



Consiglio di Stato
31 marzo 2022, sez. V, n. 2367
SENTENZA

Appalti di servizi e forniture: non vi è necessaria corrispondenza *ex lege* tra qualificazione e quota di prestazione. Disciplina rimessa alla *lex specialis*

Indicazione del subappaltatore in caso di subappalto necessario

Escussione della garanzia per la partecipazione solo per l'aggiudicatario

MASSIME

1. Per gli appalti di servizi e forniture non *vige ex lege* il principio di necessaria corrispondenza tra la qualificazione di ciascuna impresa componente il RTI e la quota di prestazione di rispettiva pertinenza, ma la relativa disciplina è rimessa alla *lex specialis*: ciò in quanto la regola della necessaria corrispondenza tra quote di partecipazione al RTI, a loro volta collimanti con le percentuali di esecuzione, e percentuale del possesso dei requisiti di qualificazione, deriva dall'art. 92 d.P.R. 2010, n. 207/2010, norma che disciplina gli appalti di lavori sia in rubrica "*Soggetti abilitati ad assumere i lavori*" che nel contenuto dell'articolo, ove il riferimento è ai soli "*lavori*", come precisato dall'Adunanza plenaria nella sentenza del 27 marzo 2019, n. 6.

2. Il concorrente non è tenuto ad indicare il nominativo del subappaltatore già in sede di offerta; nondimeno, è tenuto a dichiarare la volontà di ricorrere al subappalto per supplire al requisito di qualificazione mancante, ossia la **volontà di avvalersi del subappalto c.d. necessario** (così, in particolare, Cons. Stato, sez. V, 15 febbraio 2021, n. 1308 che ne fornisce anche una spiegazione: "***L'indicazione del subappaltatore ai fini dell'integrazione dei requisiti di gara configura una vera e propria manifestazione di volontà da parte dell'operatore, che indice sulla stessa conformazione funzionale del concorrente e sulla correlata modulazione dei requisiti, anche ai fini della corrispondente verifica da parte dell'amministrazione***").

Nel caso di specie, l'appellante aveva sì manifestato la volontà di subappaltare le attività oggetto di esecuzione, ma non aveva affatto dichiarato che, essendo privo del requisito di qualificazione per l'esecuzione di talune di esse (quelle per le quali era richiesta l'attestazione SOA di categoria OG1 e



OG11), avrebbe, a scopo acquisitivo, fatto ricorso al subappalto (che, dunque, si sarebbe configurato quale subappalto necessario); al contrario, il r.t.i. aveva dichiarato il possesso dei requisiti in proprio anche per le lavorazioni in categoria scorporabile, salvo, poi, restare priva del requisito nel corso della procedura. Impegnarsi, allora, per la prima volta in sede di impugnazione del provvedimento di esclusione, a sopperire alla carenza del requisito di qualificazione necessaria facendo ricorso al subappalto quando s'era già dichiarato il possesso in proprio del requisito, significa tenere condotta non coerente con le regole di correttezza e buona fede al cui rispetto sono chiamate, così come la stazione appaltante, anche il privato concorrente.

3. Assume rilevanza nel presente giudizio la q.i.c. sollevata dalla Sezione, con ordinanza n. 3299/2021, avente ad oggetto l'art. 93, comma 6, d.lgs. 50/2016 nel combinato disposto con l'art. 216 del medesimo decreto, in relazione agli art. 3 e 117 1° comma Cost., per non aver previsto l'applicabilità, anche alle procedura di gara in corso di svolgimento al momento della sua entrata in vigore, sebbene indette nella vigenza del vecchio codice dei contratti pubblici, della più favorevole disciplina sanzionatoria sopravvenuta – la quale prevede l'escussione della cauzione provvisoria solo a valle dell'aggiudicazione (definitiva) e, dunque, solo nei confronti dell'aggiudicatario di una procedura ad evidenza pubblica – in quanto già in vigore al momento dell'adozione, da parte della stazione appaltante, del provvedimento di escussione della garanzia provvisoria.

Nel caso di specie, la S.A. aveva disposto l'escussione della cauzione nei confronti di operatore economico che non era (in nessuno dei lotti) aggiudicatario della procedura di gara, sebbene nel lotto oggetto del contenzioso fosse primo graduato per scorrimento della graduatoria. Per tali ragioni giudizio veniva sospeso fino alla pubblicazione della sentenza della Corte costituzionale sulla questione di legittimità costituzionale.

TESTO DELLA SENTENZA

***Pubblicato il 31/03/2022
N. 02367/2022REG.PROV.COLL.
N. 04483/2021 REG.RIC.***

**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Consiglio di Stato
in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)**

ha pronunciato la presente

SENTENZA NON DEFINITIVA

Sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 4481 del 2021, proposto da



Comat s.p.a., in proprio e in qualità di mandataria del raggruppamento temporaneo di imprese con Catec s.r.l., Tepor s.p.a. e Nelsa s.r.l. in qualità di mandanti, in persona del legale rappresentante, rappresentati e difesi dagli avvocati Marco Sella, Saverio Sticchi Damiani e Luca Torlaschi, con domicilio digitale come da PEC tratta dai Registri di Giustizia;

contro

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

Graded s.p.a., in proprio e quale mandataria del raggruppamento temporaneo di imprese con Ecosfera Servizi s.p.a., in qualità di mandante – Ecosfera Servizi s.p.a., ciascuna in persona del proprio legale rappresentante, rappresentate e difese dagli avvocati Angelo Piazza e Gennaro Terracciano, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Gennaro Terracciano in Roma, piazza San Bernardo, 101;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (Sezione Seconda) n. 02458/2021, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Consip s.p.a., di Graded s.p.a. e di Ecosfera Servizi s.p.a.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 3 marzo 2022 il Cons. Federico Di Matteo e uditi per le parti gli avvocati Marco Sella, Luca Torlaschi, Ugo De Luca, in dichiarata delega dell'avv. Saverio Sticchi Damiani, Marcantonio, in sostituzione degli avv. Piazza e Terracciano, e l'avvocato dello Stato Giorgio Santini;

Visto l'art. 36, comma 2, cod. proc. amm.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con bando pubblicato nel 2015, Consip s.p.a. indiceva procedura di gara aperta, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per l'affidamento del "Servizio Integrato Energia e dei Servizi connessi per le Pubbliche Amministrazioni, edizione 4 – ID SIGIEF 1615" (c.d. gara SIE 4), per un importo complessivo a base d'asta di € 1.845.000.000,00.

