Pubblicato il 27/03/2019

N. 00006/2019REG.PROV.COLL.
N. 00014/2018 REG.RIC.A.P.

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 (Adunanza Plenaria)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 14 di A.P. del 2018, proposto da:

Pesaresi Giuseppe s.p.a,, in proprio e quale capogruppo mandataria del r.t.i. con Costruzioni Generali Girardini s.p.a. Unipersonale (mandante), Vezzola s.p.a. (mandante), Gruppo Adige Bitumi s.p.a. (mandante), in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Marco Dugato, Diego Vaiano, Marco Boldrini, con domicilio eletto presso lo studio Diego Vaiano in Roma, Lungotevere Marzio n.3;

contro

Autostrade per l'Italia S.p.A., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avvocati Stefano Vinti, Chiara Carosi, con domicilio eletto presso lo studio Stefano Vinti in Giustizia, Pec Registri;

nei confronti

Frantoio Fondovalle S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avvocati Arturo Cancrini, Francesco Vagnucci, con domicilio eletto presso lo studio Arturo Cancrini in Roma, piazza San Bernardo n. 101;

Ati - Brussi Costruzioni S.r.l. (mandante), Società Cooperativa Braccianti Riminese, Beozzo Costruzioni S.r.l. (mandante) non costituiti in giudizio;

per la riforma

della sentenza breve del Tribunale Amministrativo Regionale per l'Emilia Romagna (Sezione Prima) n. 00206/2018, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Autostrade per l'Italia S.p.A. e di Frantoio Fondovalle S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 12 dicembre 2018 il Cons. Oberdan Forlenza e uditi per le parti gli avvocati Francesco Cataldo in delega di Diego Vaiano, Chiara Carosi, e Francesco Vagnucci;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. La V Sezione del Consiglio di Stato ha rimesso all'Adunanza Plenaria, con ordinanza 18 ottobre 2018 n. 5957, il ricorso ad essa proposto dal raggruppamento temporaneo di imprese avente quale capogruppo la società "Pesaresi Giuseppe s.p.a.".

Ritenendo sussistente un contrasto giurisprudenziale, la Sezione chiede che venga deciso il seguente punto di diritto:

"se sia consentito ad un'impresa componente il raggruppamento, che possegga il requisito di qualificazione in misura insufficiente per la quota di lavori dichiarata in sede di presentazione dell'offerta, di ridurre la propria quota di esecuzione, così da renderla coerente con il requisito di qualificazione effettivamente posseduto, nel caso in cui il raggruppamento nel suo insieme sia in possesso di requisiti di qualificazione sufficienti a coprire l'intera quota di esecuzione dei lavori".

2.1. La Sezione remittente espone, in punto di fatto, che il citato r.t.i. - avente quale capogruppo la citata società Pesaresi Giuseppe s.p.a., in qualità di mandataria, e come mandanti Costruzioni generali Girardini s.p.a., Vezzola s.p.a. e Gruppo Adige Bitumi s.p.a. (di seguito indicato come r.t.i. Pesaresi o, semplicemente, come r.t.i.) - partecipava alla procedura di gara indetta da Autostrade per l'Italia s.p.a. per l'affidamento dei "Lavori di manutenzione delle pavimentazioni ed attività accessorie della rete autostradale di competenza della D.T. 3^ di Bologna".

Il r.t.i. si presentava nella forma del raggruppamento orizzontale e, in sede di presentazione dell'offerta, ciascuna impresa partecipante dichiarava di essere in possesso della SOA richiesta per lo svolgimento dei lavori (relativa alla categoria OG3) ed indicava la specifica quota di lavori che avrebbe eseguito.

In particolare, Pesaresi Giuseppe s.p.a. si impegnava all'esecuzione di una quota del 45% dell'ammontare complessivo dell'appalto, Costruzioni generale Girardini s.p.a. al 25%, Vezzola al 16% e Adige Bitumi s.p.a. al 14%.

