisiti di qualificazione (da dimostrare attraverso le attestazioni coinvolgenti i livelli prestazionali delle singole imprese) in capo alla mandataria (40%) nei raggruppamenti orizzontali – ivi compresi, per le ragioni sopra esposte, i singoli sub-raggruppamenti –, assolve alla funzione di preservare, in forma

specifica, l'interesse pubblico all'esatta e tempestiva esecuzione dell'appalto a regola d'arte, garantendo la capacità e l'affidabilità delle imprese che assumono il ruolo di capogruppo mandataria non solo sotto profilo economico-finanziario (costituente solo uno degli aspetti cui si ricollega il regime di responsabilità solidale della mandataria correlate ai rischi connessi all'esecuzione dei lavori, fino all'estinzione di ogni rapporto; v. art. 48, comma 15, d.lgs. n. 50/2016), ma anche sotto il profilo tecnico-organizzativo, in funzione dell'eventuale esecuzione diretta delle opere in caso di inadempimento di una delle imprese mandanti (per quanto qui interessa, in seno al sub-raggruppamento costituito per le opere scorporabili), mentre il requisito minimo di qualificazione in capo alle mandanti (10%) assolve alla funzione di evitare un'eccessiva polverizzazione delle imprese riunite in raggruppamento onde prevenire il connesso rischio di un'elusione delle garanzie di qualità nell'esecuzione delle opere, e di garantire l'esatto adempimento, 'in prima battuta', delle opere appaltate.

Non coglie, pertanto, nel segno l'argomento del T.r.g.a, per cui, essendo la mandataria capogruppo del r.t.i. misto (la E.MA.PRI.CE S.p.A) pacificamente, da sola, in possesso dei requisiti di qualificazione sia nella categoria prevalente OG.04 in classifica illimitata che in ciascuna delle categorie scorporabili (con particolare riguardo alla categoria OG.03), in forza del possesso di qualificazione SOA nella classifica VIII, non vi sarebbe ragione alcuna di individuare, in un raggruppamento di tipo misto, accanto alla impresa capogruppo mandataria dell'intero raggruppamento, la quale si assume la responsabilità complessiva dei lavori e la rappresentanze di tutte le imprese riunite nei confronti della stazione appaltante, un'ulteriore impresa mandataria nell'ambito del sub-raggruppamento relativo ai lavori scorporabili. Infatti, siffatto argomento trascura, per un verso, la preminenza dell'interesse pubblico primario alla esatta, compiuta e tempestiva esecuzione delle opere (nella specie, di quelle scorporabili), da soddisfare per quanto possibile in forma specifica, e, per altro verso, la circostanza che l'aggiunta di un ulteriore soggetto solidalmente responsabile nei confronti della stazione appaltante ne rafforza gli strumenti di manleva.

Ebbene, nel caso di specie:

- la mandataria del sub-raggruppamento, Karl Wieser s.n.c., avrebbe dovuto possedere il requisito minimo di qualificazione del 40% pari ad euro 6.417.547,06, mentre la sua attestazione SOA classe V la abilitava ad eseguire lavori d'importo non superiore ad euro 5.165.000,00;

- la mandante Transbagger S.r.l., a fronte dell'importo minimo richiesto di euro 1.604.386,76, disponeva di un'attestazione SOA classe III-*bis*, ed era dunque abilitata ad eseguire lavori d'importo massimo di euro 1.500.000.

Ne deriva che entrambe le predette imprese difettavano dei requisiti minimi di qualificazione ai fini della partecipazione alla gara, non sanabili in sede di soccorso istruttorio attraverso un modificazione delle quote di partecipazione al sub-raggruppamento, trattandosi di vizi inficianti l'offerta nel suo complesso, di cui ciascuno autonomamente sufficiente a invalidare l'offerta medesima.

10.3. Merita, altresì, accoglimento il profilo di censura, con cui l'a.t.i. Strabag ha dedotto che le

mandanti del sub-raggruppamento orizzontale relativo alla categoria di lavori OG.03 (il cui importo base ammontava a ad euro 16.043.867,65, di cui euro 1.290.294,34 per costi di sicurezza, specificamente indicata, per la voce in esame, nel disciplinare di gara), Nordbau Peskoller S.r.l. e Transbagger S.r.l., erano prive dei requisiti di qualificazione necessari per partecipare alla gara e per eseguire la quota dei lavori dichiarata nell'allegato A1 dell'offerta, con la conseguente violazione degli artt. 92, comma 2, e 61, comma 2, d.P.R. n. 207/2010, puntualmente richiamato nell'art. 1, paragrafo 2.4 del disciplinare di gara in aderenza al richiamato disposto normativo (con conseguente infondatezza del motivo di ricorso incidentale dell'a.t.i. E.MA.PRI.CE, volto a censurare il contrasto di tale previsione della *lex specialis* con l'art. 92, comma 2, d.P.R. n. 207/2010).

Infatti, la Nordbau, a fronte di una quota di partecipazione/esecuzione dichiarata del 18,51%, era in possesso della qualificazione SOA OG.03 classe IV, ed era dunque abilitata ad eseguire lavori fino ad un importo di euro 2.582.000, insufficiente a coprire la quota dichiarata, mentre la Transbagger, a fronte di una quota di partecipazione/esecuzione del 10,60%, con l'attestazione SOA classe III-*bis* era abilitata ad eseguire lavori d'importo massimo di euro 1.500.000,00, pure insufficiente a coprire la quota dichiarata.

Né, nel caso di specie, sussistevano i presupposti di cui all'art. 61, comma 2, d.P.R. n. 207/2010 per incrementare di un quinto la qualificazione delle predette imprese mandanti, non essendo le stesse qualificate per una classifica pari ad almeno un quinto dell'importo a base di gara.

10.4. Parimenti fondato è il profilo di censura, con cui l'appellante a.t.i. Strabag deduce l'omessa pronuncia sul motivo proposto in primo grado con i motivi aggiunti, avente ad oggetto l'incertezza sull'assetto e sulla configurazione del soggetto aggiudicatario, con particolare riguardo alla proposta alternativa comunicata alla stazione appaltante con la lettera di chiarimenti del 27 novembre 2017.

Va preliminarmente rilevato in linea di diritto che, in seguito all'abrogazione, con il d.l. n. 47/2014 convertito nella legge n. 80/2014, del principio di corrispondenza tra quote di partecipazione e quote di esecuzione, a norma dell'art. 92, comma 2, d.P.R. n. 207/2010 persiste pur sempre l'obbligo per le imprese di stabilire nell'offerta le *quote di partecipazione* al raggruppamento. Tali quote possono essere stabilite bensì «*liberamente*», ma «*entro i limiti consentiti dai requisiti di qualificazione posseduti dall'associato*». I raggruppamento concorrenti sono, altresì, tenuti a specificare le *quote di esecuzione* assunte dalle imprese riunite, fatta salva la facoltà di modifica delle sole quote di esecuzione indicate nell'offerta «*previa autorizzazione della stazione appaltante che ne verifica la compatibilità con i requisiti di qualificazione posseduti dalle imprese interessate*».

In altri termini, i requisiti di qualificazione devono 'coprire' la quota di partecipazione dichiarata nell'offerta, nel senso che possono essere posseduti in eccesso, ma non in difetto rispetto alla quota dichiarata (nonché, in ogni caso, nel rispetto dei requisiti minimi stabiliti, rispettivamente per la mandataria e per le mandanti, nel settore degli appalti di lavori), costituendo invero i requisiti di qualificazione un elemento essenziale dell'offerta, consentendo alla stazione appaltante di verificare, in sede di ammissione alla gara, l'affidabilità dell'offerta

sotto il profilo dell'idoneità e capacità professionale delle imprese che assumono le rispettive quote di partecipazione. Ne consegue che le quote di partecipazione indicate nell'offerta non possono ritenersi modificabili *ex post* per sopperire ad eventuali carenze di qualificazione, a pena di incorrere nella violazione dei principi della *par condicio* fra i concorrenti e di trasparenza (così, ad es., dal numero dei concorrenti ammessi possono discendere rilevanti conseguenze nelle fasi successive della gara, ad es. in tema di individuazione dei criteri per la verifica dell'anomalia).

Deve, pertanto, escludersi l'operatività del soccorso istruttorio, non potendo tale istituto sopperire alla carenza di un requisito di qualificazione, e risolvendosi la 'sanatoria' della carenza dei requisiti di qualificazione, attraverso la modifica successiva delle quote di partecipazione dichiarate nell'offerta, in una modifica sostanziale degli elementi dell'offerta stessa.

Devono, invece, ritenersi modificabili unicamente le *quote di esecuzione* dichiarate nell'offerta – che, ormai, non devono più coincidere con le quote di partecipazione –, previa autorizzazione della stazione appaltante e verifica di compatibilità con i requisiti di qualificazione.

Peraltro, è la stessa sentenza appellata n. 113/2018 ad affermare – con statuizione *in parte qua* non specificamente impugnata – che «*la possibilità di modificare dopo l'aggiudicazione le quote originarie di esecuzione rispetto a quelle di partecipazione costituisce un elemento del tutto irrilevante perché non concerne l'ammissione alla gara connessa, invece, alle quote di qualificazione e di partecipazione quali requisiti di partenza*», con ciò correttamente ritenendo che l'indicazione della quota di partecipazione 'coperta' dai requisiti di qualificazione costituisca un elemento consustanziale all'offerta.

A ciò si aggiunge che pure la stazione appaltante, nella lettera del 18 ottobre 2017, aveva rilevato la mancanza dei requisiti di qualificazione (v. *supra*, § 10.1.5.).

Ebbene, dovendo il possesso dei requisiti di partecipazione, sia generali che speciali, in capo a ciascuna partecipante al raggruppamento temporaneo sussistere, in modo continuativo, non solo al momento della scadenza del termine stabilito per la presentazione della domanda, ma anche al momento dell'aggiudicazione e della stipula del contratto, eventuali carenze non sono sanabili *ex post* in sede di gara, tanto meno dopo l'aggiudicazione.

Nel caso di specie, in sede di chiarimenti resi dall'a.t.i. aggiudicataria nella fase di verifica dei requisiti e in sede di soccorso istruttorio, nella missiva del 27 novembre 2017 è stata proposta una rimodulazione alternativa delle quote di partecipazione rispetto a quella indicata nell'allegato A1 dell'offerta tecnica e nella prima missiva del 27 ottobre 2017, rimettendo sostanzialmente alla discrezionalità della stazione appaltante la 'scelta' rispetto alla proposta alternativa, manifestamente volta a 'sanare' la carenza dei requisiti in relazione alle indicazioni originarie.

Anche il T.r.g.a., al capo 7.4 della sentenza n. 113/2018, ha rilevato che con l'ipotesi alternativa proposta nei chiarimenti del 27 novembre 2017 erano state rettificcate

«modestamente le quote globali di partecipazione di ciascuna impresa», salvo a ritenerle irrilevanti, in quanto la composizione soggettiva del raggruppamento intero sarebbe rimasta invariata e la mandataria E.MA.PRI.CE S.p.A. sarebbe comunque, da sola, rimasta in possesso dei necessari requisiti.

Tale conclusione non appare, tuttavia, condivisibile, in quanto, in primo luogo, con la proposta modificazione delle quote di partecipazione, e, in concomitanza, delle quote di esecuzione, erano state introdotte delle rilevanti modifiche soggettive con particolare riguardo al sub-raggruppamento relativo alle categorie scorporabili – da cui, ad esempio, era stata addirittura estromessa la Transbagger S.r.l. (v., al riguardo, la rappresentazione grafica di cui al doc. 35 del fascicolo di primo grado dell'a.t.i. Strabag) –, con conseguente violazione dell'art. 48, comma 9, d.lgs. n. 80/2016, che pone il divieto di modificare la composizione del raggruppamento temporaneo rispetto a quella risultante dall'impegno assunto nell'offerta (salvo le eccezioni tassativamente delineate, non ricorrenti nella fattispecie *sub iudice*).

In secondo luogo, l'intervenuta modificazione delle quote di partecipazione contenuta nella proposta alternativa ha, per un verso, comportato la sostanziale indeterminabilità dell'offerta, e, per altro verso, è avvenuta in violazione del principio dell'immodificabilità dell'offerta, per le considerazioni più sopra svolte (con la precisazione che, per le ragioni esposte sopra *sub* § 10.2., irrilevante è, in tale contesto, la circostanza del possesso dei requisiti in capo alla mandataria del raggruppamento misto nella sua interessa).