La procedura era suddivisa in 16 lotti geografici.

1.1. Il bando di gara, al punto 17.3 (Capacità tecnica), richiedeva agli operatori economici concorrenti di: "a) possedere la qualificazione in corso di validità, rilasciata da una SOA regolarmente autorizzata, ai sensi e per gli effetti del D.P.R. n. 207/2010, per la categoria OG 11 "Impianti tecnologici". La suddetta qualificazione dovrà sussistere per la classifica corrispondente agli importi massimi dei lavori (importi SOA OG 11), così come determinata all'art. 61, comma 4, del D.P.R. n. 207/2020", secondo una classificazione per singoli lotti di seguito riportata i; nonché di "b) possedere la qualificazione in corso di validità, rilasciata da una SOA regolarmente autorizzata, ai sensi e per gli effetti del D.P.R. n. 207/2010, per la categoria OG 1 "Edifici civili e industriali". La suddetta qualificazione dovrà sussistere per la classifica corrispondente agli importi massimi dei lavori (importi SOA OG 1), così come determinata all'art. 61, comma 4, del D.P.R. n. 207/2020", anche in questo caso secondo una classificazione per singoli lotti.

Era, inoltre, precisato che: "In caso di partecipazione in forma associata di cui all'articolo 34, del D.lgs. n. 163/2006, i requisiti di cui alle precedenti lettere a), b), c) e d) dovranno essere posseduti, a pena di esclusione, da ciascuna impresa che eseguirà le attività per le quali sono richiesti i suddetti requisiti".

1.2. Il disciplinare di gara stabiliva che i predetti requisiti dovessero essere "posseduti e dichiarati, a pena di esclusione": "i) in caso di R.T.I. o Consorzio ordinario di concorrenti di cui all'art. 34, comma 1, lett. e) del D.lgs. n. 163/2006 sia costituiti che costituendi, da almeno un'impresa costituente il R.T.I. o il Consorzio. Resta inteso che l'attività oggetto della attestazione/certificazione/requisiti potrà essere svolta unicamente da imprese in possesso dell'attestazione/certificazione/requisiti stessa nei limiti di quanto posseduto".



1.3. Il r.t.i. – raggruppamento temporaneo di imprese con Comat s.p.a. come mandataria e con Caitec s.r.l., Tepor s.p.a. e Nelsa s.r.l. in qualità di mandanti presentava domanda di partecipazione per otto lotti (nn. 1, 2, 3, 9, 11, 12, 14 e 16) dichiarando il possesso dei requisiti di capacità tecnica richiesti dal bando di gara.

Quanto alle quote delle attività per le quali erano richieste le qualificazioni OG 11 e OG 1, il r.t.i. Comat dichiarava che sarebbero state suddivise tra le imprese raggruppate in diverse percentuali; ai fini che interessano al presente giudizio, Nelsa s.r.l. si impegnava per il 30% per le attività con qualificazione OG11 e per il 19% per le attività con qualificazione OG1.

1.4. Con chiarimento reso in corso di gara Consip s.p.a. si soffermava sul subappalto – previsto nel bando di gara in questi termini “L’affidamento in subappalto è sottoposto, ai sensi del richiamato art. 118 del D.Lgs. n. 163/2006, alle seguenti condizioni: - il concorrente deve indicare le attività e/o i servizi che intende subappaltare” – precisando che: a) la categoria prevalente era quella OG11 mentre la categoria OG1 era scorporabile; b) che era possibile la partecipazione di concorrente sprovvisto della categoria OG1, che però fosse in possesso della categoria OG11 classe VIII, vale a dire per un importo pari alla somma del valore degli importi SOA relativi alle due categorie (OG1 e OG11), a condizione che “dichiari di voler sub-appaltare il 100% delle attività OG1 ad impresa in possesso di idonei requisiti”.

Ai fini di interesse del presente giudizio, va precisato che nella domanda di partecipazione il r.t.i. Comat aveva dichiarato che “il RTI(...), nel suo complesso, in caso di aggiudicazione intende affidare in subappalto nella misura non superiore a quanto previsto dall’art. 118 del D.Lgs. 163/2006 e s.m.i. le seguenti attività” ed erano riportate una lunga serie di attività, tra le quali anche “interventi/opere edili” e “interventi/opere di riqualificazione energetica e tecnologica”. Dichiarazione di identico tenore era resa anche da Nelsa s.r.l.

1.5. All’esito delle operazioni di gara, il r.t.i. Comat risultava secondo graduato nella graduatoria del lotto 1 e nei suoi confronti era avviata la verifica dei requisiti dichiarati ai sensi dell’art. 48, comma 2, d.lgs. n. 163 del 2006.

Conclusa la fase di verifica, con provvedimento del 14 ottobre 2020 prot. n. 41733/2020 Consip s.p.a. escludeva il r.t.i. Comat da tutti i lotti della procedura di gara per carenza del requisito di capacità richiesto dal bando di gara al punto 17.3.

