

Pubblicato il 05/05/2023

N. 00326/2023 REG.PROV.COLL.
N. 00088/2023 REG.RIC.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 88 del 2023, integrato da motivi aggiuntivi, proposto da

Luppu S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Sarah Schiaparelli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Sarah Schiaparelli in Cagliari, via Agrigento 2;

contro

Città Metropolitana di Cagliari, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Giovanni Domenico Melis, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Dirigente del Settore 2 – Ambiente della Città Metropolitana di Cagliari, non costituito in giudizio;

nei confronti

Servizi & Appalti di Fanara Calogero, Meloni S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentati e difesi dagli avvocati Daniela Piras, Sergio Segneri, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

Per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

- a- della determinazione n. 3865 30/12/2022 del Dirigente del Settore 2 Ambiente della Città Metropolitana di Cagliari, di aggiudicazione definitiva della procedura negoziata Accordo Quadro per i “Lavori relativi all'intervento di riduzione del rischio idraulico sul Rio Is Cungiaus” – CIG 9486644C67 – CUP J84H17001470001, in favore del controinteressato costituendo R.T.I. tra la capogruppo Servizi & Appalti di Fanara Calogero e la mandante Meloni s.r.l.;
- b- della nota prot. 252 del 04/01/2023 di comunicazione della determinazione sub a);
- c- del verbale di gara del 23/12/2022, prot. 38589, di apertura dell'offerta economica, nella parte in cui individua quale migliore offerta quella del controinteressato costituendo R.T.I. Servizi & Appalti di Fanara Calogero/Meloni s.r.l.;
- d- della determinazione n. 3704 del 22/12/2022 del Dirigente del Settore 2 Ambiente della Città Metropolitana di Cagliari, di ammissione degli operatori economici partecipanti, nella parte in cui ammette alla gara il controinteressato costituendo R.T.I. Servizi & Appalti di Fanara Calogero/Meloni s.r.l.;
- e- della nota prot. 38485 del 22/12/2022 di comunicazione della determinazione sub d);
- f- del verbale di gara unico del 15/12/2022, prot. 38078, di verifica della documentazione amministrativa, nella parte in cui ammette il controinteressato costituendo R.T.I. Servizi & Appalti di Fanara Calogero/Meloni s.r.l.;
- g- dei verbali di gara, prot. 36661, n. 1 del 28/11/2022 di verifica delle richieste di invito degli operatori economici; n. 2 del 29/11/2022 di prosecuzione dell'esame delle richieste di invito e n. 3 del 30/11/2022 di

sorteggio degli operatori economici, nella parte in cui si ammette e sorteggia la controinteressata Servizi & Appalti di Fanara Calogero;

di ogni atto ad essi presupposto, connesso, collegato e conseguente, ivi compresi per quanto occorre possa:

h- la determinazione (non conosciuta) di dichiarazione di efficacia della determinazione di aggiudicazione definitiva sub a);

i- la determinazione n. 3354 del 30/11/2022 del Dirigente del Settore 2 Ambiente della Città Metropolitana di Cagliari, di indizione della procedura aperta ex art. 1, comma 2, lett. b, della L. 120/2020, con il criterio del minor prezzo, per l'affidamento dei “Lavori relativi all'intervento di riduzione del rischio idraulico sul Rio Is Cungiaus” tramite accordo quadro con un unico operatore economico;

j- la lettera di invito allegata alla determinazione sub i),

k- la determinazione n. 3113 del 14/11/2022 del Dirigente del Settore 2 Ambiente della Città Metropolitana di Cagliari, di avvio del procedimento di individuazione di n. 10 operatori economici da invitare alla successiva procedura negoziata per l'affidamento dei “Lavori relativi all'intervento di riduzione del rischio idraulico sul Rio Is Cungiaus”;

l- l'avviso pubblico per l'acquisizione di manifestazioni di interesse a partecipare alla successiva procedura negoziata senza pubblicazione di bando, ex art. 1, comma 2, lett. b) D.L. 76/200, conv. L. 120/2020, finalizzata alla conclusione di un accordo quadro con un unico operatore economico, ai sensi dell'art. 54 del D.Lgs. 50/2016, per l'affidamento dei lavori relativi all'intervento “manutenzione, risanamento e regimazione del Rio Is Cungiaus”

– CIG 9486644C67 – CUP J84H17001470001;

per la dichiarazione

dell'inefficacia del contratto di appalto eventualmente stipulato tra la Città Metropolitana di Cagliari e il controinteressato costituendo R.T.I. Servizi & Appalti di Fanara Calogero/Meloni s.r.l., contratto di cui la ricorrente Luppu s.r.l. dichiara sin d'ora il proprio interesse alla esecuzione ed al subentro

per il riconoscimento del diritto della ricorrente Luppu s.r.l. alla aggiudicazione della gara per cui è causa, in qualità di prima classificata e migliore offerta della procedura di gara, per la condanna della Città Metropolitana di Cagliari al risarcimento dei danni in favore della ricorrente Luppu s.r.l., in forma specifica mediante l'aggiudicazione dei lavori della procedura di gara per cui è causa, ovvero per equivalente mediante il pagamento del 10% dell'importo a base d'asta dei lavori d'appalto o della diversa somma, maggiore o minore, che dovesse essere accertata, anche in via equitativa, nel corso del giudizio.

Per quanto riguarda il ricorso incidentale presentato da Servizi & Appalti di Fanara Calogero il 13/3/2023:

- del verbale di gara “unico” del 15 dicembre 2022, prot. 38078, recante la verifica della documentazione amministrativa, nella parte concernente le operazioni svolte il giorno 16 dicembre 2022 e la conseguente ammissione della Luppu S.r.l. alla procedura negoziata per cui è causa;
- della determinazione n. 3704 del 22 dicembre 2022 del Dirigente del Settore 2 Ambiente della Città Metropolitana di Cagliari, che individua gli operatori economici ammessi alla procedura, includendo tra essi la Luppu S.r.l.;
- del verbale di gara del 23 dicembre 2022, prot. 38589, nella parte concernente l'apertura dell'offerta economica della Luppu S.r.l.;
- di ogni atto ad essi presupposto, connesso, collegato e conseguente, ed in ispecie della graduatoria nella parte in cui colloca al secondo posto la Luppu S.r.l.

