

**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**



Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso iscritto in appello al num. di registro generale 4148 del 2020, proposto da C.R. s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato ...

contro

I e C s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato ...

Anas s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati ...

Rti - Consorzio Stabile del M. Scarl, non costituito in giudizio;

per la riforma della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Sardegna (Sezione Prima) n. 00150/2020, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di I e C s.r.l. e di Anas s.p.a.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 19 novembre 2020 il Cons. Giuseppina Luciana Barreca e uditi in collegamento da remoto gli avvocati ...

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con la sentenza indicata in epigrafe il Tribunale amministrativo regionale per la Sardegna ha accolto il ricorso proposto dalla società I e C s.r.l., in proprio ed in qualità di capogruppo mandataria del costituendo raggruppamento d'impresa con il Consorzio Stabile del M. s.c. a r.l., contro Anas s.p.a., con intervento in giudizio *ad opponendum* della società C.R. s.r.l., per l'annullamento del provvedimento di esclusione della ricorrente dalla procedura di gara per l'affidamento dell'appalto denominato "DG 34/18 Lotto 22 Sardegna – Sassari _ BIS. Codice CIG: 7685195789 – Accordo quadro quadriennale per l'esecuzione dei lavori di manutenzione straordinaria sul corpo stradale, suddiviso in n. 22 Lotti".

1.1. Con la determina a contrarre n. CDG-0641253-I del 29 novembre 2018, Anas aveva deliberato di affidare i lavori di manutenzione straordinaria sul corpo stradale dell'intera nazione per un importo complessivo pari ad Euro 440.000.000,00 (di cui euro 413.600.000,00 per lavori ed euro 26.400.000,00 per oneri della sicurezza), suddividendo l'appalto, da aggiudicare mediante procedura aperta e con applicazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo, in 22 lotti di identico importo. In particolare, ciascun lotto - pari ad euro 20.000.000,00, di cui euro 18.800.000,00 per lavori ed euro 1.200.000,00 per oneri della sicurezza - prevedeva due tipologie di lavorazioni:

- a) interventi relativi alla categoria OG3, in tutti i lotti indicata come categoria prevalente, essendo di importo maggiore, corrispondente ad euro 10.200.000,00;
- b) interventi relativi alla categoria OS21, indicata invece come scorporabile, per un importo di euro 9.800.000,00.

La società I e C e il Consorzio Stabile del M. partecipavano alla gara per il Lotto n. 22 (Sardegna – Sassari Bis) – in forma di raggruppamento temporaneo d'impresa di tipo misto, così composto:

- 1) I e Ci: 60% della categoria prevalente OG3 e 15% della categoria scorporabile OS21;
- 2) Consorzio Stabile del M.: 40 % della categoria prevalente OG3 ed 85% della categoria scorporabile OS21.

Nel corso della seduta del 28 ottobre 2019, tuttavia, la commissione di gara disponeva l'esclusione del costituendo raggruppamento ricorrente sulla base della seguente motivazione:

“In considerazione dell'articolo 83, comma 8, del D. Lgs. n. 50/2016 nella parte in cui prevede che La mandataria in ogni caso deve possedere i requisiti ed eseguire le prestazioni in misura maggioritaria”, risulta del tutto evidente che la mandataria del RTI non può eseguire opere per il 38% del complessivo importo delle lavorazioni previste dal bando di gara (ovvero per l'importo di euro 7.600.000,00) e la mandante di contro il 62% (e quindi per complessivi euro 12.400.000,00). Tale errata strutturazione dell'A.T.I., inoltre, non può essere oggetto di soccorso istruttorio, anche nel caso in cui il raggruppamento sia nel suo insieme in possesso del requisito di qualificazione sufficiente all'esecuzione dell'intera quota dei lavori, come sancito dalla sentenza del Consiglio di Stato in Adunanza Plenaria n.00006/2019”.

Il provvedimento era comunicato con nota del 13 novembre 2019.

1.2. Avverso le dette determinazioni I e C ha proposto ricorso affidato al seguente motivo: Violazione dell'art. 48, commi 1 e 6, del d.lgs. n. 50/2016 - Violazione dell'art. 83, comma 8, del d.lgs. n. 50/2016 - Violazione dell'art. 84 del d.lgs. n. 50/2016 - Violazione dell'art. 92, comma 2, del d.p.r. n. 207/2010 - Violazione del punto 7.4 del disciplinare di gara - Carenza di istruttoria - Eccesso di potere - Illogicità manifesta, presupposto erroneo, travisamento dei fatti, in quanto la commissione di gara non avrebbe considerato la struttura e la natura del costituendo raggruppamento d'impresa ricorrente (di tipo misto, ossia un raggruppamento caratterizzato dal concorso di elementi del tipo “verticale”, e da elementi del tipo “orizzontale”), limitandosi a verificare il dato quantitativo dell'importo dei lavori di competenza di ciascuna delle imprese raggruppate.

1.2.1. In subordine la ricorrente ha chiesto il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione europea, ai sensi dell'art. 267 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, per accertare se l'art. 83, comma 8, così come interpretato dall'Anas, si ponga in contrasto con l'art. 19, paragrafo 2, della direttiva n. 24 del 2018.

2. Il Tribunale amministrativo regionale, dato atto della composizione di tipo misto del raggruppamento temporaneo d'impresa ricorrente e del contenuto del provvedimento di esclusione, ha premesso che:

- all'interno del raggruppamento temporaneo misto di tipo verticale possono essere presenti sub raggruppamenti di tipo orizzontale;
- tale struttura partecipativa alle gare pubbliche è consentita dall'art. 48, comma 6, del d.lgs. n. 50 del 2016;
- in ognuna delle categorie previste dal bando (prevalente e/o scorporabili) quindi può essere costituita una sub associazione di tipo orizzontale, per la quale valgono le disposizioni dettate per l'associazione orizzontale dall'art. 92, comma 2, del d.P.R. n. 207 del 2010;
- la giurisprudenza ha ritenuto che nel raggruppamento misto ogni sub-raggruppamento deve essere esaminato autonomamente, anche riguardo al requisito minimo di qualificazione del 40% previsto da detta norma regolamentare, senza distinzione tra raggruppamenti orizzontali relativi alla categoria prevalente e raggruppamenti orizzontali relativi alle categorie scorporabili;
- in particolare, la verifica del possesso della qualificazione della mandataria nella misura del 40% va effettuata in capo all'impresa capogruppo del sub-raggruppamento (Cons. Stato, VI, 15 ottobre 2018, n. 5919);
- con la precisazione che ben può ipotizzarsi che, in un raggruppamento di tipo misto, la capogruppo dell'intero raggruppamento, così qualificata per la categoria prevalente, sia nel contempo mandante del sub-raggruppamento costituito per l'esecuzione dei lavori della categoria scorporabile.

