Pubblicato il 05/12/2022

N. 10615/2022REG.PROV.COLL.
N. 02403/2022 REG.RIC.

R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2403 del 2022, proposto da Cobar S.p.A. in proprio e quale Mandataria del Costituendo Rti con Mancusimmobiliare S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Fabio Cintioli, Saverio Nitti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Fabio Cintioli in Roma, via Vittoria Colonna 32;

contro

Anas S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Ivana Rosa Di Chio, Gianpiero Iannozzi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Zappa Benedetto S.r.l. in proprio e quale Mandataria Costituendo Rti, Celi Calcestruzzi S.p.A. in proprio e quale Mandante del Costituendo Rti, Costruzioni Stradali Armando di Eleuterio S.r.l. in proprio e quale Mandante del Costituendo Rti, Codimar S.r.l. in proprio e quale Mandante del Costituendo Rti, Cogi S.r.l. in proprio e quale Mandante del Costituendo Rti,

Adriatica Strade Astra S.p.A. in proprio e quale Mandante del Costituendo Rti, Euroimpianti S.r.l. in proprio e quale Mandante del Costituendo Rti, Consorzio Stabile Evo in proprio e quale Mandante del Costituendo Rti, Rillo Costruzioni S.r.l. in proprio e quale Mandataria del Costituendo Rti, Eurostrade S.r.l. in proprio e quale Mandante del Costituendo Rti, E.Mi. Strade e Consolidamenti S.r.l. in proprio e quale Mandante del Costituendo Rti, Eli. Costruzioni S.r.l. in proprio e quale Mandante del Costituendo Rti, Pangea Consorzio Stabile S.C. A R.L. in proprio e quale Mandataria del Costituendo Rti, Tenaglia S.r.l. in proprio e quale Mandante del Costituendo Rti, Dsba S.r.l. in proprio e quale Mandante del Costituendo Rti, Strade Ambiente S.r.l. in proprio e quale Mandante del Costituendo Rti, non costituiti in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima) n. 2001/2022.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;
visto l'atto di costituzione in giudizio di Anas S.p.A.;
visto l'atto di costituzione in giudizio e il ricorso incidentale proposto da Monaco S.p.A, Favellato Claudio S.p.A., Cimolai S.p.A., Cedis S.r.l.;
visti tutti gli atti della causa;
relatore nell'udienza pubblica del giorno 26 maggio 2022 il Cons. Gianluca Rovelli e uditi per le parti gli avvocati Cintioli, Masini, in sostituzione degli avvocati Di Chio e Iannozzi per delega depositata, Pellegrino e Sticchi Damiani;
ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con bando di gara spedito per la pubblicazione alla GUUE in data 20.11.2020, A.N.A.S. S.p.A. ha indetto una procedura aperta, suddivisa in 24 lotti, per l'affidamento dell'"*Accordo Quadro quadriennale per l'esecuzione dei lavori*

di manutenzione straordinaria per il risanamento strutturale di opere d'arte su tutto il territorio nazionale". Per quanto riguarda il Lotto 16 - Abruzzo - Molise, l'importo complessivo dell'appalto è stato stimato in € 50.000.000,00 per lavori da eseguire, di cui € 7.500.000,00 per oneri relativi alla sicurezza non assoggettabili a ribasso.

2. Con provvedimento prot. n. 653363 del 7.12.2020 a firma del Direttore Appalti e Acquisti di ANAS è stata disposta la sospensione della procedura di gara, in considerazione della necessità di procedere alla modifica della ripartizione delle categorie di opere generali e speciali di cui si compone l'Accordo Quadro. Il bando rettificato è stato pubblicato, con proroga dei termini di partecipazione, con avviso prot. CDG-0697803-P del 29.12.2020 unitamente a un nuovo Disciplinare di gara. Quest'ultimo prevedeva – tra gli altri criteri di valutazione dell'offerta tecnica – l'attribuzione di un punteggio di 5 punti in relazione al subcriterio B.3.2. «*Disponibilità di squadre dedicate alla movimentazione del cantiere*». Trattandosi di un criterio tabellare (c.d. "on/off"), la *lex specialis* richiedeva per l'attribuzione del punteggio relativo al subcriterio B.3.2 «*Disponibilità di squadre dedicate alla movimentazione del cantiere*» la presentazione da parte del concorrente di apposita dichiarazione contenente la propria disponibilità riguardo la presenza di squadre dedicate all'installazione, movimentazione e rimozione del cantiere, a proprio onere e carico. Le squadre dovevano essere composte da personale qualificato e con esperienze specifiche, in numero idoneo allo svolgimento delle attività previste nel singolo contratto applicativo, secondo la normativa vigente. In caso di necessità, doveva essere garantita l'attivazione delle squadre richieste da ANAS dedicate alla gestione del cantiere in modo da assicurarne la loro presenza sul luogo entro 2 ore dalla comunicazione ricevuta da parte di ANAS. L'eventuale disponibilità delle squadre doveva essere confermata nell'elaborato "*elenco lavorazioni offerte*".

