

La quinta sezione del Consiglio di Stato rimette all'Adunanza plenaria la questione della necessaria corrispondenza tra la qualificazione posseduta e la quota di lavori da eseguire secondo la ripartizione interna al RTI come risultante dall'offerta, anche nel caso in cui il raggruppamento sia, nel suo insieme, qualificato ad eseguire le prestazioni per le quali una delle componenti non era qualificata.

Consiglio di Stato, sezione V, ordinanza, 18 ottobre 2018, n. 5957 – Pres. Severini, Est. Di Matteo

Contratti pubblici – Raggruppamento di imprese – Requisiti di qualificazione e partecipazione – Quota di lavori del singolo partecipante – Necessaria corrispondenza – Scostamento minimo – Condizioni – Soccorso istruttorio – Deferimento all'Adunanza plenaria

Devono essere rimesse all'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato le seguenti questioni:

1) *se, ferma la necessaria corrispondenza tra i requisiti di partecipazione di ciascun raggruppamento e il valore dei lavori da eseguire, debba escludersi l'operatore economico dalla gara in caso di scostamento tra la quota dei lavori da eseguire dal singolo partecipante al raggruppamento e il requisito di partecipazione da questi posseduto, anche qualora il raggruppamento sia nel complesso in possesso dei requisiti necessari all'esecuzione dei lavori;*

2) *nel caso in cui si aderisca all'orientamento che non ritiene necessaria l'esclusione del raggruppamento, quale sia la soglia superata la quale lo scostamento tra la quota dei lavori da eseguire dal singolo partecipante al raggruppamento e il requisito di partecipazione da questi posseduto possa essere ritenuto minimo e, pertanto, non idoneo all'esclusione;*

3) *nel caso in cui si aderisca all'orientamento che non ritiene necessaria l'esclusione del raggruppamento, se la stazione appaltante debba ricorrere al soccorso istruttorio per concedere al raggruppamento di operare la modifica consentita o possa farne a meno procedendo direttamente alla valutazione dell'offerta, per avere la stessa accertato che la riduzione della quota di esecuzione in capo a una delle imprese è compensata dal maggiore requisito di qualificazione posseduto da altro componente (1).*

(1) I. – Con l'ordinanza in rassegna, la quinta sezione del Consiglio di Stato ha deferito all'Adunanza plenaria la questione se sia consentito ad un'impresa componente il raggruppamento temporaneo di imprese, che posseda il requisito di qualificazione in misura sufficiente per la quota di lavori dichiarata in sede di presentazione dell'offerta, di ridurre la propria quota di esecuzione, in modo da renderla coerente con il requisito di qualificazione effettivamente posseduto, nel caso in cui il raggruppamento nel suo insieme

sia in possesso di requisiti di qualificazione sufficienti a coprire l'intera quota di esecuzione dei lavori.

Nel caso in cui l'Adunanza plenaria aderisca all'orientamento che non ritenga necessaria l'esclusione dell'operatore economico, il Collegio ha altresì proposto gli ulteriori quesiti finalizzati a determinare la soglia e, quindi, lo scostamento massimo tra quota di esecuzione assunta dal componente del raggruppamento e requisito di qualificazione posseduto, nonché se la stazione appaltante, nel caso in cui accerti il predetto scostamento, debba ricorrere al soccorso istruttorio ovvero possa procedere direttamente alla valutazione dell'offerta, per avere accertato che la riduzione della quota di esecuzione in capo a una delle imprese è compensata dal maggiore requisito di qualificazione posseduto da altro componente.

II. – Un raggruppamento temporaneo di imprese, nella forma del raggruppamento orizzontale, partecipava alla procedura di gara avente ad oggetto l'affidamento di alcuni lavori di manutenzione delle pavimentazioni e attività accessorie della rete autostradale. In sede di offerta ciascuna imprese partecipante dichiarava di essere in possesso della SOA richiesta e indicava la specifica quota di lavori che avrebbe eseguito. La stazione appaltante disponeva, tuttavia, l'esclusione del raggruppamento di imprese dalla procedura di gara, in quanto una delle componenti, pur essendosi impegnata alla realizzazione di una quota di lavori pari, in proporzione, all'ammontare complessivo dell'appalto, era in possesso di una SOA di valore inferiore a quello necessario per la realizzazione dei lavori in questione.