2.1. Date tali premesse, e ritenuto che, per le associazioni di tipo misto, “quel che assume rilevanza ai fini della corretta costituzione del raggruppamento è l'aspetto qualitativo del possesso in capo alla mandataria della qualificazione e dell'esecuzione maggioritaria delle lavorazioni di cui alla categoria prevalente”, il primo giudice ha constatato che tali condizioni sono rispettate nel caso di specie, dato che la I e C ha assunto, quale capogruppo mandataria, la quota maggioritaria, pari al 60%, della categoria prevalente OG3.

2.2. Quindi, ha confutato l'assunto della stazione appaltante (fondato sull'interpretazione letterale dell'art. 83, comma 8, del d.lgs. n. 50 del 2016, laddove prescrive che “[...] la mandataria in ogni caso deve possedere i requisiti ed eseguire le prestazioni in misura maggioritaria [...]”, nonché sul punto 7.4 del disciplinare di gara, che ne riproduce il contenuto), secondo cui, oltre al possesso della quota maggioritaria della categoria prevalente, la mandataria dell'intero raggruppamento avrebbe dovuto eseguire i lavori in misura maggioritaria dell'intero appalto.

L'interpretazione data dall'Anas all'art. 83, comma 8, del d.lgs. n. 50 del 2016 è stata disattesa dal primo giudice sulla base del seguente ordine di ragioni:

«10.1. In primo luogo, per il dato testuale delle disposizioni richiamate che non richiedono, ai fini della corretta composizione di un raggruppamento temporaneo misto partecipante ad una gara d'appalto di lavori, che l'impresa mandataria debba eseguire le prestazioni in misura maggioritaria con riferimento al complessivo importo dell'appalto e non solo, come invece specificamente richiesto, con riguardo alla categoria prevalente.

10.2. In secondo luogo, perché non convince l'argomento per il quale solo in questo modo (cioè ove abbia assunto l'impegno a svolgere il maggior valore economico dell'appalto) l'impresa mandataria sarebbe un contraente davvero

affidabile per la committente, giacché la valutazione di affidabilità è stata effettuata a monte dallo stesso legislatore che l'ha ricollegata all'esecuzione maggioritaria della categoria prevalente.

10.3 In terzo luogo perché, diversamente opinando, si andrebbe ad incidere, in assenza di un sicuro riferimento normativo e con ingiustificato contrasto con il principio europeo di massima libertà di autoorganizzazione delle imprese, sulle prerogative imprenditoriali delle imprese, in ordine alle modalità di partecipazione alle gare e sulla composizione delle compagini associative che, invece, nel rispetto della normativa vigente, deve restare affidata esclusivamente alle scelte imprenditoriali dell'operatore economico.».

2.3. La sentenza ha quindi enunciato il principio secondo cui *“nei raggruppamenti misti, ai fini di una legittima partecipazione alla gara, la capogruppo mandataria debba essere qualificata ed eseguire i lavori in misura maggioritaria in relazione alla categoria prevalente indipendentemente e a prescindere dal fatto che esista, eventualmente, nel medesimo raggruppamento, un'altra impresa mandante che esegua prestazioni relative a una o più categorie scorporabili, il cui valore complessivo sia superiore a quello dei lavori svolti dalla stessa mandataria”.*

3. La società Costruzioni Ruberto s.r.l. ha avanzato appello con tre motivi.

3.1. Si sono costituiti in giudizio Anas s.p.a., per prestare adesione all'appello, e la società I e C s.r.l., per resistervi.

3.2. Con ordinanza cautelare n. 3587 in data 19 giugno 2020 è stata sospesa l'esecutività della sentenza appellata.

3.3. All'udienza del 19 novembre 2020 la causa è stata discussa da remoto ed assegnata a sentenza, previo deposito di memorie di tutte le parti.

4. Pregiudiziale è l'esame del terzo motivo di appello in quanto volto a sostenere l'inammissibilità del ricorso in primo grado perché (omissis)

Il motivo è infondato.

4.1. (omissis)

4.3. (omissis)

4.3. (omissis)

5. Col primo motivo l'appellante censura la sentenza per omessa pronuncia od omesso accertamento (omissis)

5.1. Il motivo non merita favorevole apprezzamento.

5.2. (omissis)

5.3. (omissis)

5.4. La sentenza è immune dalle censure poste col primo motivo d'appello, che va pertanto respinto.

6. Col secondo motivo l'appellante affronta ex professo l'unica questione rilevante e decisiva per la definizione dell'impugnazione.

È priva di pregio l'eccezione di inammissibilità del motivo, sollevata dall'appellata I e C, per asserita genericità del gravame, perché l'appellante non avrebbe chiarito quali sarebbero i vizi della pronunzia, “limitandosi a proporre seccamente la propria interpretazione della norma”.

L'appello pone una questione di mero diritto, dal momento che si contrappongono due interpretazioni possibili dell'impianto normativo risultante dopo la modifica dell'art. 83, comma 8, del d.lgs. n. 50 del 2016, apportata col c.d. correttivo del 2017.

Il vizio denunziato dall'appellante riguarda l'iter logico-giuridico che ha condotto il primo giudice a seguire l'una interpretazione piuttosto che l'altra, di modo che prospettando nuovamente nel secondo grado quest'ultima interpretazione, in contrapposizione a quella fatta propria dalla sentenza gravata, l'appellante specificamente, e quindi validamente, censura la sentenza, ai sensi e per gli effetti dell'art. 101, comma 1, c.p.a.

6.1. La società C.R. deduce, appunto, la violazione dell'art. 92 del d.P.R. n. 207 del 2010 e degli artt. 83 e 48 del Codice dei contratti pubblici, criticando l'interpretazione data in sentenza al combinato disposto degli artt. 48 del d.lgs. n. 50 del 2016 e 92 del d.P.R. n. 207 del 2010, che ha condotto il giudice di primo grado a ritenere legittima l'assunzione da parte della mandante di una quota di partecipazione ed esecuzione dell'appalto pari al doppio di quella della capogruppo.

6.2. Secondo l'appellante, l'art. 48, comma 6, andrebbe letto unitamente all'art. 83, comma 8, del Codice dei contratti pubblici, nonché in correlazione con l'art. 92, comma 2, del d.P.R. n. 210 del 2010, di modo che:

- la mandataria deve qualificarsi ed eseguire le prestazioni per la categoria prevalente;
- possono essere previsti sub-raggruppamenti orizzontali per l'esecuzione delle lavorazioni delle categorie scorporabili o della categoria prevalente;
- nell'ambito di ogni sub-raggruppamento devono essere applicate le stesse disposizioni dettate per i raggruppamenti di tipo orizzontale, dovendo pertanto in ogni caso essere assicurata la partecipazione maggioritaria della capogruppo.