Per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati da Luppu S.r.l. il 30/3/2023:

- a- della determinazione n. 3865 30/12/2022 del Dirigente del Settore 2 Ambiente della Città Metropolitana di Cagliari, di aggiudicazione definitiva della procedura negoziata Accordo Quadro per i “Lavori relativi all'intervento di riduzione del rischio idraulico sul Rio Is Cungiaus” – CIG 9486644C67 – CUP J84H17001470001, in favore del controinteressato costituendo R.T.I. tra

la capogruppo Servizi & Appalti di Fanara Calogero e la mandante Meloni s.r.l.;

b- della nota prot. 252 del 04/01/2023 di comunicazione della determinazione sub a);

c- del verbale di gara del 23/12/2022, prot. 38589, di apertura dell'offerta economica, nella parte in cui individua quale migliore offerta quella del controinteressato costituendo R.T.I. Servizi & Appalti di Fanara Calogero/Meloni s.r.l.;

d- della determinazione n. 3704 del 22/12/2022 del Dirigente del Settore 2 Ambiente della Città Metropolitana di Cagliari, di ammissione degli operatori economici partecipanti, nella parte in cui ammette alla gara il controinteressato costituendo R.T.I. Servizi & Appalti di Fanara Calogero/Meloni s.r.l.;

e- della nota prot. 38485 del 22/12/2022 di comunicazione della determinazione sub d);

f- del verbale di gara unico del 15/12/2022, prot. 38078, di verifica della documentazione amministrativa, nella parte in cui ammette il controinteressato costituendo R.T.I. Servizi & Appalti di Fanara Calogero/Meloni s.r.l.;

g- dei verbali di gara, prot. 36661, n. 1 del 28/11/2022 di verifica delle richieste di invito degli operatori economici; n. 2 del 29/11/2022 di prosecuzione dell'esame delle richieste di invito e n. 3 del 30/11/2022 di sorteggio degli operatori economici, nella parte in cui si ammette e sorteggia la controinteressata Servizi & Appalti di Fanara Calogero;

di ogni atto ad essi presupposto, connesso, collegato e conseguente, ivi compresi per quanto occorre possa:

h- la determinazione (non conosciuta) di dichiarazione di efficacia della determinazione di aggiudicazione definitiva sub a);

i- la determinazione n. 3354 del 30/11/2022 del Dirigente del Settore 2 Ambiente della Città Metropolitana di Cagliari, di indizione della procedura

aperta ex art. 1, comma 2, lett. b, della L. 120/2020, con il criterio del minor prezzo, per l'affidamento dei "Lavori relativi all'intervento di riduzione del rischio idraulico sul Rio Is Cungiaus" tramite accordo quadro con un unico operatore economico;

j- la lettera di invito allegata alla determinazione sub i),

k- la determinazione n. 3113 del 14/11/2022 del Dirigente del Settore 2 Ambiente della Città Metropolitana di Cagliari, di avvio del procedimento di individuazione di n. 10 operatori economici da invitare alla successiva procedura negoziata per l'affidamento dei "Lavori relativi all'intervento di riduzione del rischio idraulico sul Rio Is Cungiaus";

l- l'avviso pubblico per l'acquisizione di manifestazioni di interesse a partecipare alla successiva procedura negoziata senza pubblicazione di bando, ex art. 1, comma 2, lett. b) D.L. 76/200, conv. L. 120/2020, finalizzata alla conclusione di un accordo quadro con un unico operatore economico, ai sensi dell'art. 54 del D.Lgs. 50/2016, per l'affidamento dei lavori relativi all'intervento "manutenzione, risanamento e regimazione del Rio Is Cungiaus"

- CIG 9486644C67 - CUP J84H17001470001, nonché:

m- il provvedimento prot. n. 675 del 28.02.2023 del Dirigente del Settore 2 Ambiente della Città Metropolitana di Cagliari, di conferma dell'aggiudicazione definitiva sub a).

per la dichiarazione

dell'inefficacia del contratto di appalto eventualmente stipulato tra la Città Metropolitana di Cagliari e il controinteressato costituendo R.T.I. Servizi & Appalti di Fanara Calogero/Meloni s.r.l., contratto di cui la ricorrente Luppu s.r.l. dichiara sin d'ora il proprio interesse alla esecuzione ed al subentro per il riconoscimento del diritto

della ricorrente Luppu s.r.l. alla aggiudicazione della gara per cui è causa, in qualità di prima classificata e migliore offerta della procedura di gara,
per la condanna

della Città Metropolitana di Cagliari al risarcimento dei danni in favore della ricorrente Luppu s.r.l., in forma specifica mediante l'aggiudicazione dei lavori della procedura di gara per cui è causa, ovvero per equivalente mediante il pagamento del 10% dell'importo a base d'asta dei lavori d'appalto o della diversa somma, maggiore o minore, che dovesse essere accertata, anche in via equitativa, nel corso del giudizio.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Città Metropolitana di Cagliari e di Servizi & Appalti di Fanara Calogero e di Meloni S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 27 aprile 2023 il dott. Gabriele Serra e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La ricorrente ha esposto che la Città Metropolitana di Cagliari, con determinazione n. 3114 del 14/11/2022, ha avviato il procedimento di individuazione di n. 10 operatori economici da invitare alla successiva procedura negoziata per l'affidamento dei “*lavori di intervento di manutenzione e risanamento del Rio Is Cungiaus*”, per l'importo massimo di € 3.060.000,00, inclusi oneri della sicurezza non soggetti a ribasso, oltre IVA per € 673.200,00, per un totale di € 3.733.200,00.

A seguito della presentazione delle richieste di invito, la stazione appaltante ha sorteggiato i 10 operatori economici da invitare alla procedura negoziata, tra cui la Luppu s.r.l. e la Servizi & Appalti di Fanara Calogero, odierna controinteressata, da aggiudicarsi con il criterio del prezzo più basso, con esclusione automatica delle offerte anomale, ai sensi dell'art. 1, comma 3, del D.L. 76/2020, conv. L. 120/2020, nel rispetto del criterio della rotazione degli inviti.

Dei 10 operatori invitati hanno presentato offerta solamente in cinque, tutti ammessi dalla stazione appaltante; mentre la Luppu s.r.l. ha continuato a partecipare quale operatore singolo, la Servizi & Appalti di Fanara Calogero ha partecipato in costituendo R.T.I. con la mandante Meloni s.r.l.

