

Immodificabilità della ripartizione delle quote di esecuzione del RTI.

di Isabella Raso

Data di pubblicazione: 5-2-2021

L'impegno ad eseguire l'appalto sulla base di una determinata ripartizione delle quote di esecuzione tra le imprese facenti parte di un raggruppamento temporaneo deve essere già definito al momento in cui si partecipa alla gara, come previsto dal più volte citato art. 48, comma 4, d.lgs. n. 50 del 2016, poiché in questo modo le imprese raggruppate formalizzano nei loro rapporti e nei confronti dell'amministrazione la misura entro la quale si assumeranno l'esecuzione del contratto e la corrispondente misura dei requisiti di qualificazione di cui devono essere in possesso. Ne segue che questo impegno non può essere modificato in corso di gara, attraverso il potere di soccorso istruttorio della stazione appaltante.

Guida alla lettura

La vicenda oggetto della presente pronuncia ruota intorno alla questione se l'indicazione delle quote di esecuzione in fase di offerta da parte di un raggruppamento temporaneo di imprese rappresenti un mero "vincolo di forma imposto al RTI", che in tal senso potrebbe quindi essere posticipato alla fase esecutiva, o invece un requisito di sostanza, la cui essenza verrebbe a determinare l'esclusione dalla gara.

La questione sottoposta alla Sezione V del Consiglio di Stato prende le mosse dall'intervenuta aggiudicazione dell'affidamento dei lavori di impermeabilizzazione di un canale adduttore disposta nei confronti di un RTI.

Avverso tale aggiudicazione è stato promosso ricorso dinanzi al Tar Lombardia – Milano dalla seconda graduata deducendone l'illegittimità per violazione della normativa in materia di raggruppamenti d'impresa. Lamentava, in particolare, che l'aggiudicataria avesse indicato in sede d'offerta un riparto di quote (40%, 40%, 20%) non conforme al disposto di cui agli artt. 83, co. 8, del d.lgs. n. 50 del 2016 e 92, co. 2, D.p.r. n. 207/2010, per cui la capogruppo deve possedere i requisiti ed eseguire le prestazioni in misura maggioritaria rispetto alle mandanti.

Il giudice di prime cure ha, però, ritenuto che l'indicazione contenuta nell'offerta dell'aggiudicataria fosse in realtà frutto di mero errore emendabile, con conseguente possibilità di rettificare le quote (nei termini di 41%, 39% e 20%) come richiesto dal RTI aggiudicatario dopo l'aggiudicazione. Infatti, veniva respinto il ricorso sul presupposto che gli art. 83, co. 8, d. lgs. n. 50 del 2016 e 92, co. 2 D.p.r. n. 207 del 2010, sulla base di "un'interpretazione comunitariamente orientata", consentirebbero di indicare le quote di esecuzione dopo l'aggiudicazione, trattandosi di un vincolo di mera "forma", come tale

rilevante solamente nella fase esecutiva dell'appalto. La seconda graduata ha, dunque, impugnato la predetta sentenza proponendo ricorso in appello nel quale ha dedotto l'erroneità della sentenza del Tar Lombardia – Milano per violazione delle norme di diritto interno e falsa applicazione di quelle comunitarie relativamente alla composizione dei raggruppamenti d'impresa., giacché la prima classificata aveva assunto una quota paritaria e dunque non “maggioritaria” né “superiore rispetto a ciascuna delle mandanti” come previsto dal combinato disposto degli art. 83, co. 8, d. lgs. n. 50 del 2016 e 92, co. 2, D.p.r. n. 207 del 2010.

Sulla questione si era registrato un orientamento giurisprudenziale (*ex multis* Cons. Stato, Sez. V, 24 giugno 2020, n. 4050; Cons. Stato, Sez. V, 27 ottobre 2020, n. 6559) che, prendendo le mosse dall'Adunanza Plenaria n. 6 del 2019, affermava il principio della “*piena libertà delle imprese partecipanti al raggruppamento di suddividere tra loro le quote di esecuzione dei lavori, sia in via preventiva (art. 92, co. 2, secondo periodo), sia in via successiva (art. 92, co. 2, quarto periodo, sia pure previa autorizzazione), con l'unico limite che si rinviene nei requisiti di qualificazione posseduti dall'impresa associata*”.