3. Il paragrafo 16 del disciplinare, in particolare, prevedeva che all'interno della Busta Tecnica della Richiesta di Offerta (RDO) presente sul Portale

Acquisti ANAS, il concorrente dovesse inserire i seguenti documenti:

a) Relazione Tecnica;

b) Allegati Tecnici articolati secondo quanto richiesto dal disciplinare.

Più nel dettaglio, la previsione della *lex specialis* chiariva che l'Offerta Tecnica dovesse contenere i documenti e gli elaborati tecnici, articolati secondo quanto richiesto nel disciplinare, la cui mancanza o incompletezza, non avrebbe dato luogo all'attribuzione del punteggio.

4. Con riferimento al contenuto degli Allegati Tecnici, il medesimo paragrafo della *lex specialis* richiedeva che gli stessi fossero presentati in singole e separate cartelle che avrebbero dovuto essere nominate e avere i contenuti indicati nella tabella e che le 4 dichiarazioni richieste venissero rilasciate sottoscrivendo il relativo documento allegato al disciplinare.

5. Inoltre, era previsto che tutta la documentazione fosse debitamente firmata dal concorrente con le stesse modalità dell'offerta, dovendo la stessa successivamente essere allegata al contratto. Con l'ulteriore precisazione secondo cui non sarebbe attribuito alcun punteggio in caso di assenza delle dichiarazioni richieste.

6. Alla scadenza del termine per la presentazione delle domande di partecipazione pervenivano, in relazione al Lotto 16, n. 8 offerte tra cui:

a) quella del RTI composto dalla Cobar s.p.a., e dalla mandante Mancusimmobiliare s.r.l. (di seguito anche solo "RTI Cobar");

b) quella del costituendo RTI tra la Monaco s.p.a. (mandataria), la Favellato Claudio s.p.a., la Cimolai s.p.a. e la Cedis s.r.l. (società mandanti) (di seguito "RTI Monaco").

7. La Relazione tecnica del RTI Monaco rimandava all'Allegato 10 per quanto riguardava la dichiarazione di impegno relativa al subcriterio B.3.2 afferente alle squadre messe a disposizione per la movimentazione del cantiere.

8. Espone l'appellante che la dichiarazione di impegno relativa al subcriterio B.3.2 non corrisponde né a quanto richiesto dal Disciplinare, né a quanto dichiarato dal RTI Monaco nella sua Relazione tecnica.

9. In applicazione delle prescrizioni del Disciplinare, la Commissione non ha attribuito alcun punteggio al RTI Monaco per il subcriterio B.3.2 per la seguente ragione "*La Commissione rileva che il Concorrente in allegato produce la relativa Dichiarazione All. 10 – Squadre per la movimentazione cantiere con contenuto difforme a quanto richiesto dal Disciplinare, e, pertanto, come previsto dal Disciplinare la documentazione non conforme ai termini prescritti è stata esclusa dalla valutazione e non darà luogo all'attribuzione del punteggio in relazione al sub-criterio cui la documentazione si riferisce*".

