

Pubblicato il 26/03/2022

N. 03423/2022 REG.PROV.COLL.
N. 10801/2021 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 Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 10801 del 2021, proposto da MGA Manutenzioni Generali Autostrade s.r.l. e Soteco s.r.l., in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentati e difesi dagli avvocati Chiara Gentile e Alessandro Rosario Rizza, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

ANAS s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi n. 12;

nei confronti

Consorzio Stabile Agoraa sc.ar.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Francesco Mollica, Francesco Zaccone e Gaia Di Lernia, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Operes s.r.l., non costituita in giudizio;

per l'annullamento

per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

- del provvedimento di annullamento in autotutela di ANAS s.p.a. prot. CDG 0596634-U del 24 settembre 2021 avente ad oggetto “*Addendum alla conclusione del procedimento di annullamento in autotutela dell'aggiudicazione disposta con provvedimento CDG 0402610-U del 24 giugno 2021, comunicato con nota prot. CDG 0416660-U del 1°luglio 2021 in favore del concorrente RTI MGA MANUTENZIONE GENERALE IMPIANTI S.R.L. (C.F. 01347360669 e P.IVA 00295360457) Mandataria e Soteco s.r.l. (C.F. e P.IVA 02607330988) Mandante*”;
- di tutti gli atti riguardanti il procedimento di autotutela di cui sopra;
- del provvedimento modificativo e/o di scorrimento della graduatoria di gara ivi compreso l'eventuale provvedimento di aggiudicazione in favore del Consorzio Stabile Agoraa;
- in parte qua, del bando di gara DG 163-20 e del disciplinare di gara se interpretati nel senso di ritenere legittimo il provvedimento di annullamento in autotutela dell'aggiudicazione disposta a favore della ricorrente;
- di ogni altro atto, presupposto o conseguente, ancorché non conosciuto:

per quanto riguarda il ricorso incidentale presentato da Consorzio Stabile Agoraa Scarl il 16 novembre 2021:

per l'annullamento:

- del citato provvedimento di annullamento in autotutela di ANAS s.p.a. prot. CDG 0596634-U del 24 settembre 2021;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di ANAS s.p.a.;

Visto l'atto di costituzione in giudizio ed il ricorso incidentale proposto dal Consorzio Stabile Agoraa s.ca.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 23 febbraio 2022 la dott.ssa Marianna Scali e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con bando di gara pubblicato in data 30 dicembre 2020, ANAS s.p.a. ha indetto una procedura aperta ai sensi dell'art. 60 del d.lgs. n. 50 del 2016 e dell'art. 2, comma 2, della l. n. 120 del 2020, n.120, per l'affidamento di un accordo quadro quadriennale per l'esecuzione di interventi di mitigazione acustica su tutto il territorio nazionale, suddiviso in 4 lotti, da affidarsi secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Il lotto 4 "Isole", oggetto del presente contendere, veniva inizialmente aggiudicato al costituendo RTI con mandataria MGA s.r.l. e con mandante Soteco s.r.l. (d'ora in avanti, per brevità, anche solo MGA o RTI MGA-Soteco). Successivamente, ANAS comunicava al RTI MGA-Soteco di aver dato avvio al procedimento di annullamento in autotutela della predetta aggiudicazione, sulla base del riscontro delle seguenti criticità in ordine all'assetto organizzativo del RTI: *"(..) la M.G.A, che assume il ruolo di mandante nel sub-raggruppamento orizzontale relativo alla categoria OS34, non possiede i requisiti tecnici minimi prescritti dall'art. 92, comma 2 del D.P.R. 207/2010 (tutt'ora applicabile ex art. 216, comma 14, D.lgs. 50/2016 ed espressamente richiamato dal bando di gara al § III.1.4) in capo alle singole mandanti nei raggruppamenti orizzontali, pari al 10% dei requisiti richiesti nel Bando di gara per l'impresa singola. La qualificazione risultante dalla attestazione SOA posseduta dalla M.G.A in OS 34 pari ad una classifica I, abilita l'impresa ad eseguire sino a € 258.000 (€ 309.600,00 con maggiorazione di 1/5) importo insufficiente a coprire il 10% dei requisiti richiesti nel Bando di gara per la OS34, pari appunto ad € 594.000. La suddetta impresa pertanto, allo stato degli atti, risulta priva dei necessari requisiti di qualificazione"*.

