

Publicato il 11/04/2022

N. 00450/2022REG.PROV.COLL.

N. 01300/2021 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

**II CONSIGLIO DI GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA PER LA REGIONE
SICILIANA**

Sezione giurisdizionale

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1300 del 2021, proposto da OMISSIS e OMISSIS s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentati e difesi dall'avvocato Susanna Corsini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto presso il suo studio in Roma, via Flaminia;

contro

Anas s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Sergio De Salvo, Flavia De Pellegrin e Alessandro Tabarini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

OMISSIS, non costituito in giudizio;
OMISSIS, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso

dagli avvocati Alberto Linguiti, Massimiliano Mangano e Emanuela Russiani, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto presso lo studio Massimiliano Mangano in Palermo, via Nunzio Morello 40;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia (Sezione Prima) n. 3228/2021, resa tra le parti,

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Anas s.p.a. e di OMISSIS Costruzioni s.p.a.;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 7 aprile 2022 il Cons. Sara Raffaella Molinaro e uditi per le parti gli avvocati come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. La controversia riguarda la gara a procedura aperta, indetta da ANAS s.p.a., ai sensi dell'art. 60 del d. lgs. n. 50 del 2016 e dell'art. 2 della l. n. 120 del 2020, per l'affidamento, con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, dell'"accordo quadro quadriennale per l'esecuzione dei lavori di risanamento strutturale ed impiantistico delle gallerie suddiviso in n. 18 lotti", relativamente a quello n. 16 - Sicilia 2 (codice CIG: 8558931D49 - importo a base di gara € 50.000.000,00, di cui € 6.000.000,00 per oneri della sicurezza non soggetti a ribasso).
2. La stazione appaltante, a conclusione delle operazioni gara, ha approvato, con determina 6 luglio 2021 n. U.0428496, la proposta di aggiudicazione in favore del RTI OMISSIS (di seguito rispettivamente "OMISSIS" e "OMISSIS"), che ha designato come consorziata esecutrice la impresa OMISSIS, con il punteggio

complessivo di 82,10 punti su 100 e con il ribasso offerto del 16,00%, al netto degli oneri di sicurezza non soggetti a ribasso.

3. Con nota CDG-0430865 del 7 luglio 2021 è stata comunicata l'aggiudicazione.

A seguito di verifica della documentazione acquisita a comprova dei requisiti dichiarati, con nota 13 settembre 2021 n. CDG- 0566040, comunicata in pari data mediante pubblicazione sul portale acquisti Anas, la stazione appaltante ha dichiarato la piena efficacia del provvedimento di aggiudicazione.

4. OMISSIS costruzioni s.p.a. ed OMISSIS s.r.l., quale mandataria e mandante del raggruppamento secondo classificato, hanno impugnato gli atti di gara, davanti al Tar Lazio – Roma, chiedendo altresì l'accertamento dell'inefficacia dell'accordo quadro, ove nelle more stipulato tra l'Anas s.p.a. e il raggruppamento OMISSIS - OMISSIS. e dei conseguenti contratti applicativi e del diritto della ricorrente a essere dichiarata aggiudicataria e a conseguire lo specifico affidamento con subentro nel relativo accordo quadro e, in subordine, per la condanna dell'Anas al risarcimento del danno per equivalente.

5. Il Tar Lazio – Roma si è dichiarato incompetente con ordinanza n. 10386 dell'8 ottobre 2021.

6. I ricorrenti hanno quindi riassunto il ricorso davanti al Tar Sicilia – Palermo.

7. Con sentenza 23 novembre 2021 n. 3228 il Tar ha respinto il ricorso.

8. La sentenza è stata appellata davanti a questo CGARS con ricorso n. 1300 del 2021.

9. Nel giudizio di appello si sono costituiti ANAS s.p.a. e OMISSIS in proprio e quale mandataria del raggruppamento con OMISSIS.

10. All'udienza del 7 aprile 2021 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

11. L'appello è infondato.

12. Con unico motivo parte appellante, già ricorrente in primo grado, ha dedotto l'erroneità della sentenza nella parte in cui il Tar ha respinto l'unica censura contenuta nel ricorso introduttivo, basata sul fatto che il raggruppamento aggiudicatario sarebbe sprovvisto dei requisiti di qualificazione previsti dalla *lex specialis* relativamente alla categoria (scorporabile, a qualificazione obbligatoria e subappaltabile) OG 10 pari a € 7.500.000,00.