Ma tanto non basterebbe, in quanto, dal citato impianto normativo, sarebbe desumibile un ulteriore concorrente requisito: la mandataria- capogruppo dovrebbe assumere ed eseguire, comunque, una quota maggioritaria all'interno del raggruppamento rispetto al complessivo valore dell'appalto.

L'appellante supporta tale conclusione con l'interpretazione teleologica secondo cui il duplice scopo perseguito dal legislatore sarebbe quello, per un verso, di evitare che l'impresa mandataria possa assumere una posizione secondaria nell'esecuzione della prestazione, divenendo una sorta di "prestanome" della mandante, e, per altro verso, di consentire all'amministrazione di interagire, in relazione all'intero appalto, con un solo soggetto rappresentativo del raggruppamento temporaneo.

6.2.1. L'appellante aggiunge che, seguendo l'interpretazione della sentenza, la qualificazione di un'impresa quale capogruppo del raggruppamento sarebbe svilita "ad un atto meramente formale privo del dato sostanziale indicato con estrema precisione dall'art. 83 comma VIII del Codice appalti".

In sintesi, solo con l'attribuzione della quota maggioritaria dell'intero appalto, la capogruppo potrebbe:

- essere effettivamente considerata il "capo" del "gruppo";
- rappresentare tutte le altre associate;
- essere sostanzialmente l'unico interlocutore della stazione appaltante.

A supporto di tale conclusione vengono citati precedenti giurisprudenziali di primo e secondo grado.

6.3. Anas aderisce alla censura di violazione dell'art. 92 del d.P.R. n. 207 del 2010 e degli artt. 83 e 48 del Codice dei contratti pubblici, per ragioni sostanzialmente coincidenti con quelle esposte dall'appellante, richiamando precedenti giurisprudenziali di primo grado che hanno affermato che nei raggruppamenti di tipo misto non è sufficiente che la mandataria possieda semplicemente la quota maggioritaria della categoria prevalente, ma è imprescindibile che detenga ed esegua anche la quota maggioritaria dell'intero appalto.

7. L'appellata, ricorrente in primo grado, I e C, condividendo l'interpretazione delle norme esposta in sentenza, sostiene che l'esatta portata dell'art. 83, comma 8, del d.lgs. n. 50 del 2016 non starebbe nella lettera del periodo secondo cui "la mandataria in ogni caso deve possedere i requisiti ed eseguire le prestazioni in misura maggioritaria", ma andrebbe desunta dall'interpretazione sistematica della disposizione, secondo il seguente percorso logico giuridico:

- la prescrizione è contenuta in un più ampio comma nel quale il legislatore istituisce la facoltà della stazione appaltante di indicare le condizioni di partecipazione richieste, che possono essere espresse come livelli minimi di capacità, attribuendo altresì alla medesima stazione appaltante la facoltà, per i soggetti di cui all'articolo 45, comma 2, lettere d), e), f) e g), di indicare nel bando le eventuali misure in cui gli stessi requisiti devono essere posseduti dai singoli concorrenti partecipanti;
- tale facoltà, però, pur apparentemente riferita a qualunque tipologia di appalto, deve essere letta unitamente alla disciplina prevista per i raggruppamenti temporanei di imprese dall'art. 48 dello stesso codice dei contratti pubblici e deve essere correlata alle norme specificamente dettate per gli appalti di lavori;
- invero, l'art. 48, commi 1 e 6, ai fini dell'individuazione dell'impresa capogruppo mandataria nel r.t.i. di tipo verticale fissa un principio diverso da quello del possesso della maggioranza dei requisiti e dell'esecuzione della prestazione in misura maggioritaria, in quanto la capogruppo mandataria deve essere qualificata ed eseguire i lavori in relazione alla categoria prevalente indipendentemente dal fatto che esista, eventualmente, nel medesimo raggruppamento altra impresa mandante che esegua, ad esempio, prestazioni relative a diverse categorie scorporabili, il cui valore complessivo sia superiore a quello della categoria prevalente;
- a tale riguardo, è corretto il riferimento fatto in sentenza all'art. 92, comma 3, del d.P.R. n. 207 del 2010, riferito ai raggruppamenti verticali, laddove ha sottolineato come la disposizione *«stabilendo che ... i requisiti di qualificazione economico-finanziari e tecnico-organizzativi sono posseduti dalla mandataria nella categoria prevalente»*, ha voluto confermare che nei raggruppamenti misti la mandataria è identificata non sotto il profilo quantitativo ma sotto quello qualitativo, e cioè come l'impresa che esegue le lavorazioni di cui alla categoria prevalente (ossia la categoria di lavori, generale o specializzata, di importo più elevato fra le categorie costituenti l'intervento e indicate nei documenti di gara, secondo la definizione dell'art. 3, ... lett. oo-bis) del D.Lgs. n. 50/2016)».

7.1. La difesa di I e C prosegue nell'esempio sopradetto in cui un r.t.i. di tipo verticale, composto da due imprese, partecipi ad una gara nella quale siano presenti, oltre ai lavori di categoria prevalente (dell'importo ad esempio di € 800.000,00), lavori di due distinte categorie scorporabili (dell'importo ciascuna del valore di € 500.000,00), il cui valore sommato (pari ad € 1.000.000,00) superi il valore dei lavori di categoria prevalente (di € 800.000,00): osserva che non si potrebbe imporre al r.t.i. di

inserire una terza impresa mandante cui affidare una delle categorie scorporabili solo per garantire che la mandataria esegua la prestazione in appalto in misura maggioritaria, come conseguirebbe all'interpretazione sostenuta da Anas e dall'appellante C.R.; una interpretazione siffatta si porrebbe infatti in contrasto con il principio europeo di massima libertà di autoorganizzazione delle imprese.

7.2. La conseguenza sarebbe, ad avviso dell'appellata, che anche nel caso di r.t.i. misto la disciplina andrebbe mutuata da quella del r.t.i. verticale, come affermato dal primo giudice. La difesa di I e C sottolinea come da un raffronto tra i due comma dell'art. 92, il secondo ed il terzo, del d.P.R. n. 207 del 2010 (tuttora vigenti in via transitoria ai sensi dell'art. 216, comma 14, del d.lgs. n. 50 del 2016) emerge che il legislatore, negli appalti di lavori, ha subordinato la legittima costituzione dell'impresa capogruppo mandataria al criterio "maggioritario" per le sole associazioni di tipo orizzontale, individuando, al contrario, per quelle di tipo verticale, il diverso criterio della qualificazione e dell'esecuzione dei lavori della categoria prevalente.