L'Amministrazione concludeva poi il procedimento, confermando le problematiche già rilevate con la richiamata comunicazione di avvio ed

evidenziando, tra l'altro, che nel termine dei dieci giorni previsti dalla legge, *“non perveniva alcuna memoria e/o documentazione dai soggetti interessati”*. Provvedeva quindi all'annullamento dell'aggiudicazione disposta nei confronti dell'odierna parte ricorrente.

In data 9 settembre 2021, MGA inviava alla stazione appaltante un'istanza di riesame in autotutela, nella quale dava atto che, contrariamente a quanto affermato nel provvedimento di cui sopra, la stessa aveva presentato una memoria endoprocedimentale in data 29 luglio 2021, nella quale aveva rappresentato quanto segue: *“di aver assolto all'obbligo del raggiungimento della percentuale minima del 10% di qualificazione nella scorporabile OS34 (pari ad € 594.000), richiesta ai sensi dell'art. 92 comma 2 del DPR 207/2010, per una parte mediante spendita della categoria OS34 posseduta in SOA - che abilita l'impresa ad eseguire sino a € 258.000 (€ 309.600,00 con maggiorazione di 1/5) - e per la parte residua (€ 594.000,00 - € 309.600,00 = € 284.400,00) mediante spendita della categoria prevalente OG3 posseduta in SOA per una classifica VII, che consente ad MGA di qualificarsi sino ad € 18.592.800,00”*. MGA chiedeva pertanto all'Amministrazione di voler tener conto della predetta memoria e di confermare l'aggiudicazione in proprio favore.

Con il provvedimento del 24 settembre 2021, ANAS, dopo aver esaminato le predette osservazioni, confermava l'esclusione, rilevando che MGA, mandante nel sub-raggruppamento orizzontale in OS34, al fine di poter spendere la propria quota di qualificazione nella categoria prevalente OG3, avrebbe dovuto ricorrere all'istituto del subappalto necessario. E ciò in quanto, venendo in rilievo una categoria a qualificazione obbligatoria, troverebbe applicazione l'articolo 12, comma 2, del d.l. 47 del 2014, il quale prevede che *«nel caso in cui le eventuali categorie SOA scorporabili previste nel bando rientrino tra quelle “a qualificazione obbligatoria”, è necessario subappaltare queste ultime ad impresa specificamente qualificata»*.

Stante quanto precede ANAS confermava l'annullamento dell'aggiudicazione in origine disposta nei confronti dell'odierna parte ricorrente.

2. Con il presente gravame il RTI M.G.A-Soteco agisce per l'annullamento della predetta determinazione e dei suoi atti presupposti e conseguenti, facendo valere vizi di violazione di legge (dell'art. 92 del d.P.R. n. 207 del 2010; dell'art. 12, comma 2, del d.l. n. 47 del 2014 e degli artt. 48 e 83 del d.lgs. n. 50 del 2016) nonché vizi di eccesso di potere sotto plurimi profili.

2.1. Con il primo motivo parte ricorrente lamenta la violazione dell'articolo 92, comma 1, del d.P.R. n. 207 del 2010 ove prevede che il concorrente può partecipare alla gara qualora sia in possesso dei requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi relativi alla categoria prevalente per l'importo totale dei lavori, anche se non in possesso dei requisiti per le categorie scorporabili.

Secondo la prospettazione della parte ricorrente, MGA, essendo qualificata nella categoria prevalente OG3 per l'importo totale dei lavori messo a gara, potrebbe valersi di tale qualifica per colmare il proprio deficit di qualificazione in OS34 nella misura minima del 10%, secondo quanto richiesto dall'articolo 92, comma 2, del d.P.R. n. 207/2010 e dal bando di gara. Nella categoria scorporabile OS34, quindi, la società MGA "raggiungerebbe" la soglia minima di qualificazione del 10%, in parte tramite la propria SOA di primo livello in OS34 (idonea a qualificarla per il 4,34% delle lavorazioni che la stessa si è impegnata ad eseguire), e per il residuo, con la qualifica ad essa posseduta nella categoria prevalente OG3.

