

Pubblicato il 13/01/2023

N. 00003/2023REG.PROV.COLL.
N. 00038/2022 REG.RIC.A.P.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Adunanza Plenaria)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

Sull'appello n. 38 del 2022 del ruolo dell'Adunanza Plenaria, proposto dalla s.r.l. Repin, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in proprio e quale mandataria r.t.i. con Metalwood s.r.l., rappresentata e difesa dall'Avvocato Francesco Mollica, dall'Avvocato Francesco Zaccone e dall'Avvocato Mariano Maggi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

l'Azienda Specializzata Settore Multiservizi –A.S.S.M. s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocato Leonardo Archimi e dall'Avvocato Sara Sileoni, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

il Comune di Tolentino (MC), in persona del Sindaco *pro tempore*, non costituito in giudizio;

nei confronti

della s.r.l. Loris Costruzioni, in proprio e quale mandataria del r.t.i., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituito in giudizio;

della s.r.l. Elettroidraulica Silvi, in proprio e quale mandante del r.t.i., in

persona del legale rappresentante pro tempore, non costituito in giudizio;
della s.r.l. Di Sabatino Giuseppe & C., in proprio e quale mandante del r.t.i., in
persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituito in giudizio;
della s.r.l. Cosmep, in proprio e quale mandante del r.t.i., in persona del legale
rappresentante pro tempore, non costituito in giudizio;
della s.r.l. Sud Service, in proprio e quale mandataria del r.t.i., in persona del
legale rappresentante *pro tempore*, non costituito in giudizio;
della s.r.l. Ige Impianti, in proprio e quale mandataria del r.t.i., in persona del
legale rappresentante *pro tempore*, non costituito in giudizio;

per la riforma

della sentenza n. 851 del 9 dicembre 2021 del Tribunale amministrativo
regionale per le Marche, resa tra le parti, che ha respinto il ricorso proposto
dall'odierna appellante, Repin s.r.l., contro il provvedimento prot. n. 2820 del
19 maggio 2021, con cui l'Azienda Specializzata Settore Multiservizi s.p.a., a
seguito delle precedenti istanze di riesame della stessa Repin s.r.l., odierna
appellante, ha annullato in autotutela gli originari esiti concorsuali ed il
precedente provvedimento di aggiudicazione (provvisoria) prot. n. 2393 del
29 aprile 2021 per erroneo riconoscimento dell'incremento premiale della
qualificazione SOA ai sensi dell'art. 61, comma 2, del d.P.R. n. 207 del 2010,
nella parte in cui da tale provvedimento si è indebitamente tratta la necessità
di escludere non solo il r.t.i. Imprecos, ma altresì il r.t.i. Sud Service s.r.l.

visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Azienda Specializzata Settori
Multiservizi – A.S.S.M. s.p.a.;

visti tutti gli atti della causa;

vista l'ordinanza n. 7311 del 19 agosto 2022 della V sezione di questo
Consiglio di Stato, che ha rimesso la questione all'Adunanza plenaria;

relatore nell'udienza pubblica del giorno 14 dicembre 2022 il Consigliere
Massimiliano Noccelli e uditi per l'odierna appellante, Repin s.r.l., l'Avvocato

Francesco Zaccone e per l'odierna appellata, l'Azienda Specializzata Settore Multiservizi – A.S.S.M. s.p.a., l'Avvocato Leonardo Archimi e l'Avvocato Sara Sileoni;

ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Repin s.r.l., odierna appellante, ha preso parte – quale mandataria in raggruppamento temporaneo d'impresе – r.t.i. – costituendo con Metalwood s.r.l. (mandante) – alla procedura negoziata telematica indetta il 21 gennaio 2021 dall'Azienda Specializzata Settore Multiservizi s.p.a. (di qui in avanti, per brevità, A.S.S.M.), per l'affidamento degli interventi di “*demolizione e ricostruzione dell'ex imbottigliamento di acque minerali Terme S. Lucia*”, per l'importo complessivo pari ad € 5.317.534,23, oltre IVA.

1.1. La *lex specialis* ha individuato, quale criterio di aggiudicazione, quello del minor prezzo, prevedendo l'esclusione automatica delle offerte con percentuale di ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia ai sensi dei commi 2, 2-*bis* e 8 dell'art. 97 del d. lgs. n. 50 del 2016 (cfr. punto 1 “Premesse” della lettera di invito).

1.2. Inoltre, le qualificazioni richieste agli operatori erano le seguenti:

OG 1 classifica IV pari ad € 2.399.513,30, quale categoria prevalente;

OG 11 classifica IV pari ad € 1.765.308,45, quale categoria scorporabile; OS 21 classifica III pari ad € 579.447,55, quale categoria scorporabile;

OS 18-A classifica III pari ad € 573.264,93, quale categoria scorporabile.

1.3. Nel corso delle operazioni di gara, la stazione appaltante ha proceduto al calcolo della soglia di anomalia con la media aritmetica dei ribassi percentuali delle offerte ammesse, secondo le specifiche modalità indicate dall'art. 97, comma 2-*bis*, del d. lgs. n. 50 del 2016; detta soglia veniva inizialmente individuata nel valore del 28,4755%, sicché l'offerta dell'appellante, che ha presentato un ribasso di pochi decimi superiore (pari al 28,651%), è stata esclusa, mentre il r.t.i. Sol. Edil Group s.r.l., che aveva presentato un ribasso

del 28,404%, è risultato primo classificato (ed aggiudicatario provvisorio con provvedimento prot. n. 2393 del 29 aprile 2021).