All'esito delle operazioni del seggio di gara, è risultato collocato al primo posto il costituendo R.T.I. Servizi & Appalti di Fanara Calogero / Meloni s.r.l., con il maggior ribasso del 34,765%, seguito dalla Luppu s.r.l. col secondo ribasso del 31,741%, risultando perciò aggiudicatario l'RTI controinteressato.

2. Ciò posto in fatto, la ricorrente ha dedotto i seguenti motivi di diritto:

- I *Violazione – erronea applicazione di legge* (artt. 83, 84, 89 d.l.vo. 50/2006, art. 63 d.p.r. 207/2010, art. 1346 e 1418 c.c.), *violazione della lex specialis, eccesso di potere: per l'illegittima ammissione alla gara del costituendo r.t.i. controinteressato, attesa la nullità del contratto di avvalimento sia della capogruppo Servizi & Appalti di Fanara Calogero, sia della mandante Meloni s.r.l.*

Il RTI aggiudicatario risulta composto per il 51% (corrispondente all'importo di € 1.560.600,00) dalla capogruppo Servizi & Appalti, per il 49% (corrispondente all'importo di € 1.499,400,00) dalla Mandante Meloni s.r.l.

Entrambe le imprese del raggruppamento, siccome prive dell'attestazione SOA nella categoria OG8, hanno inteso soddisfare tale requisito mediante contratto di avvalimento stipulato, rispettivamente, dalla capogruppo Servizi & Appalti con l'ausiliaria Vertullo Costruzioni s.r.l., avente ad oggetto l'attestazione SOA nella categoria OG8, classifica III-bis, e dalla mandante Meloni s.r.l. con l'ausiliaria Mascia Danilo Giuseppe s.r.l. unipersonale, avente ad oggetto l'attestazione SOA nella categoria OG8, classifica IV.

Ciò posto, devono considerarsi nulli entrambi i contratti di avvalimento, in quanto generici e insufficienti, alla luce dei principi giurisprudenziali operanti in tema di avvalimento di attestazione SOA: quanto alla capogruppo, la ausiliaria Vertullo Costruzioni s.r.l., in pratica, si è limita a mettere a disposizione della ausiliata Servizi & Appalti solamente n. 3 risorse umane (n. 1 geometra di cantiere, n. 1 operaio specializzato e n. 1 operaio qualificato),

del tutto insufficienti ed inidonee a giustificare l'effettivo avvalimento del requisito dell'attestazione SOA OG8, classifica III-bis (sino a € 1.500.000,00), che presuppone anche la correlata certificazione di qualità ISO 9000; quanto alla mandante, il contratto è del tutto generico e indeterminato, mancando peraltro agli atti di gara l'allegato A, da cui dovrebbero emergere i mezzi e risorse messi concretamente a disposizione.

Peraltro e soprattutto, entrambi i contratti sono sottoposti alla condizione del previo pagamento del costo delle risorse materiali e tecniche in favore dell'ausiliaria se dovessero essere richieste dall'ausiliata per l'esecuzione dell'appalto.

- II *Violazione – erronea applicazione di legge (artt. 48, 83, 84, 89 d.l.vo. 50/2006, art. 63 d.p.r. 207/2010, art. 1346 e 1418 c.c.), violazione della lex specialis, eccesso di potere: per l'illegittima ammissione alla gara del costituendo r.t.i. controinteressato, atteso che la Servizi & Appalti ha dichiarato in sede di prequalifica di partecipare come impresa singola e all'interno del raggruppamento non possiede i requisiti in misura maggioritaria; la mandante Meloni s.r.l. si è avvalsa dell'avvalimento di altra partecipante alla procedura.*

In primo luogo, la Servizi & Appalti, infatti, nel richiedere di essere inviata, ha prescelto la sola modalità di partecipazione come impresa singola, non già in R.T.I., con ciò dichiarando di non volersi avvalere di tale possibilità, dichiarando altresì l'intenzione, in tale veste, di avvalersi dell'avvalimento ex art. 89 D.Lgs. 50/2016, poiché non in possesso del requisito speciale della attestazione SOA OG8, classifica IV, con conseguente illegittimità della costituzione dell'RTI e sua doverosa esclusione.

In ogni caso, posto che l'art. 83, comma 8, del D.Lgs. n. 50/2016 stabilisce che la mandataria deve possedere i requisiti in misura maggioritaria, l'RTI deve essere escluso poiché, mentre la mandante Meloni s.r.l. ha fatto ricorso all'avvalimento della attestazione SOA OG8 – IV, la mandataria Servizi & Appalti lo ha fatto solamente per la minore classifica della III-bis.

Infine, il R.T.I. controinteressato doveva essere escluso per violazione dell'art. 89, comma 7, del D.Lgs. n. 50/2016, che fa divieto, a pena di esclusione, di

partecipare alla medesima procedura di gara sia l'ausiliaria che l'impresa che si avvale dei suoi requisiti, poiché l'ausiliaria della mandante aveva richiesto di essere invitata in proprio alla procedura negoziata, non rilevando che poi la stessa non fosse stata inclusa nelle 10 imprese sorteggiate per partecipare alla fase successiva.

3. Resiste la Città Metropolitana di Cagliari, che, dapprima ha avviato il procedimento di annullamento in autotutela dell'aggiudicazione, in relazione alla possibile nullità dei contratti di avvalimento per la presenza della condizione cui sarebbe subordinata l'obbligazione dell'ausiliaria, ma lo ha poi concluso ritenendo di confermare la legittimità dell'aggiudicazione; pertanto, ha richiesto il rigetto del ricorso siccome infondato.