2.2. Con il secondo motivo deduce il difetto di motivazione del provvedimento impugnato il quale, erroneamente, ha fatto riferimento alla necessità, per MGA, del ricorso al subappalto, ai fini di qualificarsi validamente in OS34. Ad avviso del RTI, la tesi di ANAS svuoterebbe di significato il contenuto dell'articolo 92 comma 1, del d.P.R. n. 207/2010 ove consente alle imprese di partecipare alle gare in forza del possesso della sola qualifica nella categoria prevalente, ove capiente per quelle scorporabili.

Ricorrere al subappalto, inoltre, nel caso di specie non era comunque necessario tenuto conto della specificità del modulo partecipativo prescelto dal concorrente, ovvero un RTI, all'interno del quale la mandataria Soteco è qualificata per eseguire 95,66% delle lavorazioni in OS34 e dunque anche la quota di lavori eccedente la qualifica posseduta da MGA

Per altro profilo parte ricorrente segnala come, in relazione alla categoria OS34, ciascun operatore è qualificato per la quota che si impegna ad eseguire, con pieno rispetto della disciplina in materia di requisiti di qualificazione: *“in relazione alla categoria scorporabile OS34, la lex specialis di gara richiedeva per la categoria OS34 la classifica V per un importo di 5.940.000,00: la MGA, mandante del sub raggruppamento orizzontale, possiede classifica 1 della SOA e quindi può partecipare ed eseguire le lavorazioni nei limiti della propria classifica, ossia fino a 258.000 euro (con la maggiorazione di un quinto fino a euro 309.600,00; cfr. doc. 13), mentre la mandataria Soteco possiede la classifica VIII e quindi può partecipare ed eseguire i lavori nei limiti della propria classifica (...). Ne consegue che, il RTI misto, con riguardo alla categoria scorporabile OS34, rispetta il dettato della normativa e della giurisprudenza, avendo ritenuto di determinare liberamente le quote di esecuzione, ma sempre entro i requisiti di qualificazione posseduti da ciascun operatore riunito al raggruppamento: ed infatti, la mandante MGA partecipa ed esegue il 4,34% delle lavorazioni, ossia per euro 258.000 (entro i limiti della propria qualificazione), mentre la mandataria Soteco partecipa ed esegue il 95,66% delle lavorazioni, cioè per un importo pari a euro 5.682.000,00 (anche in questo caso, entro i limiti della propria qualificazione). Quanto sopra rilevato, dunque, dimostra con ogni evidenza come non fosse necessario – ed anzi sarebbe stato perfino ultroneo – ricorrere all'istituto del subappalto necessario, perché i lavori sarebbero stati eseguiti, per la parte eccedente la percentuale del 4,34%, dalla mandataria Soteco, qualificata addirittura per poter eseguire il 100% delle lavorazioni di quella categoria”*.

2.3. Con il terzo motivo, formulato in via subordinata, parte ricorrente deduce l'illegittimità del provvedimento di diniego dell'autotutela, per non avere la stazione appaltante consentito al RTI MGA-Soteco di modificare le proprie quote di esecuzione all'interno del raggruppamento.

3. L'Amministrazione e il Consorzio Stabile Agoraa s.ca.r.l. si sono costituiti per resistere al ricorso deducendone l'infondatezza.

4. Il Consorzio Stabile Agoraa s.ca.r.l., inoltre, ha proposto ricorso incidentale formulando i seguenti motivi di ricorso:

“1) Violazione e/o falsa applicazione degli artt. 30, 59, 83 e 95 del d.lgs. 50/2016. Violazione delle previsioni di gara relative alla composizione ed all'ammissibilità dell'offerta. Violazione delle previsioni della lex specialis in punto di criteri di valutazione delle offerte ed attribuzione dei punteggi. Difetto di istruttoria. Macroscopica irragionevolezza, illogicità, erroneità e contraddittorietà delle valutazioni e motivazioni dell'attribuzione del punteggio. Violazione della par condicio competitorum”;

“II) Violazione e/o falsa applicazione degli artt. 48, 83, 85 e 86, 216 e 217 del D.lgs. 50/2016 e dell'art. 92 del d.P.R. 207/2010. Violazione delle previsioni di gara, nonché delle norme primarie e dei principi in punto di qualificazione degli RTI. Invalidità del modulo partecipativo prescelto. Difetto assoluto di istruttoria, eccesso di potere e violazione dei canoni di correttezza, trasparenza e buon andamento dell'azione amministrativa. Violazione della par condicio competitorum”.