Con determinazione 15 dicembre 2017, la Direzione 3° tronco di Autostrade per l'Italia s.p.a. disponeva l'esclusione del r.t.i. dalla

procedura di gara, per effetto della dichiarazione di Adige Bitumi s.p.a. di essere in possesso di una SOA (per la categoria OG3) con classifica IV bis e, dunque, per lavori fino a Euro 3.500.000,00, pur essendosi essa impegnata alla realizzazione di una quota di lavori pari, in proporzione all'ammontare complessivo dell'appalto, ad Euro 4.144.000,00.

Il r.t.i. Pesaresi impugnava il provvedimento di esclusione, prospettando, quale motivo di ricorso, come la giurisprudenza amministrativa, in casi analoghi, avesse ritenuto non consentita l'esclusione dell'operatore economico dal procedimento di gara in presenza di tre condizioni, e precisamente:

- che lo scostamento tra il valore attestato dalla SOA posseduta e il valore dei lavori per il quale l'operatore si era impegnato non fosse eccessivo;
- che il raggruppamento, nel suo complesso, fosse comunque in possesso di requisiti sufficienti a coprire l'intero ammontare dell'appalto:
- che il raggruppamento avesse la forma di raggruppamento orizzontale.

Secondo il ricorrente, nel caso di specie, sussistevano le condizioni ora indicate, in quanto, premesso che il raggruppamento aveva natura orizzontale, lo scostamento era inferiore al 5% ed altre società componenti il raggruppamento possedevano il requisito di qualificazione in misura sovrabbondante rispetto alla quota di lavori alla esecuzione della quale si erano impegnate.

2.2. Con sentenza 6 marzo 2018 n. 206, il TAR per l'Emilia Romagna, sez. I, respingeva il ricorso, affermando che, in applicazione del principio della necessaria corrispondenza tra la

qualificazione posseduta e la quota di lavori da eseguire secondo la ripartizione interna al raggruppamento (tratto dall'art. 92, comma 2, d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207 e ribadito dal par. 2.4 del disciplinare di gara), è irrilevante che il raggruppamento fosse, nel suo insieme, qualificato ad eseguire anche le prestazioni per le quali una delle componenti (la Gruppo Adige Bitumi s.p.a.) non era invece qualificata.

Né, secondo la sentenza, è possibile considerare lo scostamento tra la quota dei lavori che una delle imprese si è impegnata a svolgere e il tetto di qualificazione come "errore materiale che può essere sanato con il soccorso istruttorio", anche perché il raggruppamento ricorrente non è incorso in alcun errore per essere ben consapevole, al momento della formulazione dell'offerta, delle soglie di qualificazione possedute da ciascun membro.

3. La Sezione remittente - respinta preliminarmente una eccezione di inammissibilità del ricorso instaurativo del giudizio di primo grado per omessa impugnazione della clausola del disciplinare disponente la citata corrispondenza tra quote di esecuzione dei lavori assunti e requisiti di qualificazione posseduti dai singoli componenti (v. pag, 5 ord.) – espone che con l'unico motivo di appello proposto il r.t.i. Pesaresi ha, in sostanza, riproposto il motivo di ricorso rigettato in primo grado.

L'appellante assume, dunque, che la sentenza impugnata si è posta in contrasto con la giurisprudenza che - ferma la doverosa e necessaria corrispondenza tra i requisiti di partecipazione di ciascun raggruppamento e il valore dei lavori da eseguire - nel caso di scostamento tra la quota di lavori da eseguire dal singolo partecipante al raggruppamento e il requisito di partecipazione da

questi posseduto nega la necessità di esclusione in presenza delle condizioni innanzi esposte (e cioè: scostamento non di rilevante entità; raggruppamento nel complesso in possesso dei requisiti necessari all'esecuzione dei lavori; raggruppamento avente natura orizzontale).