1.4. Repin, quindi, ha chiesto il riesame degli esiti della gara, deducendo che il r.t.i. Imprecos sarebbe dovuto essere escluso per essere privo di adeguata qualificazione nella categoria OG11 cl. IV, stante l'impossibilità di applicare il cd. incremento premiale del 'quinto' di cui all'art. 61, comma 2, del d.P.R. n. 207 del 2010, che, invece, gli sarebbe stato erroneamente attribuito, in tal modo contribuendo alla determinazione della soglia di anomalia.

1.5. Se, invece, il r.t.i. Imprecos fosse stato escluso, si sarebbe dovuta ricalcolare la soglia di anomalia e, all'esito, il r.t.i. capeggiato da Repin sarebbe risultato aggiudicatario.

1.6. Con l'istanza di riesame, l'odierna appellante ha sostenuto, in sostanza, che, in applicazione dell'art. 61, comma 2, citato, secondo cui *«nel caso di imprese raggruppate o consorziate la medesima disposizione si applica con riferimento a ciascuna impresa raggruppata o consorzziata, 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'art. 92, comma 2»*, gli operatori Imprecos, Costruzioni Grillo e Rosato Costruzioni, facenti parte del raggruppamento con mandataria Imprecos, non avrebbero potuto beneficiare dell'incremento del 'quinto' per non essere a loro volta imprese qualificate nella misura del 20% rispetto alla base di gara, da intendersi quale importo complessivo dei lavori (pari a € 5.317.534,23) e non quale importo della singola categoria.

1.7. A.S.S.M. ha ritenuto di accogliere l'istanza di riesame e quindi ha disposto l'annullamento in via di autotutela del provvedimento di aggiudicazione.

1.8. Tuttavia, al fine di salvaguardare i principi di parità di trattamento e di non discriminazione tra i concorrenti, il seggio di gara ha proceduto a verificare se l'erronea concessione dell'incremento premiale del 'quinto' si fosse verificata, oltre che con riferimento al r.t.i. Imprecos, anche con

riferimento agli altri operatori, e all'esito di detta verifica anche il r.t.i. con mandataria Sud Service è stato escluso, in considerazione del fatto che la mandante Geo Prospezioni non poteva beneficiare dell'incremento "premiante" con riferimento alla categoria scorporabile OS21.

1.9. Conseguentemente, il seggio di gara ha ricalcolato della soglia di anomalia ed ha stilato la nuova graduatoria, che ha visto quale nuovo aggiudicatario il r.t.i. con capogruppo l'impresa Loris Costruzioni.

2. L'odierna appellante Repin, dopo aver nuovamente chiesto un riesame alla stazione appaltante degli esiti anzidetti, ha impugnato con il ricorso proposto avanti al Tribunale amministrativo regionale per le Marche tutti gli atti adottati in sede di riesame, e sin qui indicati, lamentandone l'illegittimità sotto distinti profili.

2.1. In particolare, l'appellante ha dedotto che l'esclusione del r.t.i. Sub Service sarebbe illegittima nella misura in cui, venendo in rilievo un r.t.i. di tipo verticale, il parametro alla cui stregua interpretare la norma di cui all'art. 61, comma 2, del d.P.R. n. 207 del 2010, diversamente dall'ipotesi di raggruppamento di tipo orizzontale (in cui tutte le imprese assumono l'esecuzione di lavorazioni omogenee differenziandosi, il relativo apporto, sul solo piano quantitativo) sarebbe l'art. 92, comma 3, del medesimo d.P.R., in base al quale nei r.t.i. di tipo "verticale" i requisiti di qualificazione economico-finanziari e tecnico-organizzativi sono posseduti dalla mandataria nella categoria prevalente, mentre nelle categorie scorporate ciascuna mandante possiede i requisiti previsti per l'importo dei lavori della categoria che intende assumere e nella misura indicata per l'impresa singola.

2.2. Da ciò conseguirebbe che, affinché la mandante di un r.t.i. verticale possa beneficiare dell'incremento del 'quinto' della qualificazione posseduta, sarebbe sufficiente che, così come per l'impresa singola, essa abbia (con l'incremento del quinto) la qualificazione necessaria a coprire gli importi delle lavorazioni nella categoria scorporabile assunta.

2.3. Tale requisito sarebbe dunque rispettato dalla mandante Geo Prospezioni s.r.l., la quale possiede qualificazione nella categoria OS21 per la class. II che, incrementata del quinto ai sensi dell'art. 61, comma 2, del d.P.R. n. 207 del 2010, offrirebbe piena copertura in relazione all'importo delle lavorazioni ricadenti nella medesima categoria OS21.

2.4. Sotto altro profilo, la stessa appellante in primo grado ha sostenuto che, pur a voler ritenere applicabile anche alla mandante del r.t.i. verticale la medesima condizione posta dall'art. 61, comma 2, citato, la soglia del 20% andrebbe ugualmente rapportata all'importo della sola categoria per la quale si chiede l'incremento, trattandosi di un appalto caratterizzato dalla coesistenza di più categorie di lavorazioni e di qualificazione.

2.5. Inoltre, gli atti impugnati sarebbero illegittimi anche per contrasto con quanto dichiarato nel chiarimento n. 3 e con quanto stabilito nel paragrafo 6.3 della lettera di invito, il primo nella parte in cui ha richiamato l'applicazione dell'art. 61, comma 2, del d.P.R. n. 207 del 2010, il secondo nella parte in cui precisa che *«in caso di RTI verticale ... nelle categorie scorporate ciascuna mandante possiede i requisiti previsti per l'importo dei lavori della categoria che intende assumere e nella misura indicata per l'impresa singola»*, e ogni diversa interpretazione sarebbe dunque contraria ai principi del *favor participationis* e del legittimo affidamento.