10.5. Per le considerazioni innanzi svolte, di cui ciascuna autonomamente sufficiente a suffragare l'accoglimento *in parte qua* dell'appello incidentale dell'a.t.i. Strabag, in parziale riforma della sentenza n. 113/2018 e in accoglimento dei sopra esaminati profili di censura, s'impone l'annullamento dell'aggiudicazione disposta in favore dell'a.t.i. E.MA.PRI.CE, la quale avrebbe dovuta essere esclusa dalla gara unitamente alla seconda classificata a.t.i. Oberosler, con la conseguenza che va accolta la domanda risarcitoria in forma specifica di subingresso nell'aggiudicazione (e nello stipulando contratto) proposta dall'a.t.i. Strabag, previa verifica del possesso dei prescritti requisiti.

11. Resta assorbita ogni altra questione, ormai irrilevante ai fini della decisione.

12. Tenuto conto di ogni circostanza connotante la presente controversia, si ravvisano i presupposti di legge per dichiarare le spese del doppio grado di giudizio interamente compensate tra tutte le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sugli appelli come in epigrafe proposti e tra di loro riuniti (ricorsi n. 3804/2018 e n. 3805/2018), provvede come segue:

1.) respinge entrambi gli appelli principali, proposti dall'a.t.i. Oberosler, e le domande dell'interveniente, confermando *in parte qua* le impugnate sentenze;

2.) dichiara improcedibile e, comunque, infondato l'appello incidentale proposto dall'a.t.i. E.MA.PRI.CE nei confronti dell'a.t.i. Strabag;

3.) accoglie l'appello incidentale proposto dall'a.t.i. Strabag avverso la sentenza n. 113/2018, nei sensi di cui in motivazione, e, per l'effetto, in riforma dell'impugnata sentenza e in accoglimento dei correlativi motivi di ricorso di primo grado (come integrati dai motivi aggiunti), annulla l'aggiudicazione disposta in favore dell'a.t.i. E.MA.PRI.CE e dispone il subentro dell'a.t.i. Strabag nell'aggiudicazione e nello stipulando contratto (previa verifica del possesso dei requisiti);

4.) dichiara le spese del doppio grado di giudizio interamente compensate tra tutte le parti.

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

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del giorno 12 luglio 2018.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3804 del 2018, proposto dall'impresa Oberosler Cav. Pietro S.r.l., in proprio e quale capogruppo mandataria della costituenda associazione temporanea di imprese (a.t.i.) con le mandanti Ploner S.r.l., Kofler & Rech S.p.A., Klapfer Bau S.r.l., Huber & Feichter S.r.l. e Gasser Paul S.r.l., nonché dalle imprese mandanti, in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentate e difese dagli avvocati Andrea Mazzanti e Federico Tedeschini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Federico Tedeschini in Roma, Largo Messico, n. 7;

*contro*

la Provincia autonoma di Bolzano e l'Agenzia per i procedimenti e la vigilanza in materia di contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (Acp), in persona dei legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentate e difese dagli avvocati Stephan Beikircher, Alexandra Roilo, Renate von Guggenberg, Patrizia Pignatta e Michele Costa, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Michele Costa in Roma,

via Bassano del Grappa, n. 24;

l'impresa E.MA.PRI.CE. S.p.A., in proprio e quale capogruppo mandataria della costituenda a.t.i. con le mandanti Nordbau Peskoller S.r.l., Karl Wieser S.n.c., Niederwieser Bau S.r.l. e Transbagger S.r.l., nonché le imprese mandanti, in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentate e difese dagli avvocati Sebastiano Artale, Giuliano Neri e Diego Vaiano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Diego Vaiano in Roma, Lungotevere Marzio, n. 3;

*e con l'intervento di*

ad adiuvandum:

Pessina Costruzioni S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Andrea Mazzanti, Federico Tedeschini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Federico Tedeschini in Roma, Largo Messico, n. 7;

sul ricorso numero di registro generale 3805 del 2018, proposto dalla Oberosler Cav. Pietro S.r.l., in proprio e quale capogruppo mandataria della costituenda a.t.i. con le mandanti Ploner S.r.l., Kofler & Rech S.p.A., Klapfer Bau S.r.l., Huber & Feichter S.r.l. e Gasser Paul S.r.l., nonché dalle imprese mandanti, in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentate e difese dagli avvocati Andrea Mazzanti e Federico Tedeschini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Federico Tedeschini in Roma, Largo Messico, n. 7;

*contro*

la Provincia autonoma di Bolzano e l'Agenzia per i procedimenti e la vigilanza in materia di contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, in persona dei legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentate e difese dagli avvocati Stephan Beikircher, Alexandra Roilo, Renate von Guggenberg, Patrizia Pignatta e Michele Costa, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Michele Costa in Roma, via Bassano del Grappa, n. 24;

l'impresa E.MA.PRI.CE. S.p.A., in proprio e quale capogruppo mandataria della costituenda a.t.i. con le mandanti Nordbau Peskoller S.r.l., Karl Wieser S.n.c., Niederwieser Bau S.r.l. e Transbagger S.r.l., nonché le imprese mandanti, in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentate e difese dagli avvocati Sebastiano Artale, Giuliano Neri e Diego Vaiano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Diego Vaiano in Roma, Lungotevere Marzio, n. 3;

l'impresa Strabag AG Sede Secondaria Italiana, in proprio e quale capogruppo mandataria di costituenda a.t.i. con le mandanti Alpenbau S.r.l., Moser & Co. S.r.l. e Geobau S.r.l., nonché le imprese mandanti, in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentati e difesi dagli avvocati Leonardo di Brina, Herwig Neulichedl e Andreas Widmann, con domicilio

digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Leonardo di Brina in Roma, Via in Arcione, n. 71;

*e con l'intervento di*

ad adiuvandum:

Pessina Costruzioni S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Andrea Mazzanti, Federico Tedeschini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Federico Tedeschini in Roma, Largo Messico, n. 7;

*per la riforma*

quanto al ricorso n. 3804 del 2018:

della sentenza del Tribunale regionale di giustizia amministrativa, Sezione autonoma di Bolzano, n. 112/2018, resa tra le parti e concernente: gara d'appalto per l'affidamento dei lavori relativi al 1° lotto per la realizzazione del nuovo accesso stradale alla Val Badia mediante un ponte sul fiume Rienza e una galleria in località Floronzo;

quanto al ricorso n. 3805 del 2018:

della sentenza del Tribunale regionale di giustizia amministrativa, Sezione autonoma di Bolzano, n. 113/2018, resa tra le parti e concernente: gara d'appalto per l'affidamento dei lavori relativi al 1° lotto per la realizzazione del nuovo accesso stradale alla Val Badia mediante un ponte sul fiume Rienza e una galleria in località Floronzo;

Visti i ricorsi in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio delle rispettive parti appellate e gli appelli incidentali;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore, nell'udienza pubblica del giorno 12 luglio 2018, il consigliere Bernhard Lageder e uditi, per le parti, gli avvocati Andrea Mazzanti, Michele Costa, Giuliano Neri, Andrea Mazzanti e Federico Tedeschini;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. La presente controversia inerisce alla gara d'appalto, indetta dall'Agenzia per i procedimenti e la vigilanza in materia di contratti pubblici di lavori, servizi e forniture della Provincia autonoma di Bolzano (Acp) con bando inviato per la pubblicazione il 20 dicembre 2016, avente ad oggetto l'affidamento dei lavori edili (1° lotto) identificati dal codice di gara «AOV/SUA L 029/2016 Nuovo accesso Val Badia con ponte sulla Rienza e galleria Floronzo» per la sistemazione dell'accesso alla Val Badia in derivazione dalla strada della Val Pusteria, secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa e al prezzo base d'asta di euro 47.616.909,25 (comprensivo degli oneri di sicurezza e al netto dell'IVA), alla quale avevano partecipato sei concorrenti e che era sfociata nell'aggiudicazione, con provvedimento del 9 ottobre 2017, alla costituenda associazione temporanea d'impresa (a.t.i.) capeggiata dalla E.MA.PRI.CE. S.p.A., prima classificata con il punteggio di 97,57, seguito dall'a.t.i. capeggiata dalla Oberosler Cav. Pietro S.r.l., seconda classificata con il punteggio di 96,98, e dall'a.t.i. capeggiata dalla Strabag AG Sede Secondaria Italiana, terza classificata con il punteggio di 95,41.

2. Con la prima delle due appellate sentenze indicate in epigrafe (la sentenza n. 112 del 5 aprile 2018), il Tribunale regionale di giustizia amministrativa - Sezione autonoma di Bolzano pronunciava definitivamente sul ricorso n. 258 del 2017 (integrato da motivi aggiunti), proposto dalla seconda classificata a.t.i. Oberosler avverso gli atti di gara e l'aggiudicazione in favore dell'a.t.i. E.MA.PRI.CE., nonché sul ricorso incidentale proposto da quest'ultima, provvedendo come segue:

(i) in accoglimento dell'eccezione della carenza d'interesse in capo all'a.t.i. Oberosler e del connesso primo motivo del ricorso incidentale – con cui era stata dedotto che l'a.t.i. ricorrente avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara ai sensi dell'art. 80, comma 5, lettera b), d.lgs. n. 50/2016, poiché l'impresa mandataria Oberosler Cav. Pietro S.r.l. in data 21 ottobre 2017 aveva depositato presso il Tribunale di Bolzano domanda di ammissione a concordato preventivo –, rilevava che l'impresa Oberosler rivestiva la qualifica di mandataria dell'a.t.i., sicché la stessa, anche se fosse stata ammessa al concordato con continuità aziendale (circostanza, comunque, all'epoca non ancora intervenuta), non avrebbe potuto concludere il contratto con l'amministrazione, attesa la preclusione di cui all'art. 186, comma 6, I. fall. che le impediva di partecipare alla procedura ad evidenza pubblica in veste di mandataria;

(ii) affermava che la carenza di interesse in capo all'a.t.i. Oberosler determinava l'assorbimento dei restanti motivi sia del ricorso principale sia di quello incidentale, anche perché nessuna delle doglianze del ricorso principale assumeva portata demolitoria rispetto all'intera procedura di gara, né nel caso specifico era ravvisabile un residuo interesse strumentale della ricorrente principale all'esame dei motivi di ricorso, ovvero un interesse consistente nell'astratta possibilità di ottenere la rinnovazione, in via di autotutela, dell'attività amministrativa quale effetto conformativo conseguente a un'eventuale sentenza di annullamento, in quanto i motivi di ricorso non riguardavano né le regole di gara, né le altre offerte, non coinvolte nel giudizio;

(iii) condannava la ricorrente principale a rifondere alla controinteressata e alle amministrazioni resistenti le spese di causa.