5. All'udienza pubblica del 23 febbraio 2022 la causa è stata trattenuta in decisione.

6. Il ricorso introduttivo è infondato.

I motivi di ricorso possono essere trattati congiuntamente per ragioni di connessione.

6.1. Occorre anzitutto porre in evidenza come il modulo prescelto dal concorrente per la partecipazione alla gara sia un RTI misto, ovvero un raggruppamento nel quale *“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" (Cons. Stato, VI, n. 5919 del 2018).

MGA, per quel che interessa in questa sede, è mandataria dell'intero RTI, in quanto incaricata dei lavori di cui alla categoria prevalente in OG3 e, allo stesso tempo, fa parte, insieme a Soteco, del sub-raggruppamento orizzontale in OS34; il che le impone, quale mandante del predetto raggruppamento, il rispetto delle regole previste per le ATI orizzontali (cfr. Cons. Stato, sez. V. n. 5427 del 2019 *«l'affidamento a più imprese di una delle categorie delle prestazioni - siano esse scorporabili o prevalenti - implica di per sé l'instaurazione fra queste d'un sub-raggruppamento di natura orizzontale, con conseguente conformazione dell'intero raggruppamento in termini misti, ai sensi dell'art. 48, comma 6, ultimo periodo, d. lgs. n. 50 del 2016. In tale contesto s'è chiarito inoltre come il raggruppamento misto sia sottoposto all'applicazione delle regole proprie tanto dei raggruppamenti verticali quanto di quelli orizzontali, a seconda del profilo o della componente che ne venga in rilievo (cfr. CGA, 15 aprile 2005, n. 251; in ordine alla necessaria suddivisione dei servizi, Cons. Stato, V, 1 agosto 2015, n. 3769). Di qui la conclusione secondo la quale in difetto di una disposizione speciale derogatoria, nei raggruppamenti misti ogni sub-raggruppamento debba essere esaminato autonomamente: segnatamente, troveranno applicazione per il sub-raggruppamento orizzontale le regole proprie stabilite per siffatta tipologia di raggruppamenti (cfr. in proposito il parere Avcp n. 76 del 16 maggio 2012, ove si pone in chiaro risalto che "in una associazione temporanea di tipo misto, in ognuna delle categorie previste nel bando (categoria prevalente e/ o categoria scorporabile) può essere [...] presente una sub associazione orizzontale per la quale non vi può essere dubbio che valgono le disposizioni previste per l'associazione orizzontale dall'art. 92, comma 2, del D.P.R. n. 207/2010"»).*

6.2. Ciò premesso, la questione giuridica da esaminare, ai fini della definizione della presente controversia, è se MGA, quale mandante della sub-raggruppamento orizzontale in OS34 (di seguito anche solo sub ATI in OS34), al fine di soddisfare le previsioni che le richiedono la qualificazione nella misura minima del 10% (articolo 92, comma 2, del d.P.R. n. 207 del 2010), possa valersi dei requisiti da essa posseduti nella sola categoria prevalente in OG3. In termini più generali, occorre chiarire se la mandante di un raggruppamento (o sub-raggruppamento orizzontale) possa far valere i propri requisiti di qualificazione nella categoria prevalente, ove sufficientemente capienti, per colmare il proprio deficit di qualificazione in una categoria a qualificazione obbligatoria.

6.3. La fattispecie oggetto del presente esame è inquadrabile nelle previsioni di cui all'art. 12, del d.l. n. 47 del 2014, il cui contenuto di seguito si riproduce.