10. All'esito delle valutazioni della Commissione, il RTI Cobar si è collocato al primo posto della graduatoria stilata dalla commissione di gara, avendo totalizzato un punteggio finale di 70,413 punti (di cui 53,010 per l'offerta tecnica e 17,403 per quella economica). Nella graduatoria vi erano poi: il RTI Zappa Benedetto s.r.l. (con 69,010 punti); il RTI Rillo Costruzioni s.r.l. (con 66,834 punti); il RTI Pangea Consorzio Stabile s.c. a r.l. (con 66,023 punti); il RTI Monaco S.p.A., quinto classificato con un punteggio complessivo pari a 65,704 punti (di cui 46,340 per l'offerta tecnica e 19,364 per il prezzo). All'esito della seduta del 12 luglio 2021 è stata formulata la proposta di aggiudicazione in favore del RTI Cobar e l'ANAS, con la determina prot. CDG-444493-U del 13.7.2021, ha disposto l'aggiudicazione dell'appalto in favore del predetto raggruppamento.

11. Il provvedimento di aggiudicazione è stato impugnato dinanzi al TAR Lazio dal RTI Monaco. In estrema sintesi, il RTI Monaco ha lamentato l'illegittima mancata assegnazione in suo favore del punteggio di 5 punti previsto al punto B.3.2 del Disciplinare. Questo perché la dichiarazione di impegno a garantire la "*disponibilità di squadre dedicate alla movimentazione del cantiere*" – seppur non presentata nell'apposito Allegato 10 come richiesto dalla *lex specialis* – non poteva considerarsi mancante, essendo la stessa desumibile dal contenuto della Relazione Tecnica prodotta in sede di gara. Il ricorso del RTI Monaco veniva integrato con successivi motivi aggiunti, notificati in data 13.9.2021, con cui è stato impugnato anche il verbale relativo

alla valutazione delle offerte tecniche, nella parte in cui la Commissione aveva ritenuto che il RTI Monaco avesse presentato una dichiarazione in ordine alla disponibilità di squadre dedicate alla movimentazione del cantiere dal contenuto difforme rispetto a quanto richiesto dal disciplinare di gara.

12. Si è costituita in giudizio Cobar S.p.A., in proprio e quale mandataria del RTI con la Mancusimmobiliare s.r.l., chiedendo il rigetto dell'impugnazione.

13. Con atto notificato in data 7.9.2021, Cobar ha anche proposto ricorso incidentale, evidenziando che il RTI Monaco avrebbe dovuto essere escluso in quanto:

a) la mandante Cedis s.r.l. difettava della capacità tecnica e professionale richiesta dai paragrafi 7.3 e 7.4 del disciplinare, non possedendo adeguata qualificazione in relazione alle categorie scorporabili OS10 e OS23;

b) la Clener Immobiliare s.p.a., socio di maggioranza della mandataria Monaco s.p.a., e la Cimolai Holding s.p.a., quale socio unico della mandante Cimolai s.p.a., non avevano reso le dichiarazioni *ex* art. 80, comma 3, del d.lgs. n. 50/2016.

14. Con sentenza n. 2001 del 18 febbraio 2022 il TAR Lazio ha accolto il ricorso del RTI Monaco e, nel contempo, respinto il ricorso incidentale di Cobar.

15. Di tale sentenza, asseritamente ingiusta e illegittima, Cobar S.p.A. ha chiesto la riforma con rituale e tempestivo atto di appello alla stregua di quattro articolati motivi, rubricati: "*I. Error in iudicando. Difetto di motivazione. Irragionevolezza e illogicità intrinseca. Violazione e falsa applicazione della lex specialis, in particolare del paragrafo 16 del Disciplinare di gara. Violazione dei principi di par condicio e immodificabilità dell'offerta; II.1. Error in iudicando. Sulla falsa applicazione dell'art 34, comma 2, c.p.a. Error in procedendo. Sulla contraddittorietà interna della sentenza appellata; II.2. Error in iudicando. Violazione di legge. Violazione e falsa applicazione dell'art. 105, comma 4, lett. c), del D. lgs. n. 50/2016. Violazione e omessa applicazione dell'art. 61, comma 2, e dell'art. 92, comma 1, del d.P.R. n. 207/2010. Violazione della lex specialis di gara. Violazione dei paragrafi 3, 7.3 e 7.4 del*

disciplinare. Eccesso di potere. Erronea presupposizione. Illogicità. Irragionevolezza; II.3. Error in iudicando. Violazione e omessa applicazione dell'art. 80, commi 3 e 5, lett. c-bis, D. lgs. n. 50/2016. Eccesso di potere per violazione dei principi di trasparenza, correttezza e buona fede. Carenza di istruttoria, irragionevolezza e ingiustizia manifesta".

