

Publicato il 29/05/2023

N. 00374/2023 REG.PROV.COLL.
N. 00290/2023 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 la Sardegna

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 290 del 2023, proposto da Savatteri Costruzioni S.r.l. in proprio e quale Capogruppo di Costituendo Raggruppamento Temporaneo, Progetti di Roberto Nigrelli & C. S.R.L, Eredi Marotta Salvatore di Marotta Calogero Giosuè & C. S.A.S, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentati e difesi dall'avvocato Fabrizio Laudani, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Cagliari, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Francesca Frau, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Rinac S.r.l., Lobina Costruzioni S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentati e difesi dagli avvocati Daniela Piras, Sergio Segneri, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento, previa sospensione cautelare dell'efficacia dei seguenti atti e/o

provvedimenti:

1. la determina dirigenziale del 31 marzo 2023, trasmessa con P.E.C. del 3 aprile 2023, con la quale il Comune di Cagliari ha: a) escluso l'R.T.I. Savatteri Costruzioni srl/Progetti di Roberto Nigrelli & C. srl e Eredi Marotta di Marotta Calogero Giosuè & C. s.a.s (d'ora in avanti R.T.I. Savatteri Costruzioni) dalla gara avente ad oggetto “l'affidamento dei lavori relativi al Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) - Missione 2 Componente 4 Investimento 2.1a - Interventi infrastrutturali per la salvaguardia da eventi eccezionali e manutenzione straordinaria della rete pluviale nel territorio di Pirri. Collettore 47 via Italia . CIG: 9564603017”; b) revocato “l'aggiudicazione dell'appalto a favore del sopraccitato RTI, effettuata con la determinazione dirigenziale n. 764 del 09.02.2023”; c) aggiudicato l'appalto all'R.T.I. Rinac srl/Lobina Costruzioni srl; 2. la nota del 14 marzo 2023, con la quale il Comune di Cagliari ha avviato il procedimento di esclusione nei confronti del R.T.I. Savatteri Costruzioni; 3. la nota del 29 marzo 2023, con la quale il Comune di Cagliari ha rigettato le controdeduzioni dell'R.T.I. Savatteri Costruzioni del 23 marzo 2023; 4. la nota del 29 marzo 2023, con la quale il Comune di Cagliari ha comunicato all'R.T.I. Savatteri Costruzioni l'esclusione dalla gara e conseguentemente la revoca dell'aggiudicazione in suo favore; 5. di ogni altro atto e/o provvedimento presupposto, connesso e/o consequenziale.

Nonché per il risarcimento in forma specifica ai sensi dell'articolo 124 del codice del processo amministrativo, mediante declaratoria del diritto della ricorrente all'aggiudicazione dell'appalto, previa declaratoria dell'inefficacia del contratto di appalto eventualmente stipulato;

in via subordinata del diritto a subentrare nel contratto medesimo;

in via ulteriormente subordinata, per il risarcimento del danno per equivalente.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Cagliari e di Rinac S.r.l. e di Lobina Costruzioni S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 17 maggio 2023 il dott. Gabriele Serra e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La ricorrente Savatteri Costruzioni S.r.l. ha esposto di essere stata invitata dal Comune di Cagliari alla procedura negoziata senza pubblicazione del bando avente ad oggetto *“l'affidamento dei lavori relativi al Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) - Missione 2 Componente 4 Investimento 2.1a - Interventi infrastrutturali per la salvaguardia da eventi eccezionali e manutenzione straordinaria della rete pluviale nel territorio di Pirri. Collettore 47 via Italia. CIG: 9564603017”* per l'importo complessivo di 4.433.841,52 euro, oltre IVA.

A tale procedura la ricorrente ha esposto di aver partecipato impegnandosi a costituire un raggruppamento temporaneo di tipo orizzontale con le imprese Progetti di Roberto Nigrelli & C. srl e Eredi Marotta di Marotta Calogero Giosuè & C. s.a.s e di aver dichiarato che si sarebbe avvalsa dei requisiti dell'impresa ausiliaria AN.CO. SRL, nonché dichiarato nel D.G.U.E. che si sarebbe riservata la facoltà di subappaltare i lavori ai sensi dell'articolo 105 del D.lgs. 50/2016.

Il Comune di Cagliari, con determina del 9 febbraio 2023, ha aggiudicato l'appalto al R.T.I. odierno ricorrente, risultando seconda in graduatoria l'R.T.I. RINAC srl/Lobina Costruzioni srl, odierno controinteressato.