In particolare, riferiva la stazione appaltante che dalla documentazione acquisita era emerso che la carenza del requisito di qualificazione della SOA per le lavorazioni della categoria OG1 in capo alla mandante Nelsa s.r.l. nel periodo, successivo alla presentazione della domanda di partecipazione, decorrente dal 2 ottobre 2018 al 22 maggio 2020, poiché detta categoria risultava attestata solo nella SOA n. 56860/10/00 (acquisita nel corso dell’istruttoria sui requisiti di partecipazione), ma non in quelle precedenti rilasciate dal medesimo organismo di attestazione in corso di svolgimento della procedura (la SOA n. 51666/10/00 e la n. 56330/10/00); le giustificazioni fornite dalla Nelsa s.r.l. che dichiarava di non aver richiesto la relativa attestazione anche per la predetta categoria “per mero errore materiale”, come pure la dichiarazione dell’organismo di attestazione, era ritenuta dalla stazione appaltante inadeguata a fornire la prova del possesso ininterrotto del requisito di partecipazione.

Riferiva, inoltre, la stazione appaltante di ulteriore elemento emerso dall’esame della documentazione: a fronte della dichiarazione resa da Nelsa s.r.l. nella domanda di partecipazione, di essere in possesso della qualificazione SOA per la categoria di lavorazioni OG11 class. V, era emerso che nelle due SOA rilasciate in corso di svolgimento della procedura di gara (le già richiamate SOA 51666/10/00 e SOA 56330/10/00) s’era avuta una riduzione di classifica al III e nell’ultima SOA era classificata come IV. Si trattava di dato rilevante per aver Nelsa s.r.l. dichiarato di eseguire per i lotti 1, 2, 3, 9, 11, 12, 14 e 16 le prestazioni in una misura (il 30%) che richiedeva la suddetta classificazione V in relazione alla categoria OG11.

Consip s.p.a. dichiarava, infine, che avrebbe proceduto all’escussione delle cauzioni provvisorie prestate dal r.t.i. Comat per un importo complessivo di € 4.150.000,00.

2. Con distinti ricorsi al Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, il r.t.i. Comat impugnava il provvedimento di esclusione dai vari lotti della procedura di gara.



Il presente giudizio riguarda il ricorso (che acquisiva Rg. n. 9322/2020) riferito al lotto 16, nel quale il r.t.i. Comat si era collocato in graduatoria in seconda posizione, ma con possibilità di conseguire l'aggiudicazione per scorrimento di graduatoria in seguito all'affidamento di altro lotto al primo graduato r.t.i. Siram.

Nel primo motivo di ricorso erano due le ragioni di contestazione del provvedimento di esclusione:

a) la ricorrente sosteneva di aver dichiarato e comprovato che il raggruppamento nel suo complesso possedeva in maniera sovrabbondante i requisiti di capacità tecnica per l'esecuzione delle prestazioni relative alla categoria OG1 e OG11 (in particolare, ne era in possesso la mandante Tepor in maniera illimitata, classifica VIII per entrambe le categorie e aveva mantenuto il possesso per tutta la durata della procedura); ciò anche in ragione della natura del contratto in affidamento – che era un contratto di appalto di servizi – per il quale, in assenza di specifiche e più stringenti previsioni da parte della lex specialis, non potevano trovare applicazione le più rigide regole che, per gli appalti di lavori impongono che vi sia corrispondenza tra le quote di partecipazione al raggruppamento, le quote da eseguire e i rispettivi requisiti di qualificazione;

b) aveva, in ogni caso, esplicitamente dichiarato la sua volontà di affidare in subappalto dette attività, onde i requisiti per l'esecuzione delle stesse sarebbero stati posseduti integralmente dall'impresa subappaltatrice.

Gli ulteriori motivi di ricorso erano diretti a far valere l'illegittimità della escussione della cauzione provvisoria, in via derivata per illegittimità del provvedimento di esclusione (il secondo motivo) e per vizi propri (i motivi dal tre al sette), nei quali la ricorrente lamentava la violazione degli articoli 2, 48 e 75 d.lgs. n. 163 del 2006, delle disposizioni di diritto euro-unitario, con particolare riguardo al principio di proporzionalità, nonché la stessa illegittimità e contrarietà al diritto euro-unitario degli articoli del codice dei contratti pubblici prima riportati.

Con l'ultimo motivo, tali vizi erano estesi anche al disciplinare di gara nella parte in cui prevedeva l'escussione della cauzione provvisoria.

2.1. Resistente Consip s.p.a., il giudice di primo grado, con la sentenza della seconda sezione, del 1° marzo 2021, n. 2454, respingeva il ricorso.

Il tribunale:

- preliminarmente precisava che la ragione dell'esclusione non risiedeva nella violazione della regola che impone la corrispondenza tra qualificazione e quota di lavori da eseguire, bensì nella mancata dimostrazione della capacità tecnica ad effettuare le lavorazioni della categoria OG1 in capo ad una delle mandanti del raggruppamento;

- riteneva, poi, che la stazione appaltante, accertata la carenza del possesso del requisito di capacità tecnica per la categoria OG1 in capo alla mandante, non avrebbe potuto far altro che escludere il raggruppamento dell'intera procedura di gara, se non disattendendo la clausola di esclusione prevista dal bando, e incorrendo così a sua volta nella violazione dei principi di par condicio e di imparzialità;

- la clausola del bando, peraltro, non era stata oggetto di espressa impugnazione né la ricorrente aveva contestato il mancato possesso in concreto del requisito, per cui l'eventuale annullamento dell'esclusione, non porterebbe ad alcun effetto utile, potendo la stazione appaltante, vigente ancora il bando, dar luogo ad un nuovo provvedimento espulsivo;