Quanto fin qui esposto comporta una diversa lettura dell'art. 83, comma 8, nella parte in cui fa riferimento alla legittima costituzione del raggruppamento temporaneo d'impresa nel quale la mandataria deve possedere i requisiti ed eseguire le prestazioni in misura maggioritaria, che ne imporrebbe il coordinamento, per gli appalti di lavori, con quanto stabilito dall'art. 92, comma 2 e comma 3, del d.P.R. n. 207 del 2010.

Seguendo tale percorso argomentativo, l'appellante torna a sostenere la correttezza dell'approdo interpretativo della sentenza gravata.

7.3. La società I e C, per l'eventualità che non si ritenga di condividere la decisione di primo grado, ripropone l'istanza, rimasta assorbita, di rinvio ex art. 267 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea, affinché sia accertato se l'art. 83, comma 8, così come interpretato da Anas, si ponga in contrasto con l'art. 19, paragrafo 2, della direttiva comunitaria n. 24 del 2018.

8. Il motivo d'appello è infondato, risultando preferibile, malgrado l'apparente diversa portata letterale dell'art. 83, comma 8, del Codice dei contratti pubblici, l'interpretazione sistematica data dal primo giudice.

8.1. Vanno ribadite tutte le premesse, peraltro incontestate, da cui questi ha preso le mosse, e segnatamente:

- l'art. 48, comma 6, ultimo inciso, del d.lgs. n. 50 del 2016 consente che all'interno del raggruppamento temporaneo misto di tipo verticale, nel caso di lavori, siano presenti sub raggruppamenti di tipo orizzontale, che riguardano sia i lavori riconducibili alla categoria prevalente che i lavori riconducibili alle categorie scorporate;
- in ognuna di tali categorie previste dal bando quindi può essere costituita una sub associazione di tipo orizzontale, per la quale valgono le disposizioni dettate per l'associazione orizzontale dall'art. 92, comma 2, del d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207 (Regolamento di esecuzione e di attuazione del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163); il principio è stato nettamente affermato in giurisprudenza già nella vigenza dell'art. 95 del d.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554 (Regolamento di attuazione della legge quadro in materia di lavori pubblici 11 febbraio 1994, n. 109, e successive modificazioni), i cui commi 2 e 3 erano in parte coincidenti con quelli dell'art. 92, comma 2 e 3, del d.P.R. n. 207 del 2010 (quest'ultimo, tuttora in vigore, ai sensi dell'art. 216, comma 14, del d.lgs. n. 50 del 2016);

- così, già riguardo ai requisiti richiesti dall'art. 95, comma 2, citato (il cui primo periodo era di identico tenore dell'art. 92, comma 2, del d.P.R. n. 207 del 2010, mentre il secondo periodo si limitava a disporre che *“L'impresa mandataria in ogni caso possiede i requisiti in misura maggioritaria”*), la giurisprudenza aveva ritenuto che, nell'applicare la norma al raggruppamento misto nell'appalto di lavori, ogni sub-raggruppamento dovesse essere esaminato autonomamente, senza alcun riferimento al valore complessivo dell'appalto, tanto da affermare che *“il requisito del possesso maggioritario non è riferito all'importo complessivo dei lavori, ma all'importo delle singole categorie. In un appalto, infatti, le categorie scorporabili determinano, concettualmente, una sorta di suddivisione della prestazione. Esse, infatti, sono scorporabili proprio nella misura in cui posseggano caratteristiche tecniche autonome. Pertanto, la cautela che il Legislatore ha imposto [con] il vincolo consistente nel richiedere il possesso maggioritario in una delle associate (la capo gruppo) deve essere applicata partitamente per le singole categorie quando queste, come nel caso di specie, siano a qualificazione obbligatoria”*, onde concludere -rispetto alla norma regolamentare che all'epoca richiedeva in capo alla mandataria il possesso dei requisiti *“in misura maggioritaria”*- che *“al fine di garantire la corrispondenza suddetta, la verifica della situazione “maggioritaria” deve avvenire avendo a riferimento le singole categorie scorporabili e non l'intero importo dei lavori”* (così C.G.A.R.S., 11 aprile 2008, n. 306, nonché i precedenti giurisprudenziali conformi ivi citati);
- anche nel vigore dell'art. 92, comma 2, del d.P.R. n. 207 del 2010, si è tornato ad affermare che la verifica del possesso della qualificazione della mandataria nella misura del 40% va effettuata in capo all'impresa capogruppo del sub-raggruppamento (Cons. Stato, VI, 22 luglio 2014, n. 3900 e id., VI, 15 ottobre 2018, n. 5919), così come, di conseguenza, va allo stesso modo effettuata, in ciascun sub-raggruppamento, la verifica dell'assunzione da parte della mandataria dei requisiti in misura percentuale superiore rispetto a ciascuna delle mandanti; tanto è vero che è possibile desumere, in via implicita, la qualità di mandataria del sub-raggruppamento dalla circostanza di fatto dell'assunzione dei requisiti e dell'esecuzione dei lavori delle categorie scorporabili in misura maggioritaria (Cons. Stato, VI, n. 5919/18 cit.) ;
- con la precisazione -sulla quale la giurisprudenza concorda- che la capogruppo dell'intero raggruppamento, così qualificata per la categoria prevalente, può essere nel contempo mandante del sub-raggruppamento costituito per l'esecuzione dei lavori della categoria scorporabile (cfr. Cons. Stato, V, 31 luglio 2019 n. 5427);
- giova sottolineare che il testo dell'art. 92, comma 2, nel recepire l'interpretazione seguita dalla giurisprudenza formatasi nel vigore del precedente regolamento, ha stabilito che *“le quote di partecipazione al raggruppamento o al consorzio, indicate in sede di offerta, possono essere liberamente stabilite entro i limiti consentiti dai requisiti di qualificazione posseduti dall'associato o dal consorziato. Nell'ambito dei propri requisiti posseduti, la mandataria in ogni caso assume, in sede di offerta, i requisiti in misura percentuale superiore rispetto a ciascuna delle mandanti con riferimento alla specifica gara”*: il senso della disposizione è chiaro nel correlare l'individuazione della impresa *“maggioritaria”* alle quote *effettive* di partecipazione, vale a dire che la percentuale maggioritaria va rapportata alla misura in cui le imprese associate *“spendono”* concretamente la rispettiva qualificazione ai fini del raggiungimento dei requisiti minimi di ammissione alla *“specifica gara”* e quindi non in astratto, ma con riferimento alla quota di partecipazione alla associazione e di assunzione di lavori come prevista nell'offerta (cfr. Cons. Stato, V, n. 5427/19 cit., nel senso che *“non la (sola) astratta qualificazione delle imprese assume rilievo ai fini della loro ammissione alla procedura di gara, bensì la declinazione che in concreto detti requisiti qualificatori vengano ad assumere in ragione della conformazione*

