

APPALTI: Contatti della Pubblica amministrazione - Qualificazione - Impresa raggruppata o consorziata - Criterio.

Tar Sicilia - Palermo, Sez. I, 23 novembre 2021, n. 3228

1. “[...] la previsione di cui all’art. 61 del d.P.R. n. 207/2010 va interpretata nel senso che la condizione secondo cui l’impresa concorrente deve essere qualificata per una classifica pari ad almeno un quinto dell’importo dei lavori a base di gara deve essere riferita ai singoli importi della categoria prevalente e delle altre categorie scorporabili della gara [...].

Tale interpretazione è stata fatta propria anche dall’ANAC che, nella delibera n. 45 del 22 gennaio 2020, 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, ovvero 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 [...].”

2. “[...] costituisce jus receptum il principio che l’art. 12 delle preleggi, laddove stabilisce che nell’applicare la legge non si può attribuire alla stessa altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse e dall’intenzione del legislatore, non privilegia il criterio interpretativo letterale poiché evidenzia, con il riferimento “all’intenzione del legislatore”, un essenziale riferimento alla coerenza della norma e del sistema; conseguentemente, il dualismo, presente nell’art. 12, tra lettera (“significato proprio delle parole secondo la connessione di esse”) e spirito o ratio (“intenzione del legislatore”) va risolto con la svalutazione del primo criterio, rilevandosi inadeguata la stessa idea di interpretazione puramente letterale (ex plurimis Consiglio di Stato, II, 11 ottobre 2021, n. 6766 e IV, 30 giugno 2017, n. 3233).

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio e le memorie dell’ANAS s.p.a. e delle società “De Sanctis costruzioni” s.p.a. e “Consorzio stabile Infra. Tech.” soc. coop.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore, nella camera di consiglio del 4 novembre 2021, il consigliere Aurora Lento e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Ritenuto e considerato.

1. Preliminarmente va rilevato che il collegio ritiene di definire la causa con sentenza in forma semplificata, come preannunciato dal Presidente alle parti, che nulla hanno osservato.

Ciò posto, con ricorso, notificato l'11 ottobre 2021 e depositato il giorno 15 successivo, le società Ricciardello costruzioni s.p.a. ed Equattro s.r.l. esponevano di avere partecipato, in RTI, quale mandataria e mandante, alla gara a procedura aperta, indetta dall'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).

Rappresentavano che la Stazione appaltante, a conclusione delle operazioni gara, aveva approvato la graduatoria nella quale il proprio RTI si era collocata al secondo posto, con un punteggio di 78,15 (e un ribasso del 22,826 %), dopo il RTI De Sanctis Costruzioni - Consorzio Stabile Infra.Tech Scarl (consorziata esecutrice Effebi società cooperativa), con un punteggio complessivo di 82,10/100 e un ribasso percentuale del 16,00 %.

Espletati gli adempimenti di rito, con dispositivo prot. CDG-0428496 del 6 luglio 2021, comunicato con nota CDG-0430865 del 7 luglio 2021, aveva disposto l'aggiudicazione definitiva in favore del RTI primo graduato.

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

2. Conclusa l'esposizione dei fatti, i ricorrenti hanno precisato: di agire in riassunzione del ricorso, notificato il 14/15 settembre 2021, proposto innanzi al TAR Lazio sede di Roma, che, con ordinanza n. 10386 dell'8 ottobre 2021, si era dichiarato incompetente; di avere visionato gli atti di gara, da cui avevano appreso della mancanza in capo al RTI aggiudicatario di un requisito di qualificazione, a seguito di accesso, richiesto in data 13 luglio 2021 e concesso il giorno 19 successivo.

3. Fatte tutte tali precisazioni, hanno chiesto l'annullamento, previa sospensiva e vinte le spese, della succitata determina di aggiudicazione, nonché degli ulteriori atti impugnati, per il seguente unico articolato motivo:

Violazione e falsa applicazione: della legge di gara laddove prevede i requisiti di qualificazione e, segnatamente, del punto II.2.6) lettera a) del bando di gara e dei punti 3, lettera a), e 7 del disciplinare di gara; dell'art. 97 della Costituzione; degli articoli 61 e 92 del d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207; degli artt. 48 e 59, comma 4, lett. b), del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50; dei principi della *par condicio competitorum*, d'imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa. Eccesso di potere sotto i profili: dell'incompletezza e della carenza d'istruttoria; dell'erroneità dei presupposti; del travisamento e dell'erronea valutazione dei fatti; dell'illogicità; della manifesta irragionevolezza; della contraddittorietà; dello sviamento di potere. Inammissibilità dell'offerta. Necessaria esclusione per mancanza dei requisiti di partecipazione alla gara.

