

Publicato il 10/03/2020

N. 00150/2020 REG.PROV.COLL.  
N. 00819/2019 REG.RIC.



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

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna**

**(Sezione Prima)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 819 del 2019, proposto da Infrastrutture e Consolidamenti S.r.l., in proprio ed in qualità di capogruppo mandataria del costituendo raggruppamento d'impresе con il Consorzio Stabile del Mediterraneo S.C.A.R.L., rappresentata e difesa dall'avvocato Federico Liccardo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

*contro*

Anas S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Pietro Raniero Allori e Cecilia Ticca, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

*nei confronti*

Società Costruzioni Ruberto S.r.l., rappresentata e difesa dall'avvocato Antonio Melucci, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

*e con l'intervento di*

ad opponendum:

Società Costruzioni Ruberto S.r.l., rappresentata e difesa dall'avvocato Antonio Melucci, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

*per l'annullamento*

- 1) della nota prot. n. 0642013 del 13 novembre 2019 con la quale l'A.N.A.S. ha comunicato al costituendo R.T.I. ricorrente l'esclusione dalla procedura di gara bandita per l'affidamento dell'appalto denominato "DG 34/18 Lotto 22 Sardegna – Sassari \_ BIS. Cocide CIG: 7685195789 – Accordo quadro quadriennale per l'esecuzione dei lavori di manutenzione straordinaria sul corpo stradale, suddiviso in n. 22 Lotti?";
- 2) del verbale del 28 ottobre 2019 relativo alla seduta all'esito della quale la Commissione di gara ha disposto l'esclusione dalla procedura di gara del costituendo R.T.I. ricorrente;
- 3) di ogni altro atto ad essi connesso conseguente o preliminare lesivo degli interessi dedotti in giudizio;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Anas S.p.A. e di Società Costruzioni Ruberto S.r.l.;

Visto l'atto di intervento ad opponendum della Società Costruzioni Ruberto S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 19 febbraio 2020 il dott.

Tito Aru e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con determina a contrarre n. CDG-0641253-I del 29 novembre 2018, A.N.A.S. S.p.A. deliberava di affidare i lavori di manutenzione straordinaria sul corpo stradale dell'intera nazione per un importo complessivo pari ad Euro 440.000.000,00, di cui euro 413.600.000,00 per lavori ed euro 26.400.000,00 per oneri della sicurezza.

2. Ai sensi del disciplinare di gara l'appalto, da affidare mediante procedura aperta e con applicazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo, era suddiviso in 22 lotti di identico importo.

2.1 In particolare ciascuno lotto - pari ad euro 20.000.000,00, di cui euro 18.800.000,00 per lavori ed euro 1.200.000,00 per oneri della sicurezza - prevedeva due tipologie di lavorazioni:

a) interventi relativi alla categoria OG3, in tutti i lotti indicata come categoria prevalente, essendo di importo maggiore, corrispondente ad euro 10.200.000,00;

b) interventi relativi alla categoria OS21, indicata invece come scorporabile, per un importo di euro 9.800.000,00.

3. La società Infrastrutture e Consolidamenti ed il Consorzio Stabile del Mediterraneo partecipavano alla gara per il Lotto n. 22 (Sardegna – Sassari Bis) – in forma di raggruppamento temporaneo d'impresa di tipo misto, così composto:

1) Infrastrutture e Consolidamenti - 60% della categoria prevalente OG3 - 15% della categoria scorporabile OS21;

2) Consorzio Stabile del Mediterraneo - 40 % della categoria prevalente OG3 ed 85% della categoria scorporabile OS21.

4. Nel corso della seduta del 28 ottobre 2019, tuttavia, la Commissione di Gara disponeva l'esclusione del costituendo raggruppamento ricorrente sulla base della seguente motivazione:

*“In considerazione dell’articolo 83, comma 8, del D. Lgs. n. 50/2016 nella parte in cui prevede che ..... La mandataria in ogni caso deve possedere i requisiti ed eseguire le prestazioni in misura maggioritaria”, risulta del tutto evidente che la mandataria del RTI non può eseguire opere per il 38% del complessivo importo delle lavorazioni previste dal bando di gara (ovvero per l’importo di euro 7.600.000,00) e la mandante di contro il 62% (e quindi per complessivi euro 12.400.000,00). Tale errata strutturazione dell’A.T.I., inoltre, non può essere oggetto di soccorso istruttorio, anche nel caso in cui il raggruppamento sia nel suo insieme in possesso del requisito di qualificazione sufficiente all’esecuzione dell’intera quota dei lavori, come sancito dalla sentenza del Consiglio di Stato in Adunanza Plenaria n.00006/2019”.*

5. In data 13 novembre 2019, con la nota impugnata, la stazione appaltante provvedeva a comunicare la disposta esclusione dalla procedura di gara.