2.6. Infine, Repin in prime cure ha lamentato l'illegittimo esercizio del potere di autotutela da parte della stazione appaltante, sia perché l'annullamento dell'aggiudicazione per le ragioni contenute nell'istanza di riesame presentata da Repin avrebbero dovuto indurre il seggio di gara al mero recepimento delle determinazioni dell'ente e al conseguente ricalcolo della soglia di anomalia previa esclusione del solo r.t.i. Imprecos, sia perché la riapertura delle operazioni concorsuali, peraltro neppure preceduta da alcun avviso, si sarebbe dovuta effettuare nei confronti di tutti i concorrenti, taluni dei quali, invece, avrebbero continuato a beneficiare illegittimamente dell'incremento premiale del quinto nelle categorie di riferimento.

2.7. La ricorrente ha concluso, pertanto, per l'annullamento dell'esclusione del r.t.i. Sud Service, la cui riammissione consentirebbe una corretta rideterminazione della soglia di anomalia (pari a 29,37034%) e il conseguente primato in graduatoria del r.t.i. Repin (con ribasso del 28,651%), e, in via gradata, per l'annullamento dell'intera procedura di gara in vista di una sua corretta riedizione, formulando, altresì, istanza risarcitoria.

2.8. Si sono costituiti in giudizio, per resistere, il Comune di Tolentino e A.S.S.M., il primo eccependo la propria totale estraneità alla vicenda in esame e chiedendo l'estromissione dal presente giudizio, la seconda, invece, eccependo, ancor prima dell'infondatezza del ricorso, la sua inammissibilità per violazione del divieto di venire *contra factum proprium* e per abuso del processo oltre che per carenza di interesse in relazione alla mancata impugnazione del provvedimento di esclusione del r.t.i. Sud Service quale atto presupposto perché Repin possa conseguire l'aggiudicazione.

3. Con la sentenza n. 851 del 9 dicembre 2021, il Tribunale ha ritenuto che il ricorso sia infondato, prescindendo così dall'esame delle eccezioni di inammissibilità sollevate da A.S.S.M. nei propri scritti difensivi.

3.1. La *quaestio iuris* introdotta con il ricorso riguarda, ha rilevato il TAR, l'interpretazione dell'art. 61, comma 2, del d.P.R. n. 207 del 2010 e, in particolare, l'attribuzione del beneficio dell'incremento virtuale del quinto della propria qualificazione all'operatore economico che sia parte di un r.t.i.

3.2. Il comma 2 dispone che *«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»*.

3.2. Il TAR ha rilevato che in materia si è pronunciato questo Consiglio di Stato (con la sentenza della sez. III, 13 aprile 2021, n. 3040), secondo cui, anche con riferimento ai raggruppamenti di tipo verticale o misto, la

condizione della qualificazione almeno pari ad un quinto dell'importo dei lavori a base di gara deve intendersi come qualificazione almeno pari ad un quinto dell'importo complessivo dei lavori e non come pari ad un quinto dell'importo della singola categoria scorporabile la cui esecuzione è assunta dalla mandante che invoca l'incremento.

3.3. Ne deriverebbe, dunque, l'infondatezza della tesi sostenuta in principalità da Repin.

4. Il TAR ha ritenuto infondato anche l'ulteriore assunto di Repin, secondo cui l'art. 92, comma 3, del d.P.R. n. 207 del 2010 costituirebbe il parametro alla cui stregua interpretare l'art. 61, comma 2.

4.1. Né l'operato della stazione appaltante e del seggio di gara si porrebbero in contrasto con le disposizioni della *lex specialis* ovvero con il chiarimento n. 3.

4.2. Invero, il paragrafo 6.3 della lettera di invito, nel prevedere che «*i requisiti relativi alla qualificazione SOA, di cui al punto 6.2., in caso di RTI verticale, Consorzio ordinario, aggregazione di imprese di rete o di GEIE, devono essere posseduti dalla mandataria nella categoria prevalente; nelle categorie scorporate ciascuna mandante possiede i requisiti previsti per l'importo dei lavori della categoria che intende assumere e nella misura indicata per l'impresa singola*», ricalca quanto previsto dall'art. 92, comma 3, del d.P.R. n. 207 del 2010, che tuttavia, ad avviso del primo giudice, è una disposizione che attiene ad un oggetto e ad un ambito di operatività diversi da quelli di cui all'art. 61, comma 2.

4.3. Il chiarimento n. 3, invece, si limita a ribadire l'operatività dell'art. 61, comma 2, ma evidentemente nei limiti e alle condizioni da esso stabiliti, non essendo possibile attribuire al chiarimento un significato e una portata differenti.

5. Avverso tale sentenza ha proposto appello Repin e, nel dedurne l'erroneità sulla base di una da essa non condivisa interpretazione dell'art. 61, comma 2, e dell'art. 92, comma 3, del d.P.R. n. 207 del 2010, oltre che per altri motivi

dedotti in ricorso, ne ha chiesto, previa sospensione dell'esecutività, la riforma, con il conseguente annullamento degli atti gravati in prime cure.

5.1. Si è costituita l'appellata A.S.S.M. per opporsi con plurime deduzioni all'accoglimento dell'appello, di cui ha dedotto l'inammissibilità per violazione del principio del *venire contra factum proprium* e, comunque, l'infondatezza, anche nel merito.

5.2. Con l'ordinanza n. 879 del 25 febbraio 2022, la sezione V ha accolto la domanda cautelare proposta da Repin e ha sospeso, al solo fine di mantenere la *res adhuc integra*, l'esecutività della sentenza impugnata.