4. Si è costituita la controinteressata Servizi & Appalti, che ha richiesto il rigetto del ricorso principale siccome infondato e proposto ricorso incidentale escludente nei confronti della ricorrente, con il quale ha dedotto:

- *Violazione e falsa applicazione degli artt. 45, comma 1, Lett. C), E 89 del D.Lgs. 18 Aprile 2016, n. 50, in relazione al contratto di avvalimento stipulato dalla Luppu con il Consorzio Stabile ALP*, in quanto l'impegno assunto dal Consorzio di mettere a disposizione della Luppu un tecnico e sei operatori, per un totale di sette addetti, è inattendibile e contrasta con i dati ricavabili dalla visura storica camerale dell'ausiliaria aggiornata al 14 febbraio 2023, da cui emerge che la stessa al 31 dicembre 2021 ha un unico addetto, né potendo avvalersi delle consorziate, stante il divieto di avvalimento a cascata;

- *Violazione e falsa applicazione degli art. 46, 47 e 71 del d.p.r. 28 dicembre 2000, n. 445/2000 - violazione dell'art. 24 del d.lgs 7 marzo 2005, n. 82*, in quanto il documento denominato “Dichiarazione integrativa del Direttore Tecnico” volto ad attestare il possesso da parte del suo Direttore Tecnico, Stefano Pili, dei requisiti di capacità generale di cui all'art. 80 del D.Lgs. 50/16, è in realtà sottoscritto solo dal legale rappresentante della Luppu con firma digitale, ma non dal Direttore Tecnico.

5. Con ricorso per motivi aggiunti, la ricorrente ha impugnato il provvedimento sopravvenuto di conferma dell'aggiudicazione e mancato esercizio dell'annullamento d'ufficio, ritenendo non decisiva la giurisprudenza richiamata dalla Città Metropolitana per escludere la nullità dei contratti di avvalimento e ribadendo i motivi di cui al ricorso principale.

6. All'udienza pubblica del 27.04.2023, in vista della quale le parti hanno depositato rispettive memorie e repliche, la causa è stata trattenuta in decisione.

7. Principiando dall'esame del ricorso principale e dei motivi aggiunti, in relazione al primo motivo, concernente la validità dei contratti di avvalimento stipulati dalla mandataria e dalla mandante del raggruppamento aggiudicatario in relazione all'attestazione SOA richiesta per la partecipazione alla gara, la principale questione giuridica, su cui si è sviluppato anche il procedimento di annullamento in autotutela, poi conclusosi con la conferma dell'aggiudicazione, investe il rilievo invalidante del contratto una clausola del seguente tenore letterale: *“l’impresa Arvalente, ove mai dovesse richiedere all’impresa Ausiliaria, anche per effetto di richieste della Stazione appaltante, di fornire le risorse materiali o tecniche per l’esecuzione dell’appalto, dovrà preventivamente erogarne il costo, a valore di mercato, a favore dell’impresa Ausiliaria”*.

8. Ora, in merito a clausole siffatte, spesso contenute nei contratti di avvalimento, il Collegio rileva la sussistenza di pronunce giurisprudenziali contrastanti, come ben emerge dai puntuali richiami giurisprudenziali contenuti negli atti difensivi delle parti, seppur all'evidenza le pronunce in esame non possono che connettersi allo specifico tenore delle ulteriori clausole contenute nei contratti oggetto dei giudizi.

8.1. Ad ogni modo, secondo un primo orientamento, clausole siffatte devono essere intese quali clausole condizionali, *“poiché la prestazione dell’ausiliaria – di fornire all’ausiliata le risorse materiali o tecniche per l’esecuzione dell’appalto – dipende da un evento futuro ed incerto (secondo l’indicazione dell’art. 1355 cod. civ.), cioè l’erogazione del costo di tali risorse al valore di mercato da parte dell’ausiliata”*, che si riferiscono

alla “realizzazione della causa del contratto, lo scambio appunto, era, cioè, subordinato (nel senso proprio di termine per cui v’è un ordine nel quale un evento succede ad un altro) alla realizzazione di un altro interesse, quello di garantire tutela all’ausiliaria quanto all’erogazione del costo delle risorse richieste al valore di mercato per ripartire il peso economico conseguente all’impiego delle risorse secondo il noto brocardo *eius commoda cuius incommoda*; il che tipicamente caratterizza l’inserimento di una clausola condizionale all’interno di un contratto di scambio” (Cons. Stato, Sez. V, 13 maggio 2021, n. 3773).

La medesima sentenza considera altresì rilevante, al fine di attribuire portata condizionale all’obbligazione assunta dall’ausiliaria, e dunque invalidante dell’avalimento, la presenza di una clausola per cui “*in caso di aggiudicazione della gara, l’impresa Avvalente verserà all’Impresa Ausiliaria, un importo pari al 1% (dicesi uno percento) del valore dell’appalto (unitamente e limitatamente alle categorie e alle classifiche oggetto del presente contratto di avvalimento, necessarie a coprire l’importo di qualificazione richieste dal bando di gara per le quali l’impresa Avvalente è carente) al netto del ribasso economico di aggiudicazione offerto dall’Impresa Avvalente*”.

Per cui, in tali casi, “era sì consentito all’ausiliata richiedere la messa a disposizione delle risorse, ma affinchè l’obbligo dell’ausiliaria fosse esigibile, e dunque affinchè l’aspettativa si convertisse in vero e proprio diritto ad ottenere l’altrui prestazione, era necessario l’avverarsi di un altro evento, ossia l’erogazione del costo al valore di mercato. Il che, peraltro, rende la condizione di natura potestativa” (Cons. Stato, n. 3773/2021 cit.).

Tale decisione peraltro considera espressamente uno dei precedenti richiamato dalla parte controinteressata in questo giudizio (Cons. giust. amm. Sicilia, sez. giuris., 28 gennaio 2019, n. 59), ritenendo però che “*tale precedente isolato tuttavia, orientato a dar maggior riguardo al profilo pubblicistico del contratto di avvalimento piuttosto che a quello privatistico proprio del rapporto tra i due contraenti, non è condivisibile perché non tiene in adeguata considerazione il fatto che subordinare l’efficacia del contratto di avvalimento all’adempimento di prestazioni preliminari a carico dell’ausiliata – e dunque, ad una condizione potestativa – non può aver altro effetto che quello di rendere incerto il possesso dei requisiti di partecipazione per i quali s’è fatto ricorso*

all'avvalimento al momento della presentazione della domanda di partecipazione; ciò indipendentemente dalle ragioni che possano aver indotto i contraenti all'inserimento di dette clausole ed anche se si sia inteso, come del resto già precedentemente proposto, riequilibrare tra le parti il peso economico dell'operazione commerciale.

D'altronde, non può esservi responsabilità solidale dell'ausiliaria con il concorrente nei confronti della stazione appaltante se non per effetto di un contratto che sia valido ed efficace sin dalla sua stipulazione" (ancora Cons. Stato, n. 3773/2021 cit.).