16. Si sono costituiti in giudizio ANAS S.p.A. e Monaco S.p.A., la prima condividendo il primo e il secondo motivo di impugnazione, la seconda chiedendone il rigetto e proponendo anche appello incidentale.

17. Alla udienza pubblica del 26 maggio 2022 la causa è stata trattenuta per la decisione.

DIRITTO

18. Con il primo motivo l'appellante argomenta come segue.

18.1. La sentenza sarebbe errata, anzitutto, ove ha affermato che il RTI Monaco avrebbe dovuto ricevere il punteggio pieno previsto dal subcriterio B.3.2, nonostante l'aver presentato quale Allegato tecnico a corredo della propria offerta, un documento contenente una dichiarazione difforme (inesistente) rispetto a quanto richiesto dal Disciplinare.

18.2. La soluzione della controversia proposta dal TAR Lazio, anzitutto, sarebbe in contrasto con le prescrizioni della *lex specialis*. Il RTI Monaco non ha presentato in allegato all'offerta tecnica la dichiarazione prevista per il subcriterio punto B.3.2 del Disciplinare, bensì una dichiarazione dal contenuto diverso e riferito al diverso impegno "Gestione temporanea di più cantieri".

18.3. La dichiarazione di impegno prodotta dal RTI Monaco non sarebbe dunque meramente difforme da quella richiesta dal Disciplinare, ma sostanzialmente inesistente.

18.4. La sentenza del TAR Lazio, oltre a non fare corretta applicazione del principio di immodificabilità dell'offerta, avrebbe violato un altro principio in materia di gare pubbliche, ossia il principio di autoresponsabilità del concorrente.

18.5. Altrettanto erronea sarebbe la parte della sentenza impugnata con la quale il TAR ha ritenuto che la carenza della dichiarazione d'impegno prevista per l'Allegato 10 potesse esser colmata grazie a quanto riportato dal concorrente nella Relazione tecnica perché "*la sottoscrizione dell'offerta tecnica*" avrebbe avuto "*l'effetto di vincolare il concorrente agli impegni assunti, con valenza contrattuale*". Contrariamente a quanto ritenuto dal TAR, infatti, non sarebbe possibile sostenere che la dichiarazione riportata all'interno della Relazione tecnica del RTI Monaco abbia i requisiti di forma e di sostanza dell'Allegato 10 al Disciplinare.

18.6. Inoltre, la sentenza del TAR, si porrebbe in contrasto con l'orientamento espresso dal Consiglio di Stato nella sentenza n. 6649/2021 relativa alla medesima gara ma attinente ad altro lotto (in quell'occasione si trattava del lotto 15).

18.7. Le argomentazioni sin qui sintetizzate si rinvengono anche nella memoria depositata dall'appellante il 10 maggio 2022.

19. Il motivo è infondato.

19.1. La vicenda è molto più semplice di come è stata descritta dall'appellante. Il disciplinare di gara stabiliva: "*Non sarà attribuito alcun punteggio (punteggio pari a zero), in caso di assenza delle dichiarazioni richieste ovvero qualora vengano riportate tempistiche, lavorazioni, modalità unilateralmente stabilite dal Concorrente e/o variazioni a quanto dettato dagli allegati di gara inerenti il criterio di valutazione*".

19.2. La dichiarazione del RTI Monaco non era assente. Al paragrafo B.3.2 della Relazione tecnica citata dall'appellante si legge: "*Il Concorrente si impegna a rendere disponibili squadre dedicate all'installazione, movimentazione e rimozione del cantiere a proprio onere e carico. Le squadre saranno composte da personale qualificato e con esperienze specifiche, in numero idoneo allo svolgimento delle attività previste nel singolo contratto applicativo, secondo la normativa vigente. In caso di necessità, il Concorrente si impegna a garantire l'attivazione delle squadre richieste da ANAS dedicate alla gestione del cantiere in modo da assicurarne la loro presenza sul luogo entro 2 ore dalla*

comunicazione ricevuta da Codesta Stazione Appaltante. Si rimanda al documento 6 - Allegato B.3.2 Dichiarazione squadre per la movimentazione del cantiere (Allegato 10)".