3. Con la seconda sentenza indicata in epigrafe (la sentenza n. 113 del 5 aprile 2018), il T.r.g.a. pronunciava definitivamente sul ricorso n. 262 del 2017 (integrato da motivi aggiunti), proposto dalla terza classificata (a.t.i. Strabag) avverso gli atti di gara, tra l'altro per la mancata esclusione dell'a.t.i. Oberosler e dell'a.t.i. E.MA.PRI.CE., e avverso l'aggiudicazione in favore di quest'ultima, nonché sul ricorso incidentale proposto dall'a.t.i. E.MA.PRI.CE., provvedendo come segue:

(i) quanto all'ordine d'esame dei dedotti motivi, rilevava che, in applicazione del principio processuale della c.d. ragione più liquida e per ragioni di economia processuale, s'imponeva l'esame dei motivi di ricorso formulati nel ricorso principale nei confronti dell'aggiudicataria, la cui infondatezza consentiva di prescindere sia dall'esame del merito del ricorso incidentale asseritamente escludente proposto dall'a.t.i. aggiudicataria E.MA.PRI.CE. sia dall'esame dei motivi formulati in relazione all'offerta della seconda classificata (a.t.i. Oberosler), rendendo con ciò irrilevante la questione relativa all'ordine di esame del ricorso principale e di quello incidentale a valenza escludente proposto dall'impresa aggiudicataria nelle ipotesi in cui alla procedura abbiano preso parte altri concorrenti le cui offerte non siano state oggetto d'impugnazione, e dovendosi nel caso di specie escludere che le censure fatte valere dalla ricorrente principale avessero una possibile portata demolitoria in relazione a tutta la gara e potessero quindi comportare, quale effetto conformativo, un vantaggio anche solo mediato e strumentale per la medesima ricorrente principale (tale dovendosi intendere anche l'interesse al successivo riesame, in via di autotutela, delle offerte affette dal medesimo vizio);

(ii) respingeva l'eccezione di tardività del ricorso principale, sollevata dalle a.t.i. controinteressate sotto il profilo della violazione dell'art. 120, comma 2-bis, cod. proc. amm., avendo l'amministrazione resistente espressamente rinviato la verifica dei requisiti ad un momento successivo alla valutazione delle offerte, ai sensi dell'art. 23-bis l. prov. n. 17/1993, con la conseguenza che i motivi dell'impugnazione principale relativi ai requisiti di partecipazione dell'aggiudicataria, e quindi alla sua ammissione, proposti contemporaneamente con l'impugnazione del provvedimento di aggiudicazione, non potevano essere ritenuti tardivi;

(iii) respingeva il primo motivo proposto dall'a.t.i. Strabag nei confronti dell'aggiudicataria a.t.i. E.MA.PRI.CE. (riproposto nei motivi aggiunti) – con cui era stata censurata la mancanza dei requisiti speciali di partecipazione alla gara in capo all'a.t.i. E.MA.PRI.CE., che vi aveva partecipato come raggruppamento di tipo misto, sia sotto il profilo che due mandanti del sub-raggruppamento orizzontale relativo alla categoria di lavori OG.03 (precisamente, le imprese Nordbau Peskoller S.r.l. e Transbagger S.r.l.) fossero prive della qualificazione necessaria per eseguire la quota di lavori dichiarata in sede di offerta, la cui mancanza non era sanabile in sede di soccorso istruttorio, sia sotto il profilo che la mandataria del sub-raggruppamento orizzontale relativo alla categoria di lavori OG.03 (ossia, l'impresa Karl Wieser s.n.c.) e la mandante Transbagger fossero prive del requisito minimo di qualificazione del 40% e, rispettivamente, del 10% –, sulla base dei seguenti rilievi:

- in forza dell'autonomia imprenditoriale, caratterizzante il contratto d'appalto, le imprese riunite in raggruppamenti temporanei sono libere di definire l'entità delle rispettive quote di partecipazione al raggruppamento, con l'unico limite di rispettare i requisiti di qualificazione

posseduti, prescrivendo l'art. 92, comma 2, d.P.R. n. 207/2010 che le quote di partecipazione indicate in sede di offerta possono essere liberamente stabilite entro i limiti consentiti dai requisiti di qualificazione posseduti dall'impresa associata;

- sebbene il previgente obbligo della corrispondenza tra quote di partecipazione e quote di esecuzione dei lavori fosse ormai venuto meno con l'abrogazione, ad opera del d.l. 47/2014, del comma 13 dell'art. 37 d.lgs. n. 163/2006, «*tale c.d. liberalizzazione delle quote esecutive non ha fatto, comunque, venir meno l'ulteriore condizione del possesso della quota di qualificazione necessaria ad eseguire la quota dell'appalto dichiarata nell'offerta*», con la precisazione che «*il sopra citato comma 2 dell'art. 92 d.P.R. 207/2010, come modificato dal d.l. 47/2014, esprime la voluntas legis tesa a superare il rigido principio di parallelismo tra quote di partecipazione al raggruppamento e quelle di esecuzione, [prevede che] "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"*» (v. così, testualmente, l'impugnata sentenza);

- il legislatore prevede dunque che le quote di partecipazione non siano eccedenti rispetto ai requisiti di qualificazione, precisando che le quote di esecuzione sono suscettibili di modifica nei limiti della compatibilità con i requisiti di qualificazione delle singole imprese;

- nel caso di specie, era pacifico che ai fini della presente gara l'a.t.i. aggiudicataria, nel suo complesso, era sin dall'origine in possesso del prescritto requisito di qualificazione, possedendo la mandataria E.MA.PRI.CE. la qualificazione non solo nella categoria prevalente OG.04 in classifica illimitata, ma pure in ciascuna delle categorie scorporabili, con particolare riguardo alla categoria OG.03, essendo titolare di qualificazione SOA nella classifica VIII che quindi le avrebbe permesso di eseguire, già da sola, l'intera quota di lavori indipendentemente dal contributo di altri operatori economici;

- tale circostanza, incontestata, dimostrava che, nel caso di specie, le imprese del raggruppamento aggiudicatario non si erano associate temporaneamente per incrementare i requisiti di qualificazione ai fini della partecipazione alla gara (che costituisce in definitiva la ragione sottostante alla disciplina legislativa dei raggruppamenti temporanei, la cui violazione viene lamentata dalle imprese ricorrenti), ma evidentemente al fine di sfruttare al meglio le sinergie per una miglior organizzazione dei lavori e dell'organizzazione della logistica di cantiere;

- in linea di fatto, in sede di offerta (allegato A1 dell'offerta) l'a.t.i. E.MA.PRI.CE. aveva indicato, quali quote di partecipazione al raggruppamento, le quote del 58,94 % per la E.MA.PRI.CE. S.p.A., del 14,37 % per la Nordbau Peskoller S.r.l., del 14,04% per la Karl Wieser s.n.c., del 8,30% per la Niederwieser Bau S.r.l. e del 4,37 % per la Transbagger S.r.l., allegando anche indicazioni in merito alle singole qualificazioni SOA possedute da ogni partecipante al raggruppamento, con la precisazione che tali quote di partecipazione all'a.t.i. erano state indicate (alla pari anche delle altre imprese parti processuali) in un'unica quota percentuale riferita ai lavori nel loro complesso, e quindi in modo differente rispetto all'indicazione delle quote di esecuzione dei lavori da affidare, le quali, invece, erano state

indicate con riferimento ad ogni singola impresa in rapporto ad ogni singola categoria di lavori;

- contrariamente a quanto sostenuto dall'a.t.i. ricorrente, le quote di partecipazione indicate in sede di offerta non erano state rimodulate in sede di verifica dei requisiti, come emergeva anche dalla specifica richiesta dell'amministrazione e dalla relativa risposta del raggruppamento, mentre *«ciò che è stato leggermente modificato»* erano *«le singole quote di esecuzione dei lavori, le quali sono state rimodulate comunque nel rispetto del possesso delle qualificazioni in relazione alle singole categorie di lavorazioni che le imprese partecipanti al raggruppamento verranno ad assumere»* (v. così, testualmente, l'impugnata sentenza);

- una simile modifica delle quote di esecuzione delle lavorazioni doveva ritenersi ammessa in sede di esecuzione del contratto e, pertanto, non erano ravvisabili ragioni per escluderla *«in un momento di poco anteriore, a maggior ragione in un caso come il presente, in cui alcun dubbio può sorgere in merito all'affidabilità ed alla responsabilità del raggruppamento stesso che è ampiamente qualificato per l'esecuzione dei lavori oggetto di contratto, in quanto già da solo il mandatario possiede i necessari requisiti»*;

- non era condivisibile la tesi dell'a.t.i. ricorrente, per cui nel presente caso i requisiti speciali di partecipazione avrebbero dovuto essere verificati anche in forza delle quote di esecuzione dei lavori dichiarate in sede di gara – sotto il profilo che, nel caso di specie, sussisterebbe una piena corrispondenza tra quote di partecipazione e quote di esecuzione, e queste ultime sarebbero immodificabili, sicché si tratterebbe di una modifica sostanziale dell'offerta –, essendo a livello normativo venuta meno la corrispondenza tra quote di partecipazione e quote di esecuzione, ed essendo stata fatta espressamente salva la possibilità di modificare queste ultime in sede esecutiva, con la precisazione che, secondo la giurisprudenza amministrativa, le quote di esecuzione, al fine di renderle coerenti con i requisiti di qualificazione posseduti, erano suscettibili di modifica già in sede di offerta (Cons. Stato., Sez. V, sent. n. 5160/2017), e che non necessariamente i requisiti rilevanti per la fase di esecuzione del contratto dovevano essere posseduti già al momento della presentazione dell'offerta (Cons. Stato., Sez. V, sent. 3303/2017), sicché l'esercizio della facoltà di modificare, dopo l'aggiudicazione, *«le quote originarie di esecuzione rispetto a quelle di partecipazione»*, non incideva sui requisiti di ammissione alla gara, i quali erano, invece, correlati *«alle quote di qualificazione e di partecipazione quali requisiti di partenza»* (v. così, testualmente, l'impugnata sentenza);

- né il disciplinare di gara conteneva previsione alcuna che avesse vietato la modifica delle quote di esecuzione indicate in offerta (con conseguente assorbimento del motivo del ricorso incidentale, tendente appunto all'annullamento della disposizione della *lex specialis*, di cui all'articolo 2, paragrafo 2.4, del disciplinare, qualora intesa nel senso voluto dall'a.t.i. ricorrente principale);

(iv) sempre nell'ambito del motivo in esame e procedendo alla verifica, se le quote di esecuzione, come rimodulate, fossero compatibili con i requisiti di qualificazione delle singole imprese, il T.r.g.a. rilevava che:

- dalla dichiarazione dell'a.t.i. E.MA.PRI.CE. del 27 novembre 2017 risultava che l'impresa capogruppo avrebbe eseguito il 100% dei lavori della categoria OG.04, la quota del 76,02%

della categoria OS.21 e la quota del 10,12% della categoria OG.03, e dal confronto con l'attestazione SOA relativa all'impresa capogruppo emergeva che la medesima era adeguatamente qualificata per eseguire tali quote di lavori;

- analoga considerazione valeva per la mandante Karl Wieser s.n.c., la quale avrebbe eseguito la quota del 38,63% delle lavorazioni di cui alla categoria a qualificazione obbligatoria OG.03, in quanto, anche volendo considerare l'importo di tale categoria ammontante ad euro 16.043.867,65, e quindi comprensivo dell'importo degli oneri di sicurezza (i quali, peraltro, a rigore andavano ripartiti in proporzione su tutte le categorie di lavori), l'impresa Wieser, essendo qualificata in categoria OG.03 per la classe V, poteva beneficiare ai fini dell'esecuzione dei lavori dell'incremento di un quinto di cui all'art. 61, comma 2, d.P.R. n. 207/2010, richiamato anche espressamente nel disciplinare, con conseguente indubbia sussistenza, in capo alla predetta, dei requisiti di qualificazione per eseguire la quota di lavori dichiarata;

- neppure per l'impresa Nordbau Peskoller S.r.l., che andrà ad eseguire il 23,98% della categoria OS.21, il 16,09% della categoria OG.03, il 100% della categoria OG.06 ed il 17,65% della categoria OS.01, si poneva questione alcuna in merito alla necessaria qualifica, a fronte dell'attestazione SOA prodotta in giudizio;

- l'impresa mandante Niederwieser S.r.l. andrà ad eseguire una quota pari a 24,62% della categoria OG.03, corrispondente ad un importo di Euro 3.950.000, risultando la stessa qualificata in tale categoria di lavori nella classe IV-*bis* e potendo essa beneficiare ai fini dell'esecuzione dei lavori dell'incremento di un quinto dell'importo, sicché la stessa avrebbe potuto eseguire una quota di lavori fino all'importo di euro 4.200.000;

- infine, la mandante Transbagger S.r.l. risultava qualificata nella categoria OS.21 nella classifica IV-*bis* e, quindi, per un importo ampiamente sufficiente a coprire la quota del 82,35% della relativa categoria;

- a ciò si aggiungeva che in giurisprudenza era pacificamente ammessa anche la modifica delle percentuali di partecipazione al raggruppamento, soprattutto nei casi – del tutto assimilabili al presente – in cui tali modifiche siano introdotte per sopperire ad un'errata indicazione iniziale e non siano, comunque, in grado di porre in discussione in alcun modo il principio della *par condicio* e la serietà e affidabilità dell'offerta, che viene posta in linea con i requisiti effettivi di ogni impresa riunita (Cons. Stato, Sez. V, n. 1026/2018; id., n.1041/2017);