Tuttavia, con la pronuncia in commento la Sezione V, richiamando i principi espressi in Cons. Stato, sez.V, 31 luglio 2019, n. 5427 in base ai quali:

- “*la mandataria di un raggruppamento orizzontale (in quel caso sub-raggruppamento orizzontale all'interno di un raggruppamento misto, contraddistinto dalla suddivisione paritaria al 50% delle quote di esecuzione) **deve assumere i requisiti in misura superiore alle mandanti;***
- *in questa ipotesi **si è in presenza di carenze non passabili di soccorso istruttorio in quanto non afferenti a profili o irregolarità formali**, bensì alla conformazione strutturale del concorrente, analogamente all'ipotesi considerata dall'Adunanza Plenaria n. 6 del 2019 e idonee a determinare l'esclusione del raggruppamento a prescindere dal possesso dei requisiti in capo ai suoi singoli componenti;*
- *inoltre, **non rileva in contrario la circostanza, pure dedotta dalle parti resistenti, che il raggruppamento aggiudicatario sarebbe comunque qualificato anche laddove si seguisse la regola della partecipazione maggioritaria della mandataria al raggruppamento, poiché quest'ultima non afferisce al possesso in sé dei requisiti, bensì all'individuazione dell'impresa (sub)mandataria come tale, nonché, conseguentemente, all'assunzione da parte di questa dei requisiti in misura maggioritaria ai sensi dell'art. 92, co. 2, D.p.r. n. 207 del 2010**”.*

Dunque, l'inesperibilità del c.d. soccorso istruttorio è motivato dal Collegio sulla necessità di evitare che siano consentite modifiche postume, ovvero successive, di carattere sostanziale all'offerta perché è nella fase di presentazione delle offerte che si formalizzano i rapporti tra i raggruppamenti temporanei di imprese e nei confronti della stazione appaltante. Questo impegno non può essere modificato in corso di gara, pena l'esclusione dalla gara perché, altrimenti, si consentirebbero eventuali aggiustamenti secondo convenienza in relazione ai requisiti di qualificazione in concreto utilizzabili da ciascuna impresa consorziata, e comunque si consentirebbe di mutare le condizioni economiche e di futura esecuzione del contratto attraverso una differente ripartizione

delle relative quote.

Prendendo le mosse dall'Adunanza Plenaria n. 26 del 2012, il Collegio sottolinea, altresì, che “l'obbligo di specificazione delle quote di esecuzione del contratto è espressione di un principio generale che va assolto a pena di esclusione in sede di formulazione dell'offerta, poiché soddisfa l'esigenza, consustanziale alla funzione dei raggruppamenti, che risulti quale sia il ruolo operativo assegnato a ciascuna delle imprese raggruppate e consorziate, allo scopo di evitare che si avvalgano del raggruppamento non per unire le rispettive disponibilità tecniche e finanziarie, ma per aggirare le norme di ammissione nel bando e consentire la partecipazione di imprese non qualificate”.

Infine, con riferimento alla conformità tra le summenzionate norme di diritto interno al diritto europeo, la stazione appaltante e la controinteressata sostengono che sarebbero violati i limiti entro cui gli Stati membri sono facoltizzati ai sensi dell'art. 19, par. 2, secondo periodo, della direttiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici, a stabilire le modalità con cui i raggruppamenti temporanei di imprese devono ottemperare ai requisiti di qualificazione necessari a partecipare a procedure di affidamento. Sul punto, il Collegio sostiene che la norma in questione, in realtà, ammette che gli Stati membri possano conformare in via generale la composizione degli RTI per assicurarne la necessaria qualificazione ai fini dell'assunzione dell'appalto pubblico e dunque la corretta esecuzione del contratto. Ciò con l'obiettivo di assicurare che *“al formale ruolo della mandataria di interlocutore principale dell'amministrazione, in qualità di rappresentante delle imprese raggruppate nei confronti di quest'ultima, corrisponda sul piano sostanziale una sua maggiore responsabilità nell'esecuzione dell'appalto”*.