strutturale del concorrente che partecipa alla gara”); a maggior ragione si giustifica quindi, nel vigore dell’attuale testo regolamentare, la conclusione -già raggiunta nel vigore del precedente per via interpretativa (cfr. C.G.A.R.S. n. 306/2008 cit.)- che la verifica della situazione “maggioritaria”, in caso di raggruppamento misto, deve avvenire avendo riferimento alle singole categorie scorporabili (della specifica gara), e non all’intero raggruppamento;

- coerente con tale interpretazione è, infine, la disposizione regolamentare che chiude lo stesso comma 2 dell’art. 92, sia pure dopo la modifica apportata con l’art. 12, comma 9, della legge del d.l. 28 marzo 2014, n. 47, convertito con modificazioni dalla legge 23 maggio 2014 n. 80 (rimasto temporaneamente in vigore, in forza del richiamo dell’art. 216, comma 14, malgrado l’abrogazione disposta dall’art. 217, lett. nn, del *Codice dei contratti pubblici*): la norma, infatti, riguardo alle quote di esecuzione nel raggruppamento (o sub-raggruppamento) orizzontale, prevede che *“i lavori sono eseguiti dai concorrenti riuniti secondo le quote indicate in sede di offerta, fatta salva la facoltà di modifica delle stesse, previa autorizzazione della stazione appaltante che ne verifica la compatibilità con i requisiti di qualificazione posseduti dalle imprese interessate”*, di modo che le quote di partecipazione indicate nell’offerta non possono ritenersi modificabili *ex post* per sopperire ad eventuali carenze di qualificazione;
- al possesso dei requisiti si riferisce inoltre l’art. 92, comma 3, riguardante i raggruppamenti temporanei di tipo verticale, in cui *“i requisiti di qualificazione economico-finanziari e tecnico-organizzativi sono posseduti dalla mandataria nella categoria prevalente”*, che perciò assume la qualifica di capogruppo, così identificata perché destinata ad eseguire le lavorazioni di categoria prevalente, perciò distinta da ciascuna delle mandanti (che, ai sensi della stessa disposizione, *“nelle categorie scorporate ... possiede i requisiti previsti per l’importo dei lavori che intende assumere e nella misura indicata per l’impresa singola”*).

8.2. In tale quadro normativo e giurisprudenziale si è venuta a collocare la modifica dell’art. 83, comma 8, attuata con il d.lgs. n. 56 del 2017, consistita nell’aggiunta, al testo originario del d.lgs. n. 50 del 2016, dell’inciso *“Per i soggetti di cui all’art. 45, comma 2, lettere d), e), f) e g), nel bando sono indicate le eventuali misure in cui gli stessi requisiti devono essere posseduti dai singoli concorrenti partecipanti. La mandataria in ogni caso deve possedere i requisiti ed eseguire le prestazioni in misura maggioritaria”*.

Tale inciso conferma la discrezionalità, riconosciuta in generale alla stazione appaltante già nella parte iniziale del comma 8, nella fissazione dei requisiti di partecipazione per ogni appalto; esso è specificamente riferito ai soggetti diversi dall’impresa singola, tra cui i raggruppamenti temporanei di concorrenti, per i quali fissa la limitazione, volta al contenimento di detta discrezionalità, che *“la mandataria in ogni caso deve possedere i requisiti ed eseguire le prestazioni in misura maggioritaria”*.

L’inciso è riproduttivo di gran parte del testo dell’art. 275, comma 2, del d.P.R. n. 207 del 2010 (*“Per i soggetti di cui all’art. 34, comma 1, lettere d), e) f) e f-bis) del codice, il bando individua i requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi necessari per partecipare alla procedura di affidamento, nonché le eventuali misure in cui gli stessi devono essere posseduti dai singoli concorrenti partecipanti. La mandataria in ogni caso deve possedere i requisiti ed eseguire le prestazioni in misura maggioritaria”*). La disposizione regolamentare era però riferita esclusivamente ai *contratti pubblici relativi a forniture e altri servizi nei settori ordinari*, in quanto inserita nel titolo II della parte IV. Essa è stata abrogata, con effetto dalla data di entrata in vigore del *Codice dei contratti pubblici*, ai sensi dell’art. 217, lett. u), n. 2 del d.lgs. n. 50 del 2016.

La *ratio* della modifica apportata all’art. 83, comma 8, del d.lgs. n. 50 del 2016 dal c.d. correttivo del 2017 va perciò principalmente individuata nell’esigenza di introdurre una disciplina essenziale per

gli appalti di forniture e servizi che era venuta definitivamente meno a seguito della detta abrogazione della parte IV del regolamento.

In proposito, va infatti sottolineato che la previsione di cui alla prima parte dell'art. 275, comma 2 (secondo cui, per i concorrenti plurisoggettivi *“il bando individua i requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi necessari per partecipare alla procedura di affidamento”*) del regolamento del 2010, era resa utile dal fatto che l'art. 37 del d.lgs. n. 163 del 2006 (mentre per i lavori pubblici rinviava al sistema di qualificazione delle SOA), non prevedeva appositi criteri di selezione per gli appalti di forniture e servizi, rimettendone la definizione alla stazione appaltante con riferimento allo specifico appalto.

Orbene, la prima parte dell'art. 275, comma 2, del regolamento è stata sostanzialmente *“assorbita”*, per i servizi e le forniture, nell'attuale art. 83 del d.lgs. n. 50 del 2016. Quest'ultima disposizione, infatti, si riferisce esclusivamente agli appalti di servizi e forniture nella parte in cui definisce i requisiti speciali di partecipazione dei concorrenti ai comma 4, 5 e 6 (così anche Cons. Stato, parere dell'1 aprile 2016, n. 855, sullo schema di decreto legislativo n. 50 del 2016).

Invece, per gli appalti di lavori, il sistema di qualificazione è quello dell'art. 84, nonché, quello di cui all'art. 83, comma 2, secondo inciso, del d.lgs. n. 50 del 2016.