Il RTI aggiudicatario sarebbe stato sprovvisto dei requisiti di qualificazione previsti dalla *lex specialis* con particolare riferimento alla categoria (scorporabile, a qualificazione obbligatoria e subappaltabile) OG 10 (pari a € 7.500.000,00).

Le ricorrenti hanno anche chiesto il risarcimento dei danni subiti e la declaratoria d'inefficacia del contratto d'appalto eventualmente stipulato con l'aggiudicataria con conseguente subentro nello stesso.

4. Si sono costituiti in giudizio l'RTI De Sanctis Costruzioni - Consorzio Stabile Infra.Tech Scarl e l'ANAS s.p.a. che hanno depositato distinte articolate memorie con cui, eccepita preliminarmente la tardività del ricorso (e la stazione appaltante in subordine dell'istanza cautelare), hanno chiesto il rigetto del ricorso, poiché infondato, vinte le spese.

Le ricorrenti hanno depositato una memoria di replica.

Alla camera di consiglio del 4 novembre 2021, la causa è stata posta in decisione.

5. Preliminarmente va esaminata l'eccezione d'irricevibilità per tardività del ricorso, sollevata dall'Anas e dal RTI controinteressato, che è infondata.

Come noto, sulla questione del *dies a quo* del termine dimidiato per la proposizione dei ricorsi in materia di appalto, si è registrato un contrasto giurisprudenziale su cui è intervenuta di recente l'Adunanza Plenaria che, con la sentenza n. 12 del 2 luglio 2020, ha affermato, tra gli altri, il seguente principio: "*la proposizione dell'istanza di accesso agli atti di gara comporta la 'dilazione temporale' quando i motivi di ricorso conseguano alla conoscenza dei documenti che completano l'offerta dell'aggiudicatario ovvero delle giustificazioni rese nell'ambito del procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta*".

Nella fattispecie in esame:

- il 7 luglio 2021, l'Anas ha comunicato alle ricorrenti l'approvazione dell'aggiudicazione;
- il 13 luglio 2021 (e, pertanto, appena 6 giorni dopo), le ricorrenti hanno presentato istanza di accesso;
- il 19 luglio 2021, l'Anas ha riscontrato l'istanza di accesso;
- il 20 luglio 2021 (e, pertanto, il giorno successivo), le ricorrenti hanno effettuato l'accesso;
- il 14 settembre 2021, le ricorrenti hanno notificato il ricorso.

Orbene, come si esporrà meglio in seguito, con unico articolato motivo di ricorso, le ricorrenti hanno dedotto censure riguardanti esclusivamente la carenza del possesso, in capo al R.T.I. aggiudicatario, di un requisito speciale di partecipazione, che era riscontrabile soltanto con la visione della documentazione amministrativa (comprensiva di D.G.U.E.) ottenuta con l'accesso.

Ne deriva che la sola conoscenza dell'aggiudicazione non consentiva di proporre un'efficace impugnativa, che, altrimenti, sarebbe stata al "buio", cosicchè, tenuto conto che la consapevolezza dell'asserita assenza di un requisito di qualificazione si è avuta solo a seguito dell'accesso agli atti di gara, che è stato concesso il 19 luglio 2021, la notifica del ricorso, in quanto avvenuta il 14 settembre successivo, è da ritenersi tempestiva.

6. Ciò posto in rito, precisato che può prescindersi dall'eccezione di tardività dell'istanza cautelare, in quanto, come anticipato, il collegio ritiene di definire la causa nel merito con sentenza in forma semplificata, può procedersi all'esame dell'unico motivo con cui si deduce che il RTI aggiudicatario sarebbe stato 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.

La censura è infondata per le ragioni di seguito illustrate.

Invero, il valore totale dell'appalto del "Lotto 16 - Sicilia 2" era di € 50.000.000,00 e si prevedevano 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.