5.3. Con l'ordinanza n. 7311 del 19 agosto 2022, la sezione V ha poi ritenuto, in presenza di un contrasto giurisprudenziale circa l'interpretazione dell'art. 61, comma 2, del d.P.R. n. 207 del 2010, di porre a questa Adunanza il quesito se tale comma - nella parte in cui prevede, quale condizione per l'attribuzione, ai fini della qualificazione per la categoria di lavori richiesta dalla documentazione di gara, del beneficio dell'incremento del quinto, che per ciascuna delle imprese concorrenti in forma di raggruppamento temporaneo sussista una qualificazione «*per una classifica pari ad almeno un quinto dell'importo dei lavori a base di gara*» - si interpreti, nella specifica ipotesi di partecipazione come raggruppamento c.d. misto, nel senso che tale importo a base di gara debba, in ogni caso, essere riferito al valore complessivo del contratto ovvero debba riferirsi ai singoli importi della categoria prevalente e delle altre categorie scorporabili della gara.

5.4. L'ordinanza, dopo aver esposto due divergenti orientamenti ritenuti entrambi non condivisibili (rispettivamente rappresentati da Cons. St., sez. III, 13 aprile 2021, n. 3040 e da C.G.A.R.S., sez. giurisd., 11 aprile 2022, n. 450), ha invero prospettato – per ragioni di coerenza sistematica - una interpretazione “*orientata*” (od “*adeguatrice*”) dell'art. 61, comma 2, del d.P.R. n. 207 del 2010, nel senso che, nei raggruppamenti di tipo misto, i componenti di ciascuno dei sub-raggruppamenti di tipo orizzontale siano abilitati a partecipare alle gare e ad eseguire i lavori «*nei limiti della propria classifica*

incrementata di un quinto», purché siano qualificati per una classifica pari ad almeno un quinto «dell'importo della categoria di lavori cui lo stesso componente partecipa».

5.5. Nelle loro memorie depositate in viste dell'udienza pubblica del 14 dicembre 2022, frattanto fissata avanti a questa Adunanza plenaria, le parti hanno ribadito le loro rispettive posizioni.

5.6. L'appellante Repin, in particolare, ha sottolineato che l'interpretazione più favorevole è invalsa con riferimento ai raggruppamenti orizzontali (o misti) e assume pregnanza maggiore nel caso in esame per il r.t.i. verticale Sud Service, la cui la mandante Geo Prospezioni s.r.l. possiede qualificazione in OS21 per la class. II (che abilita l'impresa ad eseguire lavori per importo pari ad euro 516.000,00, e) che, incrementata del quinto ai sensi dell'art. 61, comma 2, del d.P.R. 207 del 2010, offre piena e sovrabbondante copertura qualificatoria all'intero importo delle lavorazioni ricadenti nella categoria OS21, pari ad € 579.447,55 (secondo l'art. 92, comma 3, del d.P.R. 207/2010 per gli RTI verticali e ribadita dalla legge di gara).

5.7. A.S.S.M., anche nella memoria depositata il 2 dicembre 2022, ha ribadito che l'art. 61, comma 2, del d.P.R. n. 207 del 2010 ha previsto una disciplina unitaria del c.d. incremento del quinto, non differenziando tra r.t.i. orizzontale e r.t.i. verticale, e che l'interpretazione più rigorosa e letterale dell'art. 61, comma 2, sostenuta da Cons. St., sez. III, 13 aprile 2021, n. 3040, vada condivisa, pervenendosi altrimenti ad un eccessivo frazionamento dei requisiti e una perdita di professionalità necessaria all'esecuzione dell'appalto.

5.8. Infine, nell'udienza pubblica del 14 dicembre 2022, il Collegio, sentiti i difensori delle parti e sulle conclusioni come rassegnate dalle parti, ha trattenuto la causa in decisione.

6. L'Adunanza plenaria ritiene – anche quando si voglia qui prescindere dall'eventuale rilievo, in punto di fatto (da approfondirsi – v., *infra*, § 18 – ad opera della sezione rimettente), che, ove si tratti di raggruppamento c.d. verticale puro, il principio di diritto di cui al § 17 possa o meno essere

applicato al caso di specie (e fermi, comunque, i rilievi di cui *infra* ai §§ 9-10) – che al quesito posto dalla Sezione rimettente con riferimento all'interpretazione dell'art. 61, comma 2, del d.P.R. n. 207 del 2010, debba risponderci che, in caso di raggruppamento c.d. misto, tale importo a base di gara debba riferirsi ai singoli importi della categoria prevalente e delle altre categorie scorporabili della gara.

6. L'art. 61, comma 2, del d.P.R. n. 207 del 2010 prevede che *«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 consorziate, 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 92, comma 2»*.

6.2. Si tratta dell'istituto del c.d. incremento del quinto, introdotto nel settore dei lavori pubblici dall'art. 5 della l. n. 57 del 1962, istitutiva dell'Albo Nazionale degli appaltatori, per quanto concerne l'impresa singola, e dall'art. 21 della l. n. 584 del 1977 sugli appalti pubblici, per quanto concerne le imprese riunite, con la c.d. condizione del quinto rapportato all'importo dei lavori a base d'asta (v., sul punto, la decisione n. 10 del 27 novembre 1990 di questa stessa Adunanza plenaria e la giurisprudenza successiva e, in particolare, dopo la modifica dell'art. 23 del d. lgs. n. 406 del 1991, la sentenza Cons. St., sez. V, 15 febbraio 2000, n. 801).

6.3. L'art. 61, comma 2, del d.P.R. n. 207 del 2010 tuttora vigente, nel cristallizzare un lungo percorso normativo e giurisprudenziale, ha codificato nella stessa disposizione le due distinte regole, relative, la prima, all'impresa singola e, la seconda, al raggruppamento di imprese.

6.4. La funzione della prima regola – secondo cui 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 – è quella di evitare che

l'apertura al mercato degli appalti comunitari alle piccole e medie imprese possa attuarsi con pregiudizio delle condizioni basilari di affidabilità tecnica e finanziaria di ciascuna struttura aziendale e comporta l'apposizione di un limite alle capacità e dimensioni della singola impresa.