8.2.1. Dato tale differente assetto delle modalità di qualificazione degli operatori economici nelle due tipologie di appalto, risulta pertinente il quesito -postosi dopo la modifica apportata all'art. 83, comma 8, dal c.d. correttivo del 2017- dell'applicabilità dell'inciso in parola (in specie laddove prescrive che *“la mandataria in ogni caso deve possedere i requisiti ed eseguire le prestazioni in misura maggioritaria”*) anche agli appalti di lavori, per i quali, all'opposto, la specifica disciplina regolamentare di cui alla parte II, titolo III (nel quale si colloca l'art. 92) del d.P.R. n. 207 del 2010 è rimasta in vigore.

La sua vigenza è infatti fissata *“fino all'adozione del regolamento di cui all'art. 216, comma 27 octies”*, come da previsione dell'art. 216, comma 14, modificata dall'art. 1 del d.l. 18 aprile 2019, n. 32, convertito dalla legge 14 giugno 2019, n. 55.

Il testo originario del d.lgs. n. 50 del 2016 faceva riferimento al *“decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti da adottare su proposta dell'Anas”*, ai sensi dell'art. 83, comma 2. Quest'ultima disposizione, come infine modificata con il citato d.l. n. 32 del 2019, convertito dalla legge n. 55 del 2019, oggi prevede che *“Per i lavori, con il regolamento di cui all'art. 216, comma 27 octies, sono disciplinati ... il sistema di qualificazione, i casi e le modalità di avvalimento, i requisiti e le capacità che devono essere posseduti dal concorrente ... e la documentazione richiesta ai fini della dimostrazione del loro possesso di cui all'allegato XVII. Fino all'adozione di detto regolamento, si applica l'art. 216, comma 14”*.

Poiché né il decreto ministeriale né il nuovo regolamento in materia sono stati adottati si pone, allo stato, la questione di diritto oggetto del presente giudizio che è essenzialmente quella dell'applicabilità agli appalti di lavori dell'inciso in contestazione dell'art. 83, comma 8, e della sua compatibilità con le previsioni dell'art. 48 dello stesso codice e dell'art. 92 del regolamento tuttora vigente, in forza del richiamo dell'art. 216, comma 14.

In giurisprudenza si è affermata l'applicabilità dell'art. 83, comma 8, anche agli appalti di lavori, *“non essendovi ragioni né testuali né sistematiche per escludere siffatta applicazione”* (così Cons. Stato, V, n. 5427/2019 citata, che richiama id., VI, n. 5919/2018 citata).

8.2.2. Orbene, in tanto si può convenire con tale conclusione in quanto si addivenga ad un'interpretazione, non letterale, ma sistematica della disposizione, che la renda compatibile con il

sistema di qualificazione attualmente vigente per gli appalti di lavori. Va sottolineato che non si intende certo riconoscere efficacia sovraordinata alla norma regolamentare dell'art. 92 (richiamata dal ridetto art. 216, comma 14, nei limiti della compatibilità), dovendosi piuttosto dare atto che anche il nuovo *Codice dei contratti pubblici* presuppone un differente sistema di qualificazione per gli appalti di lavori già nell'art. 83, comma 2. L'art. 48, comma 3, poi, espressamente prevede che “*nel caso di lavori, i raggruppamenti temporanei e i consorzi ordinari di operatori economici sono ammessi se gli imprenditori partecipanti al raggruppamento, ovvero gli imprenditori consorziati, abbiano i requisiti di cui all'art. 84*”; quest'ultima disposizione riguarda appunto il “*sistema unico di qualificazione degli esecutori di lavori pubblici*”.

Ancora, la disciplina codicistica si completa con la previsione dell'art. 48, comma 1, che ribadisce la distinzione di tipo qualitativo tra raggruppamenti orizzontali e verticali e, quanto ai requisiti di qualificazione, con la previsione dell'art. 48, comma 6, prima parte (coincidente con quella dell'art. 92, comma 3, del regolamento del 2010) secondo cui i requisiti dell'art. 84 devono essere posseduti dal *mandatario* per i lavori della categoria prevalente e per il relativo importo; per i lavori scorporati, ciascun *mandante*, rispetto all'intero raggruppamento, deve possedere i requisiti previsti per l'importo della categoria che intende assumere e nella misura indicata per il concorrente singolo.

Infine, l'art. 48, comma 6, ultimo periodo, ammette i raggruppamenti di tipo misto, per i quali va ribadito il principio, desumibile dal sistema, di cui si è ampiamente detto sopra, per il quale il raggruppamento misto è sottoposto all'applicazione delle regole proprie tanto dei raggruppamenti verticali quanto di quelli orizzontali, a seconda del profilo o della componente che ne venga in rilievo (così Cons. Stato, V, n. 5427/2019, che richiama i precedenti di cui a CGA, 15 aprile 2005, n. 251 ed, in ordine alla necessaria suddivisione dei servizi, Cons. Stato, V, 1 agosto 2015, n. 3769).

Ne consegue che la verifica del rispetto del limite di cui all'art. 83, comma 8, del codice dei contratti pubblici va effettuata nei confronti dell'impresa “mandataria”, ma, quanto meno negli appalti di lavori (per i quali, tra l'altro, l'art. 48, comma 4, impone di specificare nell'offerta “*le categorie di lavori ... che saranno eseguite dai singoli operatori economici riuniti*”), la mandataria va identificata differentemente a seconda che si tratti di raggruppamento verticale ovvero di raggruppamento orizzontale, e, quanto al raggruppamento misto (che è la fattispecie qui in considerazione), avendo riguardo a ciascun sub-raggruppamento di cui si compone, in riferimento a ciascuna categoria di lavori, di modo che:

- riguardando il profilo di tipo verticale del raggruppamento misto, la qualifica di mandatario dell'intero raggruppamento va riconosciuta al mandatario dei lavori della categoria prevalente; ove rispetto a tale categoria di lavori, si abbia anche un sub-raggruppamento orizzontale, osservando le previsioni dell'art. 48 comma 6, del Codice e dell'art. 92, comma 2 e 3, del regolamento si rispetta anche la previsione dell'art. 83, comma 8;

- riguardando il profilo di tipo orizzontale del raggruppamento misto, all'interno di ogni sub-raggruppamento, sia dei lavori di categoria prevalente sia dei lavori di categorie scorporate, il mandatario è individuato come sopra in applicazione dell'art. 92, comma 2, del regolamento ed, applicando tale norma, risulta rispettato il disposto dell'art. 83, comma 8, del codice, quest'ultimo riferito appunto al mandatario del sub-raggruppamento (cfr. già Cons. Stato, V, n. 5427/2019 citata).