2. Tale aggiudicazione è stata però revocata dal Comune di Cagliari, che ha proceduto ad aggiudicare l'appalto in favore dell'R.T.I. controinteressato, in quanto il Comune ha ritenuto di dover escludere l'R.T.I. ricorrente poiché la

capogruppo Savatteri, a seguito del rinnovo dell'attestazione SOA avvenuto il 2 marzo 2023, avrebbe perso la classifica III bis della OG6, restando con una classifica III e ciò porrebbe *“..un problema di perdita dei requisiti in riferimento alla percentuale di partecipazione al raggruppamento (40%) dichiarata al momento della presentazione dell'offerta, pur considerando l'avvalimento dell'impresa ausiliaria AN.CO srl in possesso di attestazione Soa OG6 Classifica II..”*.

In sede di contraddittorio procedimentale, la ricorrente ha osservato che tale declassamento non impedisce al raggruppamento di modificare le quote di partecipazione delle singole componenti, essendo in possesso nel suo complesso dei requisiti sufficienti a coprire l'intero ammontare dell'appalto e, in particolare, la capogruppo Savatteri parteciperebbe al raggruppamento con una quota del 34% pari ad euro 1.507.506,12 (considerando l'avvalimento con la AN.CO.), mentre le mandanti con quote del 33% pari a euro 1.463.167,70.

Il Comune ha però rigettato tali osservazioni, ritenendo che non sarebbe consentito *“..rimodulare le quote all'interno del raggruppamento..”* una volta indicate al momento della presentazione dell'offerta.

3. Avverso tali atti la ricorrente ha dedotto:

- I *Violazione e/o falsa applicazione dell'articolo 105, comma secondo, del D.lgs. 50/2016 – Violazione e/o falsa applicazione del punto 3) dell'Invito – Violazione e/o falsa applicazione dell'articolo 12, comma 2, del D.L. 47/2014 – Violazione del 6 principio di favor participationis – Eccesso di potere per difetto di istruttoria ed ingiustizia manifesta*, in quanto la piccola parte del requisito di qualificazione venuto a mancare in capo all'R.T.I. in data 2 marzo 2023 (di soli 224.536,5 euro) è appieno integrabile da quest'ultima ricorrendo al subappalto ai sensi dell'articolo 105 del D.lgs. n. 50/2016, a cui la Savatteri si era espressamente riservata di ricorrere.

Pertanto, conformemente a quanto dichiarato dal raggruppamento ricorrente in gara: a) la capogruppo Savatteri eseguirà lavori per l'importo pari 1.773.536,50 euro (corrispondente al 40% del valore dell'appalto) di cui 224.536,50 euro subappaltati a imprese qualificate; b) la mandante Progetti di

Roberto Nigrelli s.r.l. eseguirà lavori per l'importo di 1.330.152,45 corrispondente al 30% dell'appalto; c) la Eredi Marotta Salvatore s.a.s eseguirà lavori per la somma di 1.330.152,45 pari al 30% dell'appalto.

- II *Violazione e/o falsa applicazione dell'articolo 61, comma secondo, del D.P.R. 207/2010 – Violazione e/o falsa applicazione dell'articolo 63 della direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 - Disapplicazione degli articoli 92, comma secondo, del D.P.R. n.207/2010 e 61, 9 comma secondo, ultimo capoverso, del D.P.R. 207/2010 perché contrastanti con l'articolo 63 della direttiva 2014/24/UE*, in quanto, seppur la Savatteri abbia perduto la classifica III bis della categoria OG6 (passando ad una classifica III), tuttavia, ricorrendo al c.d. incremento del quinto ai sensi dell'articolo 61, comma secondo, del D.P.R. 207/2010, risulta qualificata ad eseguire la quota dei lavori (40%) dichiarati al momento della presentazione dell'offerta. Tale incremento può essere utilizzato dalla mandataria senza alcuna limitazione alla luce della decisione della Corte di Giustizia dell'Unione Europea del 28 aprile 2022 (C-642/2020), per come anche ritenuto dall'Autorità Nazionale Anticorruzione, con delibera del 2 novembre 2022, n. 524.

- III *Violazione e o falsa applicazione dell'articolo 92, comma secondo, del D.P.R. 207/2010 – Violazione del principio di favor participationis – Eccesso di potere per difetto di istruttoria ed ingiustizia manifesta*, in quanto, come osservato in sede procedimentale, la ricorrente potrebbe comunque rimodulare le quote di partecipazione al raggruppamento e, per quanto l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 6/2019 avesse ritenuto che tale possibilità sarebbe preclusa dall'art. 92, c. 2 D.P.R. n. 207/2010, tale decisione deve considerarsi superata alla luce della già citata giurisprudenza eurounitaria.

