

Publicato il 29/12/2022

**N. 11596/2022REG.PROV.COLL.
N. 02081/2022 REG.RIC.**



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 2081 del 2022, proposto da Giudici s.p.a. in proprio e quale mandataria dell'associazione temporanea di impresa con Crezza s.r.l., Livio Impianti s.r.l., Civelli Costruzioni s.r.l., Consorzio Stabile 3 Emme Difesa Ambiente e Territorio Società Consortile a r.l., Colman Luca s.r.l., come mandanti, in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dagli avvocati Giovanni Nappi e Ettore Notti, con domicilio digitale come da PEC tratta dai Registri di Giustizia;

contro

A.n.a.s. s.p.a., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dagli avvocati Maria Stefania Masini, Paola Cannata e Elena Cardamone, con domicilio digitale come da PEC tratta dai Registri di Giustizia;

nei confronti

Valori s.c. a r.l., in persona del legale rappresentante, rappresentato e difeso dagli avvocati Rocco De Bonis, Francesco Mollica, Gianluigi Pellegrino, Francesco Zaccone e Mariano Maggi, con domicilio digitale come da PEC tratta dai Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia (Sezione Quarta) n. 365/2022, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Valori s.c.a r.l. e di A.n.a.s. s.p.a.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 27 ottobre 2022 il Cons. Federico Di Matteo e uditi per le parti gli avvocati Ettore Notti, Maria Stefania Masini, Gianluigi Pellegrino e Francesco Zaccone;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con bando di gara pubblicato in Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana il 23 dicembre 2020 e nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea del 22 dicembre 2020 A.n.a.s. s.p.a. bandiva una procedura aperta, da aggiudicare sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per l'affidamento dell'Accordo Quadro quadriennale per l'esecuzione dei lavori di risanamento strutturale ed impiantistico delle gallerie suddiviso in 18 lotti.

1.1. All'esito delle operazioni di gara risultava prima graduato il r.t.i. – raggruppamento temporaneo di impresa Giudici s.p.a. con il punteggio di 79,513 punti e con il ribasso offerto dell'11,56%; al secondo posto era il Consorzio stabile Valori con il punteggio di 76,345 punti e con il ribasso offerto di 16,232%.

2. Con ricorso al Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia Consorzio stabile Valori impugnava il provvedimento di aggiudicazione sulla base di vari motivi.

2.1. Con il primo motivo la ricorrente sosteneva che la stazione appaltante avrebbe dovuto escludere il r.t.i. Giudici in quanto nessuna delle imprese componenti il sub-raggruppamento orizzontale risultava aver assunto la posizione di mandataria, due di esse essendosi impegnate ad eseguire il 40% dei lavori e le altre la restante parte, in violazione dell'art. 83, comma 8, d.lgs. n. 50 del 2016.

Né, aggiungeva la ricorrente, avrebbero potuto assumere la posizione di mandataria poiché nessuna di esse era in possesso di requisiti di partecipazione corrispondenti al 40% dell'importo delle lavorazioni di categoria OG11 (impianti tecnologici).

2.2. Con il secondo motivo era sostenuta la nullità del contratto di avvalimento concluso dalla mandataria del r.t.i. Giudici s.p.a. con la Savini Costruzioni s.r.l. per l'acquisizione della SOA richiesta dalla *lex specialis* per la categoria prevalente in considerazione dell'irrisorietà del corrispettivo pattuito, pari a € 500 a fronte di un valore dell'appalto di 50 milioni, e per l'assenza di ogni interesse patrimoniale, anche indiretto, in grado di giustificare l'impegno dell'ausiliaria.

2.3. Si costituivano A.n.a.s. s.p.a. e Giudici s.p.a. nella qualità indicata in epigrafe, quest'ultima proponeva ricorso incidentale con il quale lamentava l'illegittimità dell'ammissione della ricorrente alla procedura di gara per carenza del possesso in proprio in capo alle consorziate indicate dal Consorzio Valori per l'esecuzione delle prestazioni, la San Paolo, Alpin e Gimaco, dei requisiti di partecipazione richiesti dalla legge di gara.