- aggiungeva, quanto alle specifiche censure sollevate dalla ricorrente, che: a) l'Adunanza plenaria, con la sentenza del 27 marzo 2019, n. 6 aveva definitivamente chiarito che, al di là della natura del raggruppamento, dell'entità (in tesi, minima) dello scostamento e del possesso del requisito sufficiente all'esecuzione dell'intera quota dei lavori in capo al raggruppamento nel suo insieme, è ragione di esclusione dell'intero raggruppamento dalla gara la mancanza del requisito di qualificazione in misura corrispondente alla quota dei lavori alla quale si è impegnata una delle imprese costituenti il raggruppamento in sede di presentazione dell'offerta; b) ammettere la subappaltabilità dei lavori da parte di impresa priva del requisito di capacità tecnica richiesta significherebbe eludere le disposizioni sul rispetto dei requisiti in capo all'operatore associato, che, pur risultando privo della qualificazione dichiarata in sede di partecipazione, potrebbe evitare l'esclusione, ricorrendo al subappalto che sarebbe, così, impiegato in maniera abusiva al solo scopo di



raggiungere l'obiettivo dell'esclusione dalla gara, laddove, invece, per l'acquisizione dei requisiti tecnici mancanti è necessario far ricorso al diverso istituto dell'avvalimento;

- stimava, poi, la nota del 6 agosto 2020 dell'organismo di attestazione CQOP – contenente la dichiarazione che l'impresa aveva effettivamente eseguito nel periodo contestato lavori in astratto idonei ad abilitarla al rilascio della qualificazione SOA OG1 – inidonea a dimostrare la sussistenza del requisito di qualificazione, poiché l'attestazione SOA è conseguita dalle imprese operanti nel settore dei lavori non solo per aver eseguito lavori per un certo valore, ma anche in presenza di ulteriori presupposti di fatto e di diritto, sui quali l'organismo nulla dichiarava;

- relativamente all'escussione della cauzione, riteneva che Consip s.p.a., con l'escussione automatica per aver accertato l'assenza di prova in ordine al possesso dei requisiti dichiarati, avesse fatto solo applicazione delle prescrizioni del disciplinare di gara, le quali, a loro volta, giudicava conformi all'art. 48, comma 2, d.lgs. n. 163 del 2006 che prevede[va] l'escussione della cauzione nei confronti dell' "aggiudicatario" e del "concorrente che segue in graduatoria" nel caso in cui fossero accertati essere privi dei requisiti speciali di partecipazione dell'art. 75, comma 6, che prevede[va] l'escussione della cauzione in caso di "mancata sottoscrizione del contratto per fatto dell'affidatario", da intendere come riferito non solo all'aggiudicatario, ma anche agli altri concorrenti ed applicabile, non solo in caso di carenza dei requisiti speciali di cui all'art. 48, ma anche dei requisiti generali di cui all'art. 38 (come precisato dall'Adunanza plenaria nella sentenza del 10 dicembre 2014, n. 34);

- concludeva, infine, nel senso della conformità di tali disposizioni del codice dei contratti pubblici a Costituzione (come già rilevato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 211 del 2010), non in contrasto con il diritto sovranazionale (considerato il tenore dell'art. 36 della direttiva 2004/2018 e la circostanza per la quale la cauzione non dà luogo a sanzione amministrativa di natura penale tale che si possa dubitare della conformità alla C.E.D.U. per l'escussione della stessa anche in assenza di elemento soggettivo).

3. Propone appello Comat s.p.a. nella qualità in epigrafe indicata, unitamente alle altre società componenti il raggruppamento; si sono costituite Consip s.p.a. e, con unico atto difensivo, Graded s.p.a. ed Ecosfera Servizi s.p.a..

Comat s.p.a. e Graded s.p.a., Ecosfera Servizi s.p.a. hanno depositato memorie ex art. 73, comma 1, cod. proc. amm., cui sono seguite rituali repliche.

All'udienza del 3 marzo 2022 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Con il primo motivo di appello, il r.t.i. Comat censura la sentenza per "Erroneità in procedendo e iudicando (...) per: travisamento assoluto dei presupposti di fatto e di diritto; erronea interpretazione ed applicazione delle norme di cui si è censurata la violazione; violazione degli articoli 1,2,34,46 e 63 del d.lgs. 104/2010; violazione e falsa applicazione dell'art. 24, 111 e 113 della Costituzione; violazione del principio di tutela piena ed effettività e diniego di giustizia; motivazione manifestamente perplessa, carente, illogica e contraddittoria; violazione del principio di integrità del contraddittorio"; assume l'appellante che il giudice di primo grado abbia mal interpretato il bando di gara, per aver tenuto conto "in maniera inammissibilmente parziale ed atomistica" del solo inciso ("a pena di esclusione") contenuto nel periodo di chiusura del punto 17.3., quando, invece, se avesse operato una lettura complessiva della clausola, ne avrebbe concluso che non era ivi prescritta alcuna corrispondenza tra i requisiti di qualificazione e la quota dei lavori da eseguire, poiché, da un lato, si richiedeva che il "concorrente", e così, nel caso di r.t.i., il raggruppamento nel suo complesso, fosse in possesso della qualificazione per le categorie OG1 e OG11 (condizione esistente nel caso di specie ove la sola Tepor era in possesso di qualificazioni adeguate ed idonee a partecipare a tutti i lotti), e dall'altro, si intendeva vietare che "in fase esecutiva" (dunque pro futuro, irrilevante essendo la questione al momento evidenziale) l'attività fosse svolta da soggetto privo del necessario requisito.

Interpretando il bando di gara nei termini prima esposti, il raggruppamento avrebbe potuto prendere parte a tutti i lotti in cui era suddivisa la procedura di gara; considerazione che bastava a dire, contrariamente a quanto affermato dal Tar, insussistente l'onere di impugnazione della lex specialis, come nel caso in cui lo stesso consenta una sola incontrovertibile lettura.