In tal modo, secondo l'appellante, la sentenza impugnata si discosterebbe anche dalle indicazioni provenienti dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea, secondo la quale l'esclusione dalla procedura di gara deve essere intesa come sanzione massima, da applicarsi solo in caso di violazioni gravemente incidenti sui canoni che regolano il settore dei contratti pubblici, per il necessario bilanciamento tra il principio del libero accesso alle gare e quello della necessaria affidabilità degli offerenti.

4.1. L'ordinanza di rimessione rileva, innanzi tutto, che l'appalto oggetto di causa è disciplinato dal d.lgs. 5 aprile 2016, n. 50, in quanto il bando è pubblicato il 3 agosto 2017, e che, comunque, le disposizioni di cui alla Parte II, Titolo III, Capo IV, del precedente regolamento di attuazione (DPR 5 ottobre 2010 n. 207) rilevanti nel presente giudizio, sono restate in vigore in attesa dell'adozione degli atti attutativi del nuovo Codice.

4.2. Tanto precisato, l'ordinanza ricorda come l'art. 92, co. 2, DPR n. 207/2010 "sancisce il principio di necessaria corrispondenza tra le quote di partecipazione al raggruppamento e i requisiti di qualificazione posseduti", rilevando come "pur essendo venuto meno l'obbligo di corrispondenza tra quote di partecipazione al raggruppamento e quote di esecuzione dei lavori, costituisce orientamento consolidato che se le imprese componenti il raggruppamento dichiarano, in sede di offerta, una quota di

partecipazione corrispondente alla quota di lavori da eseguire, è necessario che il requisito di qualificazione sia coerente con entrambi".

Di qui, la questione, rimessa a questa Adunanza Plenaria: "se sia consentito ad un'impresa componente il raggruppamento, che possegga il requisito di qualificazione in misura insufficiente per la quota di lavori dichiarata in sede di presentazione dell'offerta, di ridurre la propria quota di esecuzione, così da renderla coerente con il requisito di qualificazione effettivamente posseduto, nel caso in cui il raggruppamento nel suo insieme sia in possesso di requisiti di qualificazione sufficienti a coprire l'intera quota di esecuzione dei lavori".

L'ordinanza espone come, sul punto, si registri la presenza di due diversi orientamenti giurisprudenziali.

4.2.1. Secondo un primo orientamento (Cons. Stato, sez. V, 2 luglio 2018 n. 4036;

sez. V, 22 agosto 2016, n. 3666; sez. V, 22 febbraio 2016, n. 786), "la mancanza del requisito di qualificazione in misura corrispondente alla quota di lavori cui si era impegnata una delle imprese costituenti il raggruppamento in sede di presentazione dell'offerta è causa di esclusione dell'intero raggruppamento, anche se, per ipotesi, il raggruppamento nel suo insieme sia in possesso del requisito di qualificazione sufficiente all'esecuzione dell'intera quota dei lavori".

E ciò in quanto i requisiti di qualificazione attengono alle caratteristiche soggettive del concorrente che aspira all'aggiudicazione e consentono alla stazione appaltante di valutare la capacità imprenditoriale del concorrente a realizzare quella parte di

lavoro (quota di esecuzione) che gli sarà poi eventualmente aggiudicata.

4.2.2. Secondo altro orientamento (Cons. Stato, sez. V, 8 novembre 2017 n. 5160;

sez. V, 6 marzo 2017 n. 1041; sez. IV, 12 marzo 2015 n. 1293), non è legittima l'esclusione dell'operatore economico dalla procedura, in presenza di tre condizioni: che lo scostamento tra il requisito di qualificazione dichiarato e la quota di lavori per la quale l'operatore si è impegnato non sia eccessivo; che il raggruppamento nel suo complesso sia comunque in possesso dei requisiti sufficienti a coprire l'intero ammontare dell'appalto; che il raggruppamento abbia la forma di raggruppamento orizzontale.