2.4. Il giudice di primo grado, con la sentenza della quarta sezione, del 16 febbraio 2022, n. 365, accoglieva il ricorso principale e respingeva il ricorso incidentale.

Il tribunale:

- giudicava fondato il primo motivo poiché nel sub-raggruppamento che avrebbe dovuto eseguire i lavori per la categoria scorporabile OG11 due imprese – Civelli Costruzioni s.r.l. e Consorzio Stabile 3 Emme Difesa Ambiente e Territorio società consortile a r.l. – risultavano possedere identiche quote di partecipazione, pari al 40%, per cui nessuna delle due avrebbe potuto assumere la posizione di impresa mandataria o capogruppo in violazione dell'art. 92, comma 2, d.P.R. n. 207 del 2010 per il quale *“per i raggruppamenti temporanei (...) 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...”* e dell'art. 83, comma 8, d.lgs. n. 50 del 2016;
- aggiungeva che le predette imprese non potevano rimediare alla carenza dei requisiti di partecipazione mediante subappalto necessario poiché il r.t.i. non aveva espresso siffatto intendimento nella sua domanda di partecipazione, essendosi limitato ad un generico riferimento alla volontà di ricorrere al *“subappalto nei limiti massimi di legge”*, ed, invece, dichiarato di voler ricorrere al subappalto qualificante solo con riguardo alle categorie OS3, OS9 e OS19;
- riteneva, inoltre, impossibile ovviare alla carenza dei requisiti di partecipazione corrispondenti al 40% dell'importo dei lavori attraverso l'incremento del quinto di cui all'art. 61, comma 2, seconda alinea, d.P.R. n. 207 del 2010 poiché applicabile *“a condizione che [l'impresa raggruppata] sia qualificata per una classifica pari ad almeno un quinto dell'importo dei lavori a base di gara”*, da intendersi, secondo le indicazioni giurisprudenziali, con riguardo all'importo complessivo dell'intero

appalto e non come importo relativo alle singola categoria, situazione questa che non si verificava per nessuna delle imprese;

- per aver accolto il primo motivo, dichiarava assorbito il secondo e disponeva l'esclusione del r.t.i. Giudici s.p.a. dalla procedura di gara;

- giudicava infondata la doglianza proposta con il ricorso incidentale: detto che il Consorzio Valori era un consorzio stabile ai sensi dell'art. 45, comma 2, lett. c) d.lgs. n. 50 del 2016, il giudice richiamava l'orientamento della giurisprudenza secondo cui soltanto i requisiti generali di partecipazione vanno posseduti dalle consorziate indicate per l'esecuzione dei lavori, laddove, invece, i requisiti speciali devono essere posseduti esclusivamente dal Consorzio, per cui nel caso di specie costituiva idoneo requisiti di partecipazione l'attestazione SOA posseduta dal Consorzio Valori.

3. Propone appello Giudici s.p.a. nella qualità indicata in epigrafe; si è costituita A.n.a.s. s.p.a. con appello incidentale e Consorzio Valori s.c. a r.l..

Le parti hanno depositato memorie *ex art. 73*, comma 1, cod. proc. amm., cui sono seguite rituali repliche.

All'udienza del 27 ottobre 2022 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Con il primo motivo di appello, Giudici s.p.a. si duole che sia stato accolto il ricorso principale per *“Violazione art. 55, 60 e 120 c.p.a., la violazione e falsa applicazione degli artt. 80, 48, comma 7, 51 e 32, comma 7, del D.Lgs. n. 50 del 2016, l'errata percezione della documentazione di gara, l'eccesso di potere per ingiustizia grave e manifesta irragionevolezza, il travisamento di fatto e il difetto di istruttoria e di motivazione, violazione artt. 61, c.2 e 92 dpr 2017 del 2010, error in iudicando, motivazione contraddittoria, erroneità dei presupposti”*.