“a) l'affidatario, in possesso della qualificazione nella categoria di opere generali ovvero nella categoria di opere specializzate indicate nel bando di gara o nell'avviso di gara o nella lettera di invito come categoria prevalente può, fatto salvo quanto previsto alla lettera b), eseguire direttamente tutte le lavorazioni di cui si compone l'opera o il lavoro, anche se non è in possesso delle relative qualificazioni, oppure subappaltare dette lavorazioni specializzate esclusivamente ad imprese in possesso delle relative qualificazioni;

b) non possono essere eseguite direttamente dall'affidatario in possesso della qualificazione per la sola categoria prevalente, se privo delle relative adeguate qualificazioni, le lavorazioni, indicate nel bando di gara o nell'avviso di gara o nella lettera di invito, di importo superiore ai limiti indicati dall'articolo 108, comma 3, del regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 5 maggio 2010, n. 207, relative alle categorie di opere generali individuate nell'allegato A al predetto decreto, nonché le categorie individuate nel medesimo allegato A con l'acronimo OS, di seguito elencate: OS 2-A, OS 2-B, OS 3, OS 4, OS 5, OS 8, OS 10, OS 11, OS 12-A,

OS 13, OS 14, OS 18-A, OS 18-B, OS 20-A, OS 20-B, OS 21, OS 24, OS 25, OS 28, OS 30, OS 33, OS 34, OS 35. *Le predette lavorazioni sono comunque subappaltabili ad imprese in possesso delle relative qualificazioni. Esse sono altresì scorporabili e sono indicate nei bandi di gara ai fini della costituzione di associazioni temporanee di tipo verticale. Resta fermo, ai sensi dell'articolo 37, comma 11, del codice di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, il limite di cui all'articolo 170, comma 1, del regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica n. 207 del 2010 per le categorie di cui al comma 1 del presente articolo, di importo singolarmente superiore al 15 per cento; si applica l'articolo 92, comma 7, del predetto regolamento”.*

Dalla disposizione appena richiamata si desumono le seguenti “regole”:

- un operatore economico affidatario di lavori pubblici è abilitato a eseguire direttamente tutte le lavorazioni di cui si compone l'opera o il lavoro, anche se non è in possesso delle relative qualificazioni (*regola generale*);
- tuttavia, se le lavorazioni sono riconducibili a categorie a qualificazione obbligatoria, l'affidatario in possesso della qualificazione per la sola categoria prevalente, non le può eseguire direttamente – perché appunto non qualificato a tal fine – ma le può subappaltare ad un'impresa che sia munita delle relative qualificazioni (*eccezione alla regola*);
- le lavorazioni a qualificazioni obbligatoria sono altresì scorporabili e sono indicate nei bandi di gara ai fini della costituzione di associazioni temporanee di tipo verticale.

L'art. 12, comma 2, del d.l. 47 del 2014, dunque, depone in senso esattamente contrario a quanto sostenuto dalla parte ricorrente, perché indica la necessità che l'impresa che esegue i lavori di cui alla categoria scorporabile a qualificazione obbligatoria sia munita della corrispondente attestazione SOA (non essendo quindi sufficiente la qualifica posseduta nella sola categoria prevalente, anche se capiente per tutti i lavori). Come chiarito dalla giurisprudenza *«la previsione che il mancato possesso della qualificazione può essere sostituito dal ricorso al subappalto, rende evidente che l'istituto viene*

in rilievo in sede di partecipazione alla gara in quanto "sostitutivo" del requisito di qualificazione obbligatoria mancante» (così: Cons. Stato, sez. V, n. 4036 del 2018)». Che non si possa prescindere da una valida attestazione SOA nella categoria a qualificazione obbligatoria nella misura richiesta dalla legge o dal bando, peraltro, è confermato dal divieto, contenuto nella previsione in esame, di eseguire le corrispondenti prestazioni da parte dell'operatore economico che ne sia privo.