12.1. E' estraneo al perimetro del giudizio l'assunto, rappresentato dall'appellante, in base al quale "*la mandataria OMISSIS Costruzioni non possiede, per la specifica categoria scorporabile, il requisito in misura maggioritaria previsto dall'articolo 92 del d.P.R. n. 207/2010*", con conseguenti riflessi in punto di utilizzabilità del premio del quinto di cui all'art. 61 comma 2 del d.P.R. n. 207 del 2010. In primo grado, infatti, l'asserita violazione di detta disposizione è stata dedotta unicamente facendo riferimento alla circostanza che né la mandataria né la mandante sarebbero qualificate in OG10 per una classifica pari ad almeno un quinto dell'importo totale a base di gara, così non potendo usufruire (in tesi) dell'incremento del quinto, mentre il profilo della titolarità in misura maggioritaria dei requisiti da parte della mandataria non è stato dedotto in primo grado da parte ricorrente, qui appellante, e quindi non è compreso nel *thema decidendum* del presente giudizio.

12.2. La (prima e assorbente, come si illustrerà *infra*) questione controversa attiene all'interpretazione dell'art. 61 comma 2 del d.P.R. n. 207 del 2010, che richiede la qualificazione di "*almeno un quinto dell'importo dei lavori a base di gara*" per usufruire dell'aumento del quinto per la qualificazione in una delle categorie dei lavori in gara, nel caso di specie la OG 10, da parte delle imprese raggruppate.

12.3. Il Tar ha affermato di aderire all'orientamento (di cui richiama, a titolo esemplificativo, una pronuncia del giudice di primo grado, Tar Campania - Napoli, 16 luglio 2020 n. 3158) in base al quale l'art. 61 del d.P.R. n. 207 del 2010 deve essere interpretato nel senso che la condizione secondo cui l'impresa concorrente deve

essere qualificata per almeno un quinto dell'importo dei lavori a base di gara (al fine di usufruire dell'aumento del quinto del requisito di qualificazione posseduto in una determinata categoria) deve essere riferita ai singoli importi della categoria interessata dall'aumento (e non all'intero importo dei lavori a base di gara).

12.4. La pronuncia del Tar merita conferma, seppur integrandone la motivazione.

12.5. Il valore totale dell'appalto del "Lotto 16 - Sicilia 2" è di € 50.000.000,00 e si prevedono lavori, oltre che per l'opera principale, in categoria prevalente OG 4, pari a € 30.000.000,00, anche per lavorazioni nelle categorie scorporabili, tra cui quella OG 10, a qualificazione obbligatoria e subappaltabile, per euro 7.500.000,00 (oltre che quella OG 3, per un importo di euro 5.000.000,00, quella OS 3 per un importo di euro 3.000.000,00, quella OG 11 per un importo di euro 1.500.000,00, quella OS 9 per un importo di euro 1.500.000,00 e quella OS 19 per un importo euro 1.500.000,00).

Nel disciplinare è specificato che, in caso di raggruppamenti, il requisito di capacità tecnica e professionale è comprovato dall'attestazione SOA (punto 7.3) e che il concorrente è tenuto, oltre che a specificare le categorie di lavori eseguite dai singoli operatori economici riuniti, a indicare le quote di partecipazione relative a ciascun operatore economico in coerenza con la percentuale dei requisiti posseduti in termini di capacità economico-finanziaria e di capacità tecnica risultante dalla SOA (punto 7.4).

Nel raggruppamento aggiudicatario la mandataria OMISSIS ha assunto una quota di esecuzione del 76,64 %, mentre la mandante OMISSIS. del 23,36 %. Nella documentazione di gara è compresa una dichiarazione in base alla quale la mandataria OMISSIS avrebbe eseguito i lavori della categoria OG 10 per una quota pari al 51 % (€ 3.835.000,00) mentre la restante parte, il 49 % (€ 3.675.000,00), sarebbe stato realizzato da OMISSIS.

Entrambe le società componenti il raggruppamento hanno, ai fini dell'attestazione dei requisiti di capacità tecnica e professionale di cui al punto 7.3. del disciplinare di gara, una qualificazione nella categoria OG 10, in classifica IV *bis*, singolarmente pari a € 3.500.000,00 (e cumulativamente a € 7.000.000,00) e, pertanto, in linea di principio, insufficiente rispetto all'importo dei lavori in detta categoria, pari a euro 7.500.000,00 totali e ripartiti nel senso anzidetto.

12.6. Il problema che si pone è se le due società che compongono il raggruppamento possono o meno beneficiare dell'incremento del quinto previsto dall'art. 61, comma 2, del d.P.R. n. 207 del 2010, che consente loro di raggiungere l'importo di qualificazione per la categoria di lavori OG 10 previsto dal bando.