Il Consiglio di Stato**in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)**

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 6616 del 2020, proposto da Sodis s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Luca Griselli e Marco Salina, con domicilio eletto presso il loro studio in Roma, via Attilio Regolo n.12/D/A/8;

contro

Consorzio Est Ticino Villoresi, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Stefano Crisci ed Andrea Barra, con domicilio eletto presso lo studio del primo in Roma, piazza Verdi n. 8;

nei confronti

Civelli Costruzioni s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Maurizio Zoppolato, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Properzio n. 5;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia (Sezione Prima) n. 1514/2020, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Civelli Costruzioni s.r.l. e del Consorzio Est Ticino Villorresi;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza tenuta da remoto, ai sensi dell'art. 25 d.l. 28 ottobre 2020, n. 137, del giorno 15 dicembre 2020 il Cons. Valerio Perotti;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Risulta dagli atti che nel mese di giugno del 2019 il Consorzio di Bonifica Est Ticino Villorresi indiceva quattro distinte procedure di gara per l'affidamento dei lavori di impermeabilizzazione del canale adduttore Villorresi nei Comuni di Somma Lombardo, Vizzola Ticino, Arconate, Busto Garolfo e Parabiago – Tratta Nord, del valore di € 7.276.000, suddivisa in due lotti, entrambi aggiudicati (con determinazione n. 8019 del 17 dicembre 2019 del Consorzio di Bonifica) all'Ati facente capo alla Civelli Costruzioni s.r.l., e aventi quali mandanti le società Giudici s.p.a. e Puricelli Ambiente Verde s.r.l..

Con ricorso al Tribunale amministrativo della Lombardia – sede di Milano, la Sodis s.r.l., classificatasi seconda in graduatoria in entrambi i lotti, impugnava l'aggiudicazione relativa al lotto 1, del valore di € 3.716.000. La ricorrente deduceva che l'aggiudicataria Civelli avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara (che per l'effetto sarebbe stata aggiudicata alla ricorrente) per violazione della normativa in materia di raggruppamenti d'impresе. Lamentava, in particolare, che l'aggiudicataria avesse indicato in sede d'offerta un riparto di quote (40%, 40%, 20%) non rispettoso della regola di cui agli artt. 83, comma 8, del d.lgs. n. 50 del 2016 e 92, comma 2, d.P.R. n. 207 del 2010 (norma, quest'ultima, applicabile al caso di specie in ragione di quanto previsto dall'art. 216, comma 15, d.lgs. n. 50 del 2016), per cui la capogruppo deve possedere i requisiti ed eseguire le prestazioni in misura maggioritaria rispetto alle mandanti.

All'esito del giudizio cautelare, il giudice adito riteneva però che l'indicazione contenuta

nell'offerta dell'aggiudicataria fosse in realtà frutto di un mero errore emendabile, con conseguente possibilità di rettificare le quote (nei termini di 41%, 39% e 20%), come effettivamente fatto dall'Ati Civelli dopo l'aggiudicazione, con nota inviata per posta elettronica in data 13 gennaio 2020 al Consorzio di Bonifica, e la contestazione mossa dalla Sodis.

La pronunzia cautelare veniva tuttavia riformata dalla V Sezione del Consiglio di Stato, adita in sede di appello, con ordinanza n. 827 del 2020, alla luce di un recente orientamento (Cons. Stato, V, 12 febbraio 2020, n. 1074), con cui veniva ribadito che mandataria e mandante non possono assumere quote paritarie e, nello stesso tempo, che le quote non possono essere "corrette" per rimediare ad eventuali errori commessi in fase di formulazione dell'offerta.

Costituitasi nelle more in giudizio, la controinteressata Civelli Costruzioni concludeva per il rigetto del ricorso, siccome infondato.

Con sentenza 3 agosto 2020, n. 1514, il Tribunale amministrativo della Lombardia respingeva il ricorso, sul presupposto che gli art. 83, comma 8, d.lgs. n. 50 del 2016 e 92 comma 2 d.P.R. n. 207 del 2010, sulla base di "un'interpretazione comunitariamente orientata", consentirebbero di indicare le quote di esecuzione dopo l'aggiudicazione, trattandosi di un vincolo di mera "forma", come tale rilevante solamente nella fase esecutiva dell'appalto.

Avverso tale decisione Sodis interponeva appello, deducendo i seguenti motivi di impugnazione:

1) Erroneità della sentenza del TAR, per violazione delle norme di diritto interno e falsa applicazione di quelle comunitarie relativamente alla composizione dei raggruppamenti d'impresa, nonché per violazione delle norme sul rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia (art. 19 par.3 lett. b) del TUE e art. 267 del TFUE).

2) Erroneità della sentenza del TAR, per violazione delle norme della *lex specialis* relative alla composizione dei raggruppamenti d'impresa.

3) Ulteriori considerazioni conclusive sulla sentenza del TAR.