L'appellante assume che, contrariamente a quanto ritenuto dal giudice di primo grado, le imprese del sub-raggruppamento orizzontale incaricate di eseguire i lavori per la categoria OG11 fossero in possesso dei requisiti di qualificazione richiesti in quanto:

- a) risultavano tutte in possesso della SOA per la categoria OG11 con classifica II, e così abilitate ad eseguire lavori fino a 619.200, pari alla classifica posseduta incrementata di un quinto ai sensi dell'art. 61, comma 2, del d.P.R. n. 207 del 2010;
- b) il raggruppamento aveva reso espressa dichiarazione con la quale si era formalmente obbligato a subappaltare nel limite massimo di legge le lavorazioni già ricadenti nella citata categoria OG11;
- c) essendo l'importo della categoria OG11 (pari a € 1.500.000) inferiore al 10% dell'importo dell'appalto (pari a 50 milioni) sarebbe stato anche possibile ricorrere al subappalto nei limiti del 40% dell'importo del contratto;
- d) trattandosi di categoria superspecialistica inferiore al 10% la stessa era anche coperta dalla qualificazione della capogruppo Consorzio Stabile 3 Emme.

Quanto, poi, alla necessità che i requisiti di qualificazione fossero posseduti dalla mandataria in misura percentuale superiore alle singole mandanti, sostiene che le quote di esecuzione possano essere modificate con il consenso della stazione appaltante all'interno dei requisiti di qualificazione, per cui non potrebbe essere esclusa un'offerta per la mancata assunzione da parte della mandataria della quota maggioritaria di esecuzione per un sub-raggruppamento, a condizione che mandante e mandataria siano dotate dei requisiti di qualificazione per la quota maggioritaria, fermo restando la necessità di requisiti di qualificazione pari al 40%.

1.1. Con il primo motivo dell'appello incidentale A.n.a.s. s.p.a. contesta la sentenza per *“Error in iudicando per erroneo accoglimento del primo motivo del ricorso principale. Violazione e falsa applicazione dell'art. 92, commi 2 e 7 D.P.R. n. 207/10. Violazione e falsa applicazione dell'art. 83, comma 8, del Dlgs. 50/16. Eccesso di potere per ingiustizia manifesta”*; anche per

l'appellante incidentale le imprese componenti il sub-raggruppamento deputato all'esecuzione dei lavori nella categoria scorporabile OG11 erano in possesso dei requisiti di qualificazione richiesti in ragione:

- a) il Consorzio Stabile 3 Emme in quanto qualificato per € 516.000 grazie alla attestazione SOA posseduta nella categoria OG11 per la classifica II e per € 84,000 mediante ricorso al subappalto vista la dichiarazione *“in considerazione della qualificazione posseduta nella categoria prevalente di lavori OG4 per la classifica III, che l'abilita sino all'importo di € 1.500.000,00”* con conseguente ruolo di mandataria del sub-raggruppamento;
- b) l'Impresa Civelli Costruzioni, con il ruolo di mandante del sub-raggruppamento, abilitata all'esecuzione dei lavori per l'importo massimo di € 600.000 in ragione dell'incremento premiale del quinto della categoria medesima *ex art. 61, comma 2, d.P.R. n. 207 del 2010.*

1.2. Con il secondo motivo A.n.a.s. imputa al giudice di primo grado *“Error in iudicando. Violazione e falsa applicazione dell'art. 92, comma 7, del D.P.R. n. 207/2010. Violazione e falsa applicazione dell'art. 12, commi 1 e 2 del D.L. n. 47/14. Erroneità dei presupposti”*: critica la sentenza per aver considerato generica o facoltativa la dichiarazione di subappalto dell'aggiudicataria: avendo il r.t.i. Giudici dichiarato di voler ricorrere al subappalto (anche) per la categoria OG11 ed essendo questa una categoria superspecialistica a qualificazione necessaria, il subappalto dichiarato non poteva che essere quello necessario o qualificante.

