

**Il Consiglio di Stato si pronuncia sull'incompatibilità del divieto di incremento del quinto col diritto dell'Unione europea
(Consiglio di Stato, sez. V, 7 marzo 2024, n. 2227)**

Il divieto di incremento del quinto in favore della mandataria di un raggruppamento temporaneo di imprese, previsto dal regolamento applicativo del codice dei contratti pubblici d.P.R. n. 207 del 2010, contrasta con il diritto dell'Unione europea e va disapplicato da parte del giudice nazionale

**Il Consiglio di Stato
in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)**

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 6741 del 2023, proposto da **-OMISSIS-** s.r.l., in proprio e quale capogruppo mandataria di costituendo Rti con **-OMISSIS-** s.r.l. ed **-OMISSIS-** s.a.s, in persona del legale rappresentante pro tempore, in relazione alla procedura CIG 9564603017, rappresentato e difeso dall'avvocato **-OMISSIS-**, con domicilio digitale come da PEC Registri di giustizia;

contro

Ministero dell'ambiente e della sicurezza energetica, in persona del Ministro *pro tempore*, rappresentato e difeso *ex lege* dall'Avvocatura generale dello Stato, presso i cui uffici in Roma, via dei Portoghesi, 12, è elettivamente domiciliato; Comune di Cagliari, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato **-OMISSIS-**, con domicilio digitale come da PEC Registri di giustizia;

nei confronti

-OMISSIS- s.r.l., rappresentato e difeso dagli avvocati **-OMISSIS-**, con domicilio digitale come da PEC Registri di giustizia;

per la riforma

della sentenza in forma semplificata del Tribunale amministrativo regionale per la Sardegna (Sezione Seconda) n. 584/2023, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello ed i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero dell'ambiente e della sicurezza energetica, del Comune di Cagliari, di **-OMISSIS-** s.r.l. e di **-OMISSIS-** s.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 12 dicembre 2023 il Cons. Valerio Perotti e viste le conclusioni delle parti come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso al Tribunale amministrativo della Sardegna, **-OMISSIS-** s.r.l. impugnava la determina dirigenziale n. 1897 del 31 marzo 2023 con la quale il Comune di Cagliari aveva escluso il RTI costituendo tra la detta società e la **-OMISSIS-** s.r.l. e **-OMISSIS-** s.a.s. dalla gara avente ad oggetto *“l'affidamento dei lavori relativi al Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) - Missione 2 Componente 4 Investimento 2.1a - Interventi infrastrutturali per la salvaguardia da eventi eccezionali e manutenzione straordinaria della rete pluviale nel territorio di Pirri. Collettore 47 via Italia. CIG: 9564603017”*, contestualmente disponendo la revoca dell'aggiudicazione dell'appalto in precedenza disposta a favore del detto RTI con determinazione dirigenziale n. 764 del 9 febbraio 2023 ed affidando la commessa al controinteressato RTI tra **-OMISSIS-** s.r.l. e **-OMISSIS-** s.r.l.

La ricorrente esponeva di essersi impegnata a costituire un raggruppamento temporaneo di tipo orizzontale con le imprese **-OMISSIS-** s.r.l. ed **-OMISSIS-** s.a.s con le seguenti quote di partecipazione: **-OMISSIS-** s.r.l. (mandataria), in possesso della categoria SOA OG6, Classifica III bis, con la quota del 40%; **-OMISSIS-** s.r.l. (mandante), in possesso della categoria SOA OG6, Classifica III bis, con la quota del 30%; **-OMISSIS-** s.a.s. (mandante), in possesso della categoria SOA OG6, Classifica III bis, con la quota del 30%.

-OMISSIS-, inoltre, al fine di incrementare la propria qualificazione nella suddetta categoria, dichiarava nella domanda di partecipazione che si sarebbe avvalsa dei requisiti dell'impresa ausiliaria **-OMISSIS-** s.r.l., provvista della categoria OG6, classifica II.