Si costituivano in resistenza all'appello il Consorzio Est Ticino Villosesi e la Civelli Costruzioni.

Successivamente le parti ulteriormente precisavano, con apposite memorie, le rispettive tesi difensive ed all'udienza del 15 dicembre 2020 la causa veniva trattenuta in decisione.

DIRITTO

Con il primo motivo di appello viene dedotta la violazione, nella formulazione dell'offerta di Civelli Costruzioni, dei principi imperativi di cui agli artt. 48 (commi 4 e 9) ed 83, comma 8, del

d.lgs n. 50 del 2016, nonché 92, comma 2, del d.P.R. n. 207 del 2010.

In estrema sintesi, sul presupposto (risultante per tabulas) che in sede di offerta la capogruppo Civelli Costruzioni avesse assunto una quota paritaria - dunque non “maggioritaria” né “superiore rispetto a ciascuna delle mandanti”, come preteso rispettivamente dai sopra citati artt. 83 comma 8, e 92 comma 2 -, si ribadisce che detta offerta avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara senza possibilità di ricorrere all’istituto del soccorso istruttorio, ovvero di altra forma di modifica delle quote indicate nell’offerta, evenienza cui osterebbe l’espresso divieto sancito dall’art. 48, comma 9 del d.lgs. n. 50 del 2016.

Il motivo è fondato.

Ai sensi dell’art. 83, comma 8, del d.lgs. n. 50 del 2016, “Le stazioni appaltanti indicano le condizioni di partecipazione richieste, che possono essere espresse come livelli minimi di capacità, congiuntamente agli idonei mezzi di prova, nel bando di gara o nell’invito a confermare interesse ed effettuano la verifica formale e sostanziale delle capacità realizzative, delle competenze tecniche e professionali, ivi comprese le risorse umane, organiche all’impresa, nonché delle attività effettivamente eseguite. Per i soggetti di cui all’articolo 45, comma 2, lettere d), e), f) e g), nel bando sono indicate le eventuali misure in cui gli stessi requisiti devono essere posseduti dai singoli concorrenti partecipanti. La mandataria in ogni caso deve possedere i requisiti ed eseguire le prestazioni in misura maggioritaria. I bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione rispetto a quelle previste dal presente codice e da altre disposizioni di legge vigenti. Dette prescrizioni sono comunque nulle”.

A sua volta, l’art. 92, comma 2, del d.P.R. n. 207 del 2010 prevede che “Per i raggruppamenti temporanei di cui all’articolo 34, comma 1, lettera d), del codice [...] di tipo orizzontale, i requisiti di qualificazione economico-finanziari e tecnico-organizzativi richiesti nel bando di gara per l’impresa singola devono essere posseduti dalla mandataria o da un’impresa consorziata nella misura minima del 40 per cento e la restante percentuale cumulativamente dalle mandanti o dalle altre imprese consorziate ciascuna nella misura minima del 10 per cento.

Le quote di partecipazione al raggruppamento o consorzio, indicate in sede di offerta, possono essere liberamente stabilite entro i limiti consentiti dai requisiti di qualificazione posseduti dall’associato o dal consorziato. Nell’ambito dei propri requisiti posseduti, la mandataria in ogni caso assume, in sede di offerta, i requisiti in misura percentuale superiore rispetto a ciascuna delle mandanti con riferimento alla specifica gara.

I lavori sono eseguiti dai concorrenti riuniti secondo le quote indicate in sede di offerta, fatta salva la facoltà di modifica delle stesse, previa autorizzazione della stazione appaltante che ne verifica la compatibilità con i requisiti di qualificazione posseduti dalle imprese interessate”.

Risulta dagli atti che in sede di offerta la capogruppo Civelli Costruzioni s.r.l. ha assunto una quota paritaria e dunque non “maggioritaria” né “superiore rispetto a ciascuna delle mandanti”, come invece rispettivamente previsto dagli artt. 83, comma 8, d.lgs. n. 50 del 2016

e 92, comma 2, d.P.R. n. 207 del 2010.