Espone, poi, più chiaramente il percorso logico che ha indotto la commissione giudicatrice ad assegnare al Consorzio Stabile 3 Emme il ruolo di mandataria del sub-raggruppamento: il Consorzio risultava in possesso di qualificazione SOA per la categoria prevalente OG4 con classifica III che l'abilitava ad eseguire lavori fino a € 1.500.000, e così ad acquisire una qualificazione non soltanto pari al 40% ma decisamente superiore senza la necessità di spendere l'incremento premiale del quinto del valore SOA *ex art. 61 d.P.R. n. 207 del 2010.*

2. I motivi sono complessivamente infondati per le ragioni che si vanno ad esporre.

2.1. In ordine logico, va esaminata per prima la questione della legittimità della composizione del sub-raggruppamento orizzontale – composto dalla Consorzio stabile 3Emme, Civelli Costruzioni s.r.l. e Livio Impianti s.r.l. – chiamato ad eseguire i lavori relativi alla categoria super-specialistica OG11.

2.2. Risulta dalla dichiarazione resa dal raggruppamento alla stazione appaltante che le quote di lavori che le prime due imprese s'impegnavano ad eseguire erano pari al 40%, la terza avrebbe svolto il restante 20%; in questo modo, come ben rilevato dal giudice di primo grado, nessuna avrebbe assunto la posizione di mandataria del sub-raggruppamento, poiché nessuna avrebbe eseguito una quota di lavori maggiore rispetto a tutte le altre.

Tale constatazione ha indotto il tribunale a ritenere fondato il motivo di ricorso con il quale si lamentava la violazione dell'art. 83, comma 8, d.lgs. n. 50 del 2016 nella parte in cui stabilisce che: *“La mandataria in ogni caso deve possedere i requisiti ed eseguire le prestazioni in misura maggioritaria”*, applicabile anche ai sub-raggruppamenti.

2.3. Senonché, la questione va ora rivista alla luce della pronuncia della Corte di Giustizia dell'Unione europea – sez. IV del 26 aprile 2022 nella causa C-642/20 *Caruter s.r.l.*, ove si afferma che l'art. 63 della direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 deve essere interpretato nel senso che osta ad una normativa nazionale secondo la quale l'impresa mandataria di un raggruppamento di operatori economici partecipante ad una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico deve possedere i requisiti previsti nel bando ed eseguire le prestazioni dell'appalto *in misura maggioritaria*.

In sintesi, secondo la Corte di Giustizia, un requisito di partecipazione come quello enunciato dall'art. 83, comma 8, terzo periodo del codice dei contratti pubblici pregiudica la finalità, perseguita dalla normativa unionale, di aprire gli appalti pubblici alla concorrenza più ampia possibile e di facilitare l'accesso alle piccole e medie imprese.

2.4. Nella memoria depositata in vista dell'udienza pubblica il Consorzio stabile Valori sostiene che la sentenza della Corte di Giustizia non spiegherebbe effetti nell'odierno giudizio poiché il possesso dei requisiti in misura maggioritaria in capo alla mandataria era espressamente previsto dalla legge di gara, non impugnata dal r.t.i. Giudici con il ricorso di primo grado: quale che sia la corretta applicazione delle disposizioni del codice dei contratti pubblici, pertanto, la mancata impugnazione sul punto del disciplinare di gara renderebbe tale clausola intangibile (alla stregua, si afferma, di un rapporto esaurito, unico limite, secondo la giurisprudenza maggioritaria, al dispiegarsi degli effetti delle pronunce della Corte di Giustizia dell'Unione europea).

2.5. L'obiezione dell'appellata non convince.

Il par. 7.4. (*Indicazioni per i raggruppamenti temporanei, consorzi ordinari, aggregazioni di imprese di rete, GEIE*) del disciplinare di gara prevede che: *“I raggruppamenti temporanei nonché i Consorzi ordinari di imprese esecutrici, debbono indicare le quote di partecipazione relative a ciascun operatore economico in coerenza con la percentuale dei requisiti posseduti in termini di capacità economico finanziaria e di capacità tecnica risultante dalla SOA. Detto requisito deve essere posseduto in misura maggioritaria dall'impresa mandataria”*.