- a) L'operatore economico impugnava il provvedimento di esclusione evidenziando che tale esito non poteva ritenersi consentito in presenza di tre condizioni:
 - a1) lo scostamento tra il valore attestato dalla SOA posseduta e il valore dei lavori per il quale l'operatore si era impegnato non fosse eccessivo;
 - a2) il raggruppamento, nel suo complesso, fosse in possesso dei requisiti sufficienti a coprire l'intero ammontare dell'appalto;
 - a3) il raggruppamento avesse la forma del raggruppamento orizzontale.
- b) Il T.a.r. per l'Emilia Romagna, Bologna, sez. I, 6 marzo 2018 n. 206, con sentenza, respingeva il ricorso proposto dal raggruppamento escluso, osservando che:
 - b1) in base al principio della necessaria corrispondenza tra la qualificazione posseduta e la quota dei lavori da eseguire secondo la ripartizione interna del raggruppamento è irrilevante che il raggruppamento stesso fosse nel suo insieme qualificato ad eseguire anche le prestazioni per le quali una delle componenti non era qualificata;
 - b2) lo scostamento tra la quota dei lavori e il tetto di qualificazione non poteva essere inteso come errore materiale anche perché il

raggruppamento era ben consapevole, al momento della formulazione dell'offerta, delle soglie di qualificazione possedute da ciascun membro.

c) La sentenza era quindi impugnata dal raggruppamento temporaneo di imprese.

III. – Con l'ordinanza in commento il Collegio, nel rimettere la questione all'esame dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, ha osservato che:

d) la controversia è disciplinata dal nuovo codice dei contratti pubblici, d.lgs. 5 aprile 2016, n. 50, in quanto il bando è stato pubblicato il 3 agosto 2017;

e) la normativa vigente, in quanto espressamente fatta salva in attesa dell'adozione degli atti attuativi del nuovo codice ai sensi dell'art. 217, comma 1, lett. u), d.lgs. 5 aprile 2016, n. 50, prevede che:

e1) *“le quote di partecipazione al raggruppamento o consorzio, indicate in sede di offerta, possono essere liberamente stabilite entro i limiti consentiti dai requisiti di qualificazione posseduti dall'associato o dal consorziato”* (art. 92, comma 2, secondo periodo, d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207). La disposizione prevede il principio di necessaria corrispondenza tra le quote di partecipazione al raggruppamento e i requisiti di qualificazione posseduti;

e2) *“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”* (art. 92, comma 2, quarto periodo, d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207);

f) in precedenza era richiesta una triplice corrispondenza tra quota di partecipazione, quota di esecuzione e requisito di qualificazione:

f1) l'art. 37, comma 13, d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163 prevedeva che *“i concorrenti riuniti in raggruppamento temporaneo devono eseguire le prestazioni nella percentuale corrispondente alla quota di partecipazione al raggruppamento”*;

f2) la triplice corrispondenza fu inizialmente limitata agli appalti di lavori per poi essere superata dall'art. 12, comma 8, d.l. 28 marzo 2014, n. 47, convertito in l. 23 maggio 2014, n. 80, che ha abrogato la disposizione contenuta nell'art. 37, comma 13, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163;

f3) l'art. 48, comma 4, del d.lgs. n. 50 del 2016 non prevede la triplice corrispondenza ma solo l'obbligo di specificare nell'offerta le categorie di lavori o le parti del servizio o della fornitura che saranno eseguite dai singoli operatori economici riuniti o consorziati;

g) nella giurisprudenza amministrativa è consolidato l'orientamento secondo il quale se le imprese componenti il raggruppamento dichiarano in sede di offerta

