

Publicato il 13/01/2023

N. 00002/2023REG.PROV.COLL.
N. 00037/2022 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. 37 del 2022 del ruolo dell'Adunanza Plenaria, proposto dalla s.r.l. Pignataro Costruzioni Generali, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in proprio e in qualità di capogruppo mandataria del r.t.i. con C.M.E. s.r.l., mandante, e con Costruzioni Ruberto s.r.l., mandante, tutti rappresentati e difesi dall'Avvocato Antonio Bifulco, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

la Provincia di Brescia, in persona del Presidente della Giunta Regionale *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocato Magda Poli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Sistina, n. 42;

Ca.Me.Ca. s.r.l. unipersonale, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocato Ferdinando Pacelli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

la Centrale Unica di Committenza "Area Vasta Brescia", in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituita in giudizio;

la s.r.l. Tucillo Francesco e Umberto, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituito in giudizio;

per la riforma

della sentenza n. 1001 del 30 novembre 2021 del Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia, sezione staccata di Brescia, sez. II, resa tra le parti, che ha respinto il ricorso dell'odierna appellante, Pignataro Costruzioni Generali s.r.l., contro il provvedimento n. 725 del 12 maggio 2021 del Direttore della Centrale Unica di Committenza "*Area Vasta di Brescia*", che ha annullato in autotutela la proposta di aggiudicazione in favore dell'odierna appellante, disponendo contestualmente lo scorrimento della graduatoria a favore del r.t.i. Ca.Me.Ca. s.r.l. unipersonale, composto da Ca.Me.Ca. stessa e da Tucillo Francesco e Umberto s.r.l.

visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

visti gli atti di costituzione in giudizio di Provincia di Brescia e di Ca.Me.Ca. S.r.l. Unipersonale;

visti tutti gli atti della causa;

vista l'ordinanza n. 7310 del 19 agosto 2022 della V sezione di questo Consiglio di Stato, che ha deferito la questione all'Adunanza plenaria;

relatore nell'udienza pubblica del giorno 14 dicembre 2022 il Consigliere Massimiliano Noccelli e uditi per l'odierna appellante, Pignataro Costruzioni Generali s.r.l., l'Avvocato Antonio Bifolco, per la controinteressata, Ca.Me.Ca. s.r.l. unipersonale, l'Avvocato Ferdinando Pacelli e per la Provincia di Brescia, odierna appellata, l'Avvocato Raffaella Rizzardi per delega dell'Avvocato Magda Poli;

ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La Centrale Unica di Committenza (di qui in avanti, per brevità, CUC) dell'Area Vasta della Provincia di Brescia, con bando di data 25 gennaio 2021, ha indetto una procedura aperta per l'affidamento dei lavori di

consolidamento del ponte esistente sul fiume Mella nel Comune di Concesio, lungo la SP 19 “*Concesio-Ospitaletto*”.

1.1. L'importo complessivo a base di gara è pari a € 2.672.652,42 (IVA esclusa, ma compresi gli oneri per la sicurezza, pari a € 106.181,28).

1.2. La tabella 2 dell'art. 3 del bando, come rettificata con la FAQ n. 1 del 26 gennaio 2021, divide i lavori nelle seguenti categorie:

a) OS18-A (Componenti strutturali in acciaio), classifica III-*bis*, per un importo pari a € 1.760.548,82, ossia il 65,873% del totale (categoria prevalente);

b) OG3 (Strade, autostrade, ponti e viadotti), classifica III, per un importo pari a € 707.585,70, ossia il 26,475% del totale (categoria scorporabile);

c) OS11 (Apparecchiature strutturali speciali), classifica I, per un importo pari a € 165.684,21, ossia il 6,199% del totale (categoria scorporabile);

d) OS12-A (Barriere stradali di sicurezza), classifica I, per un importo pari a € 38.833,69, ossia l'1,453% del totale (categoria scorporabile).

1.3. In relazione alle prime tre categorie è prevista la qualificazione obbligatoria.

1.4. Per l'aggiudicazione è stato scelto il criterio del minor prezzo, ai sensi dell'art. 36, comma 9-*bis*, del d. lgs. n. 50 del 2016.

1.5. All'esito della gara, si è collocato al primo posto il r.t.i. Pignataro, costituito dalle seguenti imprese:

a) Pignataro Costruzioni Generali s.r.l. (mandataria: di qui in avanti, per brevità, solo Pignataro), qualificata nella categoria OS18-A (classifica III) ed esecutrice del 70% di tali lavori (€ 1.232.384,174), nonché qualificata nella categoria OG3 (classifica III) ed esecutrice del 100% di tali lavori (€ 707.585,70), per una quota nel raggruppamento pari al 72,586%;

b) C.M.E. s.r.l. (mandante), qualificata nella categoria OS18-A (classifica II) ed esecutrice del 30% di tali lavori (€ 528.164,646), per una quota nel raggruppamento pari al 19,762%;

c) Costruzioni Ruberto s.r.l. (mandante), qualificata nella categoria OS11 (classifica V) ed esecutrice del 100% di tali lavori (€ 165.684,21), nonché qualificata nella categoria OS12-A (classifica IV-*bis*) ed esecutrice del 100% di tali lavori (€ 38.833,69), per una quota nel raggruppamento pari al 7,652%.