6.4. MGA, quale operatore economico non qualificato a "sufficienza", ai sensi del citato articolo 92, comma 2, in OS34, ai fini di una valida partecipazione alla gara, dunque, aveva le seguenti alternative: affidare in subappalto le lavorazioni in OS34 ad un'impresa in possesso delle relative qualificazioni (subappalto necessario o qualificatorio), risolvendo così il "problema" della qualificazione e dell'esecuzione (o quantomeno ricorrere al subappalto al fine di raggiungere la quota di qualificazione del 10% in OS34); affidare l'esecuzione di lavori in OS34 interamente a Soteco (che possiede un'attestazione SOA, capiente per l'importo totale dei lavori) e strutturarsi così, per questa categoria, come sub-raggruppamento di tipo verticale; oppure, ancora, ricorrere all'avvalimento. MGA, invece, non si è avvalsa di tali possibilità, ma ha costituito una sub-ATI in OS34, senza tuttavia essere in grado di rispettare l'articolo 92, comma 2, del d.P.R. n. 207 del 2019 il quale prevede che nei 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 (...) dalle mandanti o dalle altre imprese consorziate ciascuna nella misura minima del 10 per cento"*.

6.5. Deve poi evidenziarsi l'inconferenza del richiamo, effettuato da parte ricorrente, all'articolo 92, comma 1 del d.P.R. n. 207 del 2010 il quale dispone che *"Il concorrente singolo può partecipare alla gara qualora sia in possesso dei requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi relativi alla categoria prevalente per l'importo totale dei lavori ovvero sia in possesso dei*

requisiti relativi alla categoria prevalente e alle categorie scorporabili per i singoli importi. I requisiti relativi alle categorie scorporabili non posseduti dall'impresa devono da questa essere posseduti con riferimento alla categoria prevalente.”.

Tale previsione, difatti, peraltro espressamente riferita al solo “concorrente singolo”, non si occupa della disciplina delle categorie a qualificazione obbligatoria.

Né è ipotizzabile – a giudizio del Collegio - una interpretazione estensiva dell’articolo 92, comma 1, del d.P.R. 207 del 2010 al fine di trarvi la regola, invocata dalla ricorrente, della sufficienza della categoria prevalente, ove capiente, per qualificarsi validamente nelle categorie scorporabili a qualificazione obbligatoria, ostandovi a tanto non solo il tenore letterale della disposizione, ma anche l’esigenza, avvertita dal legislatore con la previsione di categorie a qualificazione obbligatoria, di garantire il possesso un livello minimo di qualificazione tecnica, ai fini della partecipazione e della conseguente esecuzione (cfr. Consiglio di Stato sez. V, n. 346 del 2021: *«L'assunto dell'appellante è che per le prestazioni secondarie valga il principio della c.d. necessità e sufficienza della categoria prevalente e del complementare principio che richiede la qualificazione nelle scorporabili ai soli fini dell'esecuzione dell'appalto.*

La natura "personale" del requisito (in quanto finalizzato a garantire l'affidabilità professionale) esclude infatti la sufficienza della categoria prevalente. Allo stesso modo, la lex specialis configura i requisiti come requisiti di partecipazione e non già di esecuzione dell'appalto. Giova aggiungere ancora come le categorie generali OG1 ed OG11 sono categorie a qualificazione obbligatoria, ragione per cui l'appellante non potrebbe giovarsi della qualificazione sulla prestazione prevalente per compensare la carenza di qualificazione sulla prestazione scorporata, che è categoria di opera generale a qualificazione obbligatoria»; in senso analogo T.a.r.

Lombardia - Milano, sez. II, n.1965 del 2021; T.a.r. Cagliari – Sardegna, sez. II, n. 661 del 2020).

Occorre inoltre rilevare che l'interpretazione proposta dal RTI ricorrente creerebbe un'antinomia tra l'articolo 92, comma 1, del d.P.R. n. 207 del 2010 e la richiamata previsione dell'articolo 12, comma 2, del d.l. 47 del 2014; antinomia, che, peraltro, non potrebbe che risolversi a favore dell'applicazione di quest'ultima regola, stante il superiore rango della fonte in cui essa è contenuta (*lex superior inferiori derogat*), la specialità del suo contenuto per quel che attiene alle categorie a qualificazione obbligatoria (*lex specialis derogat generali*) e, non ultimo, la sua successiva entrata in vigore (*lex posterior derogat priori*).

6.6. Parte ricorrente contesta altresì che l'Amministrazione non abbia adeguatamente tenuto conto del modulo organizzativo prescelto dal concorrente invocando “a sproposito” un istituto, il subappalto, di cui nel caso di specie non vi era – in tesi - nessuna necessità, essendo già presente nel RTI un altro soggetto, Soteco, qualificato ed abilitato ad eseguire il residuo dei lavori in OS34 per la parte “non coperta” dalla qualifica di MGA.