All'esito delle operazioni di gara l'offerta del RTI **-OMISSIS-**, pari al 26,17%, risultava la migliore, aggiudicandosi l'appalto con determina del Comune di Cagliari del 9 febbraio 2023.

In sede di successiva verifica dei requisiti di partecipazione, peraltro, l'amministrazione accertava che in occasione del rinnovo dell'attestazione SOA (con scadenza 12 marzo 2023) **-OMISSIS-** s.r.l. aveva subito un declassamento nella categoria di lavorazione SOA OG6, richiesta nella gara in oggetto, passando dalla classifica III bis alla III.

Con comunicazione prot. 85010 del 14 marzo 2023 l'amministrazione avviava pertanto il procedimento di esclusione per la perdita dei requisiti in relazione alla percentuale di partecipazione al raggruppamento (40%) dichiarata al momento della presentazione dell'offerta.

All'esito di interlocuzione procedimentale, nel cui ambito la ricorrente chiedeva l'assegnazione di un termine per la rimodulazione delle quote all'interno del raggruppamento, l'amministrazione, con nota prot. 101559 del 29 marzo 2023, comunicava il rigetto dell'istanza e preannunciava l'esclusione dalla gara per sopravvenuta perdita dei requisiti così come dichiarati in sede di offerta. Avverso la richiamata determina n. 1897 del 2023 la ricorrente deduceva tre motivi di impugnazione.

Con sentenza 29 maggio 2023, n. 374, il TAR adito respingeva il ricorso.

Con sentenza n. 6525 del 4 luglio 2023, la V Sezione del Consiglio di Stato annullava però la detta pronuncia, rilevando come il ricorso in primo grado non fosse stato notificato, in ossequio all'art. 12-bis, comma 4, del d.l. n. 68 del 2022, al Ministero della transizione ecologica, nella sua qualità soggetto titolare del finanziamento PNRR e come nei confronti dello stesso neppure fosse stata successivamente ordinata l'integrazione del contraddittorio, conseguentemente dichiarando nulla la sentenza medesima per violazione del diritto di difesa ai sensi dell'art. 105 Cod. proc. amm., disponendo la rimessione della causa al primo giudice ai sensi dello stesso art. 105 cit.

Con atto depositato in data 6 luglio 2023, la ricorrente ritualmente riassumeva il processo dinnanzi al Tribunale amministrativo della Sardegna.

Con sentenza 27 luglio 2023, n. 584, il giudice adito respingeva il gravame, ritenendolo infondato.

Avverso tale decisione la **-OMISSIS-** s.r.l. interponeva appello, affidato ai seguenti motivi di impugnazione:

1) *Erroneità della sentenza impugnata per la violazione e/o falsa applicazione dell'articolo 105, comma secondo, del D.lgs. 50/2016 – Violazione e/o falsa applicazione del punto 3) dell'Invito – Violazione e/o falsa applicazione dell'articolo 12, comma 2, del D.L. 47/2014 – Violazione del principio di favor participationis – Eccesso di potere per difetto di istruttoria ed ingiustizia manifesta.*

2) *Erroneità della sentenza impugnata per la violazione e/o falsa applicazione dell'articolo 61, comma secondo, del D.P.R. 207/2010 – Violazione e/o falsa applicazione dell'articolo 63 della direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 – Disapplicazione degli articoli 92, comma secondo, del D.P.R. n.207/2010 e 61, comma secondo, ultimo capoverso, del D.P.R. 207/2010 perché contrastanti con l'articolo 63 della direttiva 2014/24/UE – Violazione del principio di massima partecipazione alle gare pubbliche.*

3) *Erroneità della sentenza impugnata per la violazione e/o falsa applicazione dell'articolo 92, comma secondo, del D.P.R. 207/2010 – Violazione del principio di favor participationis – Eccesso di potere per difetto di istruttoria ed ingiustizia manifesta.*