A favore di tale tesi si è sostenuto:

- che il principio del *favor partecipationis* risulterebbe frustrato dall'esclusione di un raggruppamento che, nel suo complesso, possegga i requisiti di partecipazione;

- che una modesta rettifica delle quote di partecipazione non è idonea a incidere sull'affidabilità del raggruppamento, né è in grado di modificare il regime della responsabilità dello stesso, soprattutto nei casi di raggruppamento orizzontale, nel quale la suddivisione delle quote attiene solo al profilo quantitativo e dove, essendo la responsabilità delle imprese consociate paritaria e solidale (come si ricava dall'art. 48 d. lgs. 18 aprile 2016, n. 50), non v'è rischio per la stazione appaltante di ricevere una prestazione non adeguata all'impegno assunto dall'aggiudicatario;

- che non viene peraltro messo in discussione il principio della *par condicio* o la serietà ed affidabilità dell'offerta, che viene posta in linea con i requisiti di qualificazione effettivi di ogni impresa riunita.

4.2.3. Secondo l'ordinanza di rimessione, "i due orientamenti richiamati accolgono una diversa concezione del requisito di qualificazione. Il primo orientamento lo ritiene "personale", ossia riferito alla singola impresa facente parte del raggruppamento; il secondo orientamento invece lo ritiene riferibile al raggruppamento nel suo complesso, con la conseguenza che non costituisce motivo di esclusione il caso in cui il singolo componente non possieda un requisito di qualificazione sufficiente per l'esecuzione della propria quota di lavori, se il raggruppamento nel suo complesso è "sovrabbondante" rispetto al requisito richiesto dal bando" (laddove il termine "sovrabbondante" è riferito "solo al requisito di qualificazione di una delle consociate, vale a dire nel senso che quel requisito mancante, per essere posseduto da altre imprese, in misura maggiore alla quota di esecuzione da quest'ultima assunta, risulta essere per essa sovrabbondante").

4.3. Per il caso in cui l'Adunanza Plenaria dovesse aderire al secondo degli orientamenti innanzi riportati, l'ordinanza propone ulteriori due questioni in via subordinata:

a) poiché, onde evitare l'esclusione, si è posta, tra le altre, la condizione che lo scostamento (tra quota di esecuzione assunta e requisito di qualificazione posseduto) sia minimo "al punto da poter qualificare lo stesso alla stregua di un errore materiale", allora è necessario "determinare la soglia, superata la quale, lo scostamento non possa più essere considerato minimo";

b) inoltre, "è opportuno chiarire se la stazione appaltante, che lo scostamento riconosca, debba ricorrere al soccorso istruttorio . . . per concedere al raggruppamento di operare la modifica consentita, o possa farne a meno procedendo direttamente alla valutazione

dell'offerta, per avere essa stessa - – si potrebbe dire "d'ufficio" – accertato che la riduzione della quota di esecuzione in capo ad una delle imprese è compensata dal maggior requisito di qualificazione posseduto da altro componente".

5. Le parti hanno depositato memorie e, infine, all'udienza pubblica di discussione, la causa è stata riservata in decisione.

DIRITTO

6. L'Adunanza Plenaria condivide il primo dei due orientamenti espressi dalla giurisprudenza di questo Consiglio di Stato, nel senso che la mancanza del requisito di qualificazione in misura corrispondente alla quota di lavori alla quale si è impegnata una delle imprese costituenti il raggruppamento in sede di presentazione dell'offerta è causa di esclusione dell'intero raggruppamento dalla gara.

E ciò senza che possano rilevare altre e diverse considerazioni, quali la natura del raggruppamento, l'entità minima dello scostamento e, in particolare, la circostanza che il raggruppamento nel suo insieme sia in possesso del requisito di qualificazione sufficiente all'esecuzione dell'intera quota dei lavori.

7. Il primo argomento a favore delle conclusioni cui perviene questa Adunanza Plenaria è di tipo letterale.

L'art. 92 DPR 5 ottobre 2010 n. 207 (recante, nell'ambito del regolamento di esecuzione ed attuazione del d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163, la disciplina dei "soggetti abilitati ad assumere lavori"), applicabile al caso di specie per le ragioni già esposte dall'ordinanza di rimessione (v. *supra* sub 4.1), prevede, in particolare (co. 2):

"Per i raggruppamenti temporanei di cui all'articolo 34, comma 1, lettera d), del codice, i consorzi di cui all'articolo 34, comma 1, lettera

e), del codice ed i soggetti di cui all'articolo 34, comma 1, lettera f), 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".