1.6. Il direttore della CUC, con il provvedimento n. 254 di data 23 febbraio 2021, ha approvato gli atti di gara e proposto l'aggiudicazione al RTI Pignataro, che aveva offerto un ribasso pari al 19,722%.

1.7. In seguito, tuttavia, il direttore della CUC, con il provvedimento n. 725 del 12 maggio 2021, ha annullato in autotutela la proposta di aggiudicazione, disponendo contestualmente lo scorrimento della graduatoria a favore del r.t.i. Ca.Me.Ca. s.r.l. unipersonale, composto da Ca.Me.Ca. s.r.l. (mandataria: di qui in avanti, per brevità, solo Ca.Me.Ca.) e da Tuccillo Francesco e Umberto s.r.l. (mandante), che aveva offerto un ribasso pari al 19,676%.

1.8. L'intervento in autotutela si basa sul difetto di qualificazione della mandante C.M.E. s.r.l. del r.t.i. Pignataro perché tale impresa è in possesso della certificazione SOA per la categoria OS18-A solo fino alla classifica II (€ 516.000), mentre per eseguire la sua quota di lavori in questa categoria (€ 528.164,646) dovrebbe disporre almeno della classifica III.

1.9. Non è possibile superare questo problema attraverso lo strumento dell'incremento del quinto ai sensi dell'art. 61, comma 2, del d.P.R. 5 ottobre 2010 n. 207, in quanto per le imprese inserite in un raggruppamento questo beneficio è subordinato al possesso di una classifica pari ad almeno un quinto «*dell'importo dei lavori a base di gara*» (condizione del quinto) e, nello specifico, la classifica II si ferma al 19,307% dell'importo complessivo dell'appalto (€ 2.672.652,42).

2. Contro il provvedimento in autotutela, e contro gli atti presupposti, compreso il bando di gara nell'interpretazione fatta propria dalla stazione appaltante, ha presentato impugnazione Pignataro, in proprio e quale mandataria del r.t.i. in origine aggiudicatario, avanti al Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia, sezione staccata di Brescia.

2.1. La tesi del ricorso proposto in prime cure si basa sul rilievo che la condizione del quinto, a cui è subordinato l'incremento previsto dall'art. 61, comma 2, del d.P.R. n. 207 del 2010, dovrebbe essere verificata, nel caso di raggruppamenti misti e, cioè, verticali con sub-raggruppamenti orizzontali, non sull'importo complessivo a base di gara, ma sull'importo della categoria a cui partecipa l'impresa interessata, senza tenere conto delle altre categorie.

2.2. Seguendo questa interpretazione, C.M.E. sarebbe qualificata, in quanto la classifica II rappresenta il 29,309% dell'importo della categoria OS18-A (€ 1.760.548,82).

2.3. Oltre all'annullamento, previa sospensione, degli atti impugnati, è stata chiesta la declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente stipulato e, in subordine, è stata chiesta la condanna al risarcimento del danno, indicato nelle spese di partecipazione alla gara, nel lucro cessante (10% dell'importo offerto), e nel mancato accrescimento della qualificazione professionale (3% in via equitativa dell'importo a base di gara).

2.4. La Provincia di Brescia e Ca.Me.Ca., controinteressata, si sono costituite nel primo grado del giudizio, chiedendo la reiezione del ricorso.

2.5. Il Tribunale, con l'ordinanza n. 177 del 14 giugno 2021, ha respinto la domanda cautelare, che però è stata accolta in sede di appello cautelare con l'ordinanza n. 4971 del 13 settembre 2021 di questo Consiglio di Stato.

3. Con la sentenza n. 1001 del 30 novembre 2021, infine, il Tribunale ha respinto il ricorso.

3.1. In sintesi, secondo il primo giudice, il punto controverso è se nell'applicazione dell'art. 61 comma 2 del d.P.R. n. 207 del 2010 vada seguita un'interpretazione letterale (v., sul punto, Cons. St., sez. III, 13 aprile 2021 n. 3040) o un'interpretazione adeguatrice, che tenga conto della particolarità dei raggruppamenti misti, dove all'interno delle categorie verticali sono inseriti subraggruppamenti orizzontali.

3.2. L'art. 61, comma 2, osserva la sentenza impugnata, è facilmente applicabile ai raggruppamenti orizzontali, caratterizzati dall'interscambiabilità

delle prestazioni tra le varie imprese raggruppate.

3.3. In questo caso, il confronto tra la classifica posseduta e l'importo complessivo a base di gara avviene tra grandezze omogenee, costituendo un sicuro indicatore di competenza professionale.