Concludeva quindi insistendo per la reintegrazione in forma specifica, *“previa declaratoria dell'inefficacia del contratto di appalto eventualmente stipulato, mediante declaratoria del suo diritto: a) all'aggiudicazione con ordine e condanna alla stipula del contratto, ai sensi dell'articolo 124 del codice del processo amministrativo; b) in via subordinata, al sub ingresso nel contratto eventualmente stipulato”*. Solo in via subordinata chiedeva il risarcimento per equivalente monetario, *“nel caso in cui, medio tempore, per qualunque causa i lavori dovessero risultare integralmente effettuati o trovarsi in un avanzato stato di esecuzione tali da non consentire il subentro per la parte residua”*.

Il Comune di Cagliari si costituiva in giudizio, concludendo per l'infondatezza dell'appello e chiedendo che fosse respinto.

Anche **-OMISSIS-** s.r.l. e **-OMISSIS-** s.r.l. si costituivano, parimenti deducendo l'infondatezza del gravame e chiedendone la reiezione.

Successivamente le parti ulteriormente precisavano, con apposte memorie, le rispettive tesi difensive ed all'udienza del 12 dicembre 2023 la causa veniva trattenuta in decisione.

DIRITTO

Ritiene il Collegio, ad un complessivo esame delle risultanze di causa, di dover prioritariamente esaminare il secondo motivo di appello in quanto suscettibile, in caso di accoglimento, di definire l'intera vertenza.

Con esso -OMISSIS- s.r.l. deduce l'erroneità della sentenza impugnata per violazione e/o falsa applicazione dell'art. 61, comma secondo, del d.P.R. n. 207 del 2010, contestando in particolare al primo giudice la mancata disapplicazione degli artt. 92, comma 2 e 61, comma 2 del d.P.R. n. 207 del 2010, in quanto contrastanti con l'art. 63 della direttiva 2014/24/UE.

In specie, sebbene l'appellante avesse a suo tempo perduto la classifica III bis della categoria OG6 (passando ad una classifica III), tuttavia, ricorrendo all'incremento del quinto ai sensi dell'art. 61, comma secondo, del d.P.R. 207 del 2010 (a mente del quale "[...] la qualificazione in una categoria abilita l'impresa a partecipare alle gare e ad eseguire i lavori nei limiti della propria classifica incrementata di un quinto; nel caso di imprese raggruppate o consorziate la medesima disposizione si applica con riferimento a ciascuna impresa raggruppata o consorziata, a condizione che essa sia qualificata per una classifica pari ad almeno un quinto dell'importo dei lavori a base di gara [...]"), sarebbe comunque risultata qualificata ad eseguire la quota dei lavori (40%) dichiarati al momento della presentazione dell'offerta.

Il motivo è fondato.

Ai sensi dell'art. 68 comma 11 del d.P.R. n. 207 del 2010, *"I raggruppamenti e i consorzi ordinari di operatori economici sono ammessi alla gara se gli imprenditori o altro raggruppamento che vi partecipano, oppure gli imprenditori consorziati, abbiano complessivamente i requisiti relativi alla capacità economica e finanziaria e alle capacità tecniche e professionali, ferma restando la necessità che l'esecutore sia in possesso dei requisiti prescritti per la prestazione che lo stesso si è impegnato a realizzare ai sensi del comma 2. Si applicano in quanto compatibili le disposizioni contenute nell'allegato II.12"*.

A sua volta, l'allegato II.12 art. 2 comma 2 al predetto regolamento così recita: *"La qualificazione in una categoria abilita l'operatore economico a partecipare alle gare e a eseguire i lavori nei limiti della propria classifica incrementata di un quinto; nel caso di imprese raggruppate o consorziate la medesima disposizione si applica con riferimento a ciascuna impresa raggruppata o consorziata, a condizione che essa sia qualificata per una classifica pari ad almeno un quinto dell'importo dei lavori a base di gara; nel caso di imprese raggruppate o consorziate la disposizione non si applica alla mandataria ai fini del conseguimento del requisito minimo di cui all'articolo 30, comma 2"*.