La tesi in esame, come ben evidenziato dalla ricorrente nei motivi aggiunti, è ripresa e confermata da recente giurisprudenza di primo grado, che ha, in particolare, sottolineato che "*l'unica sensata interpretazione di tale previsione contrattuale - che altrimenti dovrebbe considerarsi del tutto inutile, in quanto priva di conseguenze giuridiche e, in sostanza, di reale carattere precettivo nelle relazioni tra le parti – è, infatti, quella di legittimare il rifiuto, da parte dell'ausiliaria, di fornire le risorse richieste, in caso di mancato preventivo pagamento del loro costo. Tale implicita, ma innegabile, possibilità per il caso di mancato preventivo pagamento delle prestazioni e delle risorse che l'ausiliaria deve effettuare e/o fornire mette tuttavia in discussione la certezza degli impegni complessivamente assunti dalla società aggiudicataria nei confronti della stazione appaltante. (...) A fronte di un eventuale rifiuto della società avvalsa di fornire le risorse richieste a causa del mancato preventivo pagamento del loro costo, è evidente che le conseguenze si riverbererebbero direttamente sul contratto di appalto oggetto dell'aggiudicazione, che rischia di rimanere, almeno parzialmente, ineseguito*" (T.A.R. Sicilia, Catania, sez. II, 08.07.2022, n. 1834; nello stesso senso T.A.R. Toscana, sez. I, 20.12.2022, n. 1485; T.A.R. Campania, sez. III, 16.03.2023, n. 1697).

Peraltro, in merito ad un'altra decisione richiamata dalla odierna controinteressata (Cons. Stato, sez. V, 14 gennaio 2022, n. 257), la citata sentenza T.A.R. Toscana, n. 1485/2022 ha rilevato come detta pronuncia del Consiglio di Stato non sia pertinente con il caso, quale quello che anche oggi occupa, dell'avvalimento c.d. operativo, in quanto inerente invece alla fattispecie dell'avvalimento di garanzia.

8.2. Secondo l'impostazione prospettata invece dalla parte controinteressata e fatta propria dalla stazione appaltante in sede di (non) esercizio del potere di autotutela, le conclusioni ora raggiunte non sono condivisibili, sulla base di quanto ritenuto, oltre che nei due precedenti sopra citati, ma superati dalla sentenze esaminate, da Cons. Stato, Sez. VI, 23.11.2021, n. 7836, la, quale, a fronte di una clausola identica a quella che oggi occupa, ha valorizzato ulteriori clausole contrattuali, quali quelle per cui “*l'esecuzione di tutte le prestazioni per l'esatto e tempestivo adempimento delle obbligazioni scaturenti dal contratto di appalto costituirà diritto ed onere esclusivo dell'Avvalente, così come saranno a vantaggio di esso tutti i diritti ed oneri contrattuali nei confronti della Stazione Appaltante derivanti dalla gara*”, e per cui “*la responsabilità solidale dell'Impresa Avvalente e dell'Impresa Ausiliaria, secondo le condizioni ed i termini stabiliti nello Schema di contratto di appalto, in relazione ai requisiti per i quali opera l'avvalimento, ai sensi dell'art. 83 comma 1 lett. b) e c) e dell'art. 89 del D. Lgs. 50/2016. La predetta responsabilità si estende fino al collaudo e, dopo quest'ultimo, in relazione alle eventuali responsabilità, di cui agli artt. 1667 e 1669 del Codice civile [...]*”.

In relazione a tale contratto, la decisione citata afferma allora che “*Va in particolare confermato il principio per cui, stante la natura “tipica” – in quanto disciplinato dal vigente Codice dei contratti pubblici – del contratto di avvalimento, allo stesso va applicato un approccio sostanzialistico (ex multis, Cons. Stato, VI, 8 maggio 2014, n. 2356; V, 23 ottobre 2014, n. 5244) in conformità alle norme che ne individuano la funzione economico-sociale, in particolare dovendosi considerare che il legislatore non ne ha dettato un contenuto vincolato in ordine ai rapporti interni tra ausiliaria ed ausiliata, ma solo quanto ai rapporti esterni con la stazione appaltante, ponendo in particolare l'accento sulla responsabilità solidale dell'ausiliaria e sul vincolo obbligatorio nei confronti dell'amministrazione.*

Ciò posto, non vi è alcun elemento da cui trarre che nel caso di specie l'intento negoziale in concreto perseguito dalle parti sia stato di dar vita ad un contratto (di avvalimento) improduttivo di responsabilità solidale nei confronti dell'amministrazione – ossia un contratto in cui le presunte clausole condizionanti abbiano avuto l'effetto di screminare, nei

confronti di quest'ultima, le singole posizioni – atteso che i contraenti avrebbero dovuto manifestare espressamente (ed inequivocabilmente) tale volontà derogatoria. In mancanza di quest'ultima deve ragionevolmente ritenersi che la comune volontà delle parti sia stata di non derogare agli effetti tipici del contratto di avvalimento, tanto più laddove, come nel caso di specie, le parti dell'accordo hanno sottolineato la loro volontà di aderire al modello tipico di legge, connotato dalla responsabilità solidale ed incondizionata di ausiliaria ed ausiliata (in termini, Cons Stato, III 11 luglio 2017, n. 3422; VI 8 maggio 2014, n. 2365; V, n. 5244 del 2014, cit.); il che emerge con chiarezza sia dalle dichiarazioni rese nella DGUE da AVM e Scavistrade, sia nelle premesse e nell'articolato del contratto di avvalimento.

Quest'ultimo ha previsto espressamente la responsabilità solidale di entrambe le parti del contratto nei confronti della stazione appaltante, né la successiva previsione del rilascio di un'obbligazione di garanzia da parte dell'ausiliata in favore dell'ausiliaria è idonea a condizionare (o svilire) il predetto impegno solidale: si è infatti in presenza di una semplice controprestazione (appunto, di garanzia) di AVM in favore di Scavistrade, rilevante solo nell'ambito dei rapporti interni tra le parti del contratto di avvalimento ed inidonea ad incidere sull'impegno assunto nei confronti del terzo (la stazione appaltante), al quale non sarebbe stata opponibile.