Dal testo della disposizione appare evidente, per quel che interessa nella presente sede, un duplice contenuto normativo:

- in primo luogo, che vi è piena libertà in capo alle imprese partecipanti al raggruppamento di stabilire la quota di partecipazione al raggruppamento medesimo, con il solo limite rappresentato "dai requisiti di qualificazione posseduti dall'associato o dal consorziato";
- in secondo luogo, la possibilità di modifica "interna" delle quote di esecuzione, purché vi sia a tal fine autorizzazione della stazione appaltante "che ne verifica la compatibilità con i requisiti di qualificazione posseduti dalle imprese interessate".

In sostanza, la disposizione riconosce la 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), fermo il limite rappresentato dai requisiti di qualificazione posseduti dall'impresa associata.

In tal modo, però, appare evidente come le norme evocate ne presuppongano un'altra ad esse preordinata, e precisamente la norma secondo la quale l'impresa associata partecipa alle gare in base ai (e nei limiti dei) propri requisiti di qualificazione.

Se, infatti, la quota di esecuzione dei lavori da parte dell'impresa associata, in sede di attribuzione preventiva e/o di definizione successiva, può essere liberamente stabilita nei limiti del possesso dei corrispondenti requisiti di qualificazione, ciò significa a tutta evidenza che è la partecipazione stessa alla gara da parte dell'impresa associata in r.t.i. che può avvenire solo a condizione del possesso di requisiti di qualificazione corrispondenti alla quota di esecuzione per essa prevista.

8.1. Le conclusioni cui si perviene sulla base di una interpretazione letterale del testo normativo (che, invero, non offre in sé elementi di incertezza all'interprete) risulta, peraltro, del tutto coerente con la natura e la finalità dei requisiti di qualificazione.

Come condivisibilmente ricorda anche l'ordinanza di rimessione, tali requisiti attengono alle caratteristiche soggettive del concorrente che partecipa alla gara ed aspira all'aggiudicazione, e ciò al fine di rassicurare la stazione appaltante sulle sue serietà, professionalità e capacità imprenditoriale in ordine alla realizzazione di quella parte di

lavoro che potrebbe, in caso di esito positivo della gara, essergli affidata.

I requisiti di qualificazione sono funzionali, dunque, alla cura e tutela dell'interesse pubblico alla selezione di contraenti affidabili, onde garantire al meglio il risultato cui la pubblica amministrazione tende con l'indizione della gara: un risultato che non pertiene (occorre ricordarlo) alla pubblica amministrazione come soggetto, ma al più generale interesse pubblico del quale l'amministrazione/stazione appaltante risulta titolare e custode.

In questo senso, appare evidente come non sia possibile contrapporre (come ipotizza l'ordinanza di rimessione: pag. 10) ad una interpretazione del requisito di qualificazione come "personale" (cioè riferito alla singola impresa facente parte del raggruppamento), un'altra interpretazione che, invece, ritenga tale requisito come riferito, complessivamente, all'intero raggruppamento, in tal modo rendendo possibile sopperire alle eventuali "carenze" di una impresa associata con la "sovrabbondanza" di requisito eventualmente presente in capo ad altra impresa associata. Ed infatti:

- per un verso, poiché il sistema dei requisiti di qualificazione ha la funzione innanzi descritta (di garanzia di serietà ed affidabilità tecnica ed imprenditoriale dell'impresa), esso non può (per avere e mantenere le ragioni della sua previsione) che riferirsi ad ogni singola impresa, ancorché associata in un raggruppamento;