- una quota di partecipazione corrispondente alla quota di lavori da eseguire, è necessario che il requisito di qualificazione sia coerente con entrambi;
- h) vi è contrasto nella giurisprudenza amministrativa (specie in seno alla V sezione del Consiglio di Stato), sulla questione se sia consentito a un'impresa componente il raggruppamento, che possieda il requisito di qualificazione in misura insufficiente per la quota di lavori dichiarata in sede di presentazione dell'offerta, di ridurre la propria quota di esecuzione, in modo da renderla coerente con il requisito di qualificazione effettivamente posseduto, nel caso in cui il raggruppamento nel suo insieme sia in possesso di requisiti di qualificazione sufficienti a coprire l'intera quota di esecuzione dei lavori;
- i) secondo un primo orientamento, la mancanza del requisito di qualificazione in misura corrispondente alla quota di lavori cui si era impegnata una delle imprese è causa di esclusione dell'intero raggruppamento, anche se questo, nel suo insieme, sia in possesso del requisito di qualificazione sufficiente all'esecuzione dell'intera quota di lavori, in quanto:
- i1) i requisiti di qualificazione attengono alle caratteristiche soggettive del concorrente che aspira all'aggiudicazione e consentono alla stazione appaltante di valutare la capacità imprenditoriale del concorrente a realizzare quella parte di lavoro che gli sarà poi eventualmente aggiudicata;
 - i2) la quota di partecipazione attiene alla "presenza" all'interno del raggruppamento e incide sulla responsabilità del componente all'interno del raggruppamento;
 - i3) la quota di esecuzione è la parte di lavoro, servizio o fornitura che verrà realizzata in caso di affidamento;
 - i4) il requisito di qualificazione, riguardando le caratteristiche soggettive del concorrente, non può essere preso in considerazione per il raggruppamento nel suo complesso, ma deve necessariamente attenersi al singolo componente;
- j) in base ad un secondo orientamento l'esclusione dell'operatore economico non è consentita in presenza di tre concorrenti condizioni: lo scostamento tra il requisito di qualificazione dichiarato e la quota di lavori non sia eccessivo; il raggruppamento nel suo complesso sia in possesso dei requisiti sufficienti a coprire l'intero ammontare dell'appalto; il raggruppamento abbia la forma di raggruppamento orizzontale. A sostegno della tesi si osserva che:
- j1) il principio del *favor participationis* risulterebbe frustrato dall'esclusione di un raggruppamento che, nel suo complesso, possieda i requisiti di partecipazione;

- j2) nei raggruppamenti orizzontali la responsabilità delle imprese consociate è paritaria e solidale con la conseguenza che non v'è rischio per la stazione appaltante di ricevere una prestazione non adeguata all'impegno assunto dall'aggiudicatario;
- j3) non è posto in discussione il principio della *par condicio*, né la serietà e l'affidabilità dell'offerta;
- j4) la ripartizione delle quote nelle a.t.i. orizzontali può essere la più varia e, pertanto, fermo il possesso dei requisiti da parte dell'a.t.i. nel suo complesso, non ci sarebbe alcuna giustificazione per vietare la modifica delle quote di esecuzione;
- k) i due orientamenti accolgono una diversa concezione del requisito di qualificazione, in quanto:
 - k1) il primo orientamento lo ritiene "personale" e, quindi, riferito alla singola impresa facente parte del raggruppamento;
 - k2) il secondo orientamento lo ritiene riferibile al raggruppamento nel suo complesso;
- l) nel caso in cui si aderisca al secondo orientamento;
 - l1) poiché i precedenti giurisprudenziali ammettono lo scostamento tra quota di esecuzione assunta e requisito di qualificazione posseduto solo nel caso in cui lo scostamento sia minimo, occorre determinare la soglia superata la quale lo scostamento non possa essere qualificato come tale;
 - l2) è opportuno chiarire se la stazione appaltante che riconosca lo scostamento debba ricorrere al soccorso istruttorio, per concedere al raggruppamento di operare la modifica consentita – opzione alla quale ha aderito in un precedente giurisprudenziale il Consiglio di Stato in caso di difformità tra quota dichiarata e posseduta –, *"o possa farne a meno procedendo direttamente alla valutazione dell'offerta, per avere la stessa – si potrebbe dire "d'ufficio" – accertato che la riduzione della quota di esecuzione in capo a una delle imprese è compensata dal maggiore requisito di qualificazione posseduto da altro componente"*.

IV. – Per completezza si segnala:

- m) in generale, nel senso che il requisito di qualificazione debba essere coerente sia con la quota di partecipazione che con la quota dei lavori da eseguire cfr.: Cons. Stato, sez. V, 2 luglio 2018, n. 4036; Id., sez. V, 13 giugno 2018, n. 3623; Id., sez. V, 5 febbraio 2018, n. 730; Id., sez. V, 25 febbraio 2016 n. 786 (in *Appalti & Contratti*, 2016, fasc. 3, 97);