6. Avverso le anzidette determinazioni assunte dalla stazione appaltante la società ricorrente ha proposto il ricorso in esame affidandolo ai seguenti motivi:

1) Violazione dell’art. 48, commi 1 e 6, del d.lgs. n. 50/2016 - Violazione dell’art. 83, comma 8, del d.lgs. n. 50/2016 - Violazione dell’art. 84 del d.lgs. n. 50/2016 - Violazione dell’art. 92, comma 2, del d.p.r. n. 207/2010 - Violazione del punto 7.4 del disciplinare di gara - Carezza di istruttoria - Eccesso di potere - Illogicità manifesta, presupposto erroneo, travisamento dei fatti: in quanto la Commissione di gara non avrebbe considerato la struttura e la natura del costituendo raggruppamento d’imprese ricorrente (di tipo misto,

ossia un raggruppamento caratterizzato dal concorso di elementi del tipo “verticale”, e da elementi del tipo “orizzontale), limitandosi a verificare il dato quantitativo dell’importo dei lavori di competenza di ciascuna delle imprese raggruppate.

7. In subordine la ricorrente ha chiesto il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell’Unione europea, ai sensi dell’art. 267 del trattato sul funzionamento dell’Unione europea, per accertare se l’art. 83, comma 8, così come interpretato dall’A.N.A.S., si ponga in contrasto con l’art. 19, paragrafo 2, della Direttiva Comunitaria 24/18 nella parte in cui prescrive che *“I raggruppamenti di operatori economici, comprese le associazioni temporanee, sono autorizzati a partecipare a procedure di appalto. Essi non possono essere obbligati dalle amministrazioni aggiudicatrici ad avere una forma giuridica specifica ai fini della presentazione di un’offerta o di una domanda di partecipazione. Ove necessario, le amministrazioni aggiudicatrici possono specificare nei documenti di gara le modalità con cui i raggruppamenti di operatori economici devono ottemperare ai requisiti in materia di capacità economica e finanziaria o di capacità tecniche e professionali di cui all’articolo 58, purché ciò sia proporzionato e giustificato da motivazioni obiettive. Gli Stati membri possono stabilire le condizioni generali relative all’ottemperanza a tali modalità da parte degli operatori economici. Le condizioni per l’esecuzione di un appalto da parte di tali gruppi di operatori economici, diverse da quelle imposte a singoli partecipanti, sono giustificate da motivazioni obiettive e sono proporzionate”*, poiché, limitando senza alcuna giustificazione meritevole di tutela la libertà organizzativa delle imprese, contrasterebbe altresì con i principi di proporzionalità, di libera concorrenza e di libertà delle forme dei concorrenti.

8. Concludeva quindi la ricorrente chiedendo, previa sospensione, l'annullamento dei provvedimenti impugnati, con ogni conseguente pronuncia di legge.

9. Per resistere al ricorso si è costituita in giudizio l'ANAS che, con articolate difese scritte, ne ha chiesto il rigetto, vinte le spese.

10. Con decreto presidenziale n. 287 del 26 novembre 2019 è stata respinta la domanda di misure cautelari monocratiche.

11. Alla camera di consiglio del 4 dicembre 2019 la domanda cautelare è stata accolta, con ordinanza n. 296 del 2019, disponendosi l'ammissione con riserva dell'interessata alla procedura di gara.

12. In data 12 dicembre 2019 ha spiegato intervento ad opponendum la società Costruzioni Ruberto s.r.l., unica concorrente rimasta in gara, che, con scritti difensivi, ha chiesto il rigetto del ricorso, con ogni conseguenza di legge.

13. In vista dell'udienza di trattazione l'interveniente ha depositato memorie con le quali ha insistito nelle già rassegnate conclusioni.

14. Alla pubblica udienza del 19 febbraio 2020, sentiti i difensori delle parti, la causa è stata posta in decisione.

## DIRITTO

Il ricorso è fondato.

1. La società Infrastrutture e Consolidamenti ed il Consorzio Stabile del Mediterraneo hanno partecipato alla procedura di gara precisata in narrativa impegnandosi, in caso di aggiudicazione, a costituire un raggruppamento temporaneo d'impresе in cui:

a) la prima, quale capogruppo mandataria, avrebbe eseguito il 60% (euro 6.120.000,00) della categoria prevalente OG3 ed il 15% (euro 1.470.000,00) della categoria scorporabile OS21, pari al 38% del valore complessivo delle opere;

b) la seconda, quale mandante, avrebbe eseguito il 40% (Euro 5.100.000,00) della categoria prevalente OG3 e l'85% (Euro 8.330.000,00) della categoria scorporabile OS21, pari al 62% del valore complessivo delle opere.