Dalla lettura del disciplinare si ricava chiaramente l'obbligo di corrispondenza tra quota di partecipazione al raggruppamento (o al sub-raggruppamento) e quota di esecuzione cui la singola impresa si sia impegnata – di modo che nessuna impresa potrebbe impegnarsi ad eseguire una prestazione in percentuale maggioritaria rispetto ai requisiti posseduti – e che il requisito tecnico – professionale (*“Detto requisito...”* è sintatticamente riferito all'ultimo enunciato nel precedente periodo) sia posseduto in misura maggioritaria dall'impresa mandataria.

Il disciplinare di gara non impone, invece, espressamente che la mandataria esegua le prestazioni in misura maggioritaria rispetto alle altre imprese costituenti il raggruppamento.

D'altronde, lo stesso Consorzio stabile Valori, nel ricorso di primo grado, non ha lamentato la violazione del disciplinare di gara (nella parte in cui imponeva l'esecuzione dei lavori in misura maggioritaria da parte della mandataria), ma solo dell'art. 83, comma 8, del codice dei contratti pubblici ed è tale questione – non altra – che forma il *thema decidendum* del presente giudizio.

2.6. In conclusione sul punto, essendo il giudice nazionale tenuto ad interpretare la norma interna secondo le indicazioni provenienti dalla Corte di Giustizia, va disapplicato il limite alla partecipazione alle procedure di gara imposto dall'art. 83, comma 8, terzo per. d.lgs. n. 50 del 2016 per cui la mandataria di imprese raggruppate è tenuta ad eseguire le prestazioni in misura maggioritaria rispetto alle altre imprese.

In ragione del ragionamento svolto, la composizione del sub-raggruppamento che nel più ampio raggruppamento Giudici s.p.a. era tenuto ad eseguire i lavori per la categoria OG11 era legittimo anche in assenza dell'impegno di un'impresa ad eseguire i predetti lavori in misura maggioritaria rispetto alle altre.

2.7. E' possibile, a questo punto, affrontare la questione del possesso dei requisiti di qualificazione in capo alle imprese componenti il raggruppamento in misura corrispondente alle quote di esecuzione per le quali avevano dichiarato di impegnarsi.

2.8. L'importo dei lavori per la categoria OG11 era quantificato in € 1.500.000, classifica III bis, scorporabile e a qualificazione obbligatoria, soggetta ad avvalimento e subappaltabile nel limite del 40% dell'importo complessivo a base di gara.

È pacifico in atti che le tre imprese componenti il sub-raggruppamento chiamato ad eseguire i lavori della categoria OG11 fossero in possesso della SOA relativa alla predetta categoria per la classifica II e per questo motivo, abilitate all'esecuzione fino a € 516.000,00.

Entrambe le appellanti sostengono, tuttavia, che le imprese – e, in particolare, il Consorzio Stabile 3Emme, cui l'A.n.a.s. ha riconosciuto anche il ruolo di mandataria – potessero integrare il requisito di partecipazione mancante mediante subappalto c.d. necessario.

Vanno, dunque, esaminati i motivi di appello nella parte in cui è contestata la sentenza di primo grado per aver escluso che le imprese avessero validamente dichiarato la volontà di ricorrere al subappalto c.d. necessario.

2.9. La sentenza di primo grado merita conferma.

Nella dichiarazione resa alla stazione appaltante al momento della presentazione della domanda di partecipazione alla procedura di gara il r.t.i. Giudici dichiarava la sua intenzione di ricorrere al subappalto c.d. necessario (o qualificante) esclusivamente per le categorie di lavori OS3, OS9 e OS19, laddove, invece, per la categoria OG11 (così come per la categoria OG4) dichiarava di voler ricorrere al subappalto “*nei limiti massimi di legge*”.

In questo modo, il raggruppamento marcava una netta distinzione tra le varie categorie di lavori dichiarandosi sfornito dei requisiti per quelle in relazione alle quali richiama il subappalto qualificante e non per le altre, tra le quali la categoria OG11 di interesse al presente giudizio. Per quest'ultima il dichiarato ricorso al solo subappalto (e, dunque non a quello qualificante) presupponeva il possesso integrale dei requisiti di qualificazione, che, in questo modo, veniva offerto alla stazione appaltante.