- n) nel senso che la mancanza dei requisiti di qualificazione in misura corrispondente alla quota di lavori cui si era impegnata una delle imprese è causa di esclusione dell'intero raggruppamento, anche se questo, nel suo insieme, sia in possesso del requisito di qualificazione sufficiente all'esecuzione dell'intera quota di lavori, si vedano, tra le altre:
- n1) Cons. Stato, sez. V, 2 luglio 2018, n. 4036;
 - n2) Id., sez. V, 22 agosto 2016, n. 3666 (in *Appalti & Contratti*, 2016, fasc. 9, 77), secondo cui *“la legge ha superato di recente il principio vigente nel campo delle gare per i lavori della corrispondenza tra quote di partecipazione al raggruppamento e quote di esecuzione dei lavori, corrispondenza che era vigente nel solo campo degli appalti per lavori; altrettanto non è per la corrispondenza tra la capacità imprenditoriale, individuata tramite i requisiti di qualificazione, e le quote di esecuzione dei servizi da affidare; infatti una dissociazione tra i due aspetti renderebbe inutile la fissazione da parte di leggi, regolamenti e dei bandi di gara degli stessi requisiti di qualificazione; il principio è stato sottolineato dalla pronuncia dell'adunanza plenaria di questo consiglio di stato, 28 aprile 2014 n. 27 che stabilisce in modo chiaro che, in caso di appalto di servizi sussiste l'obbligo per le imprese raggruppate di indicare le parti del servizio o della fornitura facenti capo a ciascuna di esse, senza pretendere anche l'obbligo della corrispondenza fra quote di partecipazione e quote di esecuzione: resta fermo, però, che ciascuna impresa va qualificata per la parte di prestazioni che s'impegna ad eseguire, nel rispetto delle speciali prescrizioni e modalità contenute nella normativa di gara”*;
 - n3) Id., sez. V, 22 febbraio 2016, n. 786, cit., secondo cui *“se si ammettesse la possibilità che non tutti i soggetti costituenti un raggruppamento orizzontale potessero eseguire - sia pure pro quota - la prestazione oggetto dell'appalto senza assicurare il rispettivo possesso dei requisiti tecnici richiesti dalla lex specialis, si avrebbe la conseguenza che una parte delle prestazioni non sarebbe eseguita nel rispetto di uno dei requisiti richiesti dalla lex specialis; da ciò deriva che non vi è disparità di trattamento, ma una diversa disciplina del possesso dei requisiti che direttamente discende dalla scelta dei concorrenti di partecipare in forma singola o associata in modo orizzontale o verticale alla procedura di gara”*;
- o) nel senso che non è consentita l'esclusione dell'operatore economico dalla procedura nel caso in cui lo scostamento tra requisito di qualificazione dichiarato e la quota di lavori non sia eccessivo, il raggruppamento nel suo insieme sia in possesso dei requisiti per coprire l'intero ammontare dell'appalto e abbia la forma di raggruppamento orizzontale, si vedano, tra le altre:

- o1) Cons. Stato, sez. V, 8 novembre 2017, n. 5160 (in *Appalti & Contratti*, 2017, fasc. 11, 98), secondo cui *“la lettura congiunta delle previsioni normative consente di ritenere, anche al fine di privilegiare il dato sostanziale rappresentato dall’effettivo possesso dei requisiti di qualificazione da parte del raggruppamento e in un’ottica comunque di favor participationis, che già in sede di offerta (e non solo in sede esecutiva) sia possibile modificare le quote di esecuzione al fine di renderle coerenti con i requisiti di qualificazione posseduti; la modifica, del resto, è sì subordinata all’autorizzazione della stazione appaltante, ma tale autorizzazione è esclusivamente diretta a verificare <la compatibilità con i requisiti di qualificazione posseduta>, risultando, quindi, vincolata (e doverosa) in presenza di tale presupposto”*;
- o2) Cons. Stato, sez. V, 6 marzo 2017, n. 1041;
- p) con riferimento alla possibilità di ricorrere al soccorso istruttorio per consentire la modifica della quota di esecuzione dichiarata ed evitare l’esclusione, si vedano:
- p1) in senso contrario Cons. Stato, sez. V, 2 luglio 2018, n. 4036, cit., secondo cui l’applicazione *“dell’istituto deve escludersi allorquando non si tratta di integrare tardivamente una documentazione che doveva essere acquisita con la domanda di partecipazione, o di accertare la sussistenza di un requisito di partecipazione effettivamente posseduto dalla concorrente al momento della scadenza del termine di presentazione delle offerte, bensì di integrare un requisito di qualificazione mancante”* (punto 8.3.4. della motivazione);
- p2) in senso favorevole Cons. St., sez. V, 19 febbraio 2018, n. 1026, secondo cui *“l’errata specificazione delle quote di partecipazione non determina di per sé l’esclusione dalla procedura selettiva, potendo al più indurre l’amministrazione ad esercitare il potere di soccorso istruttorio per l’acquisizione degli eventuali chiarimenti, con l’ulteriore precisazione per cui laddove la legge di gara preveda misure espulsive per le predette ipotesi di irregolarità, queste, essendo in contrasto con il principio di tassatività delle cause di esclusione sancito dall’art. 46 comma 1 bis c.c.p. sono da considerare nulle e improduttive di effetti”* (punto 12 della motivazione);
- q) sul concetto di *“raggruppamento sovrabbondante”*, quale strumento astrattamente idoneo ad eludere la disciplina della concorrenza, con riferimento ai raggruppamenti nei quali ogni impresa componente possiede autonomamente il requisito di partecipazione alla gara ma, nonostante questo, decida di dar vita ad una forma associativa per l’esecuzione dell’appalto si vedano:

- q1) Cons. Stato, sez. V, 8 febbraio 2017, n. 560 (in *Appalti & Contratti*, 2017, fasc. 3, 94), secondo cui *“un siffatto raggruppamento non è vietato in via generale dall’ordinamento, anche in considerazione del favor del diritto europeo alla partecipazione alle gare ad evidenza pubblica anche dei soggetti riuniti, quale che sia la forma giuridica di tale aggregazione”*;
- q2) Cons. Stato, sez. VI, 29 dicembre 2010, n. 9577 (in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2010, 2866, in *Urbanistica e appalti*, 2011, 564, con nota di BALOCCO, in *Arch. giur. oo. pp.*, 2010, 1205, e in *Giurisdiz. amm.*, 2010, I, 1494), secondo cui, tra l’altro, *“è ammissibile la riunione in Ati di imprese che anche da sole sono in possesso dei requisiti, non vigendo alcun espresso divieto legale in tal senso”*;
- q3) in dottrina R. DE NICTOLIS, *I nuovi appalti pubblici*, Bologna, 2017, 754 ss.;
- r) per quanto concerne il rapporto tra quota di partecipazione, quota di esecuzione e qualificazione:
 - r1) l’art. 37, comma 13, d.lgs. n. 163 del 2006, sui raggruppamenti temporanei di impresa, stabiliva l’obbligo di corrispondenza tra quota di partecipazione e quota di esecuzione;
 - r2) l’art. 1 d.l. 6 luglio 2012 n. 95, convertito, con modificazioni, dalla l. 7 agosto 2012 n. 135, ha modificato la disposizione circoscrivendo l’ambito applicativo dell’obbligo agli appalti di lavori;
 - r3) per gli appalti di servizi o di forniture rimaneva fermo il dovere, sancito dall’art. 37, comma 4, d.lgs. n. 163 del 2006, di indicare nell’offerta quali siano le parti del servizio o della fornitura che saranno eseguite dal singolo operatore. Nel senso che l’art. 37, comma 4, trovi applicazione sia per i raggruppamenti di tipo verticale (quelli per i quali la mandataria realizza i lavori relativi alla categoria prevalente o la prestazione principale, mentre le mandanti realizzano i lavori relativi alle categorie scorporate o le prestazioni secondarie), che per quelli di tipo orizzontale (quelli in cui i soggetti che lo compongono eseguono lavori della medesima categoria o prestazioni della medesima tipologia), cfr. Cons. Stato, Ad. plen., 5 luglio 2012, n. 26 (in *Corriere merito*, 2012, 969, con nota di CICHESE, in *Riv. Amm.*, 2012, 795, e in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2013, 77, con nota di RICCI);
 - r4) l’art. 12, comma 8, d.l. 28 marzo 2014, n. 47, convertito in l. 23 maggio 2014, n. 80, ha poi abrogato la disposizione contenuta nell’art. 37, comma 13, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, anche con riferimento ai lavori, *“con conseguente overriding della giurisprudenza formatasi su tale principio di*

corrispondenza" (così R. DE NICTOLIS, *I nuovi appalti pubblici*, cit., 744, la quale evidenzia ancora che sulla questione della triplice corrispondenza di quote di qualificazione, di partecipazione all'ATI e di esecuzione l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 27 del 2014, sulla quale si veda *infra*, si è espressa in senso negativo, con principi di perdurante attualità nel vigore del nuovo codice);