2. Si tratta, come evidente, di un raggruppamento d'impresе di tipo misto, ovvero di un'articolazione complessa di raggruppamento caratterizzato dal concorso di elementi del tipo "verticale", atteso che le prestazioni della categoria prevalente e di quella scorporabile sono eseguite da imprese diverse, e da elementi del tipo "orizzontale", atteso che le medesime imprese partecipano contestualmente, seppur in diversa misura, all'esecuzione tanto della prestazione principale (categoria prevalente) quanto di quella secondaria (categoria scorporabile).

3. Il provvedimento di esclusione impugnato si fonda sulla ritenuta violazione, da parte del costituendo raggruppamento ricorrente, del disposto dell'art. 83, comma 8, del D.Lgs. n. 50/2016 nella parte in cui prescrive che la *"...la mandataria in ogni caso deve possedere i requisiti ed eseguire le prestazioni in misura maggioritaria..."*.

3.1 In particolare la Commissione di gara ha ritenuto sussistente la violazione dell'anzidetta disposizione muovendo dal dato quantitativo dell'importo complessivo dei lavori di competenza di ciascuna delle imprese raggruppate, argomentando che *"... la mandataria del RTI non può eseguire opere per il 38% del complessivo importo delle lavorazioni previste dal bando di gara (ovvero per l'importo di euro 7.600.000,00) e la mandante di contro il 62% (e quindi per complessivi euro 12.400.000,00)"*.

4. Le determinazioni assunte dalla stazione appaltante non trovano, tuttavia, ad avviso del Collegio, un riscontro nel dato normativo.

5. Come detto il raggruppamento temporaneo misto è un raggruppamento temporaneo di tipo verticale al cui interno possono essere presenti sub raggruppamenti di tipo orizzontale.

Tale struttura partecipativa alle gare pubbliche è consentita dall'art. 48, comma 6, del D.Lgs. n. 50/2016, che (tra l'altro) dispone espressamente che *"...I lavori riconducibili alla categoria prevalente ovvero alle categorie scorporate possono essere assunti anche da imprenditori riuniti in raggruppamento temporaneo di tipo orizzontale..."*.

5.1 Nelle associazioni temporanee di tipo misto, cioè, in ognuna delle categorie previste nel bando (prevalente e/o scorporabili) può essere presente una sub associazione orizzontale per la quale non vi è dubbio che valgano le disposizioni previste per l'associazione orizzontale dall'art. 92, comma 2, del d.P.R. 207/2010.

5.2 Riguardo al requisito minimo di qualificazione del 40%, la giurisprudenza ha sottolineato che - in difetto di una disposizione speciale derogatoria e non distinguendo l'art. 48, comma 1, del d. lgs. n. 50/2016 tra raggruppamenti orizzontali relativi alla categoria prevalente e raggruppamenti orizzontali relativi alle categorie scorporabili - nel raggruppamento misto ogni sub raggruppamento deve essere esaminato autonomamente.

5.3 In particolare, la verifica del possesso della qualificazione della mandataria nella misura minima del 40% (stabilita dall'art. 92, comma 2, d.P.R. 207/2010 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 (Consiglio di Stato, Sezione VI, 15 ottobre 2018, n. 5919).



5.3. Con la precisazione che ben può ipotizzarsi la costituzione di un raggruppamento misto in cui la capogruppo dell'intero raggruppamento, così qualificata per la categoria prevalente, sia nel contempo mandante del sub-raggruppamento costituito per l'esecuzione della categoria scorporabile.

6. Orbene, come giustamente evidenzia la ricorrente, la disciplina del raggruppamento misto è peraltro contenuta nel comma che regola i raggruppamenti verticali, ove la mandataria è identificata non sotto il profilo quantitativo ma qualitativo, e cioè come l'impresa che esegue le lavorazioni di cui alla categoria prevalente.

7. E la giurisprudenza che ha più volte avuto modo di indagare l'anzidetta tipologia di raggruppamento di imprese, valorizzando l'anzidetta collocazione sistematica dell'istituto, ha evidenziato che nelle associazioni miste la mandataria è identificata esclusivamente con l'impresa che esegue le lavorazioni di cui alla categoria prevalente; e che nel caso in cui quest'ultima sia assunta da più imprese (dando luogo ad una sub-associazione orizzontale) è la mandataria di tale sub-raggruppamento che deve eseguire le lavorazioni e possedere i requisiti in misura maggioritaria rispetto alle altre imprese mandanti.

7.1 In entrambi i casi, cioè, quel che assume rilevanza ai fini della corretta costituzione del raggruppamento è l'aspetto qualitativo del possesso in capo alla mandataria della qualificazione e dell'esecuzione maggioritaria delle lavorazioni di cui alla categoria prevalente.