19.3. Essendo pacifico che la dichiarazione non era affatto assente, il TAR ha, in modo del tutto condivisibile, ritenuto che la volontà espressa dal RTI Monaco fosse chiara. Non è dato in effetti comprendere come potesse dubitarsi della volontà del RTI controinteressato.

19.4. Nel caso qui esaminato, al di là di inutili formalismi, dall'esame dei documenti prodotti in sede di gara risulta che la dichiarazione in contestazione è stata resa. Si trattava, con un minimo di diligenza, di dare lettura dei documenti prodotti. Il principio di immodificabilità dell'offerta qui non assume alcun rilievo. Esso, com'è noto, è teso a garantire la *par condicio* tra i concorrenti e l'affidabilità dell'operatore economico offerente e comporta che, quando l'offerta risulti modificata, ad esempio a seguito delle giustificazioni fornite nel giudizio di anomalia, sia legittima l'esclusione del concorrente, sia per l'inattendibilità dell'offerta originaria che per l'inammissibilità di una nuova valutazione dell'offerta modificata (Consiglio di Stato sez. V, 19 aprile 2022, n. 2941). Ma nulla di tutto questo è avvenuto nel caso qui esaminato.

19.5. Va peraltro ricordato che nelle gare pubbliche è ammissibile un'attività interpretativa della volontà dell'impresa partecipante alla gara da parte della stazione appaltante, al fine di superare eventuali ambiguità nella formulazione dell'offerta, purché si giunga ad esiti certi circa la portata dell'impegno negoziale con essi assunti (Consiglio di Stato, sez. III, 12 luglio 2018, n. 4284). A tutto voler concedere, ammettendo per paradosso che l'offerta contenesse elementi di ambiguità (e così non è, come si è visto) era sufficiente un minimo di diligenza da parte della Stazione appaltante per comprendere la volontà dell'offerente.

19.6. Anche il principio di autoresponsabilità dei concorrenti è richiamato in modo inconferente. Si tratta del principio in forza del quale ciascuno sopporta le conseguenze di eventuali errori commessi nella presentazione

della documentazione, con la conseguenza che, in presenza di una previsione chiara e dell'inosservanza di questa da parte del concorrente, l'invito all'integrazione costituirebbe una violazione del principio di *par condicio*, che verrebbe vulnerato, per esempio, dalla rimessione in termini, per mezzo della sanatoria di una documentazione incompleta o insufficiente.

19.7. Nulla di tutto questo è accaduto nel caso qui esaminato, dove la dichiarazione di cui si controverte era presente nell'offerta tecnica ed era sufficiente leggerla e tenerne conto.

19.8. La sentenza impugnata, accuratamente motivata, non merita le critiche che le sono state rivolte. Né rileva il riferimento alla sentenza del Consiglio di Stato, Sez. V, n. 6649 del 6 ottobre 2021 che ha sì, deciso un caso riguardante altro lotto della medesima gara, ma che non è in alcun modo sovrapponibile a quello qui esaminato. E' da condividere quanto affermato da Monaco S.p.A. a pagina 16 della memoria depositata il 19 aprile 2022 e cioè che la mancata assegnazione del punteggio, in quel caso, è stata dettata da ragioni di carattere sostanziale e per nulla formale.

20. Con il secondo motivo l'appellante argomenta come segue.

20.1. La sentenza sarebbe erronea anche nella parte in cui il Giudice di primo grado ha rilevato l'inammissibilità del ricorso incidentale proposto dall'appellante, ritenendo dirimente il ricorso da parte di ANAS al modulo della c.d. "*inversione procedimentale*" e successivamente – entrando contraddittoriamente nel merito delle censure – ha dichiarato le doglianze comunque infondate.

20.2. Sarebbe chiara l'erroneità della statuizione, ove si consideri che il *petitum* sostanziale di cui al ricorso incidentale era quello di veder dichiarata la carenza di interesse e/o legittimazione al ricorso del RTI Monaco, non potendo lo stesso – anche in caso di accoglimento del ricorso – conseguire il bene della vita anelato.