L'appellante ha sostenuto che il 20 % dei *“lavori posti a base di gara”*, necessario per ottenere l'aumento del quinto della qualificazione nella categoria OG 10 ai sensi dell'art. 61 comma 2 del d.P.R. n. 270 del 2010, deve essere rapportato all'importo totale dei lavori a base di gara (€ 50.000.000,00), mentre l'ANAS e la controinteressata hanno fatto riferimento, quale parametro di riferimento, all'importo dei lavori nella categoria oggetto della qualificazione (€ 7.500.000,00).

L'art. 61 comma 2 del d.P.R. n. 207 del 2010 dispone testualmente, per quanto d'interesse, 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”*.

12.7. Il Consiglio di Stato, con una pronuncia del 2021, ha aderito all'impostazione fatta propria dall'appellante, affermando che *“l'inequivoco tenore letterale della disposizione regolamentare citata consente di ricavare le seguenti regole”*:

- la qualificazione in una categoria abilita l'impresa singola a partecipare alle gare e ad eseguire i lavori nei limiti della propria classifica incrementata di un quinto:

dunque, ogni impresa può partecipare alle gare ed eseguirne i rispettivi lavori avuto riguardo alla propria qualificazione in una specifica categoria e nei limiti della classifica posseduta, aumentata del quinto;

- nel caso di imprese raggruppate o consorziate "*la medesima disposizione*" si applica con riferimento a ciascuna impresa raggruppata o consorziata: ciò significa che, anche nel caso di raggruppamento, ciascuna singola impresa è abilitata a partecipare ed eseguire i lavori in riferimento alla propria qualificazione in una categoria e nei limiti della classifica col beneficio dell'incremento del quinto, ma subordinatamente alla ulteriore condizione che essa sia qualificata per un importo pari ad almeno un quinto "*dell'importo dei lavori a base di gara*", da interpretarsi in senso letterale come importo complessivo a base di gara.

“Non vi sono, nella disposizione citata, elementi testuali che possano legittimare una interpretazione diversa. Né se ne intravedono sul versante sistematico.

La ratio della norma è quella di non esasperare gli effetti della qualificazione “virtuale” quando le imprese esecutrici siano una pluralità e il requisito di qualificazione risulti, di conseguenza, molto frazionato. Essa persegue tale fine attraverso il “blocco” della premialità nel caso di raggruppamenti il cui partecipante ha una qualificazione inferiore ad un quinto del monte lavori, così da disincentivare, rectius, da eliminare l’incentivo al frazionamento eccessivo” (Cons. St., sez. III, 13 aprile 2021 n. 3040).

Nell'occasione il Consiglio di Stato ha quindi confermato la sentenza di primo grado con la quale il Tar aveva statuito che una delle mandanti del raggruppamento escluso non era meritevole dell'incremento del quinto, in quanto questo è riconoscibile solamente nell'ipotesi di possesso di qualificazione, "*nella stessa categoria da incrementare*", per un importo pari ad almeno il 20% dell'importo a base d'asta.

12.8. Il Collegio ritiene che l'art. 61 comma 2 del d. lgs. n. 50 del 2016 presenti, se così interpretato, specie nella parte in cui è richiesto il possesso della qualificazione "*nella stessa categoria da incrementare*" pari al 20% dell'importo complessivo a base

d'asta, un'antinomia interna che non consente di applicarlo tutte le volte in cui il 20% dell'importo dei lavori a base d'asta è superiore, come nel caso di specie, all'importo dei lavori della categoria per la quale si chiede di usufruire dell'aumento del quinto.

In questi casi, l'interpretazione accolta dalla pronuncia del Consiglio di Stato del 2021 conduce infatti al risultato paradossale di subordinare l'aumento del quinto della categoria interessata (di cui i singoli partecipanti al raggruppamento possiedono i requisiti solo parzialmente, essendosi associati a tal fine) ad una condizione che impone di possedere detto requisito, per ogni singola impresa del raggruppamento, in misura superiore all'importo totale previsto dalla stazione appaltante per quella categoria.

Applicando la suddetta linea interpretativa al caso in esame le imprese del raggruppamento aggiudicatario, per beneficiare dell'incremento del quinto per la categoria OG 10, relativamente alla quale il bando prevede lavori d'importo pari € 7.500.000,00 (suddivisi fra le due partecipanti al raggruppamento), avrebbero dovuto possedere, ciascuna, una qualificazione di € 10.000.000,00, cioè superiore allo stesso requisito di partecipazione previsto per quella categoria per tutto il raggruppamento. Anche a voler aderire a detto indirizzo interpretativo, volto a ritenere che la condizione del possesso di qualificazione per un importo pari ad almeno il 20% abbia quale parametro di riferimento l'importo a base d'asta, nel rispetto del dato strettamente testuale evidenziato nella sentenza sopra richiamata, esso deve quanto meno essere interpretato in un senso che renda usufruibile, da parte del raggruppamento, la possibilità di suddividere i requisiti di partecipazione secondo le regole di gara.

Sicché deve ritenersi che, se il 20% vede quale parametro di riferimento, da porre nel denominatore della frazione di un quinto, l'importo complessivo a base di gara (così come affermato nella richiamata sentenza n. 3040 del 2021), il dato da porre al

numeratore deve essere omogeneo e così comprendere le complessive qualificazioni possedute (anche in altre categorie) dalla società partecipante al raggruppamento che intenda usufruire del quinto di incremento.

Così facendo il requisito cui l'art. 61 comma 2 del d.P.R. n. 207 del 2010 subordina l'aumento del quinto è conforme al dato letterale e garantisce l'esigenza, evidenziata dal Consiglio di Stato nel 2021, di evitare che la premialità del quinto esasperi gli effetti della qualificazione virtuale quando le imprese esecutrici sono una pluralità e il requisito di qualificazione risulta, di conseguenza, molto frazionato, seppur nel rispetto della *ratio* dell'istituto del raggruppamento.

La disciplina dei raggruppamenti d'impresa in materia di contratti pubblici è infatti finalizzata a consentire, attraverso il principio del cumulo dei requisiti, la partecipazione congiunta di una pluralità di operatori economici anche di ridotte dimensioni a gare di appalti di notevole entità e, al contempo, a consentire la realizzazione dell'appalto nell'interesse della stazione appaltante attraverso la valorizzazione dell'unione delle risorse e delle capacità tecnico-organizzative ed economico-finanziarie di più imprese, con ampliamento delle garanzie per la stessa stazione appaltante.

In questo senso, quindi, l'istituto in esame è diretto a garantire alle imprese un ampio margine di libertà di organizzazione dei fattori produttivi, con effetti strutturalmente pro-concorrenziali e comunque funzionali all'applicazione del principio di massima partecipazione. Sicché la relativa normativa deve essere applicata nel rispetto della *ratio* proconcorrenziale dell'istituto, con conseguente interpretazione non restrittiva dei requisiti di partecipazione, atteso anche il generale principio del *favor participationis* che connota la disciplina delle procedure a evidenza pubblica. Tale impostazione trova un riferimento nell'art. 19 direttiva UE 2014/24/UE, ai sensi del quale “*I raggruppamenti di operatori economici, comprese le associazioni temporanee, sono autorizzati a partecipare a procedure di appalto*”. 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*”.

Nel caso di specie interpretare la condizione legittimante la premialità del quinto nel senso di richiedere il possesso, da parte di ciascun impresa partecipante al raggruppamento, del 20% dell'importo totale dell'appalto nella stessa categoria per la quale si chiede di beneficiare dell'aumento risulta, per i motivi sopra esposti e resi evidenti con riferimento al caso qui controverso, quantomeno sproporzionata, dal momento che impone al singolo partecipante di avere una qualificazione superiore, nella categoria interessata, a quella richiesta dalla stazione appaltante con riferimento al singolo raggruppamento.

Nei termini sopra delineati, invece, l'art. 61 comma 2 del d.P.R. n. 270 del 2010, da un lato, è interpretato conformemente al principio del *favor participationis*, in quanto garantisce una maggiore partecipazione alla gara, e, dall'altro lato, rispetta la *ratio* dell'istituto del raggruppamento quale strumento proconcorrenziale, introdotto per consentire la partecipazione in gara di soggetti privi, da soli, dei requisiti di partecipazione.

Delineata nel senso anzidetto la regola posta dall'art. 61 comma 2 del d.P.R. n. 207 del 2010, in conformità con il dato testuale, sottolineato dalla richiamata sentenza n. 3040 del 2021, in base al quale il parametro di riferimento della condizione del possesso del 20% (dettata perché le singole imprese partecipanti al raggruppamento possano usufruire dell'aumento del quinto del requisito di qualificazione per la singola categoria di lavori) è l'importo complessivo a base di gara, le due soggettività partecipanti al raggruppamento aggiudicatario sono, nel caso di specie, in possesso di detto requisito.

Dalla memoria depositata il 10 gennaio 2022 da parte di OMISSIS (pagg. 22 e 23, non contestate sul punto), così come dall'attestazione SOA presentata dalle due partecipanti al raggruppamento aggiudicatario, infatti, si desume che, sommando i requisiti posseduti da ognuna di esse, entrambe possiedono le attestazioni, considerate complessivamente in riferimento a tutte le categorie di lavori oggetto di affidamento, in misura superiore al 20% dell'importo a base di gara, e quindi a euro 10.000.000,00.

In particolare la mandataria OMISSIS possiede, solo per la categoria prevalente OG 4 (cui si aggiungono le qualificazioni possedute con riferimento alle altre categorie), l'importo illimitato della classifica VIII (art. 61 comma 5 del d.P.R. n. 207 del 2010), che quindi è superiore ai 10.000.000,00 euro che costituiscono il 20% dell'importo base dell'appalto. Lo stesso requisito illimitato è posseduto dalla mandante OMISSIS. con riferimento alla categoria OG 3 (cui si aggiungono i requisiti posseduti con riferimento alle altre categorie).

12.9. D'altro canto le dette due partecipanti al raggruppamento aggiudicatario posseggono il requisito del 20% dell'importo a base di gara anche se si interpreta detta condizione in conformità all'orientamento seguito dal Tar, in base al quale sia numeratore che denominatore del 20% sono da interpretare nel senso che riguardino la sola categoria interessata dall'aumento del quinto. Sicché è sufficiente che le due soggettività posseggano il 20% dell'importo indicato per la categoria interessata per usufruire dell'aumento del quinto.

Tale interpretazione è stata fatta propria anche dall'Anac che, con delibera n. 45 del 22 gennaio 2020, che ha affermato che deve tenersi conto della struttura lessicale del comma 2 dell'art. 61 e del rapporto tra le due parti che lo compongono, per cui la seconda parte declina, con riferimento alle singole imprese raggruppate, quanto disciplinato dalla prima, prevedendo che a ciascuna impresa raggruppata si applichi *“la medesima disposizione”* dettata per le imprese singole, ovvero *“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", che deve ritenersi riprodotta anche con riferimento a ciascuna impresa raggruppata. Ne consegue che la qualificazione pari almeno ad un quinto dell'importo dei lavori (che deve essere posseduta per beneficiare dell'incremento del quinto) non può che essere riferita all'unica categoria di cui il comma fa espressa menzione, ovverosia la categoria di lavori per la quale occorre dimostrare di essere qualificati e per la quale si invoca l'estensione della portata abilitante dell'attestazione SOA.

Nel caso di specie, in linea con detta ultima impostazione, *“la percentuale del 20 % andava rapportata all'importo dei lavori oggetto della categoria rispetto alla quale si chiedeva la classificazione, ovverosia la OG 10, d'importo pari a € 7.500.000,00”*, e *“tale requisito era abbondantemente posseduto dal RTI ricorrente, che era qualificato per complessivi € 7.000.000,00”* (così dalla sentenza del Tar) e individualmente da entrambe le società componenti il raggruppamento, in possesso di una qualificazione nella categoria OG 10, in classifica IV bis, singolarmente pari a € 3.500.000,00.

12.9. Ne deriva che il raggruppamento aggiudicatario risulta in possesso del requisito (contestato nel presente giudizio) del 20% dell'importo a base di gara per poter usufruire dell'aumento del quinto.

12.10. Tanto basta per respingere l'appello, senza che sia necessario scrutinare la censura relativa alla possibilità del raggruppamento di usufruire del subappalto al fine di integrare il requisito di qualificazione di cui alla categoria OG 10, dal momento che si è già illustrato come il raggruppamento posseda detto requisito.

13. In conclusione, l'appello deve essere respinto e per l'effetto la sentenza di primo grado deve essere confermata.

14. La novità della questione interpretativa sottesa alla presente controversia giustifica la compensazione delle spese del presente grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, in sede giurisdizionale, definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge, confermando, per l'effetto, la sentenza impugnata.

Spese del presente grado di giudizio compensate.

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

Così deciso in Palermo nella camera di consiglio del giorno 7 aprile 2022 con l'intervento dei magistrati:

Rosanna De Nictolis, Presidente

Solveig Cogliani, Consigliere

Sara Raffaella Molinaro, Consigliere, Estensore

Maria Immordino, Consigliere

Antonino Caleca, Consigliere

L'ESTENSORE
Sara Raffaella Molinaro

IL PRESIDENTE
Rosanna De Nictolis

IL SEGRETARIO