Quindi, il successivo l'art. 30 comma 2 del predetto Allegato II.12 così stabilisce:

"Per i raggruppamenti temporanei di cui all'articolo 65, comma 2, lettera e), del codice, i consorzi di cui all'articolo 65, comma 2, lettera f), del codice e i soggetti di cui all'articolo 65, comma 1, lettera h), del codice, le quote di partecipazione al raggruppamento o consorzio possono essere liberamente stabilite entro i limiti consentiti dai requisiti di qualificazione posseduti dall'associato o dal consorziato. 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".

Rileva il Collegio come effettivamente il beneficio del c.d. "incremento del quinto" – ancorché formalmente escluso dalla norma regolamentare vigente – debba ormai poter essere utilizzato anche dalla mandataria senza alcuna limitazione, alla luce della decisione della Corte di giustizia dell'Unione europea del 28 aprile 2022 (C-642/2020), ove si afferma che *"l'articolo 63 della direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE, deve essere interpretato nel senso che esso osta ad una normativa nazionale (art. 83, comma 8, III periodo, del D.lgs. 50/2016 n.d.r.) 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”.

La Corte di giustizia ha concluso che la normativa nazionale, nel fissare una disciplina più rigorosa (a suo tempo indistintamente imponendo, per tutti gli appalti pubblici, sia che la mandataria eseguisse la maggior parte delle prestazioni, sia che possedesse i requisiti di partecipazione in misura maggioritaria), non fosse compatibile con la normativa eurounitaria, potendo in via residuale delle limitazioni essere imposte a singoli partecipanti a raggruppamenti di imprese, purché però nell’ottica di *“un approccio qualitativo e non meramente quantitativo, al fine di incoraggiare la partecipazione di raggruppamenti come le associazioni temporanee di piccole e medie imprese alle gare di appalto pubbliche [...]”*.

Ne consegue che vanno necessariamente disapplicati i limiti puramente quantitativi (quale quello in esame) alla partecipazione alle procedure di gara imposti ai raggruppamenti di tipo orizzontale dall’art. 92, comma secondo, del d.P.R. n. 207 del 2010 (nella parte in cui dispone che *“[...] per i raggruppamenti temporanei di cui all’articolo 34, comma 1, lettera d), del codice, i consorzi di cui all’articolo 34, comma 1, lettera e), del codice ed i soggetti di cui all’articolo 34, comma 1, lettera f), del codice, di tipo orizzontale, i requisiti di qualificazione economico-finanziari e tecnico-organizzativi richiesti nel bando di gara per l’impresa singola devono essere posseduti dalla mandataria o da un’impresa consorziata nella misura minima del 40 per cento”*) nonché dall’ultimo capoverso del secondo comma dell’art. 61 del medesimo d.P.R. n. 207 del 2010, laddove *“nel caso di imprese raggruppate o consorziate la disposizione non si applica alla mandataria ai fini del conseguimento del requisito minimo di cui all’articolo 92, comma 2”*.

Analogamente va disapplicata la disposizione di cui all’art. 2, comma 2 dell’allegato II.12 al predetto d.P.R. n. 207 del 2010, nella parte in cui stabilisce che *“[...] la disposizione non si applica alla mandataria ai fini del conseguimento del requisito minimo di cui all’articolo 30, comma 2”*.

Né potrebbe fondatamente parlarsi di preventivo obbligo dell’operatore economico di impugnare la disposizione del disciplinare di gara che – in aderenza alla normativa regolamentare interna allora in vigore – di per sé escludeva l’utilizzo di tale istituto dell’incremento del quinto da parte della mandataria, l’illegittimità della stessa discendendo direttamente dall’applicazione di una norma nazionale contrastante con la direttiva 2014/24/UE.

