

Publicato il 29/12/2022

N. 11604/2022REG.PROV.COLL.  
N. 03954/2022 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 numero di registro generale 3954 del 2022, proposto da M.G.A. Manutenzioni Generali Autostrade s.r.l. in proprio e quale capogruppo mandataria del costituendo RTI con Soteco s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Andrea Panzarola, con domicilio digitale come da PEC 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, 12;

- Consorzio stabile Agoraa s.c. a r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Francesco Mollica, Francesco Zaccone, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;

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

***per la riforma***

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, Sez. I, n. 3423 del 2022, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Anas s.p.a. e del Consorzio Stabile Agoraa s.c. a r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 24 novembre 2022 il Cons. Stefano Fantini e uditi per le parti gli avvocati Panzarola e Zaccone;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO

1.-Il RTI M.G.A.-Manutenzioni Generali Autostrade s.r.l. ha interposto appello nei confronti della sentenza 26 marzo 2022, n. 3423 del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, sez. IV, che ha respinto il suo ricorso avverso la determina dirigenziale dell'ANAS in data 24 settembre 2021, disponente l'annullamento in autotutela dell'aggiudicazione in suo favore, e conseguenzialmente dichiarato improcedibile il ricorso incidentale del consorzio stabile Agoraa.

Il raggruppamento M.G.A. ha partecipato alla procedura aperta per la stipulazione di un accordo quadro quadriennale finalizzato all'esecuzione di interventi di mitigazione acustica su tutto il territorio nazionale, suddiviso in quattro lotti; viene qui in rilievo il lotto n. 4-“Isole” .

Il raggruppamento, costituito dalla M.G.A. s.r.l. quale mandataria e dalla Soteco s.r.l. quale mandante, ha dichiarato di essere un'associazione temporanea di imprese di tipo misto e che la mandataria avrebbe realizzato una quota del 60 per cento dei lavori (di cui nella cat. OG3 il 78,92 per cento, nella cat. OS34 il 4,34 per cento, nella cat. OS21 il 100 per cento, nella cat. OS12/a il 100 per cento, nella cat. OS10 il 100 per cento), mentre la mandante Soteco una quota del 40 per cento (di cui nella cat. OG3 il 21,08 per cento, nella cat. OS34 il 95,66 per cento).

All'esito della procedura il RTI M.G.A. è risultato primo graduato con un punteggio complessivo di 82,427, mentre il consorzio Agoraa secondo; è

intervenuta dunque l'aggiudicazione con provvedimento del 24 giugno 2021.

A seguito di richiesta di riesame da parte del consorzio Agoraa, ANAS ha annullato in autotutela, con provvedimento del 7 settembre 2021, l'aggiudicazione in favore del RTI M.G.A., nella considerazione che *«il raggruppamento assume [...] la natura di raggruppamento di tipo misto, nel quale mandataria e mandante si associano in verticale nelle categorie OS21, OS12-A e OS10 ed in orizzontale (dando vita a sub ATI orizzontale) nelle categorie OG3 (M.G.A. 78,92%-Soteco s.r.l. 21,08%) ed OS34 (M.G.A. 4,34%-Soteco s.r.l. 95,66%). Stante quanto sopra, la M.G.A., che assume il ruolo di mandante nel sub-raggruppamento orizzontale relativo alla categoria OS34, non possiede i requisiti tecnici 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 par. III.1.4) in capo alle singole mandanti nei raggruppamenti orizzontali, pari al 10 per cento dei requisiti richiesti nel Bando di gara per l'impresa singola. La qualificazione risultante dalla attestazione SOA posseduta dalla M.G.A. in OS34 pari ad una classifica I, abilita l'impresa ad eseguire sino a euro 258.000 (euro 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 euro 594.000. La suddetta impresa pertanto, allo stato degli atti, risulta priva dei necessari requisiti di qualificazione»*. In sostanza, dunque, ad avviso di ANAS, nel sub-raggruppamento orizzontale relativo alla categoria scorporabile OS34, vi sarebbe un problema di qualificazione, in quanto la mandante M.G.A., mandataria nel complesso del RTI, era qualificata per il 4,34 per cento anziché nella misura minima del 10 per cento, quale richiesta dall'art. 92, comma 2, del d.P.R. n. 207 del 2010.