Analogamente la previsione di cui all'art. 3, comma 2, punto 3 del contratto di avvalimento, statuente l'obbligo di AVM di corrispondere preventivamente all'ausiliaria un corrispettivo commisurato al costo di mercato non rende affatto eventuale ed incerto il predetto l'impegno assunto da quest'ultima nei confronti della stazione appaltante, né sarebbe stato ad essa opponibile per eventualmente liberarsi dagli obblighi assunti nei suoi confronti o dalla responsabilità solidale.

A scanso di equivoci del resto proprio la suddetta disposizione contrattuale ha ribadito la responsabilità solidale di entrambi gli operatori economici nei confronti dell'amministrazione.

Deve quindi concludersi nel senso che le previsioni negoziali censurate dalla sentenza impugnata, lungi dall'incidere anche sugli obblighi assunti dalle parti nei confronti della stazione appaltante – rendendoli pertanto incerti – assolvono ad una funzione meramente “interna” al rapporto privatistico intercorso tra le parti private, regolandone la fase esecutiva

(in particolare, gli adempimenti di carattere patrimoniale) al fine precipuo di bilanciare i reciproci rischi d'impresa; nessuna previsione contrattuale, per contro, ha assoggettato a termini o condizioni gli obblighi assunti dalle parti nei confronti della stazione appaltante, di talché non può parlarsi di avvalimento condizionato, inidoneo al prestito dei requisiti”.

9. Il contrasto, pur se condizionato dal complesso delle clausole contrattuali di volta in volta previste dalle parti, concerne dunque la rilevanza meramente interna tra ausiliata e ausiliaria - e dunque l'inidoneità - di clausole quale quella in esame a condizionare l'efficacia dell'obbligazione assunta in via piena e solidale dalla ausiliaria in un contratto di avvalimento operativo nei confronti della stazione appaltante, ovvero se esse incidano anche su tale obbligazione, non essendo possibile scindere i due piani obbligatori (interno/esterno), quantomeno nei casi in cui, sul piano letterale, le clausole di assunzione della responsabilità solidale appaiono del tutto sganciate dalla condizione di pagamento del costo risorse materiali e tecniche per il caso di richieste dall'ausiliata all'ausiliaria.

10. Ad avviso del Collegio, deve essere data continuità, quantomeno nel caso che occupa, al secondo orientamento citato, espresso da Cons. Stato, n. 7836/2021.

In tal senso infatti, vale in primo luogo evidenziare come entrambi i contratti di avvalimento contengano l'assunzione esplicita dell'obbligazione dell'ausiliaria nei confronti della stazione appaltante, leggendosi, nel contratto stipulato tra la Fanara e la Vertullo, che la seconda si obbliga “*verso la stazione appaltante a mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto tutte le risorse necessarie ed i mezzi necessari di cui è carente il concorrente, tramite la disciplina dell'avvalimento, art. 89 del D.Lgs. n. 50/2016*” (doc. 17 Luppu); nel contratto tra la mandante Meloni e la Mascia Danilo, che quest'ultima “*mette a disposizione in modo pieno ed incondizionato senza limitazioni di sorta e per tutta la durata dell'appalto, i propri requisiti di carattere tecnico – economico – finanziario, mezzi, attrezzature, risorse materiali e immateriali (vedere allegato apposito) e la certificazione SOA ai fini della partecipazione alla gara di cui alle premesse*” (doc. 18 Luppu).

Posta dunque la presenza, nel caso di specie, nei contratti di avvalimento in esame, delle clausole di assunzione espressa delle obbligazioni piene da parte delle ausiliarie nei confronti della stazione appaltante, con richiamo alla disciplina specifica del Codice dei Contratti, il Collegio ritiene di poter condividere le considerazioni sopra esposte dalla citata giurisprudenza del Consiglio di Stato in ordine alla rilevanza nei soli rapporti interni di una clausola, quale quella in esame, per cui l'avvalente si obbliga nei confronti dell'ausiliaria a versare una somma pari al costo, al valore di mercato, degli eventuali mezzi che dovesse essere necessario utilizzare nell'esecuzione dell'appalto.

La clausola in parola dunque può essere interpretata, attribuendole perciò un pieno ed autonomo significato, anche in ossequio ai principi ermeneutici di cui all'art. 1367 c.c., non già nel senso di condizionare l'obbligazione assunta dall'ausiliaria verso la stazione appaltante, bensì quale clausola determinativa di (parte) del corrispettivo dovuto dall'ausiliata all'ausiliaria in forza del contratto di avvalimento.

Invero, oltre al corrispettivo pattuito *ex se* per la stipulazione del contratto (ad es., nel contratto tra Fanara e Vercillo, è previsto che “*In caso di aggiudicazione della gara sopra indicata, l'impresa ausiliata verserà entro la conclusione dei lavori un importo pari al 0,50 % del valore dell'appalto, al netto del ribasso che sarà praticato*” (doc. 17), le parti hanno ulteriormente convenuto che, in ipotesi di utilizzo di risorse materiali o tecniche, l'ausiliata dovrà versarne il relativo costo all'ausiliaria; trattasi dunque di clausola che fa sorgere un diritto di credito dell'ausiliaria nei confronti dell'ausiliata e determina il globale corrispettivo che l'avvalente è tenuta a corrispondere nei confronti dell'ausiliaria.

Ciò porta a ritenere che l'eventuale inadempimento dell'avvalente nel corrispondere tale costo non conduca necessariamente, come ritenuto invece dalla recente giurisprudenza di primo grado, a legittimare l'inadempimento dell'ausiliaria nei confronti della stazione appaltante, bensì a far sorgere un

diritto di credito dell'ausiliaria pari al costo, al valore di mercato, delle risorse e materiali utilizzati.

La tesi della necessaria correlazione tra l'inadempimento dell'avvalente alla clausola in discorso e l'inadempimento dell'obbligazione assunta dall'ausiliaria nei confronti della stazione appaltante, di cui alla citata giurisprudenza di primo grado (“*l'unica sensata interpretazione di tale previsione contrattuale - che altrimenti dovrebbe considerarsi del tutto inutile, in quanto priva di conseguenze giuridiche e, in sostanza, di reale carattere precettivo nelle relazioni tra le parti – è, infatti, quella di legittimare il rifiuto, da parte dell'ausiliaria, di fornire le risorse richieste, in caso di mancato preventivo pagamento del loro costo*” T.A.R. Catania, n. 1834/2022), non è condivisibile e prova troppo.