- doveva, pertanto, considerarsi legittima anche l'ipotesi alternativa proposta alla stazione appaltante e contenuta nella risposta di data 27 novembre 2017 dell'a.t.i. E.MA.PRI.CE. di modificare, «*per quanto possa occorrere, anche in considerazione dei rilievi mossi con ricorso avanti al T.R.G.A. di Bolzano dal R.T.I. terzo classificato Strabag*», modestamente le quote globali di partecipazione di ciascuna impresa, in quanto l'a.t.i. aggiudicataria aveva fin dalla presentazione dell'offerta dato ampia soddisfazione complessiva dei requisiti di qualificazione richiesti, e l'ipotizzata modesta modifica delle quote di partecipazione non avrebbe inciso in alcun modo sulla responsabilità delle imprese raggruppate;

- ad ogni modo, la detta rimodulazione delle quote di partecipazione rispetto all'iniziale indicazione contenuta nella domanda di partecipazione non violava il divieto di modificazioni soggettiva dei raggruppamenti temporanei oppure quello di *par condicio*, poiché la composizione soggettiva del raggruppamento temporaneo era rimasta invariata e nel presente caso non si poneva alcuna questione in merito al possesso dei necessari requisiti di qualificazione per le prestazioni oggetto di appalto, essendo la mandataria, da sola, in possesso dei relativi requisiti;

(v) proseguendo nell'esame del motivo in questione, il T.r.g.a. riteneva, altresì, infondato il profilo di censura relativo all'asserito mancato possesso dei requisiti di qualificazione in capo alla supposta mandataria del sub-raggruppamento orizzontale della categoria di lavori scorporabile OG.03, in quanto:

- alcun dato normativo imponeva di individuare in relazione ad un raggruppamento misto per ciascuno dei sub-raggruppamenti orizzontali, indicati per l'esecuzione delle lavorazioni appartenenti alle categorie scorporabili, un sub-mandatario;

- le argomentazioni dell'a.t.i. ricorrente principale si fondavano su una non condivisibile interpretazione analogica della disposizione contenuta all'art. 92, comma 2, d.P.R. n. 207/2010, la quale atteneva ai raggruppamenti di tipo orizzontale;

- infatti, volendo seguire l'interpretazione proposta dalle ricorrenti, si dovrebbe necessariamente arrivare anche ad affermare che in un raggruppamento di tipo misto accanto alla capogruppo mandataria dell'intero raggruppamento, la quale si assume la responsabilità complessiva dei lavori come pure la rappresentanza esclusiva di tutte le imprese riunite nei confronti della stazione appaltante, si affiancherebbero, per un fine e un titolo non comprensibili, ulteriori imprese mandatarie, ossia quelle dei sub-raggruppamenti;

- in definitiva, si tratterebbe di un'interpretazione irragionevole e perplessa, priva di apprezzabile funzione di garanzia o utilità per l'interesse pubblico coinvolto nella procedura di affidamento, nonché unicamente diretta all'esclusione di un operatore economico e, quindi, come tale contraria al principio di massima partecipazione cui è, appunto, ispirato l'istituto del raggruppamento temporaneo di imprese;

(vi) respingeva il secondo motivo proposto nei confronti dell'offerta dell'a.t.i. E.MA.PRI.CE. – con cui era stato dedotto che la cauzione provvisoria inviata in via telematica sarebbe priva di un requisito essenziale previsto dal disciplinare a pena di esclusione, mancando l'espreso impegno dell'istituto bancario a pagare dietro semplice presentazione della copia inoltrata dal concorrente tramite la piattaforma sul sito *internet* –, rilevando che la cauzione provvisoria presentata dall'a.t.i. aggiudicataria era stata redatta in conformità al modello previsto nell'allegato A2 del disciplinare di gara e conteneva l'impegno del garante di pagare l'importo dovuto entro il termine di 15 giorni dal ricevimento della semplice richiesta scritta della stazione appaltante, nonché ritenendo che tale formulazione fosse in ogni caso più ampia e comprensiva di quella contenuta nel disciplinare, aggiungendo che, in ogni caso, l'eventuale incompletezza della cauzione avrebbe potuto essere emendata in sede di soccorso istruttorio;

(vii) respingeva la censura, pure dedotta avverso l'offerta dell'a.t.i. aggiudicataria e diretta a far valere un'asserita carenza di sottoscrizione digitale dei moduli scheda n. 1, 2 e 3 contenente i *curricula* rispettivamente del direttore tecnico di cantiere, del capo cantiere e del preposto per la sicurezza, allegati all'offerta, rilevando che, in realtà, i documenti presentati in sede di offerta dal raggruppamento aggiudicatario risultavano tutti correttamente sottoscritti in forma digitale, e che solo in sede accesso alcuni dati personali erano stati oscurati;

(viii) dichiarava improcedibile il primo motivo di gravame dedotto avverso l'offerta della seconda classificata a.t.i. Oberosler – avente ad oggetto la perdita del requisito generale di partecipazione e, quindi, l'incapacità di contrarre con la pubblica amministrazione –, per sopravvenuta carenza di interesse, attesa l'infondatezza dei motivi dedotti avverso l'offerta della prima classificata;

(ix) in sede di delibazione della soccombenza virtuale, al mero fine di decidere sulle spese di causa, riteneva fondata la censura *sub* (viii), avendo l'impresa Oberosler cav. Pietro s.r.l., capogruppo e mandataria dell'a.t.i. controinteressata in data 21 ottobre 2017 depositato presso il Tribunale di Bolzano domanda di concordato 'in bianco' ovvero 'con riserva' ai sensi dell'art. 161, sesto comma, l. fall., e, a prescindere dallo stato della relativa procedura, era dirimente la circostanza che l'impresa Oberosler avesse assunto la qualifica di mandataria nel raggruppamento temporaneo di imprese, poiché, in forza dell'art. 186-*bis*, comma 6, l. fall. e dell'articolo 2, paragrafo 2.5, del disciplinare di gara, neppure in caso di ammissione di un'impresa concorrente al concordato preventivo in continuità aziendale era ammessa la sua partecipazione alle gare d'appalto pubblico in qualità di mandataria, sicché il motivo all'esame doveva ritenersi fondato;

(x) affrontando, infine, il primo motivo del ricorso incidentale proposto dall'a.t.i. E.MA.PRI.CE nei confronti della ricorrente principale a.t.i. Strabag, di asserita valenza escludente – avente ad oggetto la questione dell'indicazione delle cave necessarie allo smaltimento del materiale di scavo in eccesso non più riutilizzabile, determinato dalla stazione appaltante nel proprio progetto esecutivo nella misura di 88.900 mc –, riteneva che l'offerta della ricorrente principale non fosse stata carente di un elemento essenziale fin dal momento della sua presentazione, sicché il motivo del ricorso incidentale tendente all'esclusione dell'offerta avversaria dalla valutazione non appariva fondato sotto questo aspetto, «*quanto piuttosto in relazione alla mancanza in capo al r.t.i. Strabag dell'interesse ad ottenere il bene della vita per cui pende causa*» (v. così, testualmente, l'impugnata sentenza), attesa l'ineseguibilità dell'offerta tecnica presentata in sede di gara per l'intervenuta modificazione della scelta della cava per il deposito definitivo del materiale di scavo in eccedenza;

(xi) condannava l'a.t.i. Strabag a rifondere alle amministrazioni resistenti e alla controinteressata a.t.i. E.MA.PRI.CE le spese di causa, dichiarandole compensate nei rapporti con l'a.t.i. Oberosler.

4.0. Avverso la sentenza n. 112/2018, di cui sopra *sub* 2., interponeva appello l'a.t.i. soccombente Oberosler (con ricorso rubricato *sub* r.g. n. 3804/2018), deducendo i motivi come di seguito rubricati:

- a) «*Erroneità della sentenza appellata nella parte in cui ha dichiarato assorbito il ricorso principale del r.t.i. Oberosler. Errata interpretazione ed applicazione dei principi di cui alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea C-689/13 del 5 aprile 2016 (c.d. sentenza Puligienica)*»;
- b) «*Riproposizione dei motivi di impugnazione del ricorso principale (e per motivi aggiunti) erroneamente ritenuti assorbiti*», in particolare delle censure relative all'inammissibilità dell'offerta dell'a.t.i. E.MA.PRI.CE per la presentazione di una variante al progetto esecutivo in violazione della disciplina legislativa e della *lex specialis*, attesa la formulazione di offerte plurime, alternative, condizionate e irrealizzabili sotto il profilo tecnico;
- c) «*Erroneità della sentenza nella parte in cui ha accolto il primo motivo del ricorso incidentale del r.t.i. E.MA.PRI.CE. Violazione e falsa applicazione degli artt. 80 co. 5 d.lgs. 50/2016 e 186-bis co. 6 l. 267/1942*».

L'appellante chiedeva pertanto, previa sospensione della provvisoria esecutorietà dell'impugnata sentenza e in sua riforma, la reiezione dell'avversario ricorso incidentale di primo grado e l'accoglimento del ricorso principale.

4.1. Si costituiva in giudizio l'appellata a.t.i. E.MA.PRI.CE, contestando la fondatezza dell'appello e chiedendone la reiezione.

4.2. Si costituivano, altresì, in giudizio la Provincia autonoma di Bolzano e l'Acp, resistendo e chiedendo la reiezione dell'appello.

4.3. Con atto del 25 giugno 2018 interveniva in giudizio la Pessina Costruzioni S.p.A., nella dichiarata qualità di successore a titolo particolare della Oberosler Cav. Pietro S.r.l. in virtù di contratto di cessione di ramo d'azienda del 12 giugno 2018, anche con riferimento alla posizione dedotta in giudizio, associandosi alle conclusioni formulate dall'a.t.i. appellante e chiedendone l'accoglimento.

5.0. Pure avverso la sentenza n. 113/2018, di cui sopra *sub* 3., interponeva appello l'a.t.i. Oberosler (con ricorso rubricato *sub* r.g. n. 3805/2018), incentrato sulla censura dell'erroneo accoglimento del primo motivo del ricorso dell'a.t.i. Strabag nei propri confronti, in violazione e falsa applicazione degli artt. 80, comma 5, d.lgs. n. 50/2016 e 186-*bis*, comma 6, l. n. 267/1942, chiedendo, in riforma dell'impugnata sentenza, la reiezione dell'avversario motivo di gravame dedotto in primo grado.

5.1. Si costituiva in giudizio l'a.t.i. Strabag, contestando la fondatezza dell'avversario appello e proponendo a sua volta «*appello incidentale e principale*», incentrato sui motivi come di seguito rubricati:

- a) «*Erroneità della sentenza impugnata nella parte in cui ha rigettato il terzo, rectius, quarto motivo del ricorso principale e il primo ricorso per motivi aggiunti nonché il primo e il quarto motivo del secondo ricorso per motivi aggiunti (capi da 4 a 8 della sentenza impugnata): Vizio di motivazione per illogicità e contraddittorietà, omessa motivazione. Violazione e falsa*

*applicazione dell'art. 48, commi 3, 4 e 6, degli artt. 83 e 84 del D.Lgs. n. 50/2016, dell'art. 92 e dell'art. 61 DPR 207/2010. Violazione e falsa applicazione dell'art. 1 par. 2.4. del Disciplinare di gara. Violazione delle norme e dei principi di par condicio dei concorrenti e di tassatività dei termini per la presentazione delle offerte. Violazione delle norme e dei principi in materia di possesso del requisito di qualificazione; violazione e falsa applicazione del principio di immodificabilità soggettiva e di univocità dell'offerta»;*

*b) «Erroneità della sentenza appellata nella parte in cui ha ritenuto che i principi della giurisprudenza amministrativa coordinati con quelli della giurisprudenza comunitaria imporrebbero di esaminare con precedenza il ricorso incidentale c.d. paralizzante e che il ricorso principale poteva essere comunque trattato prioritariamente in ragione della sua infondatezza (capi 2 e 12). Vizio di motivazione per contraddittorietà e omessa pronuncia sulle eccezioni di inammissibilità/improcedibilità del ricorso incidentale sollevate in primo grado dal RTI Strabag e riproposizione di queste ultime. Errata interpretazione ed applicazione dei principi processuali relativi alla sussistenza dei presupposti dell'azione (con particolare riguardo alla legittimazione a ricorrere) e dei principi enunciati dalla Corte di Giustizia nella sentenza c.d. Puligienica»;*

*c) «Riproposizione dei motivi del ricorso principale secondo e quarto (rectius) terzo ossia dei motivi secondo e terzo relativi al RTI Oberosler, rimasti assorbiti nel giudizio di primo grado».*

L'appellante chiedeva pertanto, previa sospensione della provvisoria esecutorietà dell'impugnata sentenza e in sua riforma, l'accoglimento del ricorso principale di primo grado.