Sotto altro profilo il ricorrente evidenzia come, all'interno della sub ATI in OS34, ciascun operatore abbia assunto quote di esecuzione nei limiti della quota di qualificazione posseduta.

Le censure del ricorrente risultano “fuori fuoco”, poiché inconferenti rispetto ai profili di illegittimità ravvisati dall'Amministrazione. Ciò che viene contestato al concorrente, difatti, non è un difetto di corrispondenza tra quote di qualificazione possedute dai concorrenti e quote di esecuzione (né un difetto di qualificazione del RTI nel suo complesso), bensì, più puntualmente, la violazione di specifiche previsioni di legge (articolo 92, comma 2, del d.P.R. n. 207 del 2010) e del bando di gara che richiedevano che la mandante della sub-ATI in OS34 fosse qualificata nella misura minima del 10%; previsione la cui *ratio*, vale ricordarlo, è quella 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" (Cons. Stato, sez. VI, n. 5919 del 2018).

In senso opposto a quanto osservato dal ricorrente, deve rilevarsi che è proprio la specificità del modulo organizzativo prescelto – la costituzione di un sub-raggruppamento orizzontale per i lavori di in OS34 - che ha posto l'esigenza per MGA, in qualità di mandante di tale sub-ATI, di rispettare la regola, prevista dal richiamato articolo 92, comma 2, di qualificarsi in OS34 nella misura minima del 10% dei requisiti richiesti nel bando di gara per l'impresa singola; regola, viceversa, che non avrebbe trovato applicazione se la stessa avesse prescelto uno dei moduli organizzativi indicati nel precedente par. 6.4.

Avendo omesso di qualificarsi validamente in OS34 nella misura minima richiesta dalla legge e dal bando, dunque, MGA è incorsa nella violazione riscontrata dall'Amministrazione, la quale, pertanto, legittimamente, ha proceduto alla sua esclusione dalla gara.

Ne deriva l'infondatezza dei primi due motivi di ricorso.

6.7. A questo punto resta da esaminare solo l'ultimo motivo con cui il ricorrente sostiene che *“il provvedimento di annullamento in autotutela è del tutto illegittimo per non avere la stazione appaltante consentito al RTI MGA-Soteco di modificare le proprie quote di esecuzione all'interno del raggruppamento”*. Afferma, in particolare, che la stazione appaltante *“avrebbe dovuto consentire quantomeno, con riguardo alla categoria scorporabile OS34, alla mandante del sub raggruppamento MGA, di ridurre la propria quota allo 0,00% per aumentare la quota della mandataria Soteco fino al 100% e divenire così, per quella categoria, un sub raggruppamento di tipo verticale”*.

Tale motivo è infondato alla luce dell'articolo 48, del codice appalti, il quale vieta espressamente qualsiasi modificazione alla composizione dei raggruppamenti temporanei rispetto a quella risultante dall'impegno

presentato in sede di offerta (comma 9), ed esclude, in ogni caso, la modifica soggettiva del raggruppamento se finalizzata ad eludere la mancanza originaria di un requisito di partecipazione alla gara (comma 19), da ravvisarsi nel caso di specie – come chiarito - nell'insufficiente qualifica di MGA in OS34 nella misura del 10%.

7. Alla luce delle suesposte considerazioni il ricorso introduttivo va respinto.

8. L'accoglimento del ricorso introduttivo rende improcedibile il ricorso incidentale alla cui decisione il ricorrente non ha alcun interesse.

9. La complessità della vicenda trattata giustifica l'integrale compensazione delle spese di lite tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, così dispone:

- respinge il ricorso introduttivo;
- dichiara improcedibile il ricorso incidentale.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nelle camere di consiglio dei giorni 23 febbraio 2022 e del 23 marzo 2022, con l'intervento dei magistrati:

Roberto Politi, Presidente

Marianna Scali, Referendario, Estensore

Giuseppe Bianchi, Referendario

L'ESTENSORE
Marianna Scali

IL PRESIDENTE
Roberto Politi

IL SEGRETARIO