Sul punto, il primo giudice ha ritenuto che “l’interpretazione comunitariamente orientata, cui è tenuto l’organo giurisdizionale, rende agevole intendere il dettato dell’art.83 del d.lvo 2016 n. 50 e dell’art.92 del d.p.r. 2010 n. 207 nel senso che la mandataria deve possedere i requisiti ed eseguire le prestazioni in misura maggioritaria, ma resta fermo che l’indicazione delle quote di esecuzione ben può essere effettuata dopo l’aggiudicazione, trattandosi di un vincolo di forma imposto al RTI”; per l’effetto, il ricorso della Sodis veniva respinto, dovendosi prescindere dalle quote che l’Ati Civelli aveva indicato in sede di gara (ossia 40%, 40% e 20%), per considerare soltanto quelle che sarebbero state indicate in seguito, dopo l’aggiudicazione (ossia 41%, 40% e 19%), che a tal punto vedevano la capogruppo Civelli titolare di una quota maggioritaria.

L’odierna vertenza ruota quindi sulla questione se l’indicazione delle quote di esecuzione rappresenti un mero “vincolo di forma imposto al RTI” – che in tale potrebbe essere posticipato alla fase esecutiva – o invece un requisito di sostanza, la cui assenza verrebbe a determinare l’esclusione dalla gara.

A sostegno della seconda ipotesi milita il dettato dell’art. 48, comma 4 ,del d.lgs, n. 50 del 2016, per cui “Nel caso di lavori [...] nell’offerta devono essere specificate le categorie di lavori [...] che saranno eseguite dai singoli operatori economici riuniti”.

Sul punto vanno confermati i principi espressi da questa Sezione, ed in particolare da Cons. Stato, V, 31 luglio 2019, n. 5427, richiamato dall’originaria ricorrente, in base ai quali:

- la mandataria di un raggruppamento orizzontale (in quel caso sub-raggruppamento orizzontale all’interno di un raggruppamento misto, contraddistinto dalla suddivisione paritaria al 50% delle quote di esecuzione) deve assumere i requisiti in misura superiore alle mandanti;
- in questa ipotesi si è in presenza di carenze non passibili di soccorso istruttorio in quanto non afferenti a profili o irregolarità formali, “bensì alla conformazione strutturale del concorrente, analogamente all’ipotesi considerata dall’Adunanza Plenaria n. 6 del 2019 - e idonee a determinare l’esclusione del raggruppamento a prescindere dal possesso dei requisiti in capo ai suoi singoli componenti”;
- inoltre, non rileva in contrario la circostanza, pure dedotta dalle parti resistenti, che il raggruppamento aggiudicatario sarebbe comunque qualificato anche laddove si seguisse la regola della partecipazione maggioritaria della mandataria al raggruppamento, poiché quest’ultima “non afferisce al possesso in sé dei requisiti, bensì all’individuazione dell’impresa (sub)mandataria come tale, nonché - conseguentemente - all’assunzione da parte di questa dei requisiti in misura maggioritaria ai sensi dell’art. 92, comma 2, d.p.r. n. 207 del 2010”.

L’inesperibilità, in tale contesto, del cd. soccorso istruttorio è stata peraltro ribadita da questa Sezione con la sentenza 12 febbraio 2020 n. 1074, sulla base dell’esigenza di evitare che siano consentite modifiche di carattere sostanziale all’offerta “tale dovendosi ritenere la

diversa ripartizione delle quote tra le componenti il raggruppamento”. Deve pertanto ritenersi non consentita la modifica postuma – ovvero successiva a quella inizialmente dichiarata ai sensi dell’art. 48, comma 4, d.lgs. n. 50 del 2016 – delle quote all’interno del raggruppamento aggiudicatario, nel caso di specie comunicata con la sopra citata nota della Civelli Costruzioni in data 13 gennaio 2020.

Diversamente da quanto sostenuto dalle parti resistenti, quest’ultimo precedente è in termini con la presente fattispecie contenziosa: anche in quel caso aveva partecipato un raggruppamento temporaneo di tre imprese con suddivisione orizzontale delle quote di esecuzione in 40, 40 e 20 per cento, con successiva modifica in aumento a 40,1% della quota assunta dalla mandataria e riduzione in 39,9% della quota della mandante, in riscontro ai rilievi critici della commissione di gara (cfr. il § 7 della sentenza). Inoltre, come nel caso del precedente in questione, anche nel caso della procedura di affidamento oggetto del presente giudizio la regola della partecipazione necessariamente maggioritaria della capogruppo mandataria nell’ambito di un raggruppamento temporaneo di imprese era espressamente richiesta dalla normativa di gara, all’art. 3.7, ultimo periodo, del disciplinare di gara predisposto dal Consorzio di Bonifica Est Ticino Villoresi, sotto espressa comminatoria di esclusione. La clausola ora richiamata è infatti così formulata: “In ogni caso, a pena di esclusione, la capogruppo deve possedere il requisito in misura maggioritaria” ed in assenza di impugnazione in via incidentale da parte del raggruppamento temporaneo aggiudicatario essa deve considerarsi vincolante per la stessa stazione appaltante che la ha predisposta (in questo senso, di recente: Cons. Stato, III, 30 settembre 2020, n. 5746; V, 23 novembre 2020, n. 725, 8 maggio 2019, n. 2991).