4. Resiste il Comune di Cagliari, che ha richiesto il rigetto del ricorso siccome infondato.

5. Si sono costituite in giudizio la RINAC s.r.l. e la Lobina Costruzioni S.r.l., controinteressate, che hanno richiesto il rigetto del ricorso siccome infondato.

6. Alla camera di consiglio del 17 maggio 2023, fissata per l'esame dell'istanza cautelare, la causa è stata trattenuta in decisione, previo avviso alle parti ex artt. 60 e 120, comma 6 cod. proc. amm., trattandosi di affidamento di lavori relativi al Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR).

7. Il ricorso è infondato e deve essere rigettato.

Come dedotto nello stesso ricorso, la legge di gara richiedeva agli operatori invitati il possesso della qualificazione SOA per la categoria OG6, Classifica V, per l'importo di 4.433.841,52 euro e il RTI ricorrente ha partecipato con le seguenti quote di partecipazione:

- Savatteri Costruzioni srl (mandataria), in possesso della categoria SOA OG6, Classifica III bis, con la quota del 40%, che ha anche dichiarato che si sarebbe avvalsa dei requisiti dell'impresa ausiliaria AN.CO. SRL, provvista della categoria OG6, classifica II.;
- la Progetti di Roberto Nigrelli & C. S.R.L. (mandante), in possesso della categoria SOA OG6, Classifica III bis, con la quota del 30%;
- la Eredi Marotta di Marotta Calogero Giosuè & C. s.a.s (mandante) in possesso della categoria SOA OG6, Classifica III bis, con la quota 30%.

8. Ciò premesso, il primo motivo di ricorso è infondato, in quanto, in relazione all'intervenuto declassamento, pacifico in causa, della Classifica della ricorrente da OG6, III bis (fino a 1.500.000,00 euro) a III (fino a 1.033.000,00), non è possibile supplire all'intervenuta carenza mediante il ricorso al c.d. subappalto necessario da parte della Savatteri.

Ciò in quanto non è sufficiente la dichiarazione resa in sede di gara dalla Savatteri di "...riservarsi la facoltà di subappaltare le lavorazioni relative alla categoria OG6...", poiché tale dichiarazione attiene unicamente alla possibilità di ricorrere al subappalto per l'esecuzione di parte di lavori e non già al subappalto per qualificarsi nella partecipazione alla gara.

Sul punto, è chiara la giurisprudenza del Consiglio di Stato richiamata dalla parte controinteressata, dalla quale il Collegio non ravvisa ragioni per

discostarsi, che si richiama ai sensi degli artt. 74 e 88, comma 2, lett. d) cod. proc. amm.:

"Questa Sezione 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, e ha espresso un chiaro convincimento: il concorrente non è tenuto a 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, Consiglio di 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 Consiglio di Stato, Sez. V, 31 marzo 2022, n. 2365 e, ancora più recentemente, Consiglio di Stato, Sez. V, 29 dicembre 2022, n. 11596).

24.5. La parabola argomentativa del primo Giudice si scontra con tre dati inequivocabili:

- a) l'attestazione SOA in categoria OG3 posseduta dalla SIG S.p.A. non va a coprire la quota di esecuzione dell'11% dell'appalto assunta dalla mandante in sede di partecipazione alla gara;*
- b) 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 (Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 27 marzo 2019, n. 6);*
- c) la mancata dichiarazione del concorrente partecipante ad una procedura di evidenza pubblica, 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 si è impegnata a realizzare (Consiglio di Stato, Sez. V, 29 dicembre 2022, n. 11596)" (Cons. Stato, Sez. V, 28 marzo 2023, n. 3180).

Conseguentemente, il motivo di ricorso non può trovare accoglimento, poiché la Savatteri non può supplire alla perdita della Classifica da III bis a III e della conseguente qualificazione in relazione ad un certo ammontare per lavori mediante il ricorso al subappalto qualificante, poiché non aveva formulato espressa dichiarazione di volervi ricorrere, avendo unicamente fatto riferimento alla possibilità di ricorrere al subappalto per l'esecuzione di parte dei lavori.