5.2. Si costituiva, altresì, in giudizio, l'a.t.i. E.MA.PRI.CE, proponendo appello incidentale avverso la statuizione reiettiva dell'eccezione di tardività del ricorso principale proposto dall'a.t.i. Strabag, in violazione dell'art. 120, comma 2-bis, cod. proc. amm. e dell'art. 23-bis l. prov. n. 17/1993, e chiedendo, in riforma dell'impugnata sentenza, la declaratoria d'inammissibilità del ricorso di primo grado proposto dall'a.t.i. Strabag.

Per il resto, riproponeva i motivi di ricorso incidentale dichiarati improcedibili e/o assorbiti dal T.r.g.a., contestando altresì la fondatezza dell'appello incidentale proposto dall'a.t.i. Strabag e chiedendone la reiezione.

5.3. Si costituivano, infine, in giudizio anche la Provincia autonoma di Bolzano e l'Acp, resistendo e chiedendo la reiezione degli appelli, proposti in via principale e incidentale.

5.4. Anche nell'ambito della presente causa d'appello, con atto del 25 giugno 2018 interveniva in giudizio la Pessina Costruzioni S.p.A., nella dichiarata qualità di successore a titolo particolare della Oberosler Cav. Pietro S.r.l. in virtù di contratto di cessione di ramo d'azienda del 12 giugno 2018, anche con riferimento alla posizione dedotta in giudizio, associandosi alle conclusioni formulate dall'a.t.i. Oberosler e chiedendone l'accoglimento, nonché opponendosi all'accoglimento dell'appello incidentale proposto dall'a.t.i. Strabag e chiedendone la reiezione.

6. Nell'udienza camerale del 14 giugno 2018, fissata per la trattazione delle domande

cautelari, su richiesta e accordo dei difensori delle parti, la trattazione della invocata tutela cautelare è stata rinviata alla udienza di merito del 12 luglio 2018, con l'impegno, da parte della difesa della Provincia autonoma di Bolzano, di non procedere alla stipula del contratto in attesa della suindicata udienza pubblica.

Indi, nell'udienza pubblica del 12 luglio 2018 entrambi i ricorsi sono stati chiamati per essere trattati congiuntamente, con il rinnovato impegno, assunto dalla difesa della Provincia autonoma di Bolzano, di non procedere alla stipula del contratto nelle more della pubblicazione della sentenza, al che entrambe le cause sono state trattenute in decisione.

## DIRITTO

7. Premesso che i due appelli in epigrafe, sebbene proposti avverso due distinte sentenze, vanno riuniti e trattati congiuntamente per ragioni di connessione oggettiva e soggettiva, e che, a fronte dell'impegno della difesa della Provincia di non procedere alla stipula del contratto in attesa della pubblicazione della sentenza, nulla è dato statuire sulle istanze cautelari, divenute perciò improcedibili per sopravvenuta carenza di interesse, si osserva che, in via logicamente prioritaria, deve essere esaminato il motivo d'appello incidentale *sub* 5.0., con cui l'a.t.i. E.MA.PRI.CE, censura la statuizione reiettiva dell'eccezione di tardività del ricorso principale proposto dall'a.t.i. Strabag, in violazione dell'art. 120, comma 2-*bis*, cod. proc. amm. e dell'art. 23-*bis* l. prov. n. 17/1993.

Il motivo in esame è infondato.

Nel caso di specie, la stazione appaltante si è avvalsa della facoltà di rinviare la verifica del possesso dei requisiti di ordine generale e speciale in capo all'aggiudicatario alla fase successiva alla valutazione delle offerte, ai sensi dell'art. 23-*bis* l. prov. n. 17/1993 che, nel testo applicabile *ratione temporis* alla fattispecie *sub iudice*, dispone testualmente: «1. Al fine di semplificare e accelerare le procedure di scelta del contraente, ridurre gli oneri a carico degli operatori economici e contrastare il contenzioso, le amministrazioni aggiudicatrici possono limitare la verifica del possesso dei requisiti di ordine generale e speciale in capo all'aggiudicatario, successivamente alla valutazione delle offerte. In tal caso la partecipazione alle procedure vale quale dichiarazione del possesso dei requisiti di ordine generale e speciale come stabiliti dalla normativa nazionale, specificati ed eventualmente integrati dal bando di gara o dalla lettera d'invito. [...] 4. Fermo restando che il possesso dei requisiti deve sussistere a far data dalla presentazione dell'offerta, le amministrazioni aggiudicatrici invitano, se necessario, l'aggiudicatario a completare o a fornire, entro un termine non superiore a dieci giorni, chiarimenti in ordine al contenuto dei certificati e documenti richiesti. Qualora la prova non è fornita o i chiarimenti non confermano il possesso dei requisiti richiesti, le amministrazioni aggiudicatrici escludono il suddetto concorrente, procedono all'escussione della relativa cauzione e alla segnalazione del fatto all'Autorità competente. Se necessario, l'amministrazione aggiudicatrice procede alla determinazione della nuova soglia di anomalia dell'offerta e alla conseguente eventuale nuova applicazione».

Infatti, l'articolo 3 del disciplinare di gara contiene un espresso richiamo all'art. 23-*bis* l. prov. n. 17/1993 e prevede espressamente che «la stazione appaltante provvederà alla verifica dei

*requisiti di ordine generale e speciale in capo all'aggiudicatario successivamente alla valutazione delle offerte», con la conseguenza che il dies a quo per l'impugnazione dell'ammissione dei concorrenti alla gara non poteva che decorrere dalla comunicazione dell'aggiudicazione provvisoria, in difetto di prova dell'adozione e pubblicazione di un provvedimento motivato di ammissione che avesse fatto decorrere il termine d'impugnazione ai sensi dell'art. 120, comma 2-bis, cod. proc. amm. e, quindi, imposto un onere d'impugnazione immediata.*

Peraltro, tenuto conto delle risultanze dei relativi verbali, deve escludersi che all'esito delle sedute pubbliche dell'autorità di gara del 14 marzo 2017 e del 16 giugno 2017 fossero concretamente percepibili gli eventuali profili di illegittimità azionabili in giudizio e si fosse concretizzata una situazione di lesività, dovendosi invece ritenere che l'ammissione dei concorrenti fosse comunque condizionata alla verifica definitiva dei requisiti di ordine generale e speciale in capo all'aggiudicatario successivamente alla valutazione delle offerte, ai sensi dell'articolo 3 del disciplinare, con la creazione di una correlativa situazione di legittimo affidamento contrastante con l'esigibilità di un onere d'impugnazione anticipata.

In reiezione del motivo in esame, deve pertanto essere confermata la statuizione *sub* 3.(ii).

8.0. In ordine logico successivo, s'impone l'esame delle censure proposte dall'a.t.i. Oberosler con i motivi d'appello *sub* 4.0.c) e con l'appello *sub* 5.0., avverso le statuizioni *sub* 2.(i) e rispettivamente 3.(ix), con cui in capo alla Oberosler è stata accertata la sopravvenuta carenza del requisito generale di cui all'art. 80, comma 5, lettera b), d.lgs. n. 50/2016.

8.1. Occorre anticipare sin d'ora che il motivo d'appello *sub* 4.0.a), con cui l'a.t.i. Oberosler censura l'erronea applicazione dei principi affermati dalla Corte di giustizia in tema di rapporto tra ricorso principale e ricorso incidentale, deve ritenersi superato dall'accoglimento dell'appello incidentale dell'a.t.i. Strabag (su cui v. *infra*, §§ 10. ss.), comportante il subingresso di quest'ultima nell'aggiudicazione e nella stipula del contratto (previa verifica dei requisiti), non avendo l'a.t.i. Oberosler fatto valere, neppure in via subordinata, eventuali motivi di valenza escludente nei confronti dell'a.t.i. Strabag, né censure in tesi inficianti la gara nel suo complesso.

8.2. Nel merito, osserva il Collegio che il T.r.g.a., nelle impugnate sentenze, correttamente ha affermato la perdita del requisito generale di cui all'art. 80, comma 5, lettera b), d.lgs. n. 50/2016 in capo alla Oberosler S.r.l., mandataria capogruppo dell'a.t.i. seconda classificata, in quanto:

- l'articolo 2, paragrafo 2.5., del disciplinare di gara – in aderenza alla disciplina legislativa di cui al combinato disposto degli artt. 80, comma 5, lettera b), d.lgs. n. 50/2016 e 186-bis, comma 6, l. fall., che esclude la partecipazione alle gare dell'a.t.i. la cui *mandataria* si trovi in stato di concordato con continuità aziendale –, dopo aver previsto che «*ai sensi dell'art. 186-bis, comma 4, R.D. 16.3.1942 n. 267 e s.m.i. (Legge Fallimentare), l'impresa ammessa ovvero che ha depositato il ricorso per l'ammissione al concordato preventivo con continuità aziendale può partecipare alla presente procedura di gara presentando, a pena di esclusione,*

la documentazione prevista negli allegati A1 e A1bis», dispone espressamente che, «in ogni caso, l'impresa può ai sensi dell'art. 186-bis, comma 5, R.D. 16.3.1942 n. 267 e s.m.i. (Legge Fallimentare) concorrere anche riunita in raggruppamento temporaneo di imprese, purché non rivesta, a pena d'esclusione, la qualità di mandataria [...]» (v. anche il modello A1 della dichiarazione di partecipazione predisposta dalla stazione appaltante, che, nella Sezione V, ribadisce espressamente la causa di esclusione costituita dalla circostanza che l'impresa mandataria versi in stato di concordato preventivo con continuità aziendale o abbia proposto relativa istanza);

- nel caso di specie, l'impresa mandataria dell'a.t.i. seconda classificata, in data 21 ottobre 2017, dunque prima della stipula del contratto e in pendenza della procedura di evidenza pubblica, essendo ancora in corso la verifica dei requisiti in capo all'aggiudicataria a.t.i. E.MA.PRI.CE, ha presentato domanda di concordato ai sensi dell'art. 161, comma 6, l. fall., con ciò venendo integrata la causa di esclusione comminata dalla riportata disciplina legislativa e dalla *lex specialis* di gara;

- irrilevante è la sopravvenienza, nel corso del giudizio di primo grado, del decreto di autorizzazione del Tribunale di Bolzano - Sezione Fallimentare del 15 gennaio 2018 a partecipare alla gara in oggetto, non risultando affrontata la questione relativa alla causa di esclusione costituita dalla qualità di mandataria di a.t.i. dell'impresa Obersoler, la cui soluzione rientra peraltro nell'ambito della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo;

- né rileva la cessione del ramo d'azienda intervenuta in favore dell'impresa Pessina Costruzioni S.p.A. (estranea all'a.t.i. Obersoler), con atto notarile del 12 giugno 2018 (quindi dopo la pronuncia delle sentenze di primo grado e in pendenza del giudizio d'appello), in quanto, a prescindere dall'interpretazione dell'ambito oggettivo dell'atto di cessione, l'art. 106 d.lgs. n. 50/2016 – richiamato dalla cessionaria nella missiva del 12 giugno 2018 diretta alla stazione appaltante e disciplinante, con un regime tassativo, la modifica dei contratti «durante il periodo di efficacia», tra cui le modifiche soggettive – presuppone l'intervenuta stipula e l'inizio dell'esecuzione del contratto da parte dell'impresa aggiudicataria, mentre, nel caso di specie, si verte in una fase anteriore, esulante dall'ambito oggettivo della menzionata disposizione legislativa;

- pertanto, in applicazione del principio, per cui i requisiti generali e speciali devono essere posseduti dalle imprese concorrenti non solo alla data di scadenza del termine per la presentazione della richiesta di partecipazione alla procedura di affidamento, ma anche per tutta la durata della procedura stessa fino all'aggiudicazione definitiva e alla stipula del contratto (v., per tutte, Ad. Plen., 20 luglio 2015, n. 8), la sopravvenuta perdita del requisito di cui all'art. 80, comma 5, lettera b), d.lgs. n. 50/2016 in capo alla mandataria dell'a.t.i. Obersoler veniva a integrare la correlativa causa di esclusione, la quale non poteva essere aggirata e/o elusa attraverso l'invocata modifica soggettiva.