6.5. La funzione della seconda regola – secondo cui, in caso di imprese raggruppate o consorziate, il beneficio dell'aumento del quinto si applica a condizione che l'impresa sia qualificata per una classifica pari ad almeno un quinto dell'importo dei lavori a base di gara – è, invece, quella di garantire l'amministrazione che la suddivisione dei compiti, tipica del raggruppamento di imprese, non comprometta la complessiva *«efficienza ed adeguatezza della più vasta aggregazione imprenditoriale aggiudicataria dell'appalto, la quale deve offrire, nel sistema di qualifica affidato all'iscrizione all'albo costruttori, una classifica totale almeno pari a quella dell'importo dei lavori affidati»* (Cons. St., sez. V, 15 febbraio 2000, n. 801, cit.).

7. Orbene, quanto alla seconda regola di cui al § 6.5., l'art. 61, comma 2, del d.P.R. n. 207 del 2010, come è reso evidente anche dal riferimento finale della disposizione all'art. 92, comma 2, del d.P.R. n. 207 del 2010 per il requisito minimo della mandataria, prende in considerazione la prima e preminente ipotesi del c.d. raggruppamento orizzontale, costituito da imprese riunite per realizzare un appalto unitario, caratterizzato da un'unica lavorazione (e, quindi, da un'unica categoria richiesta: cfr. art. 48, comma 1, seconda parte, del d. lgs. n. 50 del 2016), essendo esse portatrici delle medesime competenze per l'esecuzione delle prestazioni oggetto dell'appalto.

8. In questa ipotesi, che costituisce storicamente la prima forma aggregativa conosciuta dall'esperienza dei lavori pubblici, l'importo dei lavori a base d'asta evidentemente coincide con quella della singola lavorazione, come ben rammenta l'ordinanza di rimessione, anche se la prassi imprenditoriale e la legislazione dei contratti pubblici hanno visto poi emergere, e regolare, nuove forme aggregative e partecipative alle gare, con suddivisione di singole

categorie di lavorazioni, prevalente e scorporabili, tra imprese specificamente qualificate.

9. Si è infatti ben presto delineata la figura del c.d. raggruppamento verticale, in cui uno degli operatori economici interessati è chiamato ad eseguire i lavori della “*categoria prevalente*”, mentre gli altri sono preposti all’esecuzione delle (distinte) “*categorie scorporabili*” (art. 48, comma 1, prima parte del d. lgs. n. 50 del 2016).

10. Al riguardo l’art. 92, comma 3, del d.P.R. n. 207 del 2010 stabilisce che i requisiti di qualificazione economico-finanziari e tecnico-organizzativi sono posseduti dalla mandataria nella categoria prevalente e nelle categorie scorporate ciascuna mandante possiede i requisiti previsti per l’importo dei lavori della categoria che intende assumere e nella misura indicata per l’impresa singola.

10.1. Nell’ipotesi di raggruppamento verticale c.d. puro, ciascuna mandante, come prevede l’art. 92, comma 3, del d.P.R. n. 207 del 2010, esegue i lavori della categoria scorporata e deve avere la classifica «*nella misura indicata per l’impresa singola*» e può giovare dell’incremento premiale del quinto, in base alla prima regola di cui si è detto (v., *supra*, § 6.4), nella misura indicata dalla prima parte dell’art. 61, comma 2, e cioè «*nei limiti della propria classifica incrementata di un quinto*».

11. L’art. 61, comma 2, del d.P.R. n. 207 del 2010 non sembra riferirsi espressamente, invece, all’ibrida figura dei raggruppamenti cc.dd. “*misti*”, prevista in ordine di tempo, come ricorda la sezione rimettente, solo dall’art. 7, comma 1, lett. *f*), della l. n. 166 del 2002, che consiste in una forma di associazione verticale al cui interno sono presenti – in ragione della eterogeneità dei lavori oggetto dell’affidamento, in cui vengono in rilievo una pluralità di diverse categorie di lavorazioni oltre alla prevalente – sub-raggruppamenti orizzontali (art. 48, comma 6, *ad finem* del d. lgs. n. 50 del 2016).

11.1. Questa ipotesi, ad una prima lettura, sembra essere estranea alla diretta applicazione dell'art. 61, comma 2, del d.P.R. n. 207 del 2010, non solo perché la disposizione fa riferimento ad imprese che eseguono lo stesso tipo di lavorazione e, dunque, ad un raggruppamento tipicamente e interamente orizzontale (c.d. totalitario), ma perché lo stesso meccanismo del beneficio del c.d. incremento del quinto, evidentemente, presuppone, nel fare riferimento ad una impresa raggruppata e consorziata, che «*sia qualificata per una classifica pari ad almeno un quinto dell'importo dei lavori a base di gara*» (c.d. condizione del quinto), che i lavori a base di gara siano gli stessi per tutte le imprese che possono, o vorrebbero, giovare del beneficio, non essendo possibile giovare di questo incremento premiale, evidentemente, per le imprese che non appartengano alla medesima categoria di lavori, proprio per il modo con il quale è congegnato, dallo stesso art. 61, commi 3 e 4, e dall'Allegato A al d.P.R. n. 207 del 2010, il meccanismo delle qualifiche e delle classifiche per le opere generali e specializzate.