Il ragionamento dell'appellante prosegue in questi termini: una volta escluso che il bando di gara prescrivesse la necessaria corrispondenza tra requisiti di qualificazione e quote di esecuzione, v'era da fare applicazione dell'orientamento giurisprudenziale per il quale la regola della necessaria corrispondenza all'interno dei raggruppamenti temporanei vale solo per gli appalti di lavori (come previsto dall'art. 92 d.P.R. n. 207 del 2010) e non anche per un appalto di servizi, qual era quello in affidamento; alla stessa conclusione, peraltro, si sarebbe pervenuti se l'appalto fosse stato qualificato come appalto misto, dovendo trovare applicazione la disciplina dei servizi (ex art. 14 d.lgs. n. 163 del 2006, integrata dalla facoltà per la stazione appaltante di richiedere anche il possesso dei requisiti di qualificazione per eseguire la componente dei lavori).

In ultimo il r.t.i. Comat critica la sentenza per aver escluso che fosse consentito al raggruppamento di superare l'eventuale carenza del requisito di qualificazione riscontrato dalla stazione appaltante a mezzo subappalto sia perché la possibilità di ricorrere al subappalto per il "raggruppamento nel suo complesso" era espressamente prevista dal bando di gara (a talune condizioni e, comunque, sino al 30% con riguardo alle lavorazioni della categoria prevalente OG11 e integralmente per quelle scorporabili OG1), senza alcun obbligo di individuazione dello stesso già in fase di gara neanche qualora si fosse trattato di subappalto necessario, sia perché sin dalla domanda di partecipazione erano state indicate le attività che sarebbero state oggetto di subappalto, tra le quali, espressamente, erano ricomprese anche le attività accessorie all'espletamento dei servizi oggetto di gara per cui era richiesto il possesso della SOA.

Ad ogni modo, conclude l'appellante, il raggruppamento era in possesso dei requisiti ritenuti irrinunciabili dalla stazione appaltante (qualificazione nella categoria OG11 per un importo capace di assorbire anche il valore della categoria OG1) per ricorrere al subappalto, tanto più che la giurisprudenza ha da ultimo ammesso la legittimità dell'integrazione dei requisiti prescritti ai fini dell'ammissione alla gara a mezzo del ricorso al subappalto sul solo presupposto che, come nell'odierna vicenda, la facoltà fosse ammessa dalla disciplina di gara.

A parere dell'appellante, poi, il giudice non avrebbe correttamente apprezzato le dichiarazioni dell'organismo di attestazione CQOP: la nota dell'8 luglio 2020, emessa in occasione del rilascio del certificato SOA n. 56860/10/00, dava atto della presentazione di un CEL del 6 settembre 2013, così sostanzialmente chiarendo che quest'ultimo certificato aveva sostituito/rettificato le precedenti certificazioni, di modo che risultava confermato il possesso del requisito di qualificazione OG1 senza soluzione di continuità rispetto alle precedenti attestazioni e fino alla scadenza dell'ottobre 2023.

Infine, contesta l'omessa pronuncia sulle censure dirette a censurare il provvedimento di esclusione anche per la carenza del requisito di qualificazione dell'attestazione SOA in categoria OG11 con classificazione adeguata al valore dei lavori da eseguire in ciascun lotto; in particolare, ribadisce la violazione delle "prerogative partecipative" in quanto la carenza era stata contestata per la prima volta nel provvedimento di esclusione, non era stata, invece, oggetto di richieste di chiarimenti né portata altrimenti a sua conoscenza; nel merito, sostiene che anche a voler considerare la riduzione della classifica, la stazione appaltante non avrebbe dovuto escluderlo dal lotto 12 poiché il disciplinare di gara, per il caso di operatore che fosse risultato primo in graduatoria in più lotti, imponeva la verifica del requisito di qualificazione solo in relazione al lotto di maggior rilevanza, che nel suo caso, non era il lotto 3, ma i lotti 12 e 16, per i quali la SOA OG 1 posseduta era di classifica adeguata al valore percentuale dei lavori per i quali si era impegnata.

2. Il motivo è infondato.

2.1. Il giudice di primo grado ha ben interpretato il bando e il disciplinare di gara; essi imponevano senz'altro il possesso del requisito di capacità tecnica (punto 17.3 del bando: attestazione SOA OG1 e OG11 nella classifica corrispondente all'entità dei lavori prevista per ciascun lotto) in capo all'impresa del raggruppamento che avrebbe eseguito le attività per le quali quel requisito era richiesto.

Lo si ricava chiaramente dalla seguente clausola del bando (contenuta proprio al punto 17.3) : "In caso di partecipazione in forma associata di cui all'articolo 34, del D.lgs. n. 163/2006, i requisiti di cui alle precedenti lettere a), b), c) e d) [di capacità tecnica, n.d.s.] dovranno essere posseduti, a pena



di esclusione, da ciascuna impresa che eseguirà le attività per le quali sono richiesti i suddetti requisiti”.

Il concorrente in forma di raggruppamento temporaneo di imprese, pertanto, era tenuto ad indicare l'impresa che avrebbe eseguito le attività e, coerentemente, a dichiararne, a pena di esclusione, il possesso del requisito di capacità tecnica richiesta dal bando

Nel modello predisposto dalla stazione appaltante, infine, i raggruppamenti di imprese dovevano specificare la quota di partecipazione al raggruppamento e “la ripartizione dell'oggetto contrattuale” (per ogni lotto), vale a dire la percentuale delle attività – tra le quali erano puntualmente evidenziate le “attività per cui è richiesta l'attestazione SOA” – alla quale si impegnava ciascuna delle imprese raggruppate.

Per quanto sopra, è inconferente il possesso sovrabbondante del requisito di capacità tecnica da parte del raggruppamento nel suo complesso (o dalla sola Tepor s.p.a., come dichiarato dall'appellante), poiché, quel che conta è che Nesla s.r.l., pur essendosi impegnata all'esecuzione delle attività per le quali era richiesta l'attestazione SOA, risultava priva del requisito di capacità tecnica. Circostanza, quest'ultima, mai oggetto di contestazione da parte della ricorrente.