Quest’ultima, infatti, come interpretata dalla richiamata decisione della Corte di giustizia UE, necessariamente prevale sulla normativa nazionale con essa contrastante, ai sensi degli artt. 11 e 117 Cost., con conseguente potere-dovere dell’amministrazione e dei giudici nazionali di disapplicare d’ufficio la seconda, senza dover attendere un impulso di parte (*ex multis*, Cons. Stato, VI, 11 novembre 2019, n. 7874; 3 maggio 2019, n. 2890).

In ragione di quanto precede deve concludersi che l’odierna appellante possedesse i requisiti di partecipazione alla gara, posto che la stessa – possedendo la classifica III (lavori sino ad euro 1.033.000,00, cui andava aggiunto l’ulteriore importo di euro 516.000,00 avvalendosi dell’attestazione SOA della -OMISSIS- s.r.l. per la categoria OG6, Classifica II) era qualificata per una classifica pari ad un quinto dell’importo dei lavori a base d’asta (pari ad euro 886.768,30 a fronte dell’importo a base di asta di euro 4.433.841,52), di talché avvalendosi dell’incremento del quinto avrebbe potuto eseguire lavori sino ad euro 1.858.800,00.

Quanto in particolare alla possibilità per la mandataria di avvalersi dell'attestazione SOA dell'ausiliaria -**OMISSIS**- s.r.l., ritiene il Collegio di dover confermare l'orientamento già espresso dalla Sezione con il precedente di Cons. Stato, V, 26 maggio 2023, n. 5203 secondo cui *"l'art. 61 del Regolamento riconosce la possibilità per il concorrente, singolo o raggruppato, di usufruire dell'incremento premiale sulla qualificazione SOA, risultando irrilevante il fatto che la classifica SOA su cui operare l'incremento sia posseduta dal concorrente stesso o ottenuta in avvalimento (in questo senso depone anche la giurisprudenza, cfr. ex plurimis Cons. Stato, sez. V, sentt. nn. 1295/2017, 2563/2015, 5446/2014, 2200/2014; sez. III, n. 5057/2014 e n. 3599/2014 secondo cui "la portata generale dell'istituto dell'avvalimento, quale strumento che consente l'utilizzo dei requisiti soggettivi di altri operatori economici messi a disposizione del concorrente alla stregua di idonea documentazione probatoria, implica l'utilizzabilità, in assenza di norme derogatorie, anche del beneficio dell'incremento della classifica ai sensi dell'art. 61, comma 2, D.P.R. 207/2010") [...]"*.

Altresì ne consegue che non sarebbe stato neppur necessario – in ipotesi – rimodulare le quote dichiarate nel costituendo RTI, essendo ciascun componente dello stesso abilitato ad eseguire i lavori.

In ragione di quanto precede, l'appello va dunque accolto, risultando il motivo di gravame assorbente delle ulteriori questioni dedotte dalle parti.

Ne consegue l'annullamento dell'aggiudicazione nelle more disposta in favore del raggruppamento tra -**OMISSIS**- s.r.l. e -**OMISSIS**- s.r.l. ed il subentro del RTI facente capo all'odierna appellante – previa effettuazione delle verifiche di legge da parte della stazione appaltante – nell'esecuzione del relativo contratto.

La novità e la particolarità delle questioni esaminate giustifica peraltro l'integrale compensazione tra le parti delle spese di lite del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie, per l'effetto accogliendo – in riforma della sentenza impugnata e nei termini di cui in motivazione – il ricorso originariamente proposto da -**OMISSIS**- s.r.l.

Spese del doppio grado compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 12 dicembre 2023 con l'intervento dei magistrati:

Rosanna De Nictolis, Presidente

Valerio Perotti, Consigliere, Estensore

Stefano Fantini, Consigliere

Sara Raffaella Molinaro, Consigliere

Elena Quadri, Consigliere