21. Il motivo è infondato.

21.1. E' vero che la sentenza di primo grado ha adottato una soluzione eccentrica e cioè quella di dichiarare inammissibile il ricorso incidentale per poi esaminarlo nel merito. Ma è altrettanto vero che la statuizione è in ogni caso corretta tenuto conto anche della pacifica infondatezza delle doglianze dedotte in primo grado dal ricorrente incidentale.

21.2. L'art. 34, comma 2, del cod. proc. amm., come noto, impedisce la proposizione e la risoluzione di domande di tutela preventiva dell'interesse legittimo, che sono dirette ad orientare l'azione futura dell'Amministrazione, prima che questa abbia ancora provveduto. Si versa nell'ipotesi di poteri amministrativi non ancora esercitati quando sulla vicenda la stazione appaltante non ha adottato ancora alcuna determinazione (Consiglio di Stato sez. V, 22 aprile 2020, n. 2551).

22. Con il terzo motivo l'appellante argomenta come segue.

22.1. La sentenza sarebbe errata anche nella parte in cui il TAR Lazio, nel rigettare il primo motivo di ricorso incidentale, ha ritenuto il RTI Monaco in possesso dei requisiti di qualificazione richiesti dal disciplinare di gara.

22.2. Cobar aveva rappresentato come dalla semplice disamina della dichiarazione di impegno di RTI e delle attestazioni SOA prodotte dal RTI Monaco fosse emersa l'assenza di una idonea qualificazione all'esecuzione delle opere afferenti alle categorie scorporabili OS23 e OS10 in capo alla mandante, che ha partecipato alla gara assimilando tali categorie a quella prevalente (OG3), in violazione di quanto stabilito dall'art. 92, comma 1, del d.P.R. n. 207/2010. La Cedis s.r.l. è, infatti, in possesso di attestazione SOA nella categoria prevalente OG3 per la classifica IV-bis, che abilita la predetta società ad eseguire i corrispondenti lavori fino all'importo massimo di € 3.500.000,00.

22.3. Senonché la mandante del raggruppamento capeggiato dalla Monaco S.p.A., in sede di "*domanda di partecipazione e dichiarazione di impegno di atti*", si è obbligata ad eseguire non solo i lavori afferenti alla categoria prevalente OG3 per una quota pari al 10,15%, ma anche quelli relativi alle opere ricadenti nelle

categorie scorporabili OS23 e 0S10, per una quota pari in entrambi i casi al 10,28%, per le quali non possiede, tuttavia, attestazione alcuna.

22.4. La qualificazione posseduta dalla Cedis s.r.l. in relazione alla categoria prevalente OG3 non avrebbe, infatti, una capienza tale da consentire al medesimo operatore economico di eseguire anche le lavorazioni rientranti nelle categorie scorporabili assunte *pro quota* all'atto di presentazione della domanda di partecipazione del raggruppamento. La Cedis s.r.l. ha dichiarato che la propria quota di partecipazione al RTI con riferimento ai lavori ricadenti nella categoria prevalente OG3 è pari al 10,15%, pari ad € 3.451.000,00. A detto importo deve sommarsi quello relativo alle quote di partecipazione (ciascuna pari al 10,28%) assunte nelle categorie scorporabili "*assimilabili alla prevalente*" per le quali la stessa non possiede alcuna qualificazione, vale a dire la OS23 (pari ad € 154.200,00) e la OS10 (pari ad € 51.400,00), per un totale di € 3.656.600,00 (€ 3.451.000,00 + € 154.200,00 + € 51.400,00). L'importo supera di € 156.000,00 quello – pari, come già rilevato, ad € 3.500.000,00 – corrispondente alla qualificazione posseduta dalla Cedis s.r.l. nella categoria prevalente OG3, classifica IV-bis. Ne seguirebbe la violazione del principio, ricavabile dall'art. 92, comma 1, del d.P.R. n. 207/2010, secondo cui per le categorie scorporabili a qualificazione non obbligatoria rileva la qualificazione in possesso del concorrente per la categoria prevalente, ove sufficientemente capiente. Né, al fine di colmare il deficit di qualificazione, la mandante potrebbe beneficiare del c.d. incremento del quinto previsto dall'art. 61, comma 2, del d.P.R. n. 207/2010, atteso che, in considerazione del valore complessivo attribuito al Lotto n. 16 (pari a € 50.000.000,00), per l'esecuzione dei lavori menzionati nella dichiarazione di impegno di RTI la Cedis s.r.l. avrebbe dovuto essere classificata nella categoria prevalente OG3 per almeno € 10.000.000,00.

