Sentenza del Consiglio di Stato n. 4425 del 31/05/2022

Massima: *Osserva preliminarmente il Collegio che, con sentenza emessa pochi giorni fa, la Corte di giustizia (Corte di giustizia UE, sez. IV, sentenza 28 aprile 2022, C-642/20, Caruter Srl) ha ritenuto ostativa alla corretta applicazione della direttiva appalti n. 2014/24/UE la disciplina nazionale contenuta nell'art. 83, comma 8, d.lgs. n. 50 del 2016 il quale impone all'impresa mandataria del RTI di eseguire le prestazioni "in misura maggioritaria" rispetto a tutti i membri del raggruppamento, vale a dire di eseguire la maggior parte dell'insieme delle prestazioni contemplate dall'appalto.*
La Corte ha affermato che la normativa comunitaria (e, in particolare, la Direttiva 2014/24/UE) va interpretata nel senso che essa osta "ad una normativa nazionale secondo la quale l'impresa mandataria di un raggruppamento di operatori economici partecipante a una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico deve possedere i requisiti previsti nel bando di gara ed eseguire le prestazioni di tale appalto in misura maggioritaria".

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Settima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 878 del 2022, proposto da Campigli S.r.l. in proprio e in qualità di Designata Capogruppo Mandataria del Costituendo RTI con Sacaim Spa, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Alfredo Biagini e Andrea Giuman, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Università degli Studi di Padova, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti

Rubner Holzbau S.r.l., Techne S.p.A., Impredil S.r.l. Unipersonale, Maroso Ivo Enzo S.r.l. Unipersonale, Ialc Serramenti S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentati e difesi dagli avvocati Vittorio Domenichelli e Andrea Manzi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Andrea Manzi in Roma, via Alberico II, n. 33;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto (Sezione Seconda) n. 161/2022

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Università degli Studi di Padova, di Rubner Holzbau S.r.l., di Techne S.p.A., di Impredil S.r.l. Unipersonale, di Maroso Ivo Enzo S.r.l. Unipersonale e di Ialc Serramenti S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 17 maggio 2022 il Cons. Rosaria Maria Castorina e uditi per le parti gli avvocati Alfredo Biagini e Andrea Manzi;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

RTI Campigli ha impugnato gli atti di gara della procedura aperta volta all'affidamento del "contratto di appalto integrato della progettazione esecutiva ed esecuzione di lavori sulla base del progetto definitivo per la realizzazione della nuova sede della Scuola di Ingegneria – Hub dell'Innovazione dell'Università di Padova", all'esito della quale l'appalto era stato aggiudicato al controinteressato RTI Rubner.

L'aggiudicatario aveva partecipato alla gara nella forma di un costituendo RTI misto, con l'assegnazione della totalità dei lavori afferenti alla categoria prevalente OS 32 'Strutture in legno alla capogruppo Rubner Holzbau, mandataria del R.T.I.; le lavorazioni rientranti nelle ulteriore categorie scorporabili in cui si articola l'appalto (OG1, OS3, OS18-A, OS18-B, OS23, OS24, OS28 e OS30) sono invece state variamente ripartite tra le altre imprese componenti il raggruppamento, con la creazione di singoli sub-raggruppamenti di natura orizzontale, tra i quali figura il sub-raggruppamento orizzontale costituito tra Impredil e Maroso Ivo Enzo s.r.l. per l'esecuzione delle lavorazioni rientranti nella categoria scorporabile OG1, Edifici civili e industriali; in particolare, le quote di esecuzione delle lavorazioni di cui alla categoria scorporabile OG1 sono state ripartite al 50% tra le due mandanti del RTI Impredil S.r.l. e Maroso Ivo Enzo S.r.l..

Il controinteressato RTI Rubner dispiegava ricorso incidentale sollevando, a propria volta, due distinte censure avverso i contenuti dell'offerta del RTI Campigli.

Con la sentenza impugnata il Tar Veneto (Sezione Seconda) rigettava nel merito il ricorso principale, dichiarando per l'effetto improcedibile quello incidentale.