8.3. Per le esposte ragioni, di natura assorbente, in reiezione dei correlativi motivi d'appello principale e delle richieste di cui agli atti di intervento della Pessina Costruzioni S.p.A., devono essere confermate le statuizioni di accertamento della sopravvenuta perdita del requisito generale di cui all'art. 80, comma 5, lettera b), d.lgs. n. 50/2016, in capo alla mandataria

dell'a.t.i. seconda classificata.

9. Premesso che dalla sopra accertata causa di esclusione in capo alla seconda classificata discende la procedibilità – sotto il profilo del superamento della prova di resistenza – dei motivi del ricorso principale di primo grado (e dei correlativi motivi aggiunti), proposti dall'a.t.i. Strabag nei confronti della prima classificata a.t.i. E.MA.PRI.CE, si osserva che, in primo luogo, deve essere confermata la qualificazione dei motivi di ricorso incidentale formulati in primo grado dall'a.t.i. aggiudicataria nei confronti dell'offerta dell'a.t.i. Strabag come motivi di natura non escludente (v. il paragrafo 12. della sentenza n. 113/2018).

Infatti, in reiezione dei correlativi profili di censura dedotti dall'a.t.i. E.MA.PRI.CE nel «ricorso in appello incidentale e memoria di costituzione» del 6 giugno 2018, rileva il Collegio che, ad un'interpretazione 'sostanzialistica' del ricorso incidentale di primo grado (prescindendo dall'auto-qualificazione dei dedotti motivi prospettata dalla stessa parte), deve ritenersi che non sia stata contestata la legittimità dell'ammissione originaria dell'a.t.i. Strabag alla procedura di gara, bensì la legittimità delle sole valutazioni della commissione tecnica in ordine a presunte sopravvenute modifiche tecniche dell'offerta in relazione ai siti di conferimento e di prelievo dei materiali, con riferimenti a precisi criteri fissati per l'offerta tecnica.

Peraltro, i siti per il deposito dei materiali di scavo non erano previsti nella *lex specialis* di gara come elemento essenziale dell'offerta, non contenendo il disciplinare di gara alcuna correlativa previsione a pena di esclusione, con la conseguenza che, in applicazione del principio della tassatività delle cause di esclusione, l'offerta dell'a.t.i. Strabag giammai poteva essere ritenuto carente di un elemento essenziale dell'offerta. Né l'asserita natura essenziale di tale elemento dell'offerta poteva desumersi, in modo chiaro e univoco, dagli altri documenti di gara, sicché lo stesso veniva a costituire semplicemente uno dei criteri valutativi dell'offerta tecnica.

L'inconfigurabilità del motivo di ricorso incidentale in questione come motivo di natura escludente comporta l'irrelevanza della questione processuale relativa alla tematica dei rapporti intercorrenti tra il ricorso principale e il ricorso incidentale c.d. escludente, presupponente, appunto, la natura 'escludente' del ricorso incidentale, nella specie invece da escludere.

Atteso il già sopra anticipato accoglimento dell'appello incidentale e del ricorso principale di primo grado dell'a.t.i. Strabag (v. *infra*, § 10. ss.), nella parte in cui censura la mancanza dei requisiti speciali di partecipazione alla gara in capo all'a.t.i. E.MA.PRI.CE., il ricorso incidentale di primo grado proposta da quest'ultima nei confronti dell'offerta dell'a.t.i. Strabag diventa improcedibile, in accoglimento della correlativa eccezione (ri)proposta dall'a.t.i. Strabag nel presente grado, con la precisazione che ciò vale anche per il motivo incidentale per cui l'insufficienza delle due cave avrebbe dovuto condurre all'azzeramento del punteggio riconosciuto per il criterio «3.3.materiale di scavo» (nonché in relazione agli altri connessi criteri precisati nel ricorso incidentale in primo grado), non avendo le imprese graduate dopo la terza classificata impugnato l'offerta dell'a.t.i. Strabag e non essendo l'a.t.i. E.MA.PRI.CE. – che, per le ragioni che saranno esposte *infra*, avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara – legittimata a impugnare la graduatoria delle restanti imprese rimaste in gara, trattandosi di

inammissibile *exceptio de iure tertii*.

Da quanto sopra discende, altresì, l'accoglimento del motivo d'appello incidentale dell'at.i. Strabag, con cui viene censurato il capo n. 2. della parte-motiva della sentenza n. 113/201, laddove – peraltro in contraddizione con il capo 12. della sentenza – al ricorso incidentale di primo grado era stata attribuita valenza «*paralizzante*» (al fine di giustificare la previa trattazione del ricorso principale secondo il principio della ragione più liquida, ché, altrimenti, sarebbe dovuto essere esaminato in via prioritario il ricorso incidentale), attenendo, invero, come già sopra evidenziato, le censure dedotte in via incidentale dall'a.t.i. aggiudicataria avverso l'offerta dell'a.t.i. Strabag alla violazione dei criteri di valutazione dell'offerta, ed esulando gli stessi dunque dalla tematica del rapporto tra ricorso principale e ricorso incidentale c.d. escludente in materia di contratti pubblici.

Ad ogni modo, le censure dedotte avverso l'offerta dell'a.t.i. Strabag nel ricorso incidentale di primo grado di E.MA.PRI.CE, sono manifestamente infondate nel merito, in quanto, per un verso, al momento della formulazione dell'offerta (in data 13 gennaio 2017), la capienza di deposito complessiva delle due cave 'Rienzfeld 2' e 'Reischach 4' rispettava le esigenze del progetto esecutivo, e, per altro verso, la successiva indicazione della nuova cava 'Scherer', in seguito al sopravvenuto riempimento delle originarie cave (peraltro, per la maggior parte successivamente all'aggiudicazione), rileva in sede di determinazione delle modalità esecutive, ma non altera le caratteristiche essenziali dell'offerta né è idonea a renderla indeterminata e/o condizionata, tutt'al più incidendo sui relativi criteri di valutazione (la cui erronea applicazione, per le ragioni processuali innanzi esposte, non è censurabile dall'originaria ricorrente incidentale).

10. Come in precedenza ripetutamente anticipato, meritano accoglimento i motivi d'appello dedotti dall'a.t.i. Strabag nel «*ricorso in appello incidentale e principale con istanza di sospensione e contestuale comparsa di costituzione*» avverso la statuizione *sub* 3.(iii), 3.(iv) e 3.(v), con cui erano state respinte le censure dedotte con il primo motivo proposto dall'a.t.i. Strabag nei confronti dell'aggiudicataria a.t.i. E.MA.PRI.CE. (riproposto e integrato nei motivi aggiunti), relative alla mancanza dei requisiti speciali di partecipazione alla gara in capo all'a.t.i. E.MA.PRI.CE. che vi aveva partecipato come raggruppamento di tipo misto, sia sotto il profilo che due imprese mandanti del sub-raggruppamento orizzontale relativo alla categoria di lavori OG.03 (precisamente, Nordbau Peskoller S.r.l. e Transbagger S.r.l.) sarebbero prive della qualificazione necessaria per eseguire la quota di lavori dichiarata in sede di offerta, la cui mancanza non sarebbe sanabile in sede di soccorso istruttorio, sia sotto il profilo che la mandataria del sub-raggruppamento orizzontale relativo alla categoria di lavori OG3 (ossia, l'impresa Karl Wieser s.n.c.) e l'impresa mandante Transbagger sarebbero prive dei requisiti minimi di qualificazione del 40% e, rispettivamente, del 10%.

10.1. Va preliminarmente rilevato, in linea di fatto, che, alla luce delle risultanze istruttorie acquisite al giudizio, devono ritenersi comprovate le seguenti circostanze di fatto.

10.1.1. La *lex specialis* ha individuato la categoria e la classifica prevalenti dei lavori oggetto d'appello nella categoria OG.04, classifica VIII, ai sensi dell'art. 61, comma 5, d.P.R. n. 207/2010, per l'importo di euro 17.947.600,41 (comprensivo degli oneri di sicurezza), mentre

– per quanto qui interessa – tra le categorie scorporabili era indicata la categoria OG.03, classifica VII, per l'importo di euro 16.043.867,65 (di cui euro 1.290.294,34 per oneri di sicurezza).

10.1.2. Il costituendo raggruppamento d'impresa capeggiato dalla E.MA.PRI.CE S.p.A. assumeva la forma di raggruppamento misto, in cui, per le specificate quote di lavori scorporabili risultava, sostanzialmente, indicato il sub-raggruppamento orizzontale capeggiato dalla Wieser s.n.c. (v. *infra*, § 10.2.).

10.1.3. In sede di offerta (allegato A1 dell'offerta), l'a.t.i. E.MA.PRI.CE. indicava, per le singole imprese della costituenda a.t.i. – allegando anche le indicazioni in merito alle singole qualificazioni SOA possedute da ogni partecipante al raggruppamento –, le seguenti quote di partecipazione al raggruppamento:

- 58,94 % per la E.MA.PRI.CE. S.p.A.;
- 14,37 % per la Nordbau Peskoller S.r.l.;
- 14,04% per la Karl Wieser s.n.c.;
- 8,30% per la Niederwieser Bau S.r.l.;
- 4,37 % per la Transbagger S.r.l..

10.1.4. Tali quote di partecipazione all'a.t.i. erano state indicate in un'unica quota percentuale riferita ai lavori nel loro complesso, e quindi in modo differente rispetto all'indicazione delle *quote di esecuzione* dei lavori da affidare, le quali, invece, erano state indicate con riferimento ad ogni singola impresa in rapporto ad ogni singola categoria di lavori, e precisamente nella quota del 100% dei lavori della categoria OG.04 per la E.MA.PRI.CE S.p.A., nonché, per i lavori della categoria OG.03, nelle seguenti misure:

- 10,12 % per la E.MA.PRI.CE. S.p.A.;
- 18,51 % per la Nordbau Peskoller S.r.l.;
- 36,15 % per la Karl Wieser s.n.c.;
- 24,62 % per la Niederwieser Bau S.r.l.;
- 10,60 % per la Transbagger S.r.l..

10.1.5. La stazione appaltante, con lettera del 18 ottobre 2017, in sede di verifica dei requisiti dell'a.t.i. aggiudicataria e delle relative associate, rilevava che «*le mandanti del raggruppamento, per diverse categorie SOA, non soddisfano le condizioni previste dalla normativa, in particolare, dall'art. 61, comma 2, D.P.R. 2017/2010, tuttora vigente*», e che «*alla luce della citata normativa le attestazioni SOA oggetto di verifica non dimostrano, nei casi di*

*incremento di un quinto delle classifiche per le mandanti, la rispettiva qualificazione per una classifica pari ad almeno un quinto dell'importo dei lavori. Tale constatazione è, peraltro, corroborata dall'indicazione delle quote di partecipazione al raggruppamento, dove si indicano percentuali inferiori al predetto quinto», invitando quindi le imprese dell'a.t.i. aggiudicataria a fornire relativi chiarimenti, nonché specificando, nella successiva lettera del 24 ottobre 2017, che «il quesito posto con la nostra comunicazione del 18.10.2017 è finalizzato ad ottenere un chiarimento in ordine alla dimostrazione del possesso dei requisiti di partecipazione in capo al Vostro costituendo raggruppamento».*

10.1.6. Dopo la risposta delle imprese, comunicata con lettera del 27 ottobre 2017 cui erano allegate le tabelle riportanti i requisiti di qualificazione per le singole imprese e le quote di partecipazione, la stazione appellante, con ulteriore missiva dell'8 novembre 2018, chiedeva di «evidenziare se si è proceduto alla rimodulazione delle quote percentuali di partecipazione interna al raggruppamento e di mettere in evidenza le quote percentuali eventualmente modificate e in quale misura».

Seguiva la risposta delle imprese dell'a.t.i. aggiudicataria, con lettera del 27 novembre 2017, nella quale, in primo luogo, si affermava che, inalterate le quote di partecipazione indicate in sede di offerta, le imprese sarebbero in possesso dei requisiti di qualificazione, e si rimodulavano le quote di esecuzione rispetto a quelle indicate nell'allegato A1 dell'offerta. Nella stessa missiva le imprese dell'a.t.i. aggiudicataria, «anche in considerazione dei rilievi mossi con ricorso avanti al T.R.G.A. di Bolzano dal R.T.I. terzo classificato Strabag» (ossia, con il ricorso introduttivo del giudizio di primo grado definito con la sentenza n. 113/2018) e pur contestando la fondatezza di tali rilievi, proponevano una nuova ripartizione delle quote di partecipazione in una tabella dichiaratamente contenente «una modesta rettifica (inferiore al 5%) delle quote globali di partecipazione al Raggruppamento di ciascuna impresa».