9. Il secondo motivo di ricorso, col quale la ricorrente deduce che, ricorrendo al c.d. incremento del quinto ai sensi dell'articolo 61, comma secondo, del D.P.R. 207/2010, risulti comunque qualificata ad eseguire la quota dei lavori (40%) dichiarati al momento della presentazione dell'offerta, lo stesso è infondato in fatto, anche a prescindere dalla questione circa la disapplicazione per contrasto con il diritto UE della norma nella parte in cui vieta alla mandataria di ricorrere all'incremento del quinto (su cui comunque si v. il successivo punto 10 della sentenza).

La ricorrente si riferisce alla possibilità di applicare quanto previsto dall'art. 61, comma 2 D.P.R. 207/2010, che prevede che *"...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; nel caso di imprese raggruppate o consorziate la medesima disposizione si applica con riferimento a ciascuna impresa raggruppata o consorziata, a condizione che essa sia qualificata per una classifica pari ad almeno un quinto dell'importo dei lavori a base di gara..."*.

Come ben messo in evidenza dalla controinteressata (cfr. in particolare pag. 7 memoria), anche ad ammettere l'applicabilità dell'aumento del quinto rispetto all'ammontare dei lavori che la Savatteri può svolgere in forza della nuova Classifica III, essa non raggiunge la quota di lavori dichiarata del 40%.

Invero, tale aumento del quinto deve essere applicato sull'ammontare pari a euro 1.033.000,00, quello riferibile alla Classifica III della Savatteri, non già alla somma di tale ammontare con quello oggetto dell'avvalimento con la società AN.CO, titolare della Classifica II, per lavori pari a euro 516.000,00, come operato dalla Savatteri in ricorso.

Dunque, operando l'aumento del quinto sulla somma pari ad euro 1.033.000,00 e solo poi sommando gli ulteriori euro 516.000,00 in forza dell'avvalimento, si ottiene un ammontare di lavori per euro 1.755.600,00, che è inferiore al 40% dell'importo a base d'asta dichiarato dalla Savatteri, pari a euro 1.773.536,50.

Infatti l'aumento del quinto può essere applicato solo rispetto alla classifica posseduta dalla Savatteri, *i.e.* la Classifica III, e non già sommando ad essa, quale base su cui calcolare l'aumento del quinto, la Classifica II dell'ausiliaria.

Non depone in senso contrario il precedente giurisprudenziale citato in sede di discussione orale dalla parte ricorrente (T.A.R. Liguria, n. 873/2015), che ha invece proprio applicato l'aumento del quinto sulla classifica dell'impresa raggruppata e solo poi sommato la classifica dell'ausiliaria, rilevando, peraltro non a fini decisivi per quel giudizio, solo la possibilità, al più, di applicare l'aumento del quinto sulla classifica dell'ausiliaria, ma non già di sommare la classifica dell'ausiliata con quella dell'ausiliaria e poi su tale base calcolare l'aumento del quinto.

10. In ultimo, col terzo motivo di ricorso, la ricorrente propone una censura, che ricalca quanto già da essa prospettato alla stazione appaltante in sede procedimentale, per cui sarebbe dovuto essere consentito al RTI la rimodulazione delle quote, per cui la capogruppo Savatteri parteciperebbe al raggruppamento con una quota del 34% pari ad euro 1.507.506,12 (considerando l'avvalimento con la AN.CO.), mentre le mandanti con quote del 33% pari a euro 1.463.167,70.

Il mezzo è infondato, non potendosi ammettere, come da orientamento giurisprudenziale consolidato, la rimodulazione delle quote interne ad un

raggruppamento in un momento successivo alla presentazione dell'offerta.

È ancora pertinente il richiamo giurisprudenziale svolto dalla parte controinteressata alla giurisprudenza del Consiglio di Stato per cui "*deve ritenersi che i commi 17-19-ter dell'art. 48 del D.Lgs. n. 50/2016), così come interpretati dall'Adunanza Plenaria di questo Consiglio di Stato di recente in quattro pronunce (del 27.3.2019, n. 6, del 27.5.2021, nn. 9 e 10 e, da ultimo, del 25.1.2022, n. 2), non ammettano la possibilità di apportare modifiche soggettive alla compagine di un RTI in caso di sopravvenuta perdita dei requisiti speciali di partecipazione (nella specie dell'attestazione SOA), essendo la sostituzione interna limitata all'ipotesi in cui una delle componenti del raggruppamento perda i requisiti generali di partecipazione di cui all'art. 80 del Codice, anche in corso di gara, e dovendo ritenersi che le esigenze organizzative per l'operatività di un RTI in riduzione non possano venire in rilievo laddove si debba per contro fronteggiare alla perdita in capo ad una delle imprese del costituendo RTI dei requisiti speciali di partecipazione.*