Su tali basi infatti dovrebbe allora considerarsi sempre condizionato l'adempimento nei confronti della stazione appaltante al pagamento del corrispettivo che l'ausiliata deve corrispondere all'ausiliaria per l'avvalimento, che caratterizza proprio il rapporto privato tra le parti.

Ma così non è, in quanto il mancato pagamento del corrispettivo fa unicamente insorgere il diritto di credito dell'ausiliaria nei confronti dell'ausiliata, non condizionando però la solidarietà dell'obbligazione assunta nei confronti della stazione appaltante come prevista dal Codice dei Contratti. Tale profilo è valevole anche per clausole contrattuale quale quella qui in esame.

11. In tal senso peraltro, la tesi qui accolta risulta maggiormente conforme al principio della massima concorrenza e del *favor participationis* che caratterizza le procedure ad evidenza pubblica e il Codice dei Contratti Pubblici, proprio con riferimento all'istituto dell'avvalimento.

Sotto questo profilo dunque, in senso peculiare rispetto a un qualsivoglia rapporto contrattuale tra privati, non può non assumere rilievo interpretativo il contesto, procedimentale e normativo, nel quale è inserito il contratto di avvalimento stipulato al fine di partecipare ad una procedura di gara, che, come nel caso di specie, espressamente richiama le norme del Codice dei

Contratti Pubblici quali paradigmi normativi di riferimento, con particolare attenzione all'obbligazione assunta dall'ausiliaria anche nei confronti della stazione appaltante (art. 89, comma 5: “*Il concorrente e l'impresa ausiliaria sono responsabili in solido nei confronti della stazione appaltante in relazione alle prestazioni oggetto del contratto*”).

Se così è, posto che la stessa norma di legge sulla cui base viene stipulato il contratto di avvalimento espressamente prevede l'obbligazione solidale dell'ausiliaria, al fine di ritenere nullo il contratto per la ritenuta assenza di tale solidarietà obbligatoria, è necessario che ciò emerga chiaramente dal contenuto del contratto, laddove appare al Collegio che una clausola quale quella in contestazione possa ben assumere un significato interpretativo diverso, rilevante solo nei rapporti interni ed ai fini della determinazione di una parte (eventuale) del corrispettivo dovuto dall'avvalente all'ausiliata, senza incidere sulla solidarietà dell'obbligazione assunta nei confronti della stazione appaltante per l'esecuzione del contratto.

Per tali ragioni, non può essere accolta la doglianza della ricorrente.

12. Quanto poi alla censura di genericità dei contratti di avvalimento stipulati dalla mandataria e dalla mandante, deve rilevarsi, in senso contrario, che i contratti stessi (cfr. i già citati docs. 17 e 18) contengono una elencazione precisa di mezzi e risorse umane e materiali che vengono messi a disposizione da parte delle ausiliarie in favore delle avvalenti.

Sotto questo profilo, vale peraltro specificare che l'allegato A al contratto di avvalimento tra la mandante e l'ausiliaria, che espressamente indica i mezzi e le risorse messe a disposizione, era stato già allegato in sede di gara dall'aggiudicataria (docs. 2 e 3 Fanara dep. 20.03.2023), risultando perciò superata sul punto la doglianza proposta dalla ricorrente principale.

In essi si legge, quanto al contratto tra la mandataria e l'ausiliaria, che la seconda mette a disposizione della prima tutte le risorse necessarie di cui è carente la concorrente (1 geometra di cantiere, 1 operaio specializzato, 1 operaio qualificato) e i mezzi necessari indicati nell'apposito allegato

(Autocarro IVECO 330 - 35 portata T.33 TARGATO SA 749990; RIMORCHIO Bartoja portata T.24 Targato SA 09282; AUTOCARRO FIAT 120 POORTATA T. 11 Targato AV 840 Ev; Miniplaa FIata -Hitachi Matricolata 1AMP003815; Martello Elettrico Hitachi DH505A1 Matricola 370016; TAGLIASFALTO FASTVERDINI Tipo LM Matricola NA080); quanto al contratto tra la mandante e l'ausiliaria, l'allegato A citato elenca specificamente tutti i mezzi, di diversa natura, messi a disposizione (doc. 3 Fanara).

Orbene, a fronte dell'indicazione specifica dei mezzi e delle risorse messe a disposizione in entrambi i contratti di avvalimento, che hanno perciò posto la stazione appaltante nelle condizioni di valutare la serietà dell'impegno assunto dalle ausiliarie, le valutazioni circa l'asserita insufficienza di tali risorse mosse dalla ricorrente, esclusa la portata invalidante della clausola del contratto sopra esaminata sul pagamento del costo delle risorse da utilizzare, risultano soggettive considerazioni in ordine all'attendibilità dei contratti di avvalimento, che non sono idonee ad incidere sulla legittimità dell'aggiudicazione.

In conclusione, il primo motivo di ricorso è complessivamente infondato.

13. Anche le deduzioni contenute nel secondo motivo del ricorso principale non sono fondate.

13.1. Non è condivisibile il rilievo attoreo per cui il raggruppamento aggiudicatario sarebbe dovuto essere escluso in quanto la Servizi e Appalti aveva richiesto di essere invitata alla procedura quale impresa singola e non in veste di capogruppo di un raggruppamento.

Sul punto, in ossequio al combinato disposto degli artt. 74 e 88, comma 2, lett. D) cod. proc. amm., è sufficiente richiamare il principio di diritto per cui “*la modifica soggettiva del costituendo R.T.I. dopo la fase di manifestazione di interesse in sede di indagine di mercato, ma prima della fase della effettiva presentazione dell'offerta, è sempre consentita se non incide in modo negativo sulla qualificazione del soggetto medesimo e, quindi, sul possesso da parte dello stesso dei necessari requisiti.*

Va premesso che, come correttamente chiarito dal Tribunale adito, la procedura di scelta del contraente, nel caso esaminato, risultava strutturata in due fasi autonome (manifestazione di interesse – presentazione dell’offerta), e solo la seconda era in grado di determinare una relazione giuridicamente rilevante tra l’operatore economico e la stazione appaltante, facendo acquisire al primo il ruolo di partecipante alla procedura, mediante la presentazione dell’offerta.