22.5. Il Giudice di prime cure avrebbe, pertanto, dovuto rilevare il difetto di qualificazione della Cedis s.r.l. ad eseguire le lavorazioni afferenti alle categorie scorporabili OS10 e OS23, non essendo la SOA posseduta per la categoria

prevalente OG3 idonea a coprire anche l'importo – assunto *pro quota* e quale mandante – delle stesse.

22.6. Il TAR Lazio ha ritenuto infondata la doglianza in questione, asserendo, in applicazione dell'istituto del c.d. subappalto "qualificante" o "necessario", che il RTI Monaco è qualificato per l'esecuzione dei lavori oggetto di affidamento.

22.7. La statuizione di rigetto che qui si contesta, tuttavia, si fonderebbe su di un erroneo presupposto, vale a dire che "*tale intendimento [sarebbe] stato ... dichiarato in sede di partecipazione alla gara dal RTI Monaco (con ripartizione in capo alla mandataria, per entrambe le categorie, del 54,53%; in capo alla mandante Favellato Claudio, per entrambe le categorie, S.p.A. del 35,19% e in capo alla mandante Cedis s.r.l., per entrambe le categorie, del 10,28%)*".

22.8. L'assunto sarebbe erroneo in quanto le percentuali sopra riportate corrispondono alle quote di partecipazione al RTI indicate nella "*domanda di partecipazione e dichiarazione di impegno di atti*", e non già e non anche alle parti di opere che il concorrente plurisoggettivo avrebbe dichiarato di subappaltare all'atto della presentazione dell'offerta.

22.9. Il RTI Monaco non avrebbe rispettato la previsione contenuta all'art. 105, comma 4, lett. c), del d.lgs. n. 50/2016, avendo lo stesso dichiarato, all'atto della partecipazione alla procedura di affidamento di voler ricorrere al subappalto in relazione alle opere afferenti alle categorie OS10 e OS23. Nella dichiarazione di costituzione in ATI, le imprese associate hanno, infatti, dichiarato di voler affidare in subappalto l'esecuzione di talune opere senza, tuttavia, individuare la relativa quota, ma limitandosi ad un insufficiente cenno ai "*limiti previsti dalla normativa vigente e dal bando di gara*".

23. Il motivo è infondato poiché frutto di un approccio inutilmente formalistico che il TAR ha correttamente respinto.

23.1. Tutta la complessa censura dell'appellante omette un dato che però è decisivo: il RTI Monaco ha reso la dichiarazione di subappalto in perfetta aderenza al punto 9 del Disciplinare di Gara e da nessuna parte si legge che

Cedis avrebbe eseguito in proprio i lavori della categoria a qualificazione obbligatoria OS10. Per la categoria OS23, invece, non si versa in un'ipotesi di subappalto necessario. Essendo il subappalto cd. "necessario" contemplato da precise norme legislative e regolamentari, esso costituisce, tra l'altro, un istituto di sicura applicabilità nelle gare a prescindere da qualsiasi espresso richiamo da parte dei bandi. Il subappalto è un istituto che attiene alla fase di esecuzione dell'appalto e il suo eventuale mancato funzionamento dev'essere trattato alla stregua di un inadempimento contrattuale, con tutte le conseguenze che ad esso ricollega il codice. Il giudice di primo grado ha adottato, anche in questo caso in modo del tutto condivisibile, una soluzione scevra da inutili formalismi. Le categorie specialistiche OS10 e OS 23 incidono, rispetto all'importo a base d'asta per il 3% (OS23 = €. 1.500.000) e per l'1% (OS10 = €. 500.000,00). La categoria scorporabile OS23 risultava subappaltabile al 100%. Per la categoria OS10 (l'1% dell'appalto) il giudice di primo grado ha ritenuto, a ragione, applicabile il subappalto qualificante con la conseguente (e ineccepibile) conclusione che il RTI Monaco dovesse ritenersi qualificato per i lavori oggetto dell'appalto.