Deve pertanto ribadirsi che l’impegno ad eseguire l’appalto sulla base di una determinata ripartizione delle quote di esecuzione tra le imprese facenti parte di un raggruppamento temporaneo deve essere già definito al momento in cui si partecipa alla gara, come previsto dal più volte citato art. 48, comma 4, d.lgs. n. 50 del 2016, poiché in questo modo le imprese raggruppate (così come quelle consorziate) formalizzano nei loro rapporti e nei confronti dell’amministrazione la misura entro la quale si assumeranno l’esecuzione del contratto e la corrispondente misura dei requisiti di qualificazione di cui devono essere in possesso (ex multis, Cons. Stato, V, 21 giugno 2017, n. 3029). Ne segue che questo impegno non può essere modificato in corso di gara, attraverso il potere di soccorso istruttorio della stazione appaltante. Infatti, in questo modo si consentirebbero eventuali aggiustamenti secondo convenienza in relazione ai requisiti di qualificazione in concreto utilizzabili da ciascuna impresa consorziata, e comunque si consentirebbe di mutare le condizioni economiche e di futura esecuzione del contratto attraverso una differente ripartizione delle relative quote.

In questo senso si è del resto espressa l’Adunanza plenaria di questo Consiglio di Stato, nella sentenza 5 luglio 2012, n. 26, laddove evidenzia che l’obbligo di specificazione delle quote di esecuzione del contratto è espressione di un principio generale che va assolto a pena di esclusione in sede di formulazione dell’offerta, poiché soddisfa l’esigenza, consustanziale alla funzione dei raggruppamenti, che risulti quale sia il ruolo operativo assegnato a ciascuna delle imprese raggruppate e consorziate, allo scopo di evitare che si avvalgano del raggruppamento non per unire le rispettive disponibilità tecniche e finanziarie, ma per aggirare le norme di ammissione nel bando e consentire la partecipazione di imprese non qualificate.

Erroneamente, quindi, la sentenza impugnata ha ritenuto che l'indicazione delle quote di esecuzione fosse un elemento attinente alla "forma", trattandosi invece di un requisito di carattere sostanziale.

Al contrario, si tratta di requisiti di sostanza, che afferiscono al contenuto stesso dell'offerta, di talché deve ritenersi che le norme nazionali che ne impongono l'indicazione anticipata siano conformi al diritto euro-unitario.

Con specifico riguardo a quest'ultimo, l'ente aggiudicatore e la controinteressata prospettano possibili profili di contrasto dell'obbligo posto dalla normativa nazionale a carico della mandataria di assumere una quota di esecuzione e una corrispondente qualificazione in misura necessariamente maggioritaria rispetto alle componenti del raggruppamento temporaneo orizzontale, ai sensi dell'art. 83, comma 8, d.lgs. n. 50 del 2016. Si sostiene che sarebbero con ciò violati i limiti entro cui gli Stati membri sono facoltizzati ai sensi dell'art. 19, par. 2, secondo periodo, della direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici, a stabilire le modalità con cui i raggruppamenti devono ottemperare ai requisiti di qualificazione necessari a partecipare a procedure di affidamento. Secondo le parti resistenti l'obbligo in questione non sarebbe "proporzionato e giustificato da motivazioni obiettive". Ciò nella misura in cui l'obiettivo di evitare che la mandataria possa assumere "una posizione secondaria nella esecuzione dei lavori" (così Cons. Stato, V, 8 febbraio 2017, n. 560, richiamata dalla Civelli Costruzioni), resterebbe affidato ad "un criterio di mera superiorità matematica", in ipotesi anche sulla base di una partecipazione della mandataria maggioritaria per una sola frazione di unità, senza consentire invece la partecipazione paritaria con una mandante, quando sia comunque rispettato il limite minimo del 40% fissato dall'art. 92, comma 2, d.P.R. n. 207 del 2010.