- per altro verso, diversamente opinando, si finirebbe con il conferire una sorta di "soggettività" al raggruppamento, al di là di quella delle singole imprese partecipanti; e ciò in quanto una sorta di interscambiabilità dei requisiti di partecipazione, quale quella

ipotizzata, risulta più agevolmente ipotizzabile laddove si riconoscesse (ma così non è) una personalità giuridica propria al r.t.i.; tale ipotesi interpretativa pone, dunque, le premesse proprio per un (non ammissibile) riconoscimento (espresso o implicito che sia) di una soggettività autonoma del raggruppamento;

- per altro verso ancora, l'utilizzazione (ancorché parziale) dei requisiti di qualificazione può finire per rappresentare, nella sostanza, una sorta di avvalimento anomalo ed in contrasto con quanto previsto dall'art. 89, d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50, anche con riferimento agli adempimenti procedimentali previsti a pena di nullità (co.1).

8.2. Né è possibile ritenere come "formalistica" l'interpretazione ora offerta, contrapponendola (come non condivisibilmente effettuato dall'appellante) ad un'altra interpretazione di tipo "sostanzialistico", secondo la quale – in presenza delle tre condizioni più volte innanzi indicate – il principio di doverosa corrispondenza tra i requisiti di partecipazione di ciascuna impresa e la quota di esecuzione dichiarata "non può dirsi nella sostanza violato", posto che si otterrebbe anche il "contemperamento tra il principio di libero accesso alle gare ed il principio della necessaria affidabilità degli offerenti".

A tal fine, occorre in primo luogo osservare come la funzione cui sono preordinati i requisiti di qualificazione ne esclude, per le ragioni di tutela dell'interesse pubblico innanzi esposte, una loro natura meramente "formale", risolvendosi essi in requisiti di affidabilità professionale del potenziale contraente, la cui natura "sostanziale" è del tutto evidente.

Di modo che una non corrispondenza, in sede di partecipazione alla gara, tra requisito e quota dei lavori da eseguire si risolve non già in una imprecisione formale ovvero in una sorta di errore materiale,

bensì in una violazione sostanziale di regole disciplinanti l'intero sistema dei contratti pubblici (e valevoli oggettivamente per tutti i partecipanti alle gare).

Né, inoltre, può dirsi pretermesso il principio del libero accesso alle gare (più volte richiamato dall'appellante), posto che tale accesso è certamente "libero" per i soggetti che rispondono ai requisiti previsti dall'ordinamento per la partecipazione.

D'altra parte, il principio volto a garantire la più ampia partecipazione alle gare non agisce "in astratto", ma esso, nella sua concreta attuazione, non può che riferirsi ad imprese che – per serietà ed affidabilità tecnico-professionale (appunto validate dal possesso dei requisiti) – sono potenzialmente idonee ad assumere il ruolo di contraenti con gli operatori economici pubblici.

Nel caso di specie, quanto richiesto dalle norme regolamentari e dal bando di gara non appare costituire un impedimento irragionevole alla partecipazione (così costituendo un *vulnus* per il principio di libera partecipazione), posto che le imprese associate ben possono attribuire a ciascuna di esse *ex ante* una quota di lavori corrispondente al requisito di qualificazione.

Si intende cioè affermare che nulla vieta al r.t.i. la partecipazione alla gara, ben potendo questa avvenire con una attribuzione delle quote di lavori tra le imprese associate coerente con i loro requisiti di partecipazione.

In altre parole, ciò che si vuol rendere possibile *ex post*, attraverso l'intervento di un'altra impresa associata avente un requisito "sovrabbondante", non si vede perché non possa correttamente avvenire *ex ante*, in sede di ripartizione tra le associate delle quote dei lavori: il che dimostra come non sussista alcun irragionevole

restringimento del principio di ampia e libera partecipazione alle gare.