10.2. Ciò posto in linea di fatto, si osserva che, in primo luogo, è fondato il profilo di censura con cui l'a.t.i. Strabag ha dedotto il difetto, sia in capo alla mandataria (Karl Wieser s.n.c.) sia in capo alla mandante Transbagger S.r.l. del sub-raggruppamento relativo ai lavori della categoria OG.03, del requisito minimo di qualificazione per la partecipazione richiesto dall'art. 92 d.P.R. n. 207/2010 [di persistente vigenza, arg. ex art. 217, comma 1), lettera u), numero 1), d.lgs. n. 50/2016, e con la precisazione, di natura generale, che la disposizione di rango primario di cui all'art. 48, comma 3, d.lgs. n. 50/2016 ribadisce il necessario – a pena di inammissibilità – possesso dei requisiti ex art. 84 d.lgs. n. 50/2016 in capo agli operatori economici raggruppati].

Premesso che la partecipazione in forma congiunta di più imprese associate alla realizzazione di opere di una categoria scorporabile implica necessariamente la formazione di un raggruppamento misto, nel quale, accanto al modello associativo di tipo verticale, che inerisce necessariamente alla previsione di scorporabilità, si affianca un'associazione di tipo orizzontale ai soli fini della realizzazione congiunta delle opere della categoria scorporabile, si osserva che, nel caso di specie, la qualità di mandataria del sub-raggruppamento orizzontale relativo ai lavori scorporabili di categoria OG.03 doveva ritenersi rivestita dalla Karl Wieser s.n., avendo la stessa assunto la quota di partecipazione/esecuzione del 36,15% (quale indicata in sede di offerta, poi modificata alla quota del 38,63% nella tabella di cui alla missiva

del 27 ottobre 2017, confermata nella missiva del 27 novembre 2017), e quindi una quota percentuale superiore rispetto alle altre componenti del sub-raggruppamento, e dovendo a norma dell'art. 92, comma 2, d.P.R. n. 207/2010 la mandataria essere individuata nel soggetto che assume i requisiti in misura percentuale superiore rispetto a ciascuna delle mandanti, apparendo a tal fine decisivo l'importo dei lavori assegnati. In tale contesto, a nulla rileva che le altre raggruppate (del sub-raggruppamento), assuntrici delle restanti quote di partecipazione/esecuzione, possano possedere, in astratto, un'attestazione SOA superiore all'importo dei lavori affidati o, in ipotesi, addirittura superiore alla attestazione SOA della mandataria, né rileva la mancanza di un'indicazione espressa della mandataria del sub-raggruppamento, unicamente rilevando il sopra evidenziato dato sostanziale.

Ritiene, al riguardo, il Collegio che – in difetto di una disposizione speciale derogatoria, e non distinguendo l'art. 48, comma 1, d.lgs. n. 50/2016 tra raggruppamenti orizzontali relativi alla categoria prevalente e raggruppamenti orizzontali relativi alle categorie scorporabili – nei raggruppamenti misti ogni sub-raggruppamento debba essere esaminato autonomamente, con la conseguenza che la verifica del possesso della qualificazione della mandataria nella misura minima del 40% (stabilita dall'art. 92, comma 2, d.P.R. n. 207/2010 per i raggruppamenti orizzontali negli appalti di lavori), con riferimento alla singola categoria scorporabile della cui realizzazione la stessa è partecipe unitamente a una o più mandanti, deve essere effettuata in capo all'impresa capogruppo del sub-raggruppamento.

La previsione, negli appalti di lavori, di una percentuale minima dei requisiti di qualificazione (da dimostrare attraverso le attestazioni coinvolgenti i livelli prestazionali delle singole imprese) in capo alla mandataria (40%) nei raggruppamenti orizzontali – ivi compresi, per le ragioni sopra esposte, i singoli sub-raggruppamenti –, assolve alla funzione di preservare, in forma specifica, l'interesse pubblico all'esatta e tempestiva esecuzione dell'appalto a regola d'arte, garantendo la capacità e l'affidabilità delle imprese che assumono il ruolo di capogruppo mandataria non solo sotto profilo economico-finanziario (costituente solo uno degli aspetti cui si ricollega il regime di responsabilità solidale della mandataria correlate ai rischi connessi all'esecuzione dei lavori, fino all'estinzione di ogni rapporto; v. art. 48, comma 15, d.lgs. n. 50/2016), ma anche sotto il profilo tecnico-organizzativo, in funzione dell'eventuale esecuzione diretta delle opere in caso di inadempimento di una delle imprese mandanti (per quanto qui interessa, in seno al sub-raggruppamento costituito per le opere scorporabili), mentre il requisito minimo di qualificazione in capo alle mandanti (10%) assolve alla funzione di evitare un'eccessiva polverizzazione delle imprese riunite in raggruppamento onde prevenire il connesso rischio di un'elusione delle garanzie di qualità nell'esecuzione delle opere, e di garantire l'esatto adempimento, 'in prima battuta', delle opere appaltate.

Non coglie, pertanto, nel segno l'argomento del T.r.g.a, per cui, essendo la mandataria capogruppo del r.t.i. misto (la E.MA.PRI.CE S.p.A) pacificamente, da sola, in possesso dei requisiti di qualificazione sia nella categoria prevalente OG.04 in classifica illimitata che in ciascuna delle categorie scorporabili (con particolare riguardo alla categoria OG.03), in forza del possesso di qualificazione SOA nella classifica VIII, non vi sarebbe ragione alcuna di individuare, in un raggruppamento di tipo misto, accanto alla impresa capogruppo mandataria dell'intero raggruppamento, la quale si assume la responsabilità complessiva dei lavori e la rappresentanze di tutte le imprese riunite nei confronti della stazione appaltante, un'ulteriore

impresa mandataria nell'ambito del sub-raggruppamento relativo ai lavori scorporabili. Infatti, siffatto argomento trascura, per un verso, la preminenza dell'interesse pubblico primario alla esatta, compiuta e tempestiva esecuzione delle opere (nella specie, di quelle scorporabili), da soddisfare per quanto possibile in forma specifica, e, per altro verso, la circostanza che l'aggiunta di un ulteriore soggetto solidalmente responsabile nei confronti della stazione appaltante ne rafforza gli strumenti di manleva.

Ebbene, nel caso di specie:

- la mandataria del sub-raggruppamento, Karl Wieser s.n.c., avrebbe dovuto possedere il requisito minimo di qualificazione del 40% pari ad euro 6.417.547,06, mentre la sua attestazione SOA classe V la abilitava ad eseguire lavori d'importo non superiore ad euro 5.165.000,00;

- la mandante Transbagger S.r.l., a fronte dell'importo minimo richiesto di euro 1.604.386,76, disponeva di un'attestazione SOA classe III-*bis*, ed era dunque abilitata ad eseguire lavori d'importo massimo di euro 1.500.000.

Ne deriva che entrambe le predette imprese difettavano dei requisiti minimi di qualificazione ai fini della partecipazione alla gara, non sanabili in sede di soccorso istruttorio attraverso un modificazione delle quote di partecipazione al sub-raggruppamento, trattandosi di vizi inficianti l'offerta nel suo complesso, di cui ciascuno autonomamente sufficiente a invalidare l'offerta medesima.

10.3. Merita, altresì, accoglimento il profilo di censura, con cui l'a.t.i. Strabag ha dedotto che le mandanti del sub-raggruppamento orizzontale relativo alla categoria di lavori OG.03 (il cui importo base ammontava a ad euro 16.043.867,65, di cui euro 1.290.294,34 per costi di sicurezza, specificamente indicata, per la voce in esame, nel disciplinare di gara), Nordbau Peskoller S.r.l. e Transbagger S.r.l., erano prive dei requisiti di qualificazione necessari per partecipare alla gara e per eseguire la quota dei lavori dichiarata nell'allegato A1 dell'offerta, con la conseguente violazione degli artt. 92, comma 2, e 61, comma 2, d.P.R. n. 207/2010, puntualmente richiamato nell'art. 1, paragrafo 2.4 del disciplinare di gara in aderenza al richiamato disposto normativo (con conseguente infondatezza del motivo di ricorso incidentale dell'a.t.i. E.MA.PRI.CE, volto a censurare il contrasto di tale previsione della *lex specialis* con l'art. 92, comma 2, d.P.R. n. 207/2010).

Infatti, la Nordbau, a fronte di una quota di partecipazione/esecuzione dichiarata del 18,51%, era in possesso della qualificazione SOA OG.03 classe IV, ed era dunque abilitata ad eseguire lavori fino ad un importo di euro 2.582.000, insufficiente a coprire la quota dichiarata, mentre la Transbagger, a fronte di una quota di partecipazione/esecuzione del 10,60%, con l'attestazione SOA classe III-*bis* era abilitata ad eseguire lavori d'importo massimo di euro 1.500.000,00, pure insufficiente a coprire la quota dichiarata.

Né, nel caso di specie, sussistevano i presupposti di cui all'art. 61, comma 2, d.P.R. n. 207/2010 per incrementare di un quinto la qualificazione delle predette imprese mandanti, non essendo le stesse qualificate per una classifica pari ad almeno un quinto dell'importo a base

di gara.

10.4. Parimenti fondato è il profilo di censura, con cui l'appellante a.t.i. Strabag deduce l'omessa pronuncia sul motivo proposto in primo grado con i motivi aggiunti, avente ad oggetto l'incertezza sull'assetto e sulla configurazione del soggetto aggiudicatario, con particolare riguardo alla proposta alternativa comunicata alla stazione appaltante con la lettera di chiarimenti del 27 novembre 2017.

Va preliminarmente rilevato in linea di diritto che, in seguito all'abrogazione, con il d.-l. n. 47/2014 convertito nella legge n. 80/2014, del principio di corrispondenza tra quote di partecipazione e quote di esecuzione, a norma dell'art. 92, comma 2, d.P.R. n. 207/2010 persiste pur sempre l'obbligo per le imprese di stabilire nell'offerta le *quote di partecipazione* al raggruppamento. Tali quote possono essere stabilite bensì «*liberamente*», ma «*entro i limiti consentiti dai requisiti di qualificazione posseduti dall'associato*». I raggruppamento concorrenti sono, altresì, tenuti a specificare le *quote di esecuzione* assunte dalle imprese riunite, fatta salva la facoltà di modifica delle sole quote di esecuzione indicate nell'offerta «*previa autorizzazione della stazione appaltante che ne verifica la compatibilità con i requisiti di qualificazione posseduti dalle imprese interessate*».

In altri termini, i requisiti di qualificazione devono 'coprire' la quota di partecipazione dichiarata nell'offerta, nel senso che possono essere posseduti in eccesso, ma non in difetto rispetto alla quota dichiarata (nonché, in ogni caso, nel rispetto dei requisiti minimi stabiliti, rispettivamente per la mandataria e per le mandanti, nel settore degli appalti di lavori), costituendo invero i requisiti di qualificazione un elemento essenziale dell'offerta, consentendo alla stazione appaltante di verificare, in sede di ammissione alla gara, l'affidabilità dell'offerta sotto il profilo dell'idoneità e capacità professionale delle imprese che assumono le rispettive quote di partecipazione. Ne consegue che le quote di partecipazione indicate nell'offerta non possono ritenersi modificabili *ex post* per sopperire ad eventuali carenze di qualificazione, a pena di incorrere nella violazione dei principi della *par condicio* fra i concorrenti e di trasparenza (così, ad es., dal numero dei concorrenti ammessi possono discendere rilevanti conseguenze nelle fasi successive della gara, ad es. in tema di individuazione dei criteri per la verifica dell'anomalia).

Deve, pertanto, escludersi l'operatività del soccorso istruttorio, non potendo tale istituto sopperire alla carenza di un requisito di qualificazione, e risolvendosi la 'sanatoria' della carenza dei requisiti di qualificazione, attraverso la modifica successiva delle quote di partecipazione dichiarate nell'offerta, in una modifica sostanziale degli elementi dell'offerta stessa.