2.10. La giurisprudenza amministrativa ha già esaminato vicende analoghe – in cui, cioè, l'operatore economico non aveva dichiarato di voler ricorrere al subappalto c.d. necessario per acquisire requisiti tecnico – professionali non posseduti, salvo, poi, in un secondo momento integrare la sua dichiarazione ed esprimere l'intenzione di farvi affidamento – ed ha espresso un chiaro convincimento, che vale a superare ogni altra argomentazione spesa dalle

appellanti: il concorrente non è tenuto ad indicare il nominativo del subappaltatore già in sede di offerta, ma è tenuto senz'altro a dichiarare la volontà di ricorrere al subappalto per supplire al requisito di qualificazione mancante.

Detto più chiaramente, l'operatore economico deve dichiarare sin dalla domanda di partecipazione la volontà di avvalersi del subappalto c.d. necessario (in tal senso, Cons. Stato, sez. V, 1° luglio 2022, n. 5491, ove è ben evidenziata la diversità di presupposti e di funzioni delle due dichiarazioni, di ricorrere al subappalto facoltativo oppure a quello necessario, in quanto “...nella dichiarazione di subappalto “necessario” viene in rilievo non una mera esternazione di volontà dell'operatore economico quale è la dichiarazione di subappalto “facoltativo”, bensì una delle modalità di attestazione del possesso di un requisito di partecipazione, che non tollera di suo il ricorso a formule generiche o comunque predisposte ad altri fini, pena la violazione dei principi di par condicio e di trasparenza che permeano le gare pubbliche”; cfr. anche Cons. Stato, sez. V, 31 marzo 2022, n. 2365).

2.11. La mancata dichiarazione della volontà di far ricorso al subappalto c.d. necessario non può essere oggetto di soccorso istruttorio una volta che la stazione appaltante abbia accertato la carenza dei requisiti di partecipazione coerenti con la percentuale di lavori che l'impresa s'è impegnata a realizzare (secondo Cons. Stato, n. 5491 del 2022, già precedentemente citata, ove fosse consentito il soccorso istruttorio la stazione appaltante darebbe la facoltà ad un operatore di formare atti in data successiva a quella di scadenza del termine di presentazione dell'offerta in contrasto con la *par condicio competitorum*; nello stesso senso cfr. Cons. Stato, sez. V, 18 gennaio 2019, n. 471).

2.12. Escluso che le imprese componenti il sub-raggruppamento deputato ad eseguire i lavori rientranti nella categoria OG11 potessero far ricorso al subappalto necessario per acquisire i requisiti di partecipazione mancanti, resta da verificare se la classifica posseduta dovesse ritenersi incrementata del quinto in virtù dell'art. 61, comma 2, primo periodo, d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207, a mente del quale “La qualificazione in una categoria abilita l'impresa a partecipare alle gare e ad eseguire i lavori nei limiti della propria classifica incrementata di un quinto”.

2.13. Anche per tale profilo la sentenza di primo grado merita conferma.

Al Consorzio stabile 3Emme era precluso l'aumento del quinto della propria classifica dal divieto posto dall'ultimo periodo dell'art. 61, comma 2, d.P.R. n. 207 del 2010 per il quale: *“nel caso di imprese raggruppate o consorziate la disposizione non si applica alla mandataria ai fini del conseguimento del requisito minimo di cui all'articolo 92, comma 2”*, vale a dire ai fini del raggiungimento del requisito di partecipazione nella misura del 40 per cento dell'importo dei lavori.

A prescindere, infatti, dal ruolo assunto all'interno del sub-raggruppamento – se cioè potesse effettivamente assurgere alla qualifica di mandataria, questione, come si è visto, ormai superata – una volta ritenuto precluso il ricorso al subappalto necessario, l'incremento del quinto risultava per il Consorzio indispensabile ad acquisire il requisito di partecipazione nella misura del 40 per cento, ovvero nella percentuale di lavori che si era impegnato ad eseguire in quella categoria.

2.14. In conclusione, i motivi di appello fin qui esaminati vanno respinti: come affermato dal giudice di primo grado, il r.t.i. Giudici andava escluso dalla procedura di gara perchè le imprese componenti il sub-raggruppamento chiamato ad eseguire i lavori per la categoria OG11 erano prive dei requisiti di qualificazione corrispondenti alla percentuale di esecuzione per la quale s'erano impegnate.