2.2. Per aver il bando di gara espressamente prescritto il possesso del requisito di capacità tecnica in capo all'impresa del raggruppamento indicata quale esecutrice dei lavori, inoltre, non v'è necessità di approfondire la questione della natura dell'appalto in esame, se (appalto) di servizi o misto, di servizi e di lavori.

La giurisprudenza, infatti, ha precisato che per l'appalto di servizi (e di forniture) non vige ex lege il principio di necessaria corrispondenza tra la qualificazione di ciascuna impresa componente il raggruppamento e la quota di prestazione di rispettiva pertinenza, ma la relativa disciplina è rimessa alla lex specialis (cfr. Cons. Stato, sez. V, 7 gennaio 2022, n. 48; V 12 febbraio 2020, n. 1101; V, 2 dicembre 2019, n. 8249; III, 17 giugno 2019, n. 4025; questo perché la regola della necessaria corrispondenza tra quote di partecipazione al raggruppamento temporaneo di imprese, a loro volta collimanti con le percentuali di esecuzione, e percentuale del possesso dei requisiti di qualificazione, deriva, dall'art. 92 d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207 (“Regolamento di esecuzione ed attuazione del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163”) norma che disciplina gli appalti di lavori sia in rubrica “Soggetti abilitati ad assumere i lavori” che nel contenuto dell'articolo, ove il riferimento è ai soli “lavori”, come precisato dall'Adunanza plenaria nella sentenza del 27 marzo 2019, n. 6).

Nel caso di specie, come si è in precedenza esposto, era proprio la lex specialis ad imporre il possesso del requisito di qualificazione in capo all'impresa che avrebbe eseguito la prestazione, come pure a richiedere la specificazione della quota di prestazione di rispettiva pertinenza, così introducendo la regola della corrispondenza; aspetto, invero, del tutto irrilevante nella vicenda de qua considerato che Nesla s.r.l. era completamente sfornita del predetto requisito (che, dunque, non possedeva neppure in quota percentuale inferiore alla quota di prestazione per la quale s'era impegnata).

2.3. L'appellante sostiene che per mezzo del subappalto avrebbe potuto ovviare alla carenza del requisito di capacità tecnica; precisamente, il raggruppamento avrebbe affidato le attività per le quali s'era impegnata Nesla s.r.l. in subappalto ad altra impresa in possesso delle attestazioni di qualificazione SOA OG1 e OG11 con classifica coerente a quella richiesta per ciascuno dei lotti.

La tesi non convince; alle ragioni del giudice di primo grado vanno aggiunte le considerazioni che seguono.

L'appellante evoca il subappalto c.d. qualificante o necessario, ossia la facoltà di subappaltare le attività scorporabili a qualificazione necessaria ad altra impresa fornita del requisito di qualificazione richiesto (sul quale, cfr. Cons. Stato, ord., III, 10 giugno 2020, n. 3702 che riferisce l'introduzione dell'istituto all'art. 12, comma 2, d.l. 28 marzo 2014, n. 47 conv. in l. 23 maggio 2014, n. 80, confermato dall'art. 118, d.lgs. 12 aprile 2016, n. 163 e compatibile con l'attuale quadro normativo; ammissibile anche in caso di appalto misto per Cons. Stato, sez. V, 26 aprile 2021, n. 3367).

La giurisprudenza amministrativa ha precisato che il concorrente non è tenuto ad indicare il nominativo del subappaltatore già in sede di offerta (non rientrando tra gli adempimenti previsti dall'art. 107, comma 2, d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207, né dall'art. 118, d.lgs. n. 163 del 2006, cfr.



Adunanza plenaria, 2 novembre 2015, n. 9, ma nella vigenza dell'attuale quadro normativo, cfr. Cons. Stato, sez. V, 15 febbraio 2021, n. 1308); nondimeno, è tenuto a dichiarare la volontà di ricorrere al subappalto per supplire al requisito di qualificazione mancante, ossia la volontà di avvalersi del subappalto c.d. necessario (così, in particolare, Cons. Stato, sez. V, 15 febbraio 2021, n. 1308 che ne fornisce anche una spiegazione: "L'indicazione del subappaltatore ai fini dell'integrazione dei requisiti di gara configura una vera e propria manifestazione di volontà da parte dell'operatore, che indice sulla stessa conformazione funzionale del concorrente e sulla correlata modulazione dei requisiti, anche ai fini della corrispondente verifica da parte dell'amministrazione"; conferma il ragionamento sebbene in fattispecie differente, Cons. Stato, sez. V, 15 febbraio 2021, n. 1308).

L'appellante aveva sì manifestato la volontà di subappaltare le attività oggetto di esecuzione, ma non aveva affatto dichiarato che, essendo privo del requisito di qualificazione per l'esecuzione di talune di esse (quelle per le quali era richiesta l'attestazione SOA di categoria OG1 e OG11), avrebbe, a scopo acquisitivo, fatto ricorso al subappalto (che, dunque, si sarebbe configurato quale subappalto necessario); al contrario, il r.t.i. Comat aveva dichiarato il possesso dei requisiti in proprio anche per le lavorazioni in categoria scorporabile (e nello specifico in capo a Nesla s.r.l.), salvo, poi, restare priva del requisito nel corso della procedura.

Impegnarsi, allora, per la prima volta in sede di impugnazione del provvedimento di esclusione, a sopperire alla carenza del requisito di qualificazione necessaria facendo ricorso al subappalto quando s'era già dichiarato il possesso in proprio del requisito, significa tenere condotta non coerente con le regole di correttezza e buona fede al cui rispetto sono chiamate, così come la stazione appaltante, anche il privato concorrente (come, sostanzialmente, ritenuto dal giudice di primo grado parlando di "abuso" dell'istituto del subappalto per l'unico obiettivo di evitare gli effetti del provvedimento di esclusione).