3.4. Quando si applica la medesima regola al sub-raggruppamento orizzontale di un raggruppamento misto, il denominatore è costituito dall'importo complessivo a base di gara, che include tutte le categorie.

3.5. Ne deriverebbe che la condizione del quinto risulta molto più difficile da conseguire per un'impresa che possieda una classifica di valore limitato rispetto all'importo a base di gara.

3.6. In altri termini, negli appalti complessi, dove accanto alla categoria prevalente sono presenti diverse categorie scorporabili, l'impresa marginale collocata in uno dei sub-raggruppamenti orizzontali conferisce al raggruppamento un contributo che, non attingendo al beneficio del quinto, potrebbe risultare insufficiente per il rispetto della soglia di qualificazione richiesta dal bando, come si è verificato nel caso in esame.

3.7. Questa situazione tuttavia, se osservata dalla prospettiva del raggruppamento, non si traduce automaticamente in un ostacolo alla partecipazione alla gara.

3.8. In realtà, secondo il Tribunale, il raggruppamento è uno strumento flessibile, che consente di regolare preventivamente le quote di esecuzione dei lavori, per farle corrispondere alle qualificazioni espresse in categorie e classifiche sicché, al momento della formazione dell'offerta, sarebbe sempre possibile coinvolgere ulteriori imprese, e in particolare imprese marginali, per raggiungere la soglia minima di qualificazione richiesta dal bando dal momento che la necessità, nota fin dall'inizio, di aumentare il numero delle imprese associate non può essere considerata un onere sproporzionato o eccessivamente difficile.

3.9. Ne conseguirebbe che l'interpretazione letterale dell'art. 61, comma 2, del d.P.R. n. 207 del 2010 non determina effetti anticoncorrenziali, mentre effetti

negativi per l'interesse pubblico deriverebbero invece dall'interpretazione adeguatrice, che suddivide il valore complessivo dell'appalto negli importi delle singole categorie.

4. Il beneficio del quinto è già per sé un istituto che indebolisce le garanzie di affidabilità e professionalità collegate alla griglia delle attestazioni SOA, perché permette di eseguire lavori oltre la qualificazione posseduta.

4.1. Calcolando il quinto sul valore a base di gara, la deroga rimarrebbe circoscritta, secondo il Tribunale, in quanto l'impresa deve comunque possedere un congruo livello di esperienza professionale rispetto all'insieme dei lavori.

4.2. Al contrario, se si calcola il quinto sulla singola categoria, si introduce una leva che potrebbe moltiplicare l'accesso ai lavori da parte di imprese non qualificate, aumentando i rischi di una non corretta esecuzione dell'appalto.

5. Avverso tale sentenza ha proposto appello Pignataro e, nel dedurne l'erroneità sulla base di una non condivisibile interpretazione dell'art. 61, comma 2, del d.P.R. n. 207 del 2010, ne ha chiesto, previa sospensione dell'esecutività, la riforma, con il conseguente annullamento degli atti gravati in prime cure.

5.1. Si sono costituite la Provincia di Brescia e Ca.Me.Ca., controinteressata, per chiedere la reiezione dell'appello.

5.2. Con l'ordinanza n. 878 del 25 febbraio 2022, il Collegio ha accolto la domanda cautelare proposta dall'appellante e, al fine di mantenere la *res adhuc integra*, ha sospeso l'esecutività della sentenza impugnata.

5.3. Con l'ordinanza n. 7310 del 19 agosto 2022, la sezione V di questo Consiglio di Stato ha 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 lo stesso art. 61, comma 2, 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 ciascuna delle imprese concorrenti in forma di

raggruppamento temporaneo, il presupposto della sussistenza, per ciascuna delle imprese aggregate, di 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 l'esistenza di due divergenti orientamenti ritenuti entrambi non condivisibili (rispettivamente rappresentati dall'indirizzo di 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 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, Ca.Me.Ca. e la Provincia di Brescia hanno insistito nella loro prospettazione difensiva e hanno chiesto il rigetto dell'appello.

5.6. 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 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 consorzata, 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, istituto 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 di 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 inteso codificare 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 si traduce nell'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 si qualifica 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 pur necessaria suddivisione dei compiti, congeniale allo strumento del raggruppamento di imprese, non comprometta l 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, è chiamata ad eseguire i lavori della categoria scorporata e deve avere la classifica «*nella misura indicata per l'impresa singola*» e potrà 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 si è riferito espressamente, invece, ai 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 sempre esemplificativamente 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 previsto da alcuna disposizione di 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. Si tratta, dunque, di capire se e in che termini la disciplina dettata dall'art. 61, comma 2, del d.P.R. n. 207 del 2010 possa trovare applicazione 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. 207 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 suggerisce l'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), occorre tuttavia considerare 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, è evidente che 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. 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 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 – garantisce 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 appare 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 di questo Consiglio di Stato, 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, assumendo tutte le determinazioni del caso, anche quelle inerenti alle spese del giudizio.

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