Quale contributo procedimentale, la mandataria M.G.A. aveva rappresentato ad ANAS che, relativamente alla categoria scorporabile OS34, era pienamente qualificata tramite la categoria prevalente OG3 in relazione alla quale possedeva la classifica corrispondente all'importo totale dei lavori oggetto dell'appalto; sotto il profilo dell'esecuzione, invece, ogni membro del raggruppamento avrebbe eseguito le lavorazioni rientranti nella categoria

scorporabile OS34 entro i limiti della propria qualificazione posseduta su quella specifica categoria, ossia Soteco per il 95,66 per cento e M.G.A. per il 4,34 per cento, il che escludeva la necessità di ricorrere all'istituto del subappalto necessario.

Di tale contributo ANAS non aveva peraltro tenuto conto; da ciò l'istanza di riesame del raggruppamento M.G.A., conclusasi con il provvedimento, oggetto del presente gravame, in data 24 settembre 2021, che ha (nuovamente) respinto le osservazioni presentate, confermando l'annullamento dell'aggiudicazione nell'assunto che M.G.A. avrebbe comunque dovuto ricorrere all'avvalimento o al subappalto necessario, indicando tale opzione nel proprio DGUE.

2. - Con il ricorso in primo grado la società M.G.A. ha impugnato la determinazione del 24 settembre 2021, deducendo la violazione dell'art. 92 del d.P.R. n. 207 del 2010, dell'art. 12, comma 2, del d.l. n. 47 del 2014, degli artt. 48 e 83 del d.lgs. n. 50 del 2016, nonché vizi di eccesso di potere sotto plurimi profili sintomatici, nell'assunto principale che il concorrente in possesso dei requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi relativi alla categoria prevalente per l'importo totale dei lavori può partecipare alla gara, anche se non in possesso dei requisiti per le categorie scorporabili; in particolare M.G.A., essendo qualificata nella categoria prevalente OG3 per l'importo totale dei lavori messi a gara, potrebbe valersi di tale qualifica per colmare il proprio *deficit* di qualificazione in OS34 nella misura minima del 10 per cento, secondo quanto richiesto dall'art. 92, comma 2, del d.P.R. n. 207 del 2010 e dal bando di gara.

3. - La sentenza appellata, come esposto, ha respinto il ricorso, nella considerazione che si verta al cospetto di un RTI misto; ciò comporta che M.G.A. è mandataria dell'intero RTI, in quanto incaricata dei lavori di cui alla categoria prevalente in OG3 e, al contempo, fa parte, insieme a Soteco, del sub-raggruppamento orizzontale in OS34 e tale circostanza le imponeva, quale mandante del sub-raggruppamento, il rispetto delle regole previste per

le ATI orizzontali. La sentenza ha altresì precisato che, a mente dell'art. 12 del d.l. n. 47 del 2014, l'operatore economico affidatario di lavori pubblici è abilitato a eseguire direttamente tutte le lavorazioni di cui si compone il lavoro (anche se non è in possesso delle relative qualificazioni): 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 (in quanto non qualificato a tale fine), ma le può subappaltare ad un'impresa che sia munita delle relative qualificazioni; in sintesi, l'impresa che esegue i lavori della categoria scorporabile a qualificazione obbligatoria deve essere munita della corrispondente attestazione SOA, non essendo sufficiente la qualifica posseduta nella sola categoria prevalente, anche se capiente per tutti i lavori. M.G.A., operatore economico non qualificato "a sufficienza", ai sensi dell'art. 92, comma 2, del d.P.R. n. 207 del 2010, in OS34, ai fini di una valida partecipazione alla gara, avrebbe dovuto affidare in subappalto le lavorazioni in OS34, o affidare l'esecuzione di lavori in OS34 interamente a Soteco, ovvero ancora ricorrere all'avvalimento. Ha aggiunto la sentenza che l'art. 92, comma 1, non è applicabile alla fattispecie controversa non solo perché riguarda il "concorrente singolo", ma anche perché non si occupa della disciplina delle categorie scorporabili a qualificazione obbligatoria.