Impugnata ritualmente la sentenza, resistevano sia RTI Rubner, il quale proponeva anche appello incidentale che l'Università degli studi di Padova.

All'udienza del 17 maggio 2022 la causa passava in decisione.

DIRITTO

1.Con il motivo l'appellante deduce *error in iudicando;* violazione di legge; violazione e falsa applicazione dell'art. 92, comma 2, del DPR n. 207/2010, dell'art. 83, comma 8, del d.lgs. n. 50/2016 e dell'art. 7.4.2 di pag. 21 del Disciplinare di gara.

Lamenta che la suddivisione 'paritaria' delle quote di esecuzione dei lavori OG1 tra le due mandanti del RTI era irregolare, in quanto in contrasto con le disposizioni recate dall'art. 92, comma 2, del D.P.R. n. 207/2010 e dall'art. 83 comma 8, del d.lgs. n. 50/2016, nonché dall'art. 7.4.2 del Disciplinare di gara. Evidenzia che tali disposizioni troverebbero applicazione anche nei raggruppamenti di tipo misto, ai quali sarebbe imposto, con riferimento a ciascuna delle categorie di lavori di cui si compone l'appalto e che sono ripartite tra gli operatori aderenti al R.T.I. misto, di individuare una ditta mandataria, tenuta necessariamente ad assumere una quota di esecuzione maggiore rispetto a quello attribuita alle imprese mandanti.

L'impugnativa è sostanzialmente incentrata sulla quota di esecuzione delle lavorazioni OG1 assunte, al 50% per ciascuna, dalle due mandanti Impredil S.r.l. e Maroso Ivo Enzo S.r.l.

La censura non è fondata.

1.1.Osserva preliminarmente il Collegio che, con sentenza emessa pochi giorni fa, la Corte di giustizia (Corte di giustizia UE, sez. IV, sentenza 28 aprile 2022, C-642/20, Caruter Srl) ha ritenuto ostativa alla corretta applicazione della direttiva appalti n. 2014/24/UE la disciplina nazionale contenuta nell'art. 83, comma 8, d.lgs. n. 50 del 2016 il quale impone all'impresa mandataria del RTI di eseguire le prestazioni "in misura maggioritaria" rispetto a tutti i membri del raggruppamento, vale a dire di eseguire la maggior parte dell'insieme delle prestazioni contemplate dall'appalto.

La Corte ha affermato che la normativa comunitaria (e, in particolare, la Direttiva 2014/24/UE) va interpretata nel senso che essa osta "ad una normativa nazionale secondo la quale l'impresa mandataria di un raggruppamento di operatori economici partecipante a una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico deve possedere i requisiti previsti nel bando di gara ed eseguire le prestazioni di tale appalto in misura maggioritaria".

Inoltre, "la volontà del legislatore dell'Unione, conformemente agli obiettivi di cui ai considerando 1 e 2 della medesima direttiva, consiste nel limitare ciò che può essere imposto a un singolo operatore di un raggruppamento, seguendo un approccio qualitativo e non meramente quantitativo, al fine di incoraggiare la partecipazione di raggruppamenti come le associazioni temporanee di piccole e medie imprese alle gare di appalto pubbliche", sicché è difforme dalla normativa comunitaria una disciplina interna - quale quella recata dall'art. 83, comma 8, del d.lgs. n. 50/2016 (così come quella di cui all'art. 92, comma 2, del DPR n. 207/2010) - che invece impone al mandatario del R.T.I., in via generale e astratta, e secondo un criterio di tipo solamente quantitativo, di dover possedere sempre e comunque i requisiti prescritti dalla *lex specialis* ed eseguire le prestazioni in appalto in misura maggioritaria.

La pronuncia della Corte di Giustizia ha certamente refluenza nel presente giudizio che ha riguardo a un raggruppamento di tipo misto, sgombrando il campo da dubbi interpretativi che, peraltro, la

giurisprudenza del Consiglio di Stato aveva già affrontato e deciso nell'ottica della armonizzazione della disciplina interna alle norme unionali.