3. Con altro motivo di appello Giudici s.p.a. contesta la sentenza per *“Violazione artt. 55, 60 e 120 c.p.a., violazione e falsa applicazione degli artt. 80, 48, comma 7, 51 e 32, comma 7, del D.Lgs. n. 50 del 2016, l'errata percezione della documentazione di gara, l'eccesso di potere per ingiustizia grave e manifesta irragionevolezza, il travisamento di fatto e il difetto di istruttoria e di motivazione. Violazione artt. 61, c. 2 e 92 dpr. 207 del 2010, error in iudicando, motivazione contraddittoria, erroneità dei presupposti”*.

Sostiene l'appellante che il giudice di primo grado non avrebbe ben compreso la censura articolata nel ricorso incidentale, che non era diretta a contestare la possibilità per il consorzio di avvalersi del c.d. cumulo alla rinfusa, quanto

piuttosto a far constare la carenza dei requisiti di partecipazione in capo alle imprese designate dal consorzio quali esecutrici dei lavori.

A suo dire, infatti, nel caso in cui il consorzio decida di non eseguire in proprio le prestazioni dedotte in contratto, ma indichi in sede di offerta per quali consorziate concorre, queste ultime, essendo chiamate ad eseguire i lavori in proprio, dovrebbero essere munite dei requisiti di partecipazione richiesti dal disciplinare di gara. Nel caso di specie, le imprese designate per l'esecuzione, San Paolo, Alpin e Gimaco risultavano prive dell'attestazione SOA con classifica adeguata per le categorie dei lavori che s'erano impegnate ad eseguire.

3.1. Preliminarmente va superata l'eccezione di inammissibilità sollevata dal Consorzio Valori nella memoria per essere la carenza del requisito di partecipazione richiesto per l'esecuzione dei lavori riscontrabile anche in capo alla Nuove Iniziative s.r.l. designata quale consorziata esecuttrice dei lavori da parte del Consorzio stabile 3Emme.

Come precisato da questa Sezione in altra occasione (cfr. Cons. Stato, sez. V, 1° giugno 2022, n. 4472), con detta eccezione la parte intende far valere in forma di condizione ostativa alla decidibilità del merito del motivo un vizio che avrebbe dovuto far valere quale motivo del ricorso introduttivo del giudizio proposto avverso il provvedimento di aggiudicazione; da qui la sua inammissibilità non potendo essa disporre dei mezzi processuali in violazione delle modalità e dei termini fissati dal codice del processo amministrativo (e in particolare, dagli articoli 29, 40 e 43 dai quali si ricava che i vizi di legittimità del provvedimento amministrativo devono essere proposti a mezzo ricorso al giudice amministrativo o mediante motivi aggiunti (in caso di ricorso già proposto) nel termine decadenziale stabilito; ne segue che il decorso del termine comporta preclusione a far valere altri vizi dei medesimi provvedimenti non tempestivamente proposti.

3.2. Nel merito, il motivo di appello è fondato.

Come correttamente rilevato dall'appellante, la questione posta con il motivo di ricorso incidentale era se alla consorziata designata per l'esecuzione dei lavori fosse richiesto il possesso dei requisiti speciali di partecipazione previsti dal disciplinare di gara oppure se fosse solo il consorzio, eventualmente giovandosi del c.d. cumulo alla rinfusa, a dover essere in possesso dei predetti requisiti.

Consapevole dei diversi orientamenti maturati sulla questione, il Collegio intende aderire all'interpretazione dell'art. 47 d.lgs. n. 50 del 2016 data da questa Sezione nella sentenza del 22 agosto 2022, n. 7360.