Precisato che il RTI aggiudicatario era di tipo misto, va rilevato che la mandataria De Sanctis costruzioni: aveva assunto una quota di esecuzione del 76,64 %, mentre la mandante Consorzio Infra.Tech del 23,36 %; aveva dichiarato che avrebbe eseguito i lavori della categoria OG 10 per una quota pari il 51 % (i.e. € 3.835.000,00) mentre il restante parte 49 % (i.e. € 3.675.000,00) sarebbe stato realizzato dal Consorzio Infra.Tech..

Entrambe le società componenti il raggruppamento avevano, però, 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.

Il problema che si pone è se potevano o meno beneficiare dell'incremento del quinto previsto dall'art. 61, comma 2, del d.P.R. n. 207 del 2010, che consentiva loro di raggiungere l'importo previsto dal bando.

Tale possibilità è esclusa dalle ricorrenti, le quali sostengono che l'importo della classifica IV – bis, da ciascuna di esse posseduto nella categoria OG 10, doveva corrispondere al 20 % dell'importo totale dei lavori posti a base di gara e, pertanto a € 10.000.000,00, mentre, invece, era pari al 7,00% (vale a dire, euro 3.500.000,00).

La stazione appaltante e la controinteressata controdeducono che 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 che tale requisito era abbondantemente posseduto dal RTI ricorrente, che era qualificato per complessivi € 7.000.000,00.

In altri e più semplici termini, la ricorrente sostiene che, trattandosi di un RTI misto, il 20 % doveva essere rapportato all'importo totale dei lavori a base di gara (i.e. € 50.000.000,00), mentre l'ANAS e la controinteressata che si doveva fare riferimento all'importo della categoria oggetto della qualificazione (i.e. € 7.500.000,00).

Orbene, al fine di dirimere la questione in esame, occorre, in primo luogo, richiamare l'art. 61, comma 2, del d.P.R. n. 207 del 2010 il quale 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”*.

In ordine all'interpretazione di tale disposizione si registra in giurisprudenza un contrasto, in quanto, secondo un primo orientamento, richiamato dalle ricorrenti ed espresso nella sentenza della III sezione del Consiglio di Stato n. 3040 del 13 aprile 2021, *“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; - 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”. 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. Si può discutere, come pure fa l’appellante, circa il carattere draconiano della misura, ma ciò non toglie che la norma sia chiara nel suo disposto e nella sua ratio. Né il collegio ritiene sussistano vizi da poterne giustificare la disapplicazione per contrasto con la normativa primaria, trattandosi, a ben vedere, non di una penalizzazione irrazionale o sproporzionata, ma di un temperamento in ordine all’applicazione di una norma di pari rango, di carattere premiale. Temperamento operato, com’anzi detto, per ragioni plausibili e con modalità misurate e attente al principio di proporzionalità”.

A tale orientamento si contrappone quello per il quale la previsione di cui all’art. 61 del d.P.R. n. 207/2010 va interpretata nel senso che la condizione secondo cui l’impresa concorrente deve essere qualificata per una classifica pari ad almeno un quinto dell’importo dei lavori a base di gara deve essere riferita ai singoli importi della categoria prevalente e delle altre categorie scorporabili della gara (per tutte Tar Campania, Napoli, I, 16 luglio 2020, n. 3158 con richiamo a Consiglio di Stato, V, 28 giugno 2018, n. 3993).

Tale interpretazione è stata fatta propria anche dall’ANAC che, nella delibera n. 45 del 22 gennaio 2020, 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.

Il collegio, come anticipato, dopo attenta riflessione e ponderazione, ritiene maggiormente convincente il secondo orientamento per le ragioni esposte nei precedenti citati e nella delibera dell'ANAC, alle quali vanno aggiunte le seguenti.

Come noto, costituisce *jus receptum* il principio che l'art. 12 delle preleggi, laddove stabilisce che nell'applicare la legge non si può attribuire alla stessa altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse e dall'intenzione del legislatore, non privilegia il criterio interpretativo letterale poiché evidenzia, con il riferimento "*all'intenzione del legislatore*", un essenziale riferimento alla coerenza della norma e del sistema; conseguentemente, il dualismo, presente nell'art. 12, tra lettera ("*significato proprio delle parole secondo la connessione di esse*") e spirito o *ratio* ("*intenzione del legislatore*") va risolto con la svalutazione del primo criterio, rilevandosi inadeguata la stessa idea di interpretazione puramente letterale (ex plurimis Consiglio di Stato, II, 11 ottobre 2021, n. 6766 e IV, 30 giugno 2017, n. 3233).