11.2. Ne discende che entrambi gli orientamenti interpretativi richiamati dall'ordinanza di rimessione – e, cioè, quello “restrittivo” esemplificativamente rappresentato da Cons. St., sez. III, 13 aprile 2021, n. 3040 e, dall'altro lato, quello “ampliativo” o correttivo rappresentato da C.G.A.R.S., sez. giurisd., 11 aprile 2022, n. 450 – non possono essere condivisi nella misura in cui, seppure con esiti interpretativi del tutto divergenti, muovono entrambi dal presupposto, non disposto però dalle legge, secondo cui, al cospetto di un raggruppamento misto, bisognerebbe aver riguardo alla base d'asta comprensiva di tutti i lavori, anche appartenenti a categorie eterogenee, al fine di determinare se l'impresa appartenente al sub-raggruppamento orizzontale possa ritenersi qualificata per una classifica pari ad almeno un quinto dell'importo dei “*lavori a base d'asta*” e porre al denominatore il complesso di tutti i lavori posti a base d'asta.

11.3. Che questi lavori non possano essere intesi, nella loro totalità, come comprensivi di lavorazioni del tutto eterogenee, per i raggruppamenti misti, è

infatti reso evidente non solo dal fatto che l'art. 61, comma 2, ha inteso disciplinare la sola o, comunque, prevalente ipotesi del c.d. raggruppamento orizzontale (con esclusione di ogni forma di raggruppamento verticale c.d. puro, con suddivisione di singoli lavori per singole imprese in base alle diverse categorie, ipotesi, questa, regolata – come detto – dall'art. 92, comma 3), ma anche dal fatto che il beneficio del c.d. aumento del quinto, evidentemente, si riferisce sempre e comunque ad imprese che siano in grado di svolgere un quinto dei lavori a base d'asta per cui siano già abilitate e, dunque, per quella sola tipologia di lavori rientranti nella categoria di lavori per la quale abbiano già l'attestazione SOA.

11.4. Questo punto, come ricorda anche l'ordinanza di rimessione, è stato chiarito dall'Autorità Nazionale Anticorruzione – ANAC – nella delibera n. 45 del 22 gennaio 2020, su istanza singola di parere precontenzioso ai sensi dell'art. 211, comma 1, del d. lgs. n. 50 del 2016, laddove l'Autorità ha precisato che la condizione posta dall'art. 61, comma 2, del d.P.R. n. 207 del 2010 – per accedere al beneficio dell'incremento del quinto dei lavori a base di gara – è da intendersi *«nel senso che la categoria nella quale è necessario avere una classifica parti almeno a un quinto dei lavori è la stessa categoria per la quale si invoca l'estensione della portata abilitante dell'attestazione SOA»*.

11.5. Va chiarito, dunque, se e in che termini l'art. 61, comma 2, del d.P.R. n. 207 del 2010 si applichi anche al raggruppamento misto per via del rilievo che, nei singoli sub-raggruppamenti, a livello “orizzontale” si viene a creare, con riferimento alla specifica categoria di lavorazione, prevalente o scorporata, la medesima situazione di fatto, e di diritto, che in via generale contraddistingue il raggruppamento orizzontale.

12. L'art. 48, comma 6, *ad finem* del d. lgs. n. 50 del 2016 prevede, infatti, che i lavori riconducibili alla categoria prevalente o alle categorie scorporate *«possono essere assunti anche da imprenditori riuniti in raggruppamento temporaneo di tipo orizzontale»*.

12.1. Sul piano testuale, all'applicazione dell'art. 61, comma 2, del d.P.R. n. 267 del 2010 anche al sub-raggruppamento orizzontale, in ipotesi di c.d. raggruppamento misto, non osta invero il tenore letterale dello stesso art. 61, comma 2, quando fa riferimento all'«*importo dei lavori a base di gara*», perché la disposizione – dettata per l'ordinaria ipotesi di raggruppamento orizzontale c.d. totalitario, ove base d'asta e complesso di lavori omogenei alla stessa categoria coincidono – nella sua generica formulazione lascia invero un sufficiente margine interpretativo per ritenere, come rilevato dall'ordinanza di rimessione secondo un criterio di logicità e ragionevolezza, che questo importo vada commisurato alla tipologia di lavori che lo specifico sub-raggruppamento orizzontale deve realizzare.

12.2. Se è vero che la disposizione si riferisce all'ipotesi di raggruppamento orizzontale e non a quello di raggruppamento verticale (e, dunque, anche al raggruppamento c.d. misto, quale *species* del *genus* raggruppamento verticale), va tuttavia considerato che, nell'ambito del raggruppamento misto, per la categoria prevalente o scorporata, i cui lavori sono stati assunti da plurime imprese, si viene a creare, con riferimento al singolo sub-raggruppamento orizzontale, una ripartizione di compiti e competenze, non dissimile da quella del raggruppamento orizzontale c.d. totalitario, e questa situazione è del tutto assimilabile a quella del raggruppamento orizzontale, laddove la *lex specialis* consenta il ricorso al raggruppamento verticale con sub-raggruppamenti per singole lavorazioni scorporabili specificamente indicate.

12.3. Sul piano teleologico e sistematico, poi, il negare l'interpretazione – quantomeno estensiva, se non, addirittura, il ricorso all'applicazione analogica – dell'art. 61, comma 2, del d.P.R. n. 207 del 2010 anche al sub-raggruppamento, con ovvio riferimento e con specifica limitazione – per le ragioni dette – alla singola categoria di lavorazione prevalente o scorporata, significherebbe frapporre un ostacolo ingiustificato all'esistenza stessa del c.d. raggruppamento misto, pur ammesso dal legislatore (art. 48, comma 6, del codice dei contratti pubblici), e quindi disincentivare o addirittura impedire le

aggregazioni imprenditoriali che possono concorrere alle gare anche nella forma del c.d. raggruppamento misto, benché espressamente riconosciute dalla legge e dalla stessa stazione appaltante nella *lex specialis*.

12.4. Ciò verrebbe a creare una ingiustificata disparità di trattamento del sub-raggruppamento orizzontale rispetto alla disciplina stessa del raggruppamento orizzontale totalitario, nel quale – in via generale – il beneficio dell’incremento del quinto è ammesso proprio per consentire, entro certi limiti (la c.d. condizione del quinto), una più vasta partecipazione alle gare.