4.- Con il ricorso in appello la società M.G.A. ha dedotto l'erroneità della sentenza di prime cure, assumendo che doveva intendersi qualificata nella categoria scorporabile OS34 del sub-raggruppamento orizzontale, in ragione del possesso della categoria prevalente OG3, alla stregua di una lettura sistematica dell'art. 92, comma 2, del d.P.R. n. 207 del 2010 con l'art. 12, comma 2, lett. b), del d.l. n. 47 del 2014; per l'appellante non vi è un contrasto tra le due norme, atteso che è proprio l'art. 12, comma 2, a consentire, anche nelle categorie a qualificazione obbligatoria, la possibilità per un operatore di essere qualificato in forza del possesso della sola categoria prevalente. In subordine, l'appellante chiede il rinvio pregiudiziale (ai sensi dell'art. 267 del

TFUE) alla Corte giust. U.E. dell'art. 92, comma 2, del d.P.R. n. 207 del 2010 ove inteso nel senso che una mandante all'interno di un RTI orizzontale debba essere qualificata nella misura minima del 10 per cento, pur non eseguendo direttamente la prestazione, per contrasto con gli artt. 16 e 63 della direttiva 2014/24/UE, nonché con i principi di libertà di stabilimento, di libera circolazione dei servizi, di concorrenza, nonché con il principio del c.d. divieto di *gold plating*; in ulteriore subordine chiede il deferimento all'Adunanza plenaria ovvero la rimessione alla Corte giust. U.E. delle disposizioni che non hanno consentito al RTI M.G.A.-Soteco di riorganizzarsi nella categoria scorporabile OS34, pur essendo Soteco qualificata per eseguire il 100 per cento delle lavorazioni.

5. - Si sono costituite in resistenza ANAS s.p.a. e il consorzio stabile Agoraa, chiedendo, con diffuse argomentazioni, la reiezione del ricorso in appello; il consorzio Agoraa ha altresì riproposto, ai sensi dell'art. 101, comma 2, Cod. proc. amm., il ricorso incidentale dichiarato improcedibile dalla sentenza, finalizzato ad ottenere l'esclusione del raggruppamento ricorrente principale dalla procedura di gara, ovvero una sua diversa collocazione in graduatoria, entrambe le prospettive comportanti la carenza di interesse al ricorso principale.

6. - All'udienza pubblica del 24 novembre 2022 la causa è stata trattenuta in decisione.

## DIRITTO

1.- Il primo e centrale motivo di appello, svolto in premessa al punto *sub* 1) e poi sviluppato *sub* 2), si incentra sulla considerazione per cui il RTI M.G.A. non doveva essere escluso, in quanto qualificato ad eseguire la commessa, sia nella prospettiva di ritenere la mandante qualificata in OS34 tramite il possesso della categoria prevalente OG3, sia nella subordinata prospettiva secondo cui è comunque consentito ai RTI di rimodularsi in riduzione, in modo tale che le prestazioni della categoria in contestazione venissero svolte

interamente dalla mandataria del sub-raggruppamento Soteco, qualificata per eseguire il 100 per cento delle lavorazioni.

Dunque, nella prima prospettiva, il raggruppamento M.G.A. critica la sentenza per avere ritenuto non raggiunta, da parte di M.G.A., la soglia minima del 10 per cento prevista dall'art. 92, comma 2, del d.P.R. n. 207 del 2010 nella categoria scorporabile OS34, per la quale è richiesta la qualificazione obbligatoria ai sensi dell'art. 12, comma 2, lett. b), del d.l. n. 47 del 2014. Assume l'appellante che nella categoria scorporabile OS34 (per la parte residuale del 5,66 per cento) può ritenersi qualificata attraverso il possesso della categoria prevalente OG3, come si evincerebbe da una lettura in combinato disposto dell'art. 92 del d.P.R. n. 207 del 2010 e dell'art. 12, comma 2, lett. b), del d.l. n. 47 del 2014; dovrebbe inoltre ritenersi applicabile il regime di favore previsto dall'art. 92, comma 1, del d.P.R. n. 207 del 2010, la cui portata non è disgiunta da quella del comma 2, a pena di ammettere un regime irragionevole e discriminatorio in pregiudizio dei raggruppamenti (operatori organizzati in forma plurisoggettiva), privati della possibilità di essere qualificati tramite il possesso della categoria prevalente. Per l'appellante, dunque, la circostanza di essere qualificata per l'intero importo a base di gara in relazione alla categoria OG3 (essendo in possesso della classifica VII che, aumentata di un quinto, le consente di pervenire ad euro 18.592.800,00) comporta che anche nella scorporabile OS34 rispetti la soglia minima di qualificazione del 10 per cento (per il 4,34 per cento tramite il possesso della categoria OS34 e per il restante 5,66 in forza della categoria prevalente OG3); peraltro M.G.A. non esegue direttamente le prestazioni per le quali non ha la qualificazione specifica nella categoria OS34, essendo le stesse eseguite per il 95,66 per cento dalla mandataria Soteco, che possiede la qualifica VIII.