La questione è tuttavia per un verso irrilevante, a causa della mancata impugnazione in via incidentale della comminatoria di esclusione prevista dal sopra citato art. 3.7 del disciplinare di gara, cui la controinteressata Civelli Costruzioni era onerata una volta posta in discussione, attraverso il ricorso della Sodis, la sua partecipazione alla gara in raggruppamento temporaneo orizzontale con suddivisione paritaria delle quote di esecuzione dell'appalto con una mandante.

La medesima questione per altro verso non prospetta alcun ragionevole dubbio sull'esatta interpretazione al diritto euro-unitario, tale da richiederne il deferimento ai sensi dell'art. 267 TFUE alla Corte di giustizia dell'Unione europea.

Deve premettersi al riguardo che il citato art. 19, par. 2, secondo periodo, della direttiva 2014/24/UE ammette che gli Stati membri possano conformare in via generale la composizione dei raggruppamenti temporaneo di imprese per assicurarne la necessaria qualificazione ai fini dell'assunzione dell'appalto pubblico e dunque la corretta esecuzione del contratto. Ciò posto, a tal fine costituisce obiettivo legittimo quello di evitare un'eccessiva frammentazione tra gli operatori economici partecipanti al raggruppamento temporaneo orizzontale ed assicurare che al formale ruolo della mandataria di interlocutore principale dell'amministrazione, in qualità di rappresentante delle imprese raggruppate nei confronti di quest'ultima (cfr. sul punto Corte cost. 7 maggio 2020, n. 85), corrisponda sul piano

sostanziale una sua maggiore responsabilità nell'esecuzione dell'appalto. Quindi, rispetto all'obiettivo ora esposto si palesa coerente il combinato disposto, derivante dagli artt. 92, comma 2, d.P.R. n. 207 del 2010 e 83, comma 8, del Codice dei contratti pubblici, della partecipazione minima della mandataria al raggruppamento e della qualificazione ed esecuzione delle prestazioni in misura maggioritaria rispetto alle mandanti. L'una e l'altra disposizione convergono nel limitare la partecipazione della mandante nel senso che questa non può comunque mai equivalere a quello della mandataria, la quale sua volta non può essere in misura inferiore al 40%: in caso contrario la prima assumerebbe all'interno del raggruppamento temporaneo un ruolo pari a quello della seconda, senza che a ciò si accompagni tuttavia un potere rappresentativo nei rapporti con la stazione appaltante.

Il fatto poi che nel suo ineliminabile fondamento matematico la regola complessivamente derivante dalle due disposizioni di diritto interno in esame consenta partecipazioni della mandataria in ipotesi maggiori rispetto alla mandante anche di una sola frazione di unità non è indice della sua mancanza di coerenza con l'obiettivo sopra precisato. Essa costituisce al contrario una conseguenza derivante dal temperamento delle esigenze delle amministrazioni aggiudicatrici, sopra esposte, con la libertà degli operatori economici di raggrupparsi tra loro per assumere appalti pubblici. Sotto il profilo ora evidenziato è quindi evidente l'assenza di profili di sproporzione pure sollevati dalle parti resistenti, e che nel caso di specie sono oltretutto smentiti dal fatto che con riguardo al lotto 2 della medesima procedura di gara in contestazione nel presente giudizio l'Ati Civelli ha rispettato la regola in esame.

Con il secondo motivo di appello la sentenza di primo grado viene censurata nella parte in cui contesta alla ricorrente Sodis s.r.l. di non aver impugnato il disciplinare di gara (in particolare, per quanto concerne le previsioni di cui ai punti 3.6.1, 3.7.1 e 4.1.4). Il primo giudice, in particolare, muovendo dal presupposto per cui l'indicazione fin dall'offerta di una quota di esecuzione prevalente in capo alla mandataria sarebbe stata necessaria, a pena di esclusione, solamente qualora espressamente richiesto dalla *lex specialis*, rilevava come quest'ultima nulla prevedesse al riguardo, senza che, d'altra parte, la ricorrente avesse puntualmente censurato tale "omissione".

In realtà, deduce l'appellante, anche a voler seguire il ragionamento sotteso al capo della sentenza appellata, lo stesso non consentirebbe in ogni caso di superare la regola imperativa di legge (art. 83, comma 8 del d.lgs. n. 50 del 2016) per cui "la mandataria deve in ogni caso" intestarsi una quota esecutiva di maggioranza.