12.5. Non giova invero opporre che, a differenza del raggruppamento orizzontale c.c. totalitario, nel sub-raggruppamento orizzontale viene a crearsi una sub-associazione di imprese che svolgono una specifica categoria di lavori, spesso di gran lunga inferiori alla base d’asta, con conseguente frammentazione delle competenze e minor garanzia di affidabilità, rispetto a quanto richiesto dalla stazione appaltante.

12.6. Né è fondato il timore che, così ragionando, si incentiverebbe un eccessivo frazionamento dei requisiti partecipativi in un pulviscolo, per così dire, di imprese, ciascuna classificata addirittura fino al quinto aggiuntivo rispetto alla classifica della specifica categoria.

12.7. Infatti, la possibilità e, anzi, la concreta fattibilità di questo frazionamento – anche a prescindere dalla invocata possibilità di giovare dell’incremento del quinto – è insita non solo nella stessa astratta ammissibilità del raggruppamento misto, riconosciuto dall’art. 48, comma 6, del d. lgs. n. 50 del 2016, ma nella sua concreta previsione da parte da parte della *lex specialis*, con la conseguente ripartizione, evidentemente già “soppesata” a monte e prevista dalla stazione appaltante, delle lavorazioni in senso verticale e, nell’ambito di queste, di una loro esecuzione in forma orizzontale.

12.8. L’ancoraggio del beneficio ad una classifica pari ad almeno un quinto degli specifici lavori – e non già, irragionevolmente, alla totalità indistinta ed

eterogenea dei lavori posti a base d'asta – consente del resto una più specifica e mirata garanzia di professionalità dei singoli partecipanti al raggruppamento misto rispetto ad una classifica in ipotesi commisurata al complesso di tutti i lavori posti a base d'asta.

12.9. Tale ipotetica classifica, al di là, come detto, della sua stessa impossibilità logico-giuridica per essere la classifica sempre inerente e interna ad una specifica qualifica, comunque vanificherebbe ogni possibilità, per le imprese chiamate ad eseguire lavorazioni secondarie o tutto sommato marginali nell'economia dell'appalto, di giovare dell'incremento del quinto per la propria classifica in rapporto alla specifica e sola lavorazione, che sarebbero chiamate a svolgere.

13. Prima ancor che palesemente anticoncorrenziale, una simile interpretazione risulta irragionevole e, per altro verso, contrastante con il dettato normativo e l'intero sistema delle qualifiche e classifiche costruito dall'attuale legislazione, lo si ribadisce, su singole categorie di lavorazioni, e con ciò, per paradosso, ancor meno tutelante per le stazioni appaltanti, interessate non tanto a contrarre con imprese che abbiano, sul piano quantitativo, un certo fatturato, rapportato all'intera base d'asta, bensì ad avere quali contraenti associate imprese qualificate, sul piano qualitativo (e, dunque, in base alla classifica per categoria), all'esecuzione della specifica lavorazione nel raggruppamento misto.

13.1. Una interpretazione restrittiva di questo beneficio viene dunque ad introdurre, per il raggruppamento misto, una limitazione ed uno sbarramento comunque sproporzionati rispetto alla finalità – quella, cioè, di tutelare la pubblica amministrazione da una eccessiva frammentazione di imprese e requisiti – che tale rigorosa impostazione professa di volere raggiungere, con l'asserito “blocco” della premialità (v., in questo senso, la già richiamata pronuncia di Cons. St., sez. III, 13 aprile 2021, n. 3040).

14. D'altro canto sul piano sistematico, come pure rammenta l'ordinanza di rimessione, rileva anche la prassi applicativa dell'art. 92, comma 2, dello d.P.R.

n. 207 del 2010 in tema di requisiti minimi per la composizione dei raggruppamenti orizzontali.

14.1. Benché la disposizione – che, come si è detto, viene espressamente richiamata dall’art. 61, comma 2 – faccia riferimento, nello scolpire la misura minima dei requisiti di qualificazione economico-finanziari e tecnico-organizzativi che l’impresa mandataria deve assumere nell’ambito di un raggruppamento di tipo orizzontale, ai “*requisiti richiesti nel bando di gara*” (esattamente come per l’art. 61 del d.P.R. n. 207 del 2010), essa è coerentemente interpretata, per consolidato intendimento, nel senso che «*la verifica della situazione ‘maggioritaria’, in caso di raggruppamento misto, [debba] avvenire avendo riferimento alle singole categorie scorporabili (della specifica gara), e non all’intero raggruppamento*» (Cons. St., sez. V, 9 dicembre 2020, n. 7751; Cons. St., sez. VI, 15 ottobre 2018, n. 5919 e, nel vigore del d. lgs. n. 163 del 2006 ora abrogato, già C.G.A.R.S., Sez. I, 11 aprile 2008, n. 306).

14.2. Come nel caso esaminato dalla pronuncia della sezione V, appena citata, l’interpretazione qui preferita è quella maggiormente rispondente ai principi europei, che prevedono ampia partecipazione alle procedure di gara dei raggruppamenti temporanei ed al principio europeo di massima libertà di autoorganizzazione delle imprese (cfr. l’art. 19, par. 2, della direttiva 2014/24/UE e il considerando n. 15, su cui, di recente, Cons. St., sez. V, 4 maggio 2020, n. 2785).

14.3. Nella medesima prospettiva sistematica, come rilevato dalla sezione rimettente, l’art. 48, comma 5, del d. lgs. n. 50 del 2016 è chiaro nel limitare la responsabilità per le imprese mandanti alle sole prestazioni effettivamente assunte, sicché, in sostanza, il parametro per la perimetrazione degli obblighi delle mandanti, sia nei confronti della stazione appaltante che nei confronti dei terzi, è costituito dalla singola tipologia di prestazione assunta, ricada nella “*categoria prevalente*” o in una diversa “*categoria scorporata*”.