Il motivo, pur nella sua complessità, è infondato.

La giurisprudenza in argomento è consolidata nell'affermare che in materia di appalto di lavori, la concreta definizione delle modalità di accesso alle gare

varia in relazione alla tipologia e all'importo delle singole lavorazioni, incentrandosi su di un principio generale e su di una deroga; per principio generale, ai fini della partecipazione alla gara e dell'esecuzione dei relativi lavori è sufficiente che il concorrente sia qualificato nella categoria prevalente e per una classifica corrispondente all'importo totale dei lavori. In caso di aggiudicazione, il concorrente potrà eseguire lavorazioni anche relative alle categorie scorporabili, ancorchè privo delle relative qualificazioni (art. 12, comma 2, lett. a, del d.l. n. 47 del 2014). In tale ipotesi, il ricorso al subappalto, ai fini dell'affidamento delle lavorazioni scorporabili come di quelle riconducibili alla categoria prevalente, riveste un carattere meramente eventuale e facoltativo, rispondendo a scelte discrezionali, organizzative ed economiche, dell'impresa concorrente. La deroga riguarda l'ipotesi in cui le categorie indicate come scorporabili rientrino in determinate tipologie di opere "specialistiche", per le quali la normativa di riferimento richiede la c.d. "qualificazione obbligatoria". Tali opere non possono essere eseguite direttamente dall'aggiudicatario se privo della relativa qualificazione, ma le predette lavorazioni sono comunque subappaltabili ad imprese in possesso delle relative qualificazioni (art. 12, comma 2, lett. b, del d.l. n. 47 del 2014). Detto in altri termini, dall'esegesi dell'art. 12, da ultimo indicato, si evince la regola generale in forza della quale l'impresa singola che sia qualificata nella categoria prevalente per l'importo totale dei lavori può eseguire tutte le lavorazioni oggetto di affidamento ove copra con la qualifica prevalente i requisiti non posseduti nelle scorporabili, con l'eccezione delle lavorazioni indicate alla lettera sub b) del comma 2, e cioè della categorie c.d. a qualificazione obbligatoria, che non potendo essere eseguite direttamente dall'affidatario, qualificato solo per la categoria prevalente, sono comunque subappaltabili ad imprese munite delle specifiche attestazioni.

Tra queste categorie a qualificazione obbligatoria viene in rilievo, nella fattispecie in esame, la OS34, che risultava dunque non eseguibile

direttamente dall'odierno appellante, affidatario qualificato solo per la categoria prevalente OG3.

Nella vicenda oggetto di controversia si ha un'ATI mista, caratterizzata dal fatto che, per la categoria scorporabile, è consentita la costituzione di una sub-associazione orizzontale, alla quale si applica l'art. 92, comma 2, del d.P.R. n. 207 del 2010, alla cui stregua *«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»*; laddove M.G.A. nella categoria OS34 possedeva un requisito di qualificazione del 4,34 per cento, pari ad una classifica I, sino ad euro 309.600,00, con l'incremento del quinto, insufficiente a coprire il 10 per cento dei requisiti, corrispondenti ad euro 594.000,00, prescritti anche dal bando al par. III.1.4.

Essendo la OS34 una categoria a qualificazione "obbligatoria", si imponeva, a pena di esclusione, l'indicazione nel DGUE del subappalto "necessario" (o qualificante, *id est* finalizzato a dimostrare i requisiti di partecipazione).

2. – Il tema della rimodulazione delle prestazioni nell'ambito del raggruppamento orizzontale, così da attribuire alla mandataria Soteco l'esecuzione dei lavori relativi alla scorporabile OS34, aumentandone la quota al 100 per cento, è ripreso e sviluppato nel secondo e nel terzo motivo, con i quali il raggruppamento M.G.A. chiede la disapplicazione dell'art. 92, comma 2, del d.P.R. n. 207 del 2010 (ove inteso nel senso di imporre che la mandante sia qualificata per almeno il 10 per cento) per contrasto con gli artt. 19 e 63 della direttiva 2014/24/UE e con i principi generali di libertà di stabilimento, di libera circolazione dei servizi, nonché di concorrenza, od in subordine la rimessione, ai sensi dell'art. 267 del T.F.U.E., alla Corte di giustizia U.E. ai fini della delibazione sulla legittimità del predetto art. 92, comma 2.

