

Il Consiglio di Stato sul beneficio dell'incremento del quinto ai fini della qualificazione di un'a.t.i.

di Giorgio Giuliano

Data di pubblicazione: 1-7-2013

Consiglio di Stato, Sez. VI, 21