Così ricostruiti i principi in materia d'interpretazione delle norme, deve, in primo luogo, precisarsi che l'interpretazione accolta dal collegio non contrasta con il dato letterale, in quanto la seconda parte della norma va letta in coerenza con la prima, nella quale si fa riferimento all'importo della categoria nella quale il partecipante alla gara (sia essa impresa individuale o RTI) intende qualificarsi.

Significativa, sotto tale profilo, è l'espressione utilizzata dal legislatore il quale, dopo avere statuito 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*", dispone che "*la medesima disposizione*" si applica "*a ciascuna impresa raggruppata o consorziata*".

La norma è, a ben vedere, strutturata in termini di unitarietà, cosicché deve ritenersi che l'espressione contenuta nella seconda parte della stessa, ovverosia "*per una classifica pari ad almeno un quinto dell'importo dei lavori a base di gara*", abbia lo stesso significato di quella di cui alla prima parte, ovverosia "*nei limiti della propria classifica incrementata di un quinto*".

Deve, pertanto, concludersi nel senso che il dato testuale depone a favore della tesi secondo cui il quinto va calcolato sull'importo della categoria oggetto di qualificazione sia per i partecipanti singoli che per i consorzi e i raggruppamenti.

L'interpretazione letterale accolta dal collegio trova, peraltro, conferma nella *ratio* della norma che è quella di garantire l'attuazione del principio euro-unitario di concorrenza e del corollario del *favor participationis*, i quali sono strettamente connessi a quelli costituzionali di buon andamento, imparzialità e libertà d'iniziativa economica privata, consentendo l'accesso alle gare d'appalto anche alle imprese, singole o associate, le quali hanno una qualificazione di poco inferiore a quella richiesta dai bandi.

Trattasi di principi cogenti rispetto ai quali, ad avviso del collegio, risulta recessiva l'esigenza, a cui si è fatto riferimento nella decisione richiamata da parte ricorrente, di bloccare la premialità al fine di non esasperare gli effetti della qualificazione "virtuale" quando le imprese esecutrici sono una pluralità e il requisito di qualificazione risulta, di conseguenza, molto frazionato.

Deve, peraltro, rilevarsi che l'interpretazione proposta con la doglianza in esame può condurre a un risultato illogico, che risulta particolarmente evidente nel caso in esame in cui le imprese dell'RTI controinteressato, per beneficiare dell'incremento del quinto per la categoria OG 10, relativamente alla quale il bando prevedeva lavori d'importo pari € 7.500.000,00, avrebbero dovuto possedere una qualificazione di € 10.000,000,00, ovverosia di gran lunga superiore allo stesso requisito di partecipazione.

Ne deriva che la norma non è applicabile in tutti quei casi in cui l'aumento del quinto è richiesto rispetto a categorie diverse da quella principale, il cui importo è ridotto, per cui si può avere il risultato irragionevole di imprese componenti il RTI che sono abbondantemente qualificate in tutte le categorie richieste dal bando, tranne che per una marginale, in cui hanno una qualificazione di poco inferiore a quella richiesta dalla stazione appaltante.

L'esclusione in tali ipotesi (tra le quali rientra anche la fattispecie in esame) vanifica la norma e limita la platea dei partecipanti con conseguente frustrazione del fine perseguito dal legislatore che è, come detto, quello di favorire la concorrenza.

Concludendo, per le suesposte ragioni, il ricorso è infondato e va rigettato.

Si ritiene opportuno compensare le spese tenuto conto dei rilevati contrasti interpretativi.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Spese compensate.

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

Così deciso in Palermo nella camera di consiglio del giorno 4 novembre 2021 con l'intervento dei magistrati:

Aurora Lento, Presidente FF, Estensore

Anna Pignataro, Consigliere

Luca Girardi, Referendario

IL PRESIDENTE, ESTENSORE

Aurora Lento

IL SEGRETARIO