14.4. Sulle esposte premesse, si giustifica allora, nella prospettiva, auspicata dall’ordinanza di rimessione, di una lettura orientata alla necessaria coerenza

sistematica del regime di qualificazione dei concorrenti plurisoggettivi, una interpretazione “orientata” (od “adeguatrice”) dell’art. 61, comma 2, del d.P.R. n. 207 del 2010, nel senso che, nei raggruppamenti di tipo misto, i componenti di ciascuno dei sub-raggruppamenti di tipo orizzontale siano abilitati a partecipare alle gare e ad eseguire i lavori «*nei limiti della propria classifica incrementata di un quinto*», purché siano qualificati per una classifica pari ad almeno un quinto «*dell’importo della categoria di lavori cui lo stesso componente partecipa*».

14.5. In tal senso si è, come già accennato, da tempo espressa anche l’Autorità Nazionale Anticorruzione, la quale ha ritenuto (nel previgente, ma identico contesto normativo) che «*la disposizione di cui all’art. 3, comma 2, del d.P.R. 34/2000 che permette alle imprese raggruppate o consorziate di considerare la propria classifica incrementata di un quinto, qualora qualificate per almeno un quinto dell’importo a base di gara*» dovesse, in quanto applicata «*anche alle ATI verticali o miste*», essere interpretata nel senso (ritenuto addirittura “evidente”) che «*la suddetta condizione va[da] riferita ai singoli importi della categoria prevalente e delle altre categorie scorporabili*» (cfr. la deliberazione n. 377 del 5 novembre 2001, nonché, più di recente, la già richiamata deliberazione n. 45 del 22 gennaio 2020).

15. Questo Consiglio di Stato ha condiviso tale interpretazione di ordine sistematico, allorché ha statuito, ad esempio, che - in difetto di una disposizione speciale derogatoria e in assenza di qualsivoglia distinzione operata dall’art. 48, comma 1, del d. lgs. n. 50 del 2016 tra raggruppamenti orizzontali relativi alla categoria prevalente e raggruppamenti orizzontali relativi alle categorie scorporabili - nei raggruppamenti misti ogni sub-raggruppamento debba essere esaminato autonomamente, con la conseguenza che la verifica del possesso della qualificazione della mandataria nella misura minima del 40% (stabilita dall’art. 92, comma 2, del d.P.R. n. 207 del 2010 per i raggruppamenti orizzontali negli appalti di lavori), con riferimento alla singola categoria scorporabile della cui realizzazione la stessa è partecipe unitamente a una o più mandanti, deve essere effettuata in capo

all'impresa capogruppo del sub-raggruppamento (Cons. St., sez. VI, 15 ottobre 2018, n. 5919).

16. E del resto, a tutela dell'interesse pubblico sotteso all'apertura della gara a r.t.i. di tipo verticale o misto, la partecipazione alle gare pubbliche mediante raggruppamento temporaneo di tipo verticale – peraltro nella ulteriore e più articolata forma del c.d. raggruppamento c.d. misto – non può ritenersi libera e rimessa all'esclusiva volontà dei concorrenti, poiché, per la costante giurisprudenza, in tanto il raggruppamento di tipo verticale è ammesso alla gara in quanto ciò sia previsto dalla *lex specialis*, attraverso la distinzione fra prestazioni prevalenti o principali e prestazioni scorporabili o secondarie, ai sensi dell'art. 48, comma 1 e 2, del d. lgs. n. 50 del 2016 (v., *ex plurimis*, Cons. St., sez. V, 9 dicembre 2020, n. 7751, Cons. St., sez. V, 4 maggio 2020, n. 2785, entrambe già citate, nonché Cons. St., sez. V, 5 aprile 2019, n. 2243).

17. Conclusivamente, alla luce di quanto sin qui si è chiarito, si deve rispondere al quesito formulato dalla V sezione affermando il seguente principio di diritto:

«la disposizione dell'art. 61, comma 2, del d.P.R. n. 207 del 2010, laddove prevede, per il raggruppamento c.d. orizzontale, che l'incremento premiale del quinto 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, si applica anche, per il raggruppamento c.d. misto, alle imprese del singolo sub-raggruppamento orizzontale per l'importo dei lavori della categoria prevalente o della categoria scorporata a base di gara».

18. Spetterà alla sezione rimettente, a cui questa Adunanza restituisce gli atti per il prosieguo del giudizio, valutare la rilevanza in concreto di tale principio di diritto, anche in base a quanto rilevato *supra* al § 6.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Adunanza Plenaria), non definitivamente pronunciando sull'appello:

- enuncia il principio di diritto esposto in motivazione (§ 17);

- rimette la controversia alla Sezione per la definizione del giudizio e le rimanenti statuizioni, anche in ordine alle spese.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del giorno 14 dicembre 2022, con l'intervento dei magistrati:

Luigi Maruotti, Presidente

Carmine Volpe, Presidente

Gianpiero Paolo Cirillo, Presidente

Luciano Barra Caracciolo, Presidente

Ermanno de Francisco, Presidente

Michele Corradino, Presidente

Roberto Giovagnoli, Presidente

Andrea Pannone, Consigliere

Vincenzo Neri, Consigliere

Fabio Franconiero, Consigliere

Massimiliano Noccelli, Consigliere, Estensore

Angela Rotondano, Consigliere

Giovanni Sabato, Consigliere

IL PRESIDENTE

Luigi Maruotti

L'ESTENSORE

Massimiliano Noccelli

IL SEGRETARIO