12.3. Ne discende che alcun rilievo è in grado di assumere la natura "sovrabbondante" del raggruppamento ai fini di una sua ipotetica "riduzione", dovendosi negare la possibilità di operare una tale rimodulazione per sanare la perdita di un requisito speciale di partecipazione, in quanto, qualora l'impresa che si sia impegnata all'esecuzione di una determinata quota delle prestazioni oggetto di appalto, rimanga medio tempore sfornita di qualificazione, è inconferente il possesso sovrabbondante del requisito di capacità tecnica da parte del raggruppamento nel suo complesso.

Il principio, già espresso dall'Adunanza Plenaria nella sentenza n. 6/2019, è sotteso anche alla sentenza A.P. n. 2/2022, per cui deve ritenersi che la mancanza di attestazione SOA non rientri nei casi previsti dai commi 17, 18, 19 e 19 ter che, vanno interpretati in senso tassativo e restrittivo. (...) Neppure sarebbe ammissibile una sostituzione meramente interna con altri partecipanti al RTI come evincibile dagli altri cennati pronunciamenti dell'Adunanza Plenaria, a fronte della perdita di un requisito speciale di partecipazione, quale l'attestazione SOA od una riorganizzazione interna del RTI dettata non già da esigenze organizzative, ma volta ad evitare l'esclusione del RTI per la perdita, in capo ad

uno dei componenti, dei necessari requisiti di qualificazione" (Cons. Stato, Sez. V, 10 novembre 2022, n. 9864).

Come si vede, anche recentemente il Consiglio di Stato, facendo applicazione del medesimo principio già espresso dall'Adunanza Plenaria n. 6/2019, ha escluso la possibilità di riorganizzare le quote previste nell'RTI in sede di presentazione dell'offerta al fine di evitare l'esclusione.

Tale decisione dell'Adunanza Plenaria aveva in particolare affermato 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"*, interpretando l'art. 92, comma 2 del D.P.R. n. 207/2010, rilevando che *"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".

Tale interpretazione letterale, è altresì avvalorata, nella tesi della Plenaria, dalla natura e dalla finalità dei requisiti di qualificazione, evidenziando *"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 (espreso 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 avalimento anomalo ed in contrasto con quanto previsto dall'art. 89, d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50, anche con riferimento agli adempimenti procedurali previsti a pena di nullità (co.1)".

11. La ricorrente ha dedotto che la tesi dell'Adunanza Plenaria n. 6/2019, già opposta in sede procedimentale dalla stazione appaltante, debba essere superata in forza di quanto statuito dalla sentenza Corte giustizia UE sez. IV, 28/04/2022, n. 642, che ha dichiarato l'art. 83, comma 8 del Codice dei Contratti, nella parte in cui prevede che *"la mandataria in ogni caso deve possedere i requisiti ed eseguire le prestazioni in misura maggioritaria"*, in contrasto con il diritto dell'Unione Europea, in quanto *"imponendo all'impresa mandataria del raggruppamento di operatori economici di eseguire le prestazioni «in misura maggioritaria» rispetto a tutti i membri del raggruppamento, vale a dire di eseguire la maggior parte dell'insieme delle prestazioni contemplate dall'appalto, l'articolo 83, comma 8, del Codice dei contratti pubblici fissa una condizione più rigorosa di quella prevista dalla direttiva*

2014/24, la quale si limita ad autorizzare l'amministrazione aggiudicatrice a prevedere, nel bando di gara, che taluni compiti essenziali siano svolti direttamente da un partecipante al raggruppamento di operatori economici. Secondo il regime istituito da tale direttiva, le amministrazioni aggiudicatrici hanno la facoltà di esigere che taluni compiti essenziali siano svolti direttamente dall'offerente stesso o, se l'offerta è presentata da un raggruppamento di operatori economici ai sensi dell'articolo 19, paragrafo 2, della direttiva 2014/24, da un partecipante a detto raggruppamento; per contro, secondo il diritto nazionale di cui trattasi nel procedimento principale, il legislatore nazionale impone, in modo orizzontale, per tutti gli appalti pubblici in Italia, che il mandatario del raggruppamento di operatori economici esegua la maggior parte delle prestazioni (...) Del resto, mentre l'articolo 63, paragrafo 2, della direttiva 2014/24 si limita ad autorizzare le amministrazioni aggiudicatrici ad esigere, per gli appalti di servizi, che taluni compiti siano svolti dall'uno o dall'altro partecipante al raggruppamento di operatori economici, l'articolo 83, comma 8, del Codice dei contratti pubblici impone l'obbligo di esecuzione delle prestazioni in misura maggioritaria al solo mandatario del raggruppamento, ad esclusione di tutte le altre imprese che vi partecipano, limitando così indebitamente il senso e la portata dei termini impiegati all'articolo 63, paragrafo 2, della direttiva 2014/24.