8. Con riguardo al caso di specie, le anzidette condizioni sono senz'altro rispettate per la categoria prevalente, avendo la ricorrente

assunto, quale capogruppo mandataria, la quota maggioritaria, pari al 60%, della categoria prevalente OG3.

9. Sennonché la stazione appaltante ha affermato che nei raggruppamenti misti non è sufficiente che la mandataria posseda semplicemente la quota maggioritaria della categoria prevalente ma è necessario che detenga ed esegua – comunque - anche la quota maggioritaria dell'intero appalto.

9.1 E ciò al fine di assicurare alla stazione appaltante che l'impresa mandataria capogruppo sia, in concreto, il soggetto più qualificato e affidabile del raggruppamento.

9.2 E siccome, nel caso di specie, la mandataria ha dichiarato di eseguire opere per il 38% del complessivo importo delle lavorazioni e la mandante di contro il 62%, la Stazione appaltante, ritenendo violato l'art. 83 comma 8 del Codice degli appalti e del punto 7.4 del Disciplinare di Gara che prescriveva che: *“nei raggruppamenti temporanei la mandataria deve in ogni caso possedere i requisiti ed eseguire le prestazioni in misura maggioritaria”*, ha escluso il raggruppamento dalla gara.

10. Come detto il Collegio non condivide tuttavia l'anzidetta interpretazione del quadro normativo vigente per diverse ragioni.

10.1. In primo luogo per il dato testuale delle disposizioni richiamate che non richiedono, ai fini della corretta composizione di un raggruppamento temporaneo misto partecipante ad una gara d'appalto di lavori, che l'impresa mandataria debba eseguire le prestazioni in misura maggioritaria con riferimento al complessivo importo dell'appalto e non solo, come invece specificamente richiesto, con riguardo alla categoria prevalente.

10.2. In secondo luogo perché non convince l'argomento per il quale solo in questo modo (cioè ove abbia assunto l'impegno a svolgere il

maggior valore economico dell'appalto) l'impresa mandataria sarebbe un contraente davvero affidabile per la committente, giacché la valutazione di affidabilità è stata effettuata a monte dallo stesso legislatore che l'ha ricollegata all'esecuzione maggioritaria della categoria prevalente.

10.3 In terzo luogo perché, diversamente opinando, si andrebbe ad incidere, in assenza di un sicuro riferimento normativo e con ingiustificato contrasto con il principio europeo di massima libertà di autoorganizzazione delle imprese, sulle prerogative imprenditoriali delle imprese, in ordine alle modalità di partecipazione alle gare e sulla composizione delle compagini associative che, invece, nel rispetto della normativa vigente, deve restare affidata esclusivamente alle scelte imprenditoriali dell'operatore economico.

11. Deve pertanto ritenersi che nei raggruppamenti misti, ai fini di una legittima partecipazione alla gara, la capogruppo mandataria debba essere qualificata ed eseguire i lavori in misura maggioritaria in relazione alla categoria prevalente indipendentemente e a prescindere dal fatto che esista, eventualmente, nel medesimo raggruppamento, un'altra impresa mandante che esegua prestazioni relative a una o più categorie scorporabili, il cui valore complessivo sia superiore a quello dei lavori svolti dalla stessa mandataria.

12. Tale interpretazione trova conferma nell'art. 92 del D.P.R. n. 207/2010, tutt'ora vigente in via transitoria ai sensi dell'art. 216, comma 15, del Decreto Legislativo n. 50/2016.

In particolare tale disposizione, al 3° comma, riferito ai raggruppamenti verticali, stabilendo che “...i requisiti di qualificazione economico-finanziari e tecnico-organizzativi sono posseduti dalla mandataria nella categoria prevalente”, ha voluto confermare che nei raggruppamenti

misti la mandataria è identificata non sotto il profilo quantitativo ma sotto quello qualitativo, e cioè come l'impresa che esegue le lavorazioni di cui alla categoria prevalente (ossia la categoria di lavori, generale o specializzata, di importo più elevato fra le categorie costituenti l'intervento e indicate nei documenti di gara, secondo la definizione dell'art. 3, 3, lett. oo bis del D.Lgs. n. 50/2016).

13. In conclusione, quindi, il ricorso merita accoglimento con annullamento del provvedimento di esclusione impugnato.

14. Sussistono tuttavia giusti motivi per compensare tra le parti le spese del giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla il provvedimento impugnato.

Compensa le spese del giudizio.

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

Così deciso in Cagliari nella camera di consiglio del giorno 19 febbraio 2020 con l'intervento dei magistrati:

Dante D'Alessio, Presidente

Tito Aru, Consigliere, Estensore

Giorgio Manca, Consigliere

**L'ESTENSORE**

**Tito Aru**

**IL PRESIDENTE**

**Dante D'Alessio**

## IL SEGRETARIO