8.3. Siffatta interpretazione si sottrae alle obiezioni dell'appellante e dell'Anas, per le ragioni di cui appresso.

8.3.1. In primo luogo, essa non risulta contraddetta dai precedenti del Consiglio di Stato, asseritamente contrari indicati nella memoria dell'Anas, poiché tutti relativi alla diversa fattispecie dell'appalto di servizi, e per di più in riferimento al previgente art. 275 del d.P.R. n. 207 del 2010 (cfr. Cons. Stato, V, 8 febbraio 2017, n. 560; id., III, 16 aprile 2018, n. 2257; id., III, 23 aprile 2019, n. 2599). Nei precedenti di questo Consiglio di Stato, riguardanti l'appalto di lavori, anche dopo l'entrata in vigore del Codice dei contratti pubblici, l'art. 83, comma 8, è interpretato come riferito a ciascun sub-raggruppamento di cui si componga il raggruppamento misto (cfr., in particolare, Cons. Stato, V, n. 5427/2019, citata, sub 2.3), sia pure al fine di risolvere questioni diverse da quella oggetto del presente giudizio.

8.3.2. Quanto a quest'ultima, va confutato l'assunto, posto a base dell'appello, che la soluzione seguita dal primo giudice, qui preferita, si fondi su un dato "meramente formale" perché fa coincidere la mandataria dell'intero raggruppamento con la mandataria del sub-raggruppamento riguardante i lavori di categoria prevalente, anche quando, rispetto al valore dell'intero appalto non sia esecutrice "maggioritaria" (il che si può verificare, come nota l'appellata, anche nel raggruppamento di tipo verticale, non misto, quando la mandataria sia unica esecutrice dei lavori di categoria prevalente, ma il valore di questi ultimi sia inferiore alla somma del valore dei lavori di categorie scorporate e questi siano eseguiti da un'unica altra impresa mandante).

La maggiore rilevanza da riconoscere all'operatore economico esecutore dei lavori di categoria prevalente è infatti conseguenza diretta della disciplina che, negli appalti di lavori, è riservata a questi ultimi e che non è un dato meramente "formale", ma è collegato alla definizione di cui all'art. 3, lett. oo bis, del d.lgs. n. 50 del 2016, essendo la categoria prevalente quella che ha il maggior valore, ma anche quella che identifica l'appalto. D'altronde l'art. 48, comma 6, prima parte, testualmente attribuisce la qualità di "mandatario" all'esecutore dei lavori della categoria prevalente e qualifica "mandanti" gli esecutori dei lavori scorporati. Tutto ciò in linea con la circostanza che la partecipazione alle gare pubbliche mediante raggruppamento temporaneo di tipo verticale non può ritenersi libera e rimessa all'esclusiva volontà dei concorrenti: secondo la condivisibile giurisprudenza di questo Consiglio di Stato, infatti, in tanto il R.t.i. di tipo verticale è ammesso alla gara in quanto ciò sia previsto dalla *lex specialis*, attraverso la distinzione fra prestazioni prevalenti o principali e prestazioni scorporabili o secondarie, ai sensi dell'art. 48, comma 1 e 2, d.lgs. n. 50 del 2016 (così Cons. Stato, V, 4 maggio 2020, n. 2785, la quale menziona, nello stesso senso, Cons. Stato, V, 5 aprile 2019, n. 2243; 22 ottobre 2018, n. 6032; 14 maggio 2018, n. 2855; VI, 15 ottobre 2018, n. 5919; III, 24 aprile 2019, n. 2641 e rileva che, riguardo alle categorie di opere c.d. "super-specialistiche", la generale scorporabilità è prevista dall'art. 1, comma 3, d.m. 10 novembre, n. 248, contenente «Regolamento recante individuazione delle opere per le quali sono necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica e dei requisiti di specializzazione richiesti per la loro esecuzione, ai sensi dell'articolo 89, comma 11, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50»).

8.3.3. Quanto poi all'assunto dell'appellante secondo cui l'affidabilità della mandataria sarebbe assicurata dall'esecuzione dei lavori in misura maggioritaria, è agevole opporre che la stazione appaltante non è garantita dalla quantità dei lavori che l'impresa dichiara di eseguire, bensì, per un verso, dalla circostanza che ogni impresa del raggruppamento è qualificata per la parte di lavori che esegue e che la mandataria del raggruppamento deve possedere i requisiti per i lavori della categoria prevalente e per il relativo importo, di modo che, come bene osserva il giudice di primo grado, *"la valutazione di affidabilità è stata effettuata a monte dallo stesso legislatore che l'ha ricollegata all'esecuzione"*

maggioritaria della categoria prevalente”; per altro verso, dalla circostanza che, anche quando non sia esecutore dei lavori delle categorie scorporate, resta ferma la responsabilità solidale del mandatario dell’intero raggruppamento ai sensi dell’art. 48, comma 5, del codice, unitamente alla spettanza della rappresentanza esclusiva, anche processuale, dei mandanti fino all’estinzione di ogni rapporto ai sensi dell’art. 48, comma 15.

Ed invero, poiché in un raggruppamento di tipo misto, l’impresa capogruppo mandataria dell’intero raggruppamento si assume la responsabilità complessiva dei lavori e la rappresentanza di tutte le imprese riunite nei confronti della stazione appaltante, la ragione per la quale si individua un’ulteriore impresa mandataria nell’ambito del sub-raggruppamento relativo ai lavori scorporabili, non è certo il venir meno della responsabilità solidale della capo-gruppo. Piuttosto, come affermato in giurisprudenza, la ragione è da rinvenirsi “*per un verso, [nel]la preminenza dell’interesse pubblico primario alla esatta, compiuta e tempestiva esecuzione delle opere (nella specie, di quelle scorporabili), da soddisfare per quanto possibile in forma specifica, e, per altro verso, [nel]la circostanza che l’aggiunta di un ulteriore soggetto solidalmente responsabile nei confronti della stazione appaltante ne rafforza gli strumenti di manleva*” (così Cons. Stato, VI, n. 5919/2018 citata).

8.4. Infine, come già osservato in sentenza, l’interpretazione qui preferita è quella maggiormente rispondente ai principi europei che prevedono ampia partecipazione alle procedure di gara dei raggruppamenti temporanei ed al principio europeo di massima libertà di autoorganizzazione delle imprese (cfr. l’art. 19, par. 2, direttiva 2014/24/UE e il considerando n. 15, su cui, di recente, Cons. Stato, V, n. 2785/2020 citata).