I motivi, che vanno esaminati unitariamente in ragione del rapporto di complementarità che li unisce, sono infondati.

Procedendo per ordine, giova anzitutto chiarire che il rispetto delle misure di possesso dei requisiti di qualificazione economico-finanziari e tecnico-organizzativi di cui all'art. 92, comma 2, anche nei sub-raggruppamenti temporanei di tipo orizzontale si impone in ragione del fatto che i suoi componenti eseguono tutti la medesima prestazione e al fine di assicurare che ciascun associato partecipi effettivamente all'esecuzione della commessa e che la mandataria mantenga il ruolo principale (Cons. Stato, V, 10 giugno 2019, n. 3881; V, 27 aprile 2015, n. 2063).

In sostanziale coerenza con tale premessa, l'Ad. plen. di questo Consiglio di Stato ha altresì precisato che ai sensi del predetto art. 92, comma 2, 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.

Quanto alla rimodulazione delle prestazioni all'interno del sub-raggruppamento orizzontale, con traslazione di tutte alla mandataria Soteco, è nota la disciplina desumibile dall'art. 48 del d.lgs. n. 50 del 2016 recante, al comma 9, il divieto di modifica soggettiva della composizione dei raggruppamenti temporanei, salvo che nelle ipotesi di cui ai commi 17 e 18.

Non ignora il Collegio che con la sentenza 25 gennaio 2022, n. 2 l'Adunanza plenaria abbia ammesso la modifica soggettiva del raggruppamento temporaneo non solo in fase di esecuzione del contratto, ma anche in fase di gara; rimane però inteso che tale modifica in diminuzione del raggruppamento temporaneo è consentita nel caso di perdita sopravvenuta dei requisiti di partecipazione di cui all'art. 80 del d.lgs. n. 50 del 2016, e dunque in un contesto bene differente da quello oggetto di controversia.

Resta da esaminare il profilo dedotto del contrasto dell'art. 92, comma 2, del d.P.R. n. 207 del 2010, ove inteso nel senso di imporre che la mandante sia qualificata per almeno il 10 per cento, con il diritto eurounitario.

A tale scopo non può peraltro prescindersi dall'evidenziare preliminarmente come la stessa *lex specialis* di gara contenga analogha previsione; il riferimento è al punto III.1.4) del bando di gara, che non è stato fatto oggetto di (specifica) censura. Vale la pena evidenziare che il possesso del requisito del dieci per cento, consista o meno in una clausola immediatamente escludente, è previsto dalla *lex specialis* e la sua mancata contestazione comporta l'inammissibilità del motivo, secondo il consolidato indirizzo giurisprudenziale in tema di stabilità degli atti amministrativi non impugnati anche in violazione del diritto comunitario (da ultimo, Cons. Stato, Ad. plen., 9 novembre 2021, n. 18; Cons. Stato, III, 20 giugno 2022, n. 5022).

Fermi dunque i (dirimenti) profili di inammissibilità, il motivo è comunque infondato nel merito.

E' invero l'invocato art. 19 della direttiva 2014/24/UE, al comma 2, a prevedere che le stazioni appaltanti possano stabilire requisiti in materia di capacità economico e finanziaria o capacità tecnico e professionali "*purchè ciò sia proporzionato e giustificato da motivazioni obiettive*"; ma soprattutto è l'art. 58, ultimo comma, in tema di criteri di selezione, a disporre che le amministrazioni aggiudicatrici indicano le condizioni di partecipazioni richieste, che possono essere espresse come "livelli minimi di capacità", congiuntamente agli idonei mezzi di prova, nel bando di gara.

Inconferente appare poi il richiamo del precedente di cui alla sentenza della Corte giust. U.E. 28 aprile 2022, in causa C-642/20 (Caruter s.r.l.) alla cui stregua l'art. 63 della direttiva 2014/24/UE osta ad una normativa nazionale secondo la quale l'impresa mandataria di un raggruppamento di operatori economici partecipante a una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico deve possedere i requisiti previsti nel bando di gara ed eseguire le prestazioni di tale appalto in misura maggioritaria. Infatti, anche a prescindere

dall'esatta portata della sentenza (se cioè riguardi solo l'esecuzione maggioritaria da parte della mandataria, come sembrerebbe desumersi dalla motivazione, o si estenda anche al possesso maggioritario dei requisiti, come afferma il dispositivo), si tratta di situazioni proprio opposte, in quanto il precedente evocato afferma l'incompatibilità comunitaria di una disciplina nazionale che impone l'esecuzione in misura necessariamente maggioritaria da parte dell'impresa mandataria di un RTI, mentre nella fattispecie controversa si tratta della richiesta di una percentuale minima di requisiti di qualificazione, della cui ragionevolezza appare assai difficile dubitare.