Nel rinviare alla motivazione della stessa per l'enunciazione del ragionamento che conforta la decisione, ci si limita qui a richiamare le conclusioni cui la stessa è pervenuta: *“In definitiva, alla luce dell'attuale quadro normativo, si deve concludere nei complessivi sensi per cui: a) la possibilità di “qualificazione cumulativa”, nell'ambito dei consorzi stabili, è limitata ai requisiti relativi alla disponibilità delle attrezzature e mezzi dell'opera e all'organico medio annuo (cfr. art. 47, comma 1);*

b) i consorzi stabili possono, per tal via, partecipare alle gare qualificandosi in proprio (art. 47, comma 2, prima ipotesi) e comprovando i propri requisiti di idoneità tecnica e finanziaria, potendo, a tal fine, cumulare attrezzature, mezzi d'opera e organico medio annuo di tutte le consorziate (con il limite, non codificato ma implicito, del divieto di cumulo in caso di autonoma partecipazione, alla medesima gara, dell'impresa consorziata, che autorizzerebbe - di là dalla paradossale vicenda del concorso competitivo con cooperazione qualificatoria - una implausibile valorizzazione moltiplicativa dei medesimi requisiti: cfr., per la relativa vicenda, Corte di Giustizia UE, C-376/08, 23 dicembre 2009);

c) i consorzi stabili, anche quando partecipino e si qualificano in proprio, possono eseguire la prestazione (oltreché con la propria struttura) per il tramite delle consorziate, ancorché non indicate come esecutrici in sede di gara (onde, in chiara - seppur circostanziata - prospettiva proconcorrenziale, il ricorso alla struttura consortile consente ad imprese non qualificate di partecipare, sia pure indirettamente, alle procedure di affidamento): si tratterebbe - nella ricostruzione di ad. plen. n. 5/2021, che argomenta dal confronto con la previgente formulazione

dell'art. 47, comma 2, di "una forma di avvalimento attenuata dall'assenza di responsabilità": che, benché si tratti, va riconosciuto, di formula men tecnicamente rigorosa che sostanzialmente espressiva, sintetizza un condivisibile corollario di sistema);

d) in alternativa, il consorzio può, in sede evidenziale, designare, per l'esecuzione del contratto, una o più delle imprese consorziate (che, in tal caso, partecipano direttamente alla gara, concorrendo alla sostanziale formulazione dei tratti, anche soggettivi, dell'offerta ed assumendo, in via solidale, la responsabilità per l'esatta esecuzione, ancorché la formalizzazione del contratto sia rimessa al consorzio, che è parte formale: cfr., ancora, Cons. Stato, ad. plen., n. 5/2021 cit.);

e) in tal caso (che è quello in cui si sussume la vicenda di specie) è necessario che le imprese designate possiedano e comprovino (con la ribadita salvezza dei, limitati e specifici, casi di qualificazione cumulativa) i requisiti, tecnici e professionali, di partecipazione.”.

3.3. Ai fini del presente giudizio rileva in particolare quanto precisato nel punto sub e) della sentenza citata: le consorziate designate come esecutrici dei lavori devono essere in possesso (e comprovare) dei requisiti tecnico – professionali richiesti per l'esecuzione dei lavori.

Siccome è pacifico in atti che le tre consorziate designate dal Consorzio Valori per l'esecuzione non fossero in possesso delle attestazioni di qualificazione SOA per tutte le categorie di lavori previste dal disciplinare di gara, lo stesso andava escluso dalla procedura di gara.

3.4. In conclusione, il secondo motivo di appello di Giudice s.p.a. va accolto e in riforma della sentenza di primo grado va accolto il ricorso incidentale da questa proposto in primo grado.

4. La reciproca soccombenza all'esito del doppio grado di giudizio giustifica la compensazione delle spese di entrambi i gradi del giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie in parte e, per gli effetti, in riforma della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia n. 365/2022, accoglie il ricorso incidentale proposto in primo grado da Giudici s.p.a..

Compensa tra tutte le parti in causa le spese del doppio grado del giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 27 ottobre 2022 con l'intervento dei magistrati:

Diego Sabatino, Presidente

Valerio Perotti, Consigliere

Federico Di Matteo, Consigliere, Estensore

Stefano Fantini, Consigliere

Giovanni Grasso, Consigliere

L'ESTENSORE
Federico Di Matteo

IL PRESIDENTE
Diego Sabatino

IL SEGRETARIO