Infatti, seguendo l’interpretazione fatta propria da Anas, per un verso, verrebbe fortemente limitato il libero ricorso al raggruppamento di tipo verticale, potendo darsi dei casi in cui le imprese riunite dovrebbero garantire non solo il possesso dei requisiti e l’esecuzione dei lavori della categoria prevalente da parte della mandataria, ma anche l’ulteriore requisito del possesso in capo a quest’ultima dei requisiti e dell’esecuzione dei lavori di almeno una categoria scorporabile, in misura necessaria a consentire l’esecuzione di una quota maggioritaria dell’intero valore dell’appalto; così verrebbe impedito l’accesso alle imprese che, pur in possesso dei requisiti per i lavori di categoria prevalente, sono prive dei requisiti per i lavori delle categorie scorporabili; ovvero, in alternativa, si porrebbe la necessità di frazionare l’esecuzione dei lavori rientranti in tali ultime categorie tra più mandanti per far sì che la mandataria-capogruppo conservi la quota maggioritaria dell’intero appalto: nell’un caso e nell’altro si imporrebbero modalità organizzative del raggruppamento, non rispettose delle scelte imprenditoriali delle imprese riunite.

Per altro verso, si impedirebbe di costituire un raggruppamento misto in cui la categoria prevalente sia assunta da un sub-raggruppamento di tipo orizzontale, ogniqualvolta l’importo della scorporabile sia superiore al 40% della prevalente (a meno di suddividere anche la scorporabile), con conseguente disapplicazione anche dell’art. 48, comma 6, ultimo periodo, del Codice dei contratti pubblici.

Interpretata in tal senso, la norma dell’art. 83, comma 8, qui in contestazione potrebbe portare alla deroga ai detti principi euro-unitari, senza che tale deroga sia giustificata da motivazioni obiettive e proporzionate (arg. ex art. 19, paragrafo 2, della direttiva n. 24/18), visto quanto detto sopra a proposito della garanzia comunque offerta alla stazione appaltante da un’impresa capo-gruppo che abbia i requisiti ed esegua in misura maggioritaria i lavori di categoria prevalente.

8.5. Per di più, si avrebbe che, con l'interpolazione dell'art. 83, comma 8, attuata col d.lgs. n.56 del 2017, si sarebbe pervenuti ad un radicale aggravamento dei requisiti di partecipazione degli operatori economici plurisoggettivi esecutori di lavori pubblici, a sistema di qualificazione invariato, senza che di ciò si trovi traccia nei lavori preparatori del c.d. correttivo (tanto che la questione nemmeno è stata affrontata da questo Consiglio di Stato nel parere del 30 marzo 2017, n. 782, riguardante le disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50).

Calzante è al riguardo la constatazione del primo giudice secondo cui, seguendo l'interpretazione qui avversata, “si andrebbe ad incidere, in assenza di un sicuro riferimento normativo e con ingiustificato contrasto con il principio europeo di massima libertà di autoorganizzazione delle imprese, sulle prerogative imprenditoriali delle imprese, in ordine alle modalità di partecipazione alle gare e sulla composizione delle compagini associative che, invece, nel rispetto della normativa vigente, deve restare affidata esclusivamente alle scelte imprenditoriali dell'operatore economico”.

9. In conclusione, va ribadito il principio di diritto espresso dalla sentenza di primo grado, secondo cui “nei raggruppamenti misti, ai fini di una legittima partecipazione alla gara, la capogruppo mandataria debba essere qualificata ed eseguire i lavori in misura maggioritaria in relazione alla categoria prevalente indipendentemente e a prescindere dal fatto che esista, eventualmente, nel medesimo raggruppamento, un'altra impresa mandante che esegua prestazioni relative a una o più categorie scorporabili, il cui valore complessivo sia superiore a quello dei lavori svolti dalla stessa mandataria”.

Con la precisazione che, con riferimento alla categoria prevalente, deve esservi coincidenza tra la mandataria dell'intero raggruppamento e la mandataria del relativo sub-raggruppamento. Nelle associazioni miste, infatti, la mandataria, cui è conferito mandato collettivo speciale con rappresentanza a presentare l'offerta per l'intero raggruppamento, è identificata con l'impresa che esegue le lavorazioni di cui alla categoria prevalente e, nel caso in cui quest'ultima sia assunta da più imprese (dando luogo ad una sub- associazione orizzontale), dalla mandataria di tale sub-raggruppamento che deve eseguire le lavorazioni e possedere i requisiti in misura maggioritaria rispetto alle altre imprese mandanti.

Va perciò affermato che l'art. 83, comma 8, del codice dei contratti pubblici, laddove prescrive che “la mandataria in ogni caso deve possedere i requisiti ed eseguire la prestazioni in misura maggioritaria”, ove riferito anche agli appalti di lavori, debba essere interpretato compatibilmente col sistema di qualificazione vigente per gli esecutori di lavori pubblici (quindi, allo stato, compatibilmente con l'art. 92, commi 2 e 3, del d.P.R. n. 207 del 2010) e con l'art. 48, commi 1 e 6, del Codice dei contratti pubblici, di modo che il detto elemento “maggioritario” è da ritenersi soddisfatto, nel caso di raggruppamenti di tipo verticale, dalla circostanza che l'impresa capogruppo mandataria sia qualificata ed esegua i lavori relativi alla categoria prevalente e, nel caso di raggruppamenti di tipo misto, dalla circostanza che l'impresa capogruppo mandataria esegua per intero i lavori della categoria prevalente ovvero, in caso di sub-raggruppamento orizzontale nella medesima categoria, che possessa i requisiti in misura maggioritaria, comunque non inferiore al 40%, ed esegua la prestazione prevalente in misura maggioritaria.

9.1. Poiché nel caso di specie tale ultima condizione è stata rispettata, avendo la società I e C assunto, in qualità di mandataria dell'intero raggruppamento e del sub-raggruppamento dei lavori di categoria prevalente, la quota maggioritaria di esecuzione di questi ultimi, l'appello va respinto,

così confermandosi l'annullamento del provvedimento di esclusione per violazione dell'art. 83, comma 8, del d.lgs. n. 50 del 2016.

9.1. La novità della questione di diritto posta dal secondo e principale motivo di appello consente di compensare per giusti motivi le spese processuali.

P.Q.M.

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

Spese compensate.

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

Così deciso nella camera di consiglio del giorno 19 novembre 2020, tenuta ai sensi dell'art. 4 del d.l. n. 28 del 2020 e dell'art. 25 del d.l. n. 137 del 2020, con l'intervento dei magistrati:

Fabio Franconiero, Presidente FF

Federico Di Matteo, Consigliere

Angela Rotondano, Consigliere

Alberto Urso, Consigliere

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere, Estensore