Infatti la richiesta di requisiti minimi (contenuti nella misura del 10 per cento) in capo alla mandante di un (sub)raggruppamento orizzontale appare ragionevole e proporzionata tenendo conto, secondo quanto meglio si è detto in precedenza, delle peculiarità di un siffatto modulo organizzativo dell'operatore economico.

Non è dunque ravvisabile un contrasto del diritto interno con quello unionale, dovendosi escludere che sussistano le condizioni per la non applicazione della norma interna, ovvero anche per il rinvio pregiudiziale interpretativo alla Corte di giustizia.

L'obbligo, per il giudice di ultima istanza, di rimettere in via pregiudiziale la questione alla Corte di giustizia non sussiste allorchè la questione non sia pertinente né rilevante.

Quanto alla richiesta di deferimento all'Adunanza plenaria della questione se sia consentita, ai sensi dell'art. 48, commi 17, 18, 19 e 19-ter, del d.lgs. n. 50 del 2016, in corso di gara, una riorganizzazione in riduzione interna al RTI, qualora la mandataria del raggruppamento sia originariamente provvista delle qualificazioni necessarie per eseguire il 100 per cento delle prestazioni oggetto dell'appalto, osserva la Sezione che non ricorrono i presupposti di cui all'art. 99 Cod. proc. amm.

Nella controversia in esame la questione di diritto è "compromessa" dalla clausola di cui al punto III.1.4 del bando di gara, non utilmente gravata, e

comunque non evidenzia contrasti giurisprudenziali.

Le considerazioni da ultimo esposte escludono al contempo l'esigenza di una rimessione di tale questione, relativa alla riorganizzazione interna del raggruppamento, alla Corte di giustizia ai sensi dell'art. 267 del TFUE, non ravvisandosi peraltro un contrasto con i principi di libertà di stabilimento, libertà di prestazione di servizi e di libera concorrenza.

L'esatta indicazione delle quote di partecipazione, espressione dell'autoresponsabilità del soggetto offerente, costituisce infatti un elemento essenziale dell'offerta e la modificazione *ex post* ne comporterebbe una modifica sostanziale, in violazione della regola della *par condicio* tra i concorrenti, rispetto alla quale, in difetto di un'esplicita manifestazione di volontà, da parte di M.G.A., di colmare il difetto di qualificazione nella categoria OS34 mediante il *surplus* di qualificazione di Soteco, non assume alcun rilievo la circostanza che il raggruppamento sia complessivamente in possesso della capacità tecnica e della qualificazione per eseguire le opere nella categoria contestata (su di un diverso piano, come si è prima detto, si pone invece la riconosciuta, da Cons. Stato, Ad. plen., 28 gennaio 2022, n. 2, possibilità della modifica in diminuzione di un raggruppamento per vicende sopravvenute alla partecipazione alla gara).

3. - In conclusione, alla stregua di quanto esposto, l'appello deve essere respinto.

Tale esito decisorio esime il Collegio dalla disamina dei motivi riproposti in appello (ai sensi dell'art. 101, comma 2, Cod. proc. amm.) dal consorzio stabile Agoraaa s.c. a r.l., dovendosi peraltro rilevare che, al cospetto di una statuizione di improcedibilità del ricorso incidentale, diversamente dal caso della dichiarazione di assorbimento, sarebbe stata necessaria la proposizione di un appello incidentale.

La particolare complessità delle questioni trattate, e delle difficoltà interpretative conseguenti, integra le ragioni che per legge consentono la compensazione tra tutte le parti delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Compensa tra le parti le spese di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 24 novembre 2022 con l'intervento dei magistrati:

Diego Sabatino, Presidente

Valerio Perotti, Consigliere

Stefano Fantini, Consigliere, Estensore

Giovanni Grasso, Consigliere

Alberto Urso, Consigliere

**L'ESTENSORE**

**Stefano Fantini**

**IL PRESIDENTE**

**Diego Sabatino**

**IL SEGRETARIO**