2.4. Sostiene Comat s.p.a. che l'organismo di attestazione avrebbe rettificato, e così sostituito, le precedenti attestazioni SOA, nelle quali risultava mancante il riferimento alla categoria OG1, mediante l'ultima attestazione SOA56860/10/00, da leggersi in uno con la dichiarazione contenuta nella nota dell'8 luglio 2020, che dava atto dell'assenza di soluzione di continuità nel possesso del requisito di capacità tecnica.

Anche questa argomentazione non merita adesione.

Le certificazioni SOA 51666/10/00 e SOA 56330/10/00 non sono state né rettificate né sostituite dall'organismo di attestazione CQOP SOA.

Nella nota dell'8 luglio 2020 sono riportati i CEL in base ai quali era stata richiesta l'attestazione con l'ulteriore dichiarazione che gli stessi attestavano la qualificazione SOA OG1 classifica II sulla base di requisiti maturati già al settembre 2013; nella nota del 6 agosto 2020 si affermava, invece, con maggiore puntualità, che alla data del 3 ottobre 2018 era già presente il requisito di idoneità tecnica richiesto per la qualificazione nella categoria OG1 classifica II e che detto requisito era stato posseduto fino all'adozione dell'ultima attestazione SOA.

In disparte la possibilità di surrogare l'attestazione SOA con dichiarazioni provenienti dallo stesso organismo di attestazione, quel che l'appellante propone è di riconoscere effetti retroattivi a dette dichiarazioni, così da acquisire ora per allora un requisito di qualificazione del quale, al momento in cui era richiesto, non era in possesso. Ciò che contrasta con la chiara indicazione dell'art. 75, comma 7, d.P.R. n. 5 ottobre 2010, n. 207, che, nel secondo periodo, precisa che "dalla data della nuova attestazione decorre il termine di efficacia fissato dal comma 5", vale a dire il termine di validità dell'attestazione SOA; le dichiarazioni rese dall'organismo di attestazione su sollecitazione dell'impresa, non possono condurre a dire esistente il requisito di qualificazione per un periodo precedente al rilascio; in detto periodo, la continuità del requisito di qualificazione richiesto dal bando è stata interrotta in maniera definitiva, senza che a tale fatto possa rimediarsi retroattivamente.

L'assenza del requisito di qualificazione per la categoria OG1 consente di assorbire le censure al provvedimento di esclusione non esaminate dal giudice di primo grado in relazione alla classifica della SOA per la categoria OG11.



2.5. In conclusione, la sentenza di primo grado merita conferma nella parte in cui ha affermato che Consip s.p.a. ha escluso il r.t.i. Comat dalla procedura di gara in coerente applicazione delle regole del bando di gara, che altro non consentivano di fare.

Restano, invece, estranee al presente giudizio – il cui thema decidendum è definitivamente fissato dai motivi di impugnazione proposti con il ricorso di primo grado – le ulteriori questioni introdotte dal r.t.i. Comat con le memorie presentate in vista dell'udienza pubblica relative alla possibilità di procedere alla rimodulazione del raggruppamento "in riduzione" così da superare la sopravvenuta perdita dei requisiti di capacità tecnica in capo alla Nesla s.r.l., alla luce della pronuncia dell'Adunanza plenaria 25 gennaio 2022, n. 2.

Dire ora se il raggruppamento possa ridursi nella sua composizione e rimodulare le quote di esecuzione delle attività equivale a giudicare su domanda nuova, di accertamento della possibilità per il r.t.i. Comat di permanere in gara in diversa composizione, proposta in maniera irrituale e, comunque, in violazione del divieto di nova in appello.

3. Confermato il provvedimento impugnato in punto di esclusione del r.t.i. Comat dalla procedura, vanno ora esaminati gli ulteriori motivi di appello volti a contestare l'escussione delle cauzioni provvisorie per tutti i lotti.

3.1. La facoltà per la stazione appaltante di escutere la cauzione era prevista dal disciplinare di gara (par. 2 lett. f) in questi termini: "La garanzia provvisoria copre e viene escussa per la mancata sottoscrizione del contratto per fatto del concorrente aggiudicatario nonché ai sensi del combinato disposto degli artt. 48 e 75 D.Lgs. n. 163/2006 – anche in accordo con quanto previsto dal Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, 10 dicembre 2014, n. 34 – nel caso in cui l'operatore economico non fornisca la prova in ordine al possesso dei requisiti di partecipazione richiesti nel Bando di gara (ivi inclusa l'ipotesi di mancato possesso dei requisiti di ordine generale ex art. 38 del D.Lgs. n. 163/2006 in capo al concorrente non aggiudicatario) – e viene altresì escussa ai sensi dell'art. 38 comma 2 bis e di quanto previsto nel bando di gara in caso di mancanza, incompletezza o irregolarità essenziali".

Il disciplinare di gara richiamava, dunque, l'art. 48 d.lgs. 12 aprile 2016, n. 163 che, al primo comma, onerava la stazione appaltante di richiedere ad un numero di offerenti non inferiore al 10 per cento delle offerte presentate, scelti per sorteggio pubblico, di comprovare entro dieci giorni dalla richiesta il possesso dei requisiti di partecipazione dichiarati presentando la documentazione indicata nel bando o nella lettera di invito, a pena di esclusione e di escussione della cauzione provvisoria (oltre che di segnalazione all'A.n.a.c.) e, al secondo comma, estendeva la richiesta anche all'aggiudicatario e "al concorrente che segue in graduatoria, qualora gli stessi non siano compresi fra i concorrenti sorteggiati".