Si rammenta che la giurisprudenza ha attinto in misura costante il principio per il quale la fase che segna la piena operatività del divieto di modificare i raggruppamenti temporanei, già imposto dall’art. 37, comma 9, d.lgs. n. 163 del 2006, e poi reiterato dall’art. 48, comma 9, d.lgs. n. 50 del 2016, è da identificare ordinariamente con quello della presentazione dell’offerta, per la salvaguardia del favor participationis (cfr. Cons. Stato, n. 1328/2013, C.G.A.S. n. 10372 del 2012).

L’art. 48 del Codice, infatti, vieta le modificazioni soggettive del R.T.I. rispetto all’impegno ‘presentato in sede di offerta’, in quanto la sottoscrizione di impegni negoziali è il momento effettivamente preclusivo per la individuazione dell’offerente, quello in cui si cristallizza la compagine associativa partecipante alla procedura di gara.

L’indagine di mercato è una fase distinta da quella della presentazione delle offerte, in quanto è preordinata a conoscere gli operatori interessati a partecipare alle procedure di selezione, sicché tale momento di interlocuzione non ingenera negli operatori alcun affidamento sul successivo invito alla procedura, né obblighi per la stazione appaltante. (...)

Il Collegio, pertanto, ribadisce l’indirizzo della giurisprudenza amministrativa, secondo cui, nelle procedure negoziate, il principio di immodificabilità soggettiva dei raggruppamenti temporanei di imprese viene in rilievo solo dopo la formulazione dell’offerta e non con la manifestazione di interesse. Ciò in quanto, la fase di prequalifica ha il dichiarato scopo di individuare potenziali soggetti da invitare come concorrenti, mentre la fase di presentazione delle offerte ha lo scopo di accertare in concreto la sussistenza dei requisiti di ordine generale e speciale in capo ai soggetti invitati, sicchè la fase di prequalifica assume una valenza meramente esplorativa, avente carattere sommario e prodromico rispetto al procedimento selettivo vero e proprio, e conseguentemente la manifestazione di interesse non costituisce

partecipazione alla gara e non impiega, in alcun modo, chi la presenta” (Cons. Stato, Sez. V, 11.10.2022, n. 8687).

Tali considerazioni sull'autonomia delle due fasi (manifestazione di interesse-procedura di gara e presentazione delle offerte) determinano l'irrilevanza della circostanza per cui la Servizi e Appalti non avesse espressamente manifestato l'interesse a partecipare in raggruppamento, posto che, in sede di presentazione delle offerte, unico momento rilevante, la partecipazione è avvenuta in costituendo RTI, rimasto di poi immodificato.

13.2. Le ragioni ora esposte sono altresì applicabili al rigetto della deduzione per cui sarebbe dovuto essere escluso l'RTI in quanto anche la ausiliaria della mandante aveva presentato la richiesta di invito in relazione alla manifestazione di interesse, e dunque non potrebbe ora svolgere il ruolo di ausiliaria.

La tesi è destituita di fondamento nuovamente alla luce dell'autonomia dei due momenti procedurali descritti, risultando *per tabulas* che l'ausiliaria Mascia Danilo Giuseppe s.r.l. unipersonale non è stata sorteggiata tra le imprese da invitare alla procedura negoziata; essa dunque non ha partecipato alla gara in senso stretto (*rectius*: alla fase di presentazione delle offerte) e dunque non si pone il divieto di svolgere il ruolo di ausiliaria della mandante Meloni S.r.l..

13.3. In ultimo, quanto alla deduzione per cui la mandataria non possiederebbe i requisiti in misura maggioritaria rispetto alla mandante, in violazione dell'art. 83, comma 8 del Codice dei Contratti, essa è, in ogni caso, infondata in diritto.

Deve infatti rilevarsi che l'art. 83, comma 8 del Codice, nella parte in cui prevede che “*la mandataria in ogni caso deve possedere i requisiti ed eseguire le prestazioni in misura maggioritaria*” è stato dichiarato in contrasto con il diritto dell'Unione Europea, in quanto “*imponendo all'impresa mandataria del raggruppamento di operatori economici di eseguire le prestazioni «in misura maggioritaria» rispetto a tutti i membri del raggruppamento, vale a dire di eseguire la maggior parte dell'insieme delle prestazioni contemplate dall'appalto, l'articolo 83, comma 8, del Codice*

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

Alla luce di quanto precede, occorre rispondere alla questione sollevata dichiarando che l'articolo 63 della direttiva 2014/24 deve essere interpretato nel senso che esso osta ad una normativa nazionale secondo la quale l'impresa mandataria di un raggruppamento di operatori economici partecipante a una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico deve possedere i requisiti previsti nel bando di gara ed eseguire le prestazioni di tale appalto in misura maggioritaria” (Corte giustizia UE sez. IV, 28/04/2022, n.642).

Pertanto, stante la primazia del diritto euro-unitario – così come interpretato dalla CGUE – rispetto al diritto nazionale, l'articolo 83, comma 8, del Codice dei Contratti deve essere disapplicato, per contrasto con il diritto dell'Unione europea, nella parte in cui prevede che la mandataria di un r.t.i. debba in ogni caso possedere i requisiti “*in misura maggioritaria*” (cfr. Cons. Giust. Amm., 25.10.2022, n. 1099).

Conseguentemente, è infondato il motivo di ricorso con cui la Luppu contesta la violazione del parametro normativo di cui al citato art. 83, comma 8 del Codice dei Contratti.

14. In conclusione, il ricorso principale è infondato e deve essere rigettato, discendendone perciò l'improcedibilità per sopravvenuta carenza di interesse del ricorso incidentale.

15. Le spese del giudizio, stante la presenza di orientamenti giurisprudenziali non consolidati in merito al primo motivo di ricorso, decisivo ai fini della controversia, possono essere integralmente compensate tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando, rigetta il ricorso principale e dichiara improcedibile, per sopravvenuta carenza di interesse, il ricorso incidentale.

Spese compensate.

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

Così deciso in Cagliari nella camera di consiglio del giorno 27 aprile 2023 con l'intervento dei magistrati:

Marco Lensi, Presidente

Antonio Plaisant, Consigliere

Gabriele Serra, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Gabriele Serra

IL PRESIDENTE
Marco Lensi

IL SEGRETARIO