

Prot. n. 90/C/2019

Preg.mi Sigg.  
Titolari e/o Legali Rappresentanti  
delle Imprese associate  
LORO SEDI

Ragusa, 11 Aprile 2019

Oggetto: **Appalti pubblici: nessuna correzione per le ATI in gara.**

La mancanza del requisito di qualificazione in misura corrispondente alla quota dei lavori, cui si è impegnata una delle imprese costituenti il raggruppamento temporaneo in sede di presentazione dell'offerta, è causa di esclusione dell'intero raggruppamento, anche se lo scostamento sia minimo ed anche nel caso in cui il raggruppamento nel suo insieme (ovvero un'altra delle imprese del medesimo) sia in possesso del requisito di qualificazione sufficiente all'esecuzione dell'intera quota di lavori.

E' quanto deciso dall'Adunanza plenaria sulla questione rimessa dalla sez. V, con ordinanza 18 ottobre 2018, n. 5957, in merito alle conseguenze della mancanza del requisito di qualificazione in misura corrispondente alla quota dei lavori cui si era impegnata una delle imprese costituenti il raggruppamento in sede di presentazione dell'offerta.

Al riguardo, secondo un primo orientamento di tipo "formalistico", in applicazione dell'art. 92, comma 2, d.P.R. 5 ottobre 2010 n. 207, tale mancanza del requisito di qualificazione in misura corrispondente alla quota è causa di esclusione dell'intero raggruppamento, anche se, per ipotesi, lo stesso nel suo insieme sia in possesso del requisito di qualificazione sufficiente all'esecuzione dell'intera quota dei lavori.

Secondo altro orientamento di tipo "sostanzialistico", ispirato dal principio del *favor participationis*, non è legittima l'esclusione dell'operatore economico dalla procedura, in presenza di tre condizioni: lo scostamento non sia eccessivo; il raggruppamento nel suo complesso sia comunque qualificato ad eseguire l'intero dell'appalto; il raggruppamento abbia la forma di raggruppamento orizzontale.

In tal caso, l'art. 92 citato "non può dirsi nella sostanza violato", posto che in tal modo si otterrebbe anche il "contemperamento tra il principio di libero accesso alle gare ed il principio della necessaria affidabilità degli offerenti". Tra i due, l'Adunanza plenaria ha spostato l'orientamento che richiama la doverosa corrispondenza tra i requisiti di partecipazione di ciascuna impresa e quote di esecuzione, ritenendolo tutt'altro che "formalistico".

L'obbligo della suddetta corrispondenza, infatti, risolvendosi in un requisito di affidabilità professionale del potenziale contraente, ha natura "sostanziale", non meramente "formale", tanto che la sua eventuale violazione impatta, in via sostanziale, sulle regole disciplinanti l'intero sistema dei contratti pubblici e valevoli oggettivamente per tutti i partecipanti alle gare.

In tal caso, non può neppure dirsi violato il principio del libero accesso alle gare, posto che le imprese associate ben possono attribuire a ciascuna di esse *ex ante* una quota di lavori corrispondente al requisito di qualificazione, dimostrando che le stesse – per serietà ed affidabilità tecnico-professionale – sono potenzialmente idonee ad assumere il ruolo di contraenti con gli operatori economici pubblici. Ne consegue che, secondo l'Adunanza plenaria non è possibile una correzione *ex post* delle quote di partecipazione, utilizzando la qualificazione di altro componente del raggruppamento avente un requisito "sovrrabbondante", e ne è dimostrazione anche il fatto che la tesi opposta cd. "sostanzialistica", finisce per dar luogo:

1. ad un non consentito fenomeno di integrazione normativa, attesa la chiara prescrittività del dato normativo in favore della corrispondenza;
2. ad una invasione del campo riservato alla pubblica amministrazione, alla quale viene imposto di valutare *ex post* quando uno scostamento possa definirsi minimo e, dunque, non rilevante ai fini dell'esclusione; tanto che la stessa ordinanza di remissione è stata costretta a richiedere in via subordinata all'Adunanza Plenaria di determinare *la soglia superata la quale, non possa più essere considerato minimo lo scostamento*;
3. ad una lesione del principio della *par condicio* dei concorrenti, laddove si consentisse alla stazione appaltante di valutare *ex post* quando (ed in che misura) lo scostamento può definirsi irrilevante.

Tutto ciò, secondo l'Adunanza Plenaria, dimostra, contemporaneamente, il pericolo dell'esercizio da parte della stazione appaltante di un potere discrezionale non sorretto da indicazioni normative e la natura di integrazione normativa (e non di interpretazione) di quanto richiesto dall'ordinanza di remissione.

Cordialità

ANCE RAGUSA  
II VICE PRESIDENTE  
(Geom. Giovanni Bonometti)