Consip s.p.a. ha inoltrato la richiesta di comprova dei requisiti dichiarati al r.t.i. Comat in quanto concorrente secondo graduato per il lotto 1 e, accertata la carenza del requisito di capacità tecnica dichiarato da Nesla s.r.l., ha escusso la cauzione per tutti i lotti perché operatore che non aveva fornito la prova del possesso dei requisiti, come previsto dal disciplinare di gara.

3.2. Il secondo motivo di appello (superata la questione dell'ammissibilità dei motivi di ricorso, invero, ritenuta dallo stesso giudice di primo grado non ostativa all'esame del merito) nella parte in cui è fatta valere nuovamente l'illegittimità del disciplinare di gara per violazione degli articoli 48 e 75 d.lgs. n. 163 del 2006 va respinto.

E' vero che per i lotti diversi dal n. 1 la fattispecie concreta non rientrava tra quelle previste dall'articolo 48, comma 1, d.lgs. n. 163 del 2006, poiché il r.t.i. Comat non era concorrente chiamato a dar prova dei requisiti dichiarati in seguito a sorteggio, né dall'art. 75, non essendo aggiudicatario (per il "fatto" del quale sia stata impedita la sottoscrizione del contratto), né, infine, dall'art. 38, comma 2-bis), in quanto non era concorrente ammesso al soccorso istruttorio c.d. a pagamento, ma è altrettanto indubbio che l'escussione era consentita dal disciplinare di gara, che prescriveva l'escussione della cauzione nei confronti di ogni operatore che si fosse accertato essere privo dei requisiti dichiarati nella domanda di partecipazione a prescindere dall'avvenuto sorteggio del concorrente.

Che ciò fosse consentito alla stazione appaltante nel quadro normativo all'epoca dei fatti vigente è conclusione cui è pervenuta l'Adunanza plenaria nella sentenza 10 dicembre 2014, n. 34 (non a caso



richiamata dalla stazione appaltante nel disciplinare) in fattispecie analogia (la circostanza che la vicenda esaminata dall'Adunanza plenaria riguardasse la carenza dei requisiti generali appare priva di rilevanza ai fini del discorso che si sta svolgendo), che lo ha giustificato per la funzione della cauzione provvisoria e per la sua natura giuridica ("L'escussione della cauzione provvisoria si profila come garanzia del rispetto dell'ampio patto di integrità cui si vincola chi partecipa ad una gara pubblica. La sua finalità è quella di responsabilizzare i partecipanti in ordine alle dichiarazioni rese, di garantire la serietà e l'affidabilità dell'offerta, nonché di escludere da subito i soggetti privi delle richieste qualità volute dal bando. La presenza di dichiarazioni non corrispondenti al vero altera di per sé la gara quantomeno per un aggravio di lavoro della stazione appaltante, chiamata a vagliare anche concorrenti inidonei o offerte prive di tutte le qualità promesse, con le relative questioni successivamente innescabili (come verificatosi nel caso di specie, con esigenze di ricalcolo e nuovo aggiudicatario). L'escussione costituisce conseguenza della violazione dell'obbligo di diligenza gravante sull'offerente, tenuto conto che gli operatori economici, con la domanda di partecipazione, sottoscrivono e si impegnano ad osservare le regole della relativa procedura delle quali hanno piena contezza (...)"). E ciò anche a prescindere dal carattere mendacio delle dichiarazioni; profilo, quindi, che resta del tutto irrilevante.

3.3. Se è vero la stazione appaltante poteva prevedere l'escussione della cauzione per il caso di accertamento della carenza dei requisiti, sia pure di capacità tecnica, dichiarati nella domanda di partecipazione poiché coerente con le disposizioni in materia e, in particolare, con l'art. 48 d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, assume rilevanza anche nel presente giudizio la questione sollevata dalla Sezione, con ordinanza 26 aprile 2021, n. 3299.

Si dubita, infatti, della legittimità costituzionale dell'art. 93, comma 6, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 nel combinato disposto con il successivo art. 216, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, in relazione agli articoli 3 e 117, prima comma, della Costituzione, per non aver previsto l'applicabilità, anche alle procedure di gara in corso di svolgimento al momento della sua entrata in vigore, sebbene indette nella vigenza del vecchio codice dei contratti pubblici, della più favorevole disciplina sanzionatoria sopravvenuta – la quale prevede l'escussione della cauzione provvisoria solo a valle dell'aggiudicazione (definitiva) e, dunque, solo nei confronti dell'aggiudicatario di una procedura ad evidenza pubblica – in quanto già in vigore al momento dell'adozione, da parte di Consip s.p.a., del provvedimento di escussione della garanzia provvisoria.

Come ampiamente esposto, infatti, Consip s.p.a. ha disposto l'escussione della cauzione nei confronti di operatore economico che non era (in nessuno dei lotti che qui vengono in esame) aggiudicatario della procedura di gara, sebbene nel lotto qui in esame fosse primo graduato per scorrimento della graduatoria, profilo che dovrà essere esaminato in sede di definitiva statuizione sul motivo di appello.

3.4. Per le ragioni esposte, il presente giudizio deve essere sospeso fino alla pubblicazione della sentenza della Corte costituzionale che abbia pronunciato sulla questione di legittimità costituzionale sollevata con l'ordinanza prima citata.

4. Le spese del giudizio saranno liquidate all'esito della pronuncia della sentenza definitiva.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), non definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, respinge il primo motivo di appello:

sospende il giudizio fino alla sentenza della Corte costituzionale sulla questione di legittimità costituzionale sollevata con l'ordinanza del Consiglio di Stato, sez. V, 26 aprile 2021, n. 3299 per la decisione del secondo motivo di appello.

Spese al definitivo.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 3 marzo 2022 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Valerio Perotti, Consigliere

Federico Di Matteo, Consigliere, Estensore

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere



Elena Quadri, Consigliere