8.3. Giova ancora osservare come l'interpretazione cd. "sostanzialistica", nel richiedere, tra le condizioni per evitare l'esclusione dalla gara del r.t.i. per mancanza di corrispondenza tra requisiti di qualificazione e quote di esecuzione lavori, quella della misura "minima" o "non eccessiva" dello scostamento, finisce per dar luogo:

- per un verso, ad un non consentito fenomeno di integrazione normativa, attesa la chiara prescrittività del dato normativo in favore della corrispondenza. Nel caso di specie, infatti, l'interprete finirebbe non già per individuare l'esatto contenuto normativo della disposizione (che prevede un chiaro principio di corrispondenza), quanto per aggiungere ad essa una norma ulteriore, peraltro di incerta prescrittività;

- per altro verso, ad una invasione del campo riservato alla pubblica amministrazione, valutando *ex post* – in luogo di questa ed in assenza di dato normativo – quando uno scostamento possa definirsi minimo e, dunque, non rilevante ai fini dell'esclusione;

- per altro verso ancora, ad una lesione del principio della *par condicio* dei concorrenti, laddove si consentisse alla stazione appaltante di valutare *ex post* quando (ed in che misura) lo scostamento può definirsi irrilevante.

Delle considerazioni (e preoccupazioni) ora esposte si è resa conto la stessa ordinanza di rimessione laddove, per il caso di adesione alla tesi cd. sostanzialistica, ha in via subordinata richiesto che questa Adunanza Plenaria determini "la soglia superata la quale lo scostamento non possa più essere considerato minimo".

Il che dimostra, contemporaneamente, il timore per l'esercizio da parte della stazione appaltante di un potere discrezionale *ex post* e non sorretto da indicazioni normative e la natura di integrazione normativa (e non di interpretazione) di quanto richiesto.

9. L'Adunanza Plenaria enuncia, in conclusione, il seguente principio di diritto:

" In applicazione dell'art. 92, co. 2, DPR 5 ottobre 2010 n. 207, la mancanza del requisito di qualificazione in misura corrispondente alla quota dei lavori, cui si è impegnata una delle imprese costituenti il raggruppamento temporaneo in sede di presentazione dell'offerta, è causa di esclusione dell'intero raggruppamento, anche se lo scostamento sia minimo ed anche nel caso in cui il raggruppamento nel suo insieme (ovvero un'altra delle imprese del medesimo) sia in possesso del requisito di qualificazione sufficiente all'esecuzione dell'intera quota di lavori".

L'enunciazione del principio ora esposto esime questa Adunanza Plenaria dal pronunciarsi sugli ulteriori punti di diritto proposti, in via subordinata, dall'ordinanza di rimessione.

Tanto definito, l'Adunanza Plenaria dispone che gli atti del presente giudizio vengano restituiti alla Sezione V giurisdizionale del Consiglio di Stato, per ogni sua ulteriore statuizione in rito, nel merito, nonché sulle spese ed onorari del giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Adunanza Plenaria),

pronunciando sull'appello proposto da Pesaresi Giuseppe s.p.a., in proprio e quale capogruppo mandataria del r.t.i. con Costruzioni generali Girardini s.p.a. unipersonale, Vezzola s.p.a., Gruppo Adige Bitumi s.p.a. (n. 2703/2018 r.g.; n. 14/2018 r. AP):

a) formula il principio di diritto di cui in motivazione;

b) restituisce gli atti alla Quinta Sezione giurisdizionale del Consiglio di Stato, per ogni ulteriore statuizione in rito, nel merito e sulle spese ed onorari di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 12 dicembre 2018 con l'intervento dei magistrati:

Filippo Patroni Griffi, Presidente

Sergio Santoro, Presidente

Giuseppe Severini, Presidente

Marco Lipari, Presidente

Antonino Anastasi, Presidente

Roberto Giovagnoli, Consigliere

Claudio Contessa, Consigliere

Fabio Taormina, Consigliere

Diego Sabatino, Consigliere

Bernhard Lageder, Consigliere

Umberto Realfonzo, Consigliere

Oberdan Forlenza, Consigliere, Estensore

Massimiliano Noccelli, Consigliere

IL PRESIDENTE
Filippo Patroni Griffi

L'ESTENSORE
Oberdan Forlenza

IL SEGRETARIO