23.2. Non è superfluo precisare che, in ogni caso, il Collegio ritiene preferibile l'orientamento in base al quale la mandante Cedis potrebbe beneficiare dell'incremento del quinto ai sensi dell'art. 61, comma 2, del d.P.R. 207/2010, risultando sufficiente la qualificazione per una classifica pari ad almeno un quinto dell'importo della singola categoria e non dell'intero importo dei lavori.

24. Con il quarto motivo l'appellante argomenta come segue.

24.1. La sentenza sarebbe errata anche nella parte in cui è stato respinto il secondo motivo di ricorso incidentale, con cui Cobar aveva lamentato la mancata esclusione del RTI Monaco dalla procedura di gara in ragione dell'omissione degli obblighi dichiarativi di cui all'art. 80, comma 3, del d.lgs. n. 50/2016.

24.2. Dall'esame della dichiarazione "*All. 1_Modello di Lettera ufficiale di invio dell'offerta*" è emerso che:

a) la mandataria Monaco s.p.a. ha indicato quale socio di maggioranza la Clener Immobiliare s.p.a. (con una quota del 90% del capitale sociale);

b) la mandante Cimolai s.p.a. ha indicato quale socio unico la Cimolai Holding s.p.a.;

c) entrambe le componenti del RTI hanno mancato di produrre le dichiarazioni in ordine all'assenza dei motivi di esclusione relative alle persone fisiche che ricoprono le cariche previste dall'art. 80, comma 3, del d.lgs. n. 50/2016 all'interno rispettivamente del socio di maggioranza della mandataria e del socio unico della mandante.

24.3. Il TAR ha affermato che "*la disposizione dell'art. 80, comma 3, non è riferita o riferibile al socio unico persona giuridica"*, nulla rilevando invece con riferimento alla sussistenza degli obblighi dichiarativi in capo al socio di maggioranza persona giuridica (anzi, riconoscendo con riferimento a quest'ultimo profilo l'esistenza di un orientamento estensivo formatosi sotto la vigenza del d.lgs. n. 163/2006 e senza dare atto di interpretazioni successive di segno opposto).

24.4. Senonché, al contrario di quanto affermato dal TAR Lazio, la riferibilità al solo socio persona fisica dell'onere dichiarativo previsto dalla summenzionata disposizione del Codice dei contratti pubblici costituisce questione tutt'altro che pacifica, essendosi da più parti rilevato come escludere il socio persona giuridica dall'ambito soggettivo di applicazione dell'art. 80 costituirebbe una limitazione del tutto aprioristica ed irragionevole che avrebbe quale unico effetto quello di agevolare condotte elusive della disciplina sulla partecipazione alle gare, in contrasto con i principi di legalità e trasparenza che devono informare lo svolgimento delle procedure ad evidenza pubblica.

25. Anche questo motivo è infondato alla luce della giurisprudenza di questa Sezione che ha affermato che non è dovuta, ai sensi dell'art. 80, comma 3, del d.lgs. n. 50 del 2016, la dichiarazione sulla mancanza di cause d'esclusione da

parte del socio unico persona giuridica, prevedendo la disposizione che siffatta dichiarazione sia resa dal solo socio unico persona fisica (Consiglio di Stato, Sez. V, 8 gennaio 2021, n. 306, Consiglio di Stato, Sez. V, 9 aprile 2020, n. 2333).

26. Per le ragioni sopra esposte l'appello va respinto e, per l'effetto, va confermata la sentenza impugnata.

27. Il rigetto dell'appello principale rende improcedibile l'appello incidentale.

28. Le spese del grado di giudizio possono essere compensate tra le parti in causa vista la complessità e particolarità delle molteplici questioni sottoposte al Collegio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, così decide:

a) rigetta l'appello principale;

b) dichiara improcedibile l'appello incidentale;

c) per l'effetto, conferma la sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima) n. 2001/2022.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 26 maggio 2022 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Valerio Perotti, Consigliere

Angela Rotondano, Consigliere

Giovanni Grasso, Consigliere

Gianluca Rovelli, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE	**IL PRESIDENTE**
Gianluca Rovelli	**Francesco Caringella**

IL SEGRETARIO