Devono, invece, ritenersi modificabili unicamente le *quote di esecuzione* dichiarate nell'offerta – che, ormai, non devono più coincidere con le quote di partecipazione –, previa autorizzazione della stazione appaltante e verifica di compatibilità con i requisiti di qualificazione.

Peraltro, è la stessa sentenza appellata n. 113/2018 ad affermare – con statuizione *in parte qua* non specificamente impugnata – che «*la possibilità di modificare dopo l'aggiudicazione le*

*quote originarie di esecuzione rispetto a quelle di partecipazione costituisce un elemento del tutto irrilevante perché non concerne l'ammissione alla gara connessa, invece, alle quote di qualificazione e di partecipazione quali requisiti di partenza», con ciò correttamente ritenendo che l'indicazione della quota di partecipazione 'coperta' dai requisiti di qualificazione costituisca un elemento consustanziale all'offerta.*

A ciò si aggiunge che pure la stazione appaltante, nella lettera del 18 ottobre 2017, aveva rilevato la mancanza dei requisiti di qualificazione (v. *supra*, § 10.1.5.).

Ebbene, dovendo il possesso dei requisiti di partecipazione, sia generali che speciali, in capo a ciascuna partecipante al raggruppamento temporaneo sussistere, in modo continuativo, non solo al momento della scadenza del termine stabilito per la presentazione della domanda, ma anche al momento dell'aggiudicazione e della stipula del contratto, eventuali carenze non sono sanabili *ex post* in sede di gara, tanto meno dopo l'aggiudicazione.

Nel caso di specie, in sede di chiarimenti resi dall'a.t.i. aggiudicataria nella fase di verifica dei requisiti e in sede di soccorso istruttorio, nella missiva del 27 novembre 2017 è stata proposta una rimodulazione alternativa delle quote di partecipazione rispetto a quella indicata nell'allegato A1 dell'offerta tecnica e nella prima missiva del 27 ottobre 2017, rimettendo sostanzialmente alla discrezionalità della stazione appaltante la 'scelta' rispetto alla proposta alternativa, manifestamente volta a 'sanare' la carenza dei requisiti in relazione alle indicazioni originarie.

Anche il T.r.g.a., al capo 7.4 della sentenza n. 113/2018, ha rilevato che con l'ipotesi alternativa proposta nei chiarimenti del 27 novembre 2017 erano state rettificcate «*modestamente le quote globali di partecipazione di ciascuna impresa*», salvo a ritenerle irrilevanti, in quanto la composizione soggettiva del raggruppamento intero sarebbe rimasta invariata e la mandataria E.MA.PRI.CE S.p.A. sarebbe comunque, da sola, rimasta in possesso dei necessari requisiti.

Tale conclusione non appare, tuttavia, condivisibile, in quanto, in primo luogo, con la proposta modificazione delle quote di partecipazione, e, in concomitanza, delle quote di esecuzione, erano state introdotte delle rilevanti modifiche soggettive con particolare riguardo al sub-raggruppamento relativo alle categorie scorporabili – da cui, ad esempio, era stata addirittura estromessa la Transbagger S.r.l. (v., al riguardo, la rappresentazione grafica di cui al doc. 35 del fascicolo di primo grado dell'a.t.i. Strabag) –, con conseguente violazione dell'art. 48, comma 9, d.lgs. n. 80/2016, che pone il divieto di modificare la composizione del raggruppamento temporaneo rispetto a quella risultante dall'impegno assunto nell'offerta (salvo le eccezioni tassativamente delineate, non ricorrenti nella fattispecie *sub iudice*).

In secondo luogo, l'intervenuta modificazione delle quote di partecipazione contenuta nella proposta alternativa ha, per un verso, comportato la sostanziale indeterminabilità dell'offerta, e, per altro verso, è avvenuta in violazione del principio dell'immodificabilità dell'offerta, per le considerazioni più sopra svolte (con la precisazione che, per le ragioni esposte sopra *sub* § 10.2., irrilevante è, in tale contesto, la circostanza del possesso dei requisiti in capo alla mandataria del raggruppamento misto nella sua interessa).

10.5. Per le considerazioni innanzi svolte, di cui ciascuna autonomamente sufficiente a suffragare l'accoglimento *in parte qua* dell'appello incidentale dell'a.t.i. Strabag, in parziale riforma della sentenza n. 113/2018 e in accoglimento dei sopra esaminati profili di censura, s'impone l'annullamento dell'aggiudicazione disposta in favore dell'a.t.i. E.MA.PRI.CE, la quale avrebbe dovuta essere esclusa dalla gara unitamente alla seconda classificata a.t.i. Oberosler, con la conseguenza che va accolta la domanda risarcitoria in forma specifica di subingresso nell'aggiudicazione (e nello stipulando contratto) proposta dall'a.t.i. Strabag, previa verifica del possesso dei prescritti requisiti.

11. Resta assorbita ogni altra questione, ormai irrilevante ai fini della decisione.

12. Tenuto conto di ogni circostanza connotante la presente controversia, si ravvisano i presupposti di legge per dichiarare le spese del doppio grado di giudizio interamente compensate tra tutte le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sugli appelli come in epigrafe proposti e tra di loro riuniti (ricorsi n. 3804/2018 e n. 3805/2018), provvede come segue:

1.) respinge entrambi gli appelli principali, proposti dall'a.t.i. Oberosler, e le domande dell'interveniente, confermando *in parte qua* le impugnate sentenze;

2.) dichiara improcedibile e, comunque, infondato l'appello incidentale proposto dall'a.t.i. E.MA.PRI.CE nei confronti dell'a.t.i. Strabag;

3.) accoglie l'appello incidentale proposto dall'a.t.i. Strabag avverso la sentenza n. 113/2018, nei sensi di cui in motivazione, e, per l'effetto, in riforma dell'impugnata sentenza e in accoglimento dei correlativi motivi di ricorso di primo grado (come integrati dai motivi aggiunti), annulla l'aggiudicazione disposta in favore dell'a.t.i. E.MA.PRI.CE e dispone il subentro dell'a.t.i. Strabag nell'aggiudicazione e nello stipulando contratto (previa verifica del possesso dei requisiti);

4.) dichiara le spese del doppio grado di giudizio interamente compensate tra tutte le parti.

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

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del giorno 12 luglio 2018.

**Guida alla lettura**

Con la pronuncia del 15 ottobre 2018 n. 5919, la VI sezione del Consiglio di Stato si è pronunciata su due differenti appelli (ricorsi nn. 3804 e 3805), riuniti per riscontrata connessione oggettiva e soggettiva.

Ciò posto, e venendo ad individuare la questione di diritto esaminata dai Giudici del Supremo Consesso amministrativo, va rilevato come la stessa involge la partecipazione di più imprese associate alla realizzazione di opere di una categoria scorporabile.

Al riguardo, si precisa che una siffatta modalità di partecipazione implichi necessariamente la formazione di un **raggruppamento misto, nel quale accanto al modello associativo di tipo verticale, che inerisce necessariamente alla previsione di scorporabilità, si affianca un'associazione di tipo orizzontale ai soli fini della realizzazione congiunta delle opere della categoria scorporabile.**

Qualificata nei suddetti termini la specifica partecipazione alla procedura di gara, la Corte precisa che, in difetto di una disposizione speciale derogatoria, e non distinguendo l'art. 48, comma 1, D.lgs. n. 50/2016 tra raggruppamenti orizzontali relativi alla categoria prevalente e raggruppamenti orizzontali relativi alle categorie scorporabili, **nei raggruppamenti misti ogni sub-raggruppamento deve essere esaminato autonomamente, con la conseguenza che la verifica del possesso della qualificazione della mandataria nella misura minima del 40%** (così come previsto dall'art. 92, comma 2, d.P.R. n. 207/2010 per i raggruppamenti orizzontali negli appalti di lavori), **con riferimento alla singola categoria scorporabile della cui realizzazione la stessa è partecipe unitamente a una o più mandanti, deve essere effettuata in capo all'impresa capogruppo del sub-raggruppamento.**

Dopo aver elaborato l'esposto principio di diritto, il Collegio si sofferma sull'individuazione della ragione giustificativa della previsione legislativa della **quota di percentuale minima dei requisiti di qualificazione** (da dimostrare attraverso le attestazioni coinvolgenti i livelli prestazionali delle singole imprese) **in capo alla mandataria (40%)**, come anzi detto valevole per i raggruppamenti orizzontali, ivi compresi, per le ragioni sopra esposte, i singoli sub-raggruppamenti, al riguardo statuendo che essa **assolve alla funzione di preservare, in forma specifica, l'interesse pubblico all'esatta e tempestiva esecuzione dell'appalto a regola d'arte, garantendo la capacità e l'affidabilità delle imprese che assumono il ruolo di capogruppo mandataria non solo sotto il profilo economico-finanziario** (costituente solo uno degli aspetti cui si ricollega il regime di responsabilità solidale della mandataria correlate ai rischi connessi all'esecuzione dei lavori, fino all'estinzione di ogni rapporto – si veda l'art. 48, comma 15, D.lgs. n. 50/2016), **ma anche sotto il profilo tecnico-organizzativo**, in funzione dell'eventuale esecuzione diretta delle opere in caso di inadempimento di una delle imprese mandanti (per quanto qui interessa, in seno al sub-raggruppamento costituito per le opere scorporabili).

Per quanto attiene, poi, al differente (*rectius* opposto) **requisito minimo di qualificazione in capo alle mandanti (10%)**, esso **assolve alla funzione di evitare un'eccessiva polverizzazione delle imprese riunite in raggruppamento, onde prevenire il connesso rischio di un'elusione delle garanzie di qualità nell'esecuzione delle opere, e di garantire l'esatto adempimento, 'in prima battuta', delle opere appaltate.**

Ancora, i Giudici di Palazzo Spada rilevano come, **a seguito dell'abrogazione**, ad opera del D.l. n. 47/2014, convertito in L. n. 80/2014, **del principio di corrispondenza tra quote di partecipazione e quote di esecuzione, a norma dell'art. 92, comma 2, d.P.R. n. 207/2010 persiste pur sempre l'obbligo per le imprese di stabilire nell'offerta le quote di partecipazione al raggruppamento**. Tali quote possono essere stabilite «*liberamente*», ma «*entro i limiti consentiti dai requisiti di qualificazione posseduti dall'associato*». I raggruppamenti concorrenti sono, altresì, tenuti a specificare le *quote di esecuzione* assunte dalle imprese riunite, fatta salva la facoltà di modifica delle sole quote di esecuzione indicate nell'offerta «*previa autorizzazione della stazione appaltante che ne verifica la compatibilità con i requisiti di qualificazione posseduti dalle imprese interessate*».

In altri termini, **i requisiti di qualificazione devono 'coprire' la quota di partecipazione dichiarata nell'offerta, nel senso che possono essere posseduti in eccesso, ma non in difetto rispetto alla quota dichiarata** (nonché, in ogni caso, nel rispetto dei requisiti minimi stabiliti, rispettivamente per la mandataria e per le mandanti, nel settore degli appalti di lavori), **costituendo invero i requisiti di qualificazione un elemento essenziale dell'offerta, consentendo alla stazione appaltante di verificare, in sede di ammissione alla gara, l'affidabilità dell'offerta sotto il profilo dell'idoneità e capacità professionale delle imprese che assumono le rispettive quote di partecipazione**. Ne consegue che **le quote di partecipazione indicate nell'offerta non possono ritenersi modificabili ex post per sopperire ad eventuali carenze di qualificazione, a pena di incorrere nella violazione dei principi della par condicio fra i concorrenti e di trasparenza** (così, ad es., dal numero dei concorrenti ammessi possono discendere rilevanti conseguenze nelle fasi successive della gara, ad es. in tema di individuazione dei criteri per la verifica dell'anomalia).

Quanto da ultimo affermato costituisce il substrato normativo per **escludere l'operatività del soccorso istruttorio, non potendo tale istituto sopperire alla carenza di un requisito di qualificazione**, e risolvendosi la 'sanatoria' della carenza dei requisiti di qualificazione, attraverso la modifica successiva delle quote di partecipazione dichiarate nell'offerta, in una modifica sostanziale degli elementi dell'offerta stessa.

Devono, invece, **ritenersi modificabili unicamente le quote di esecuzione dichiarate nell'offerta – che, ormai, non devono più coincidere con le quote di partecipazione – previa autorizzazione della stazione appaltante e verifica di compatibilità con i requisiti di qualificazione**.