- r5) l'art. 48, comma 4, del d.lgs. n. 50 del 2016 prevede, oggi, solo l'obbligo di specificare nell'offerta le categorie di lavori o le parti del servizio o della fornitura che saranno eseguite dai singoli operatori economici riuniti o consorziati;
- r6) nella versione originaria del codice, solo nel caso di forniture o servizi nell'offerta dovevano essere specificate le parti del servizio o della fornitura che saranno eseguite dai singoli operatori economici; l'estensione ai lavori è stata oggetto del decreto correttivo n. 56 del 2017;
- s) sullo stato dell'arte sotto l'egida del d.lgs. n. 163 del 2006, si veda:
 - s1) in tema di corrispondenza, ai fini della qualificazione per la stipula di contratti di appalto di servizi, fra quote di partecipazione e quote di esecuzione nell'ambito di un RTI, Cons. Stato, Ad. plen., 28 agosto 2014, n. 27 (in *Contratti Stato e enti pubbl.*, 2014, fasc. 4, 139, con nota di BOSCOLO, in *Giurisdiz amm.*, 2013, 1249, in *Appalti e contratti*, 2014, 11, 69, e in *Riv. Giur. Edilizia*, 2014, I, 1054), secondo cui *"ai sensi dell'art. 37, commi 4 e 13, c. contr. pubbl., nel testo antecedente alle modifiche apportate dall'art. 1, comma 2 bis, lett. a), d.l. 6 luglio 2012, n. 95, conv. nella l. 7 agosto 2012, n. 135, negli appalti di servizi da affidarsi a raggruppamenti temporanei di imprese non vige "ex lege" il principio di necessaria corrispondenza tra la qualificazione di ciascuna impresa e la quota della prestazione di rispettiva pertinenza, essendo la relativa disciplina rimessa alle disposizioni della "lex specialis" della gara"*;
 - s2) Cons. Stato, Ad. plen., 30 gennaio 2014, n. 7 (in *Foro it.*, 2014, III, 429, con nota di SIGISMONDI, in *Giurisdiz. amm.*, 2013, ant., 527, in *Urbanistica e appalti*, 2014, 665, con nota di BALOCCO, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 544, con nota di BERTONAZZI, e in *Riv. giur. edilizia*, 2014, I, 325), secondo cui, tra l'altro: *"l'art. 37, 13° comma, d.leg. 12 aprile 2006 n. 163, che, per il caso di raggruppamento d'impresa, impone di indicare, già nell'offerta, la corrispondenza fra quota di partecipazione al raggruppamento e quota di esecuzione delle prestazioni, non si applica alle procedure selettive per concessione di pubblico servizio"*; dall'art. 37 del d.lgs. n. 163 del 2006 non si può desumere la necessità di assicurare la corrispondenza della quota

- di partecipazione, oltre che con la quota di esecuzione della prestazione, anche con i requisiti di qualificazione; l'indicazione della corrispondenza fra quota di partecipazione al raggruppamento e quota di esecuzione delle prestazioni non esprime un principio generale desumibile dal Trattato sul funzionamento dell'Unione europea;
- s3) la tesi secondo cui la corrispondenza avrebbe dovuto valere anche rispetto ai requisiti di qualificazione era stata sostenuta da T.a.r. Puglia, sez. I, 28 agosto 2012, n. 1612 (in *Foro it.*, Rep. 2012, voce *Contratti pubblici*, n. 1259);
- s4) Cons. Stato, sez. V, 12 febbraio 2010, n. 744 (in *Foro it.*, 2010, III, 497), secondo cui *“è illegittima l'ammissione alla gara per l'appalto pubblico di servizi, qualora l'offerta proveniente da un'associazione temporanea di imprese non specifichi le parti del servizio che saranno eseguite dalle singole imprese e le quote di partecipazione”*;
- s5) in argomento, cfr. PERFETTI, *Sulla necessità di distinguere tra principes sans texte e sans fondement - Considerazioni in merito a requisiti di qualificazione, quote di partecipazione in associazioni o raggruppamenti di esecuzione di lavori pubblici*, in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2011, 2142 ss.;
- t) sui mutamenti soggettivi dell'a.t.i. in base all'art. 51 del d.lgs. n. 163 del 2006, si veda Cons. Stato, sez. VI, 8 febbraio 2017, n. 549 (in *Appalti & Contratti*, 2017, fasc. 12, 95), secondo cui: la corretta esegesi dell'art. 51 del d.lgs. n. 163 del 2006, sotto i profili testuale e teleologico, implica l'obbligo della stazione appaltante di verificare il possesso, da parte dell'impresa cessionaria, dei requisiti di partecipazione alla gara, con specifico riguardo al momento in cui si è prodotta la modificazione soggettiva e senza che rilevi, a tali fini, il tempo in cui sia stata comunicata effettivamente; la sostituzione è governata dall'art. 51, che non tollera eterointegrazioni, giacché quel che importa è e resta soltanto che l'impresa sostituita possieda i medesimi requisiti generali e morali di quella uscente, in caso contrario rispendendosi la regola di non modificabilità dei raggruppamenti dopo la presentazione dell'offerta;
- u) con riferimento all'utilizzo dell'avvalimento all'interno di un raggruppamento temporaneo di imprese, si veda Cons. Stato, sez. III, 21 settembre 2017, n. 4403 (in *Foro amm.*, 2017, 1812, nonché oggetto della News Us in data 3 ottobre 2017, alla quale si rinvia per approfondimenti), secondo cui:
- u1) *“va rimessa all'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato la questione se, in caso di esecutori plurisoggettivi costituiti in un RTI, possa ritenersi necessario e sufficiente che siano garantite la loro affidabilità e responsabilità attraverso la qualificazione del RTI sulla base del complessivo fatturato conseguito dalle*