Alla luce di quanto precede, occorre rispondere alla questione sollevata dichiarando che l'articolo 63 della direttiva 2014/24 deve essere interpretato nel senso che esso 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”.

Peraltro la ricorrente ritiene che dalla sentenza della Corte di Giustizia discenda anche l'applicabilità dell'aumento del quinto in suo favore, dovendo essere disapplicato anche il divieto di cui all'art. 61, comma 2 D.P.R. n. 207/2010, che si è comunque già escluso essere rilevante nel caso di specie al superiore punto 9.

11.1. La tesi della ricorrente è priva di fondamento.

La sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea inerisce la diversa problematica della legittimità di una norma nazionale che prescriva "*all'impresa mandataria del raggruppamento di operatori economici di eseguire le prestazioni «in misura maggioritaria» rispetto a tutti i membri del raggruppamento*", ma non è rilevante rispetto al caso di specie, nel quale l'esclusione della ricorrente è comminata in quanto la ricorrente non possiede più la qualificazione che le consenta di svolgere la quota di lavori da lei dichiarata in sede di partecipazione alla gara e non già eteroimposta.

D'altronde, come ben messo in evidenza nel provvedimento di rigetto delle osservazioni procedurali, "*in data 11/1/2023 è stata pubblicata la risposta in riscontro al quesito del Vs assistito, nella quale si specificava che, in forza delle sentenze della Corte di Giustizia del 28 aprile 2022 (C-642/20) e del Consiglio di Stato n. 4425/2022, la mandataria deve essere sì in possesso di una percentuale maggioritaria dei requisiti di partecipazione nella categoria prevalente, ma la stessa non necessariamente deve coincidere con la previgente quota del 40%. Pertanto, la Savatteri srl, alla data di scadenza delle offerte, potendo ragionevolmente ipotizzare la prossima riduzione di classificazione nella categoria di lavorazione richiesta, avrebbe potuto quantificare la propria partecipazione al rti già ab origine nei termini che ora propone a seguito della rimodulazione*" (doc. 5 ricorrente).

Il punto focale della questione, mal interpretato dalla ricorrente, è perciò che la sentenza della Corte di Giustizia – e così pure la Delibera Anac n. 542/2022 richiamata dalla ricorrente in merito a quanto prescritto dall'art. 92, comma 2 del D.P.R. n. 207/2010, non possono assumere rilevanza nel caso di specie, ove la ricorrente non è esclusa poiché non svolge la parte maggioritaria e in particolare almeno il 40% dei lavori come prescritto dalla normativa nazionale dichiarata in contrasto con il diritto UE, bensì perché pretende, *ex post*, di modificare l'organizzazione interna del raggruppamento rispetto a quanto dichiarato in sede di offerta.

Il che è da escludersi, come ben evidenziato dalla consolidata giurisprudenza del Consiglio di Stato sopra richiamata e dalla Deliberazione n. 213 del

27.4.2022 ANAC, richiamata in replica alle osservazioni procedurali dalla stazione appaltante, che - effettivamente analizzando il problema qui rilevante e non già quello dell'esclusione di una impresa solo perché non possedesse i requisiti in misura maggioritaria e superiore al 40% (ANAC n. 542/2022) – ha recentemente ribadito l'orientamento giurisprudenziale posto a fondamento della presente decisione.

Di tal che, anche il terzo motivo di ricorso non può essere accolto.

12. In conclusione, il ricorso è infondato e deve essere rigettato.

Le spese del giudizio, stante la particolarità delle questioni giuridiche trattate, possono essere integralmente compensate tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Spese compensate.

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

Così deciso in Cagliari nella camera di consiglio del giorno 17 maggio 2023 con l'intervento dei magistrati:

Marco Lensi, Presidente

Antonio Plaisant, Consigliere

Gabriele Serra, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Gabriele Serra

IL PRESIDENTE
Marco Lensi

IL SEGRETARIO