Anche questo motivo è fondato.

Da un lato, infatti, poco conta il fatto che il disciplinare (o altra disposizione della *lex specialis*) preveda o meno una regola già prevista dalla disciplina legislativa in materia di appalti, poiché quest'ultima dovrebbe comunque trovare applicazione (sia in caso di silenzio della legge di gara, sia nell'eventualità di una previsione con essa contrastante).

D'altro canto, neppure persuade la lettura del disciplinare data, al riguardo, dalla sentenza appellata.

In particolare, il tenore testuale del punto 3.4 del disciplinare fa propendere verso una soluzione di segno diverso, nel puntualizzare (al par. 2) che “E’ consentita la partecipazione a raggruppamenti temporanei [...] devono essere specificati, a pena di esclusione, le parti dell’opera che saranno eseguite dai singoli operatori economici riuniti, indicando le percentuali che verranno svolte da ciascun concorrente e le relative attività”.

Nel parlare di percentuali che verranno “svolte” da ciascun concorrente, da considerarsi requisiti di partecipazione alla gara giusta quanto espressamente detto nel precedente par. 1, deve infatti concludersi che la loro mancata (o illegittima) indicazione è causa di esclusione dalla gara, non già di (eventuale) revoca dell’aggiudicazione.

Ancora, il punto 3.7 del disciplinare prevedeva, a pena di esclusione dalla gara, che i requisiti di partecipazione precedentemente indicati avrebbero dovuto essere posseduti “[...] cumulativamente dal raggruppamento, fermo restando che, a norma dell’art. 92 del DPR 207/2010, la capogruppo deve possedere idonea attestazione SOA per un valore almeno pari al 40,00% dell’importo a base di gara e la restante percentuale deve essere posseduta cumulativamente dalle mandanti o dalle altre imprese consorziate ciascuna nella misura minima del 10 per cento”. “In ogni caso”, precisa inequivocabilmente la disposizione di gara, “a pena di esclusione la capogruppo deve possedere il requisito in misura maggioritaria”, come già in precedenza esposto.

Il richiamo espresso all’art. 92 d.P.R. n. 207 del 2010 rimanda poi all’indicazione delle quote nell’offerta da esso prevista.

Neppure convince la lettura data dalla sentenza impugnata al punto 4.1.4 del disciplinare, secondo cui “in sede di offerta è sufficiente l’impegno a costituirsi e ad eseguire i lavori in misura coerente con la normativa di riferimento, mentre la precisazione delle quote di esecuzione è richiesta, a pena di esclusione, solo dopo l’aggiudicazione, tanto che è configurata come meramente eventuale, ossia come solo possibile ma non obbligatoria, l’indicazione in offerta dell’“eventuale suddivisione” dei requisiti di partecipazione all’interno del raggruppamento”. La disposizione in esame, in realtà, non si riferisce alla “quota di esecuzione” (che, come già detto, va indicata già nell’offerta, in ragione di quanto disposto dagli artt. 48, comma 4 d.lgs. n. 50 del 2016 e 92 comma 2 d.P.R. n. 207 del 2010, oltre che dal punto 3.4.2 del disciplinare di gara), bensì ai “requisiti di partecipazione”; il riferimento ivi contenuto alla “eventuale suddivisione all’interno del raggruppamento”, dunque, non attiene alla fase esecutiva del contratto (post aggiudicazione).

L’accoglimento dei primi due motivi di appello è assorbente del terzo, con il quale vengono variamente sollevate censure in ordine alla rilevanza, in ordine alla fattispecie controversa, di alcuni riferimenti normativi contenuti nella sentenza impugnata.

Conclusivamente, alla luce dei rilievi che precedono, l’appello va accolto, con conseguente accoglimento del ricorso proposto da Sodis s.r.l. nel precedente grado di giudizio.

Le spese, liquidate come da dispositivo, seguono la soccombenza.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie, per l'effetto accogliendo, in riforma dell'impugnata sentenza, il ricorso proposto da Sodis s.r.l. nel precedente grado di giudizio.

Condanna il Consorzio Est Ticino Villoresi e la Civelli Costruzioni s.r.l., in solido tra loro, al pagamento in favore di Sodis s.r.l. delle spese di lite del doppio grado di giudizio, che liquida in euro 10.000,00 (diecimila/00) complessivi, oltre Iva e Cpa se dovuti.

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