singole imprese, mentre resterebbe viceversa liberamente modulabile la ripartizione dell'esecuzione degli obblighi fra le imprese partecipanti, essendo le stesse legate da un accordo che impone ad ogni soggetto partecipante di assolvere agli adempimenti assunti dal RTI, e dovendosi quindi ritenere ogni membro del raggruppamento in grado di garantire, nei limiti della propria qualificazione, l'avvalimento nei confronti degli altri partecipanti al RTI al fine di rispettare gli adempimenti assunti mediante la ripartizione interna delle quote di esecuzione del medesimo servizio”;

- u2) secondo un primo indirizzo, si ritiene che in caso di RTI orizzontale, se non espressamente richiesto dal bando, è sufficiente che il RTI nel suo complesso abbia il requisito richiesto, per cui la singola azienda partecipante non deve obbligatoriamente possedere quel requisito (e quindi quelle competenze) per poter erogare il servizio ma può avvalersi delle altre partecipanti al RTI;
- u3) secondo un diverso approccio occorre evitare di ammettere che all'interno di un'ATI le imprese possano distribuirsi le attività in modo del tutto avulso dalle proprie capacità tecniche vanificando l'attività di verifica dei requisiti, essendo invece immanente all'intero sistema degli appalti pubblici il principio di necessaria qualificazione, per il quale ciascuna impresa esecutrice a qualsiasi titolo deve essere qualificata per le prestazioni che la stessa deve eseguire;
- v) sulla questione rimessa da Cons. Stato, sez. III, 21 settembre 2017, n. 4403, cit., si veda, poi, Cons. Stato, Ad. plen., 18 maggio 2018, n. 8 (oggetto della News US in data 30 maggio 2018, alla quale si rinvia per approfondimenti), che ha restituito gli atti alla sezione remittente in quanto la *“questione è così contraddittoria da impedire all'Adunanza plenaria di stabilire se la stessa sia già stata decisa (nella specie, se, in caso di esecutori plurisoggettivi costituiti in un RTI, possa ritenersi necessario e sufficiente che siano garantite la loro affidabilità e responsabilità attraverso la qualificazione del RTI sulla base del complessivo fatturato conseguito dalle singole imprese, mentre resterebbe viceversa liberamente modulabile la ripartizione dell'esecuzione degli obblighi fra le imprese partecipanti, essendo le stesse legate da un accordo che impone ad ogni soggetto partecipante di assolvere agli adempimenti assunti dal RTI, e dovendosi quindi ritenere ogni membro del raggruppamento in grado di garantire, nei limiti della propria qualificazione, l'avvalimento nei confronti degli altri partecipanti al RTI al fine di rispettare gli adempimenti assunti mediante la ripartizione interna delle quote di esecuzione del medesimo servizio)”;*
- w) sul principio di necessaria identità giuridica ed economica tra i soggetti prequalificati e quelli offerenti ove l'amministrazione abbia optato per la

procedura c.d. ristretta, in rapporto al diritto europeo, si veda Cons. Stato, sez. V, 30 novembre 2017, n. 5621 (in *Appalti e contratti*, 2017, 12, 95, nonché oggetto della News US, in data 6 dicembre 2017, alla quale si rinvia per approfondimenti), secondo cui:

- w1) *“va rimessa alla Corte di giustizia la questione se l’articolo 28, paragrafo 2, primo periodo della Direttiva 2014/24/UE, debba essere interpretato nel senso di imporre una piena identità giuridica ed economica fra gli operatori prequalificati e quelli che presenteranno offerte nell’ambito della procedura ristretta e se, in particolare, tale disposizione debba essere interpretata nel senso di ostare a un accordo concluso fra le holding che controllano due operatori prequalificati in un momento compreso fra la prequalifica e la presentazione delle offerte, laddove: a) tale accordo abbia per oggetto e per effetto (inter alia) la realizzazione di una fusione per incorporazione di una delle imprese prequalificate in un’altra di esse (operazione, peraltro, autorizzata dalla Commissione europea); b) gli effetti dell’operazione di fusione si siano perfezionati dopo la presentazione dell’offerta da parte dell’impresa incorporante (ragione per cui al momento della presentazione dell’offerta, la sua composizione non risultava mutata rispetto a quella esistente al momento della prequalifica); c) l’impresa in seguito incorporata (la cui composizione non risultava modificata alla data ultima per la presentazione delle offerte) abbia comunque ritenuto di non partecipare alla procedura ristretta, verosimilmente in attuazione del programma contrattuale stabilito con l’accordo stipulato fra le holding”;*
- w2) in linea di tendenza la giurisprudenza ha ritenuto che imprese singole, ciascuna prequalificatasi, possono associarsi in a.t.i. nella successiva fase di presentazione dell’offerta, in base alla considerazione per cui il legislatore ha inteso favorire il fenomeno del raggruppamento di imprese e individuare la presentazione dell’offerta come momento della procedura, da cui scatta il divieto di modificabilità soggettiva della composizione dei partecipanti, in quanto le norme vigenti fanno riferimento all’offerta, che è cosa diversa dalla richiesta di invito; pertanto, in presenza di disposizioni espresse che non consentono la modifica della composizione dei partecipanti dopo l’offerta e in assenza di analogo divieto per la fase della prequalificazione, deve escludersi che si possa pervenire in via pretoria ad un divieto, non sancito dal legislatore;
- w3) altra giurisprudenza ha tuttavia ritenuto che una impresa prequalificatasi singolarmente non potrebbe presentare offerte quale

capogruppo di a.t.i. con impresa non previamente qualificatasi, perché ciò impedisce alla stazione appaltante la corretta verifica del possesso dei requisiti in capo ai concorrenti;

x) sui mutamenti soggettivi delle imprese in corso di gara Corte giust. UE, grande sezione, 24 maggio 2016, C-396/14, MT Højgaard A/S (oggetto della News US in data 31 maggio 2016), secondo cui:

x1) *“il principio di parità di trattamento degli operatori economici, di cui all’articolo 10 della direttiva 2004/17/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali, in combinato disposto con l’articolo 51 della medesima, deve essere interpretato nel senso che un ente aggiudicatore non viola tale principio se autorizza uno dei due operatori economici che facevano parte di un raggruppamento di imprese invitato, in quanto tale, da siffatto ente a presentare un’offerta, a subentrare a tale raggruppamento in seguito allo scioglimento del medesimo e a partecipare, in nome proprio, a una procedura negoziata di aggiudicazione di un appalto pubblico, purché sia dimostrato, da un lato, che tale operatore economico soddisfa da solo i requisiti definiti dall’ente di cui trattasi e, dall’altro, che la continuazione della sua partecipazione a tale procedura non comporta un deterioramento della situazione degli altri offerenti sotto il profilo della concorrenza”;*

x2) la Corte, pertanto, perviene alla positiva conclusione della compatibilità del subentro con il diritto europeo in presenza, tuttavia, di due condizioni, rappresentate dal fatto che: l’impresa rimanente sia in possesso dei necessari requisiti per l’ammissione alla procedura di gara; la continuazione della partecipazione dell’impresa alla procedura non comporti un deterioramento della situazione degli altri offerenti sotto il profilo della concorrenza;

y) in dottrina, sulla corrispondenza fra quote di partecipazione di qualificazione ed esecuzione, sulle modifiche soggettive dell’a.t.i. dopo l’aggiudicazione, nonché sulle a.t.i. c.d. sovrabbondanti. v. R. DE NICTOLIS, *I nuovi appalti pubblici*, cit., 743 – 754.