Quello seguente è l'orientamento giurisprudenziale che si era consolidato negli anni in ossequio del quale l'appello oggi proposto è certamente infondato.

1.2.Nei raggruppamenti misti, ai fini di una legittima partecipazione alla gara, la capogruppo mandataria deve 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.

Con riferimento alla categoria prevalente, deve esservi coincidenza tra la mandataria dell'intero raggruppamento e la mandataria del relativo sub-raggruppamento. Nelle associazioni miste, infatti, la mandataria, cui è conferito mandato collettivo speciale con rappresentanza a presentare l'offerta per l'intero raggruppamento, è identificata con l'impresa che esegue le lavorazioni di cui alla categoria prevalente e, nel caso in cui quest'ultima sia assunta da più imprese (dando luogo ad una sub-associazione orizzontale), dalla mandataria di tale sub-raggruppamento che deve eseguire le lavorazioni e possedere i requisiti in misura maggioritaria rispetto alle altre imprese mandanti.

L'art. 83, comma 8, del codice dei contratti pubblici, laddove prescrive che "la mandataria in ogni caso deve possedere i requisiti ed eseguire la prestazioni in misura maggioritaria", ove riferito anche agli appalti di lavori, è stato interpretato, compatibilmente col sistema di qualificazione vigente per gli esecutori di lavori pubblici (quindi, allo stato, compatibilmente con l'art. 92, commi 2 e 3, del DPR n. 207 del 2010) e con l'art. 48, commi 1 e 6, del Codice dei contratti pubblici, di modo che il detto elemento "maggioritario" è da ritenersi soddisfatto, nel caso di raggruppamenti di tipo verticale, dalla circostanza che l'impresa capogruppo mandataria sia qualificata ed esegua i lavori relativi alla categoria prevalente e, nel caso di raggruppamenti di tipo misto, dalla circostanza che l'impresa capogruppo mandataria esegua per intero i lavori della categoria prevalente ovvero, in caso di sub-raggruppamento orizzontale nella medesima categoria, che possegga i requisiti in misura maggioritaria, comunque non inferiore al 40%, ed esegua la prestazione prevalente in misura maggioritaria (in questo senso Cons. Stato 7751/2020; n. 2785/2020; 2243/2019).

1.3. Come correttamente evidenziato dal Giudice di prime cure la normativa asseritamente violata si riferisce al diverso aspetto della misura dei requisiti di qualificazione che deve essere posseduta dai componenti del Raggruppamento. I requisiti di qualificazione sono funzionali alla cura e tutela dell'interesse pubblico alla selezione di contraenti affidabili, onde garantire al meglio il risultato cui la pubblica amministrazione tende con l'indizione della gara: un risultato che non pertiene (occorre ricordarlo) alla pubblica amministrazione come soggetto, ma al più generale interesse pubblico del quale l'amministrazione/stazione appaltante risulta titolare e custode.

Coglie nel segno la sentenza impugnata laddove chiarisce che: "nell'ambito dei raggruppamenti temporanei d'imprese, i requisiti di qualificazione vanno tenuti distinti dalla quota di partecipazione al raggruppamento e dalla quota di esecuzione della prestazione da affidare, poiché: - i requisiti di qualificazione, ossia i requisiti di idoneità professionale, di capacità economico-finanziaria e tecnico professionale, attengono alle caratteristiche soggettive del concorrente che aspira all'aggiudicazione dell'appalto messo a gara e riguardano un aspetto essenziale per la valutazione della capacità del concorrente di realizzare la commessa eventualmente aggiudicatogli; - la quota di partecipazione rappresenta la percentuale di "presenza" della singola impresa all'interno del raggruppamento con riflessi, sia sulla responsabilità del componente del raggruppamento temporaneo di imprese nei

confronti della Stazione appaltante, sia sulla misura di partecipazione agli utili derivanti dalla esecuzione dell'appalto; - la quota di esecuzione è la parte di lavoro, servizio o fornitura che verrà effettivamente realizzato da ciascuna dell'imprese costituenti il raggruppamento, nel caso di affidamento dell'appalto".

Di recente il C.G.A.R.S. che, nella sentenza n. 713/2021 del 16.7.2021, soffermandosi proprio sui contenuti dell'art. 92, comma 2, del DPR n. 207/2010, ha precisato che "la norma prescrive quindi specifiche regole con riferimento ai requisiti di partecipazione, laddove la disciplina delle quote di partecipazione al raggruppamento e di esecuzione dei lavori richiede di rispettare i limiti consentiti dai requisiti di qualificazione, non di coincidere", aggiungendo altresì che, come confermato anche dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 6 del 27.03.2019, la disposizione riconosce "piena libertà delle imprese partecipanti al raggruppamento di suddividere tra loro le quote di esecuzione dei lavori, sia in via preventiva (art. 92, co. 2, secondo periodo), sia in via successiva (art. 92, co. 2, quarto periodo, sia pure previa autorizzazione), fermo il limite rappresentato dai requisiti di qualificazione posseduti dall'impresa associata".

1.4. L'aspetto rilevante al fine di stabilire la violazione, o meno, dell'art. 92 comma 2 del DPR n. 207 del 2010, cioè il rispetto dei requisiti di qualificazione (nel caso specifico, il possesso delle adeguate attestazioni SOA richieste per la categoria di lavori) non è stato contestato. La quota di esecuzione del 50% delle lavorazioni OG1 assunta dalle due mandanti Impredil S.r.l. e Maroso Ivo Enzo S.r.l. è conforme ai requisiti di qualificazione da esse posseduti, coincidenti con la qualificazione SOA.

Inoltre, in nessuna delle disposizioni della *lex specialis* veniva stabilita la necessarietà di una quota di esecuzione o di partecipazione, da parte della sub-mandataria capogruppo, in una precisa percentuale maggioritaria (il Disciplinare di gara, al menzionato art. 7.4.2, riportava unicamente, alla lett. b) che: "fermo restando che ai singoli Operatori economici in Forma aggregata non è richiesta la coincidenza tra requisiti posseduti, prestazioni da eseguire e quote di partecipazione, gli stessi singoli Operatori in Forma aggregata devono dichiarare il possesso dei requisiti di cui al punto 7.2.1.1 (attestazioni SOA), in misura sufficiente in relazione ai lavori che ciascuno di essi intendono assumere"). Conseguentemente, un partecipazione in termini paritari (del 50%) delle imprese al raggruppamento temporaneo, non implica in alcun modo la mancanza in capo alla capogruppo mandataria (o alle mandanti) dei requisiti di partecipazione ed esecuzione e non può nemmeno comportare l'esclusione del RTI in assenza di una espressa e specifica previsione in tal senso della *lex specialis*, stante il principio di tassatività delle cause legali che legittimano l'esclusione (C.d.S., sez. V, del 8.09.12, n.5120).

L'appello principale deve essere, conseguentemente, respinto, con conseguente inammissibilità, per carenza di interesse dell'appello incidentale.

Le spese del giudizio, liquidate come da dispositivo, seguono la soccombenza.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Settima), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, respinge l'appello principale e dichiara inammissibile quello incidentale.

Condanna Campigli S.r.l. in proprio e in qualità di Designata Capogruppo Mandataria del Costituendo RTI al pagamento delle spese processuali in favore dell'Università degli Studi di Padova e di RTI Rubner liquidandole in €3000,00 (euro tremila) ciascuno, oltre accessori di legge, oltre al rimborso del contributo unificato (per RTI Rubner).

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 17 maggio 2022 con l'intervento dei magistrati:

Marco Lipari, Presidente

Fabio Franconiero, Consigliere

Daniela Di Carlo, Consigliere

Pietro De Berardinis, Consigliere

Rosaria Maria Castorina, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE	**IL PRESIDENTE**
Rosaria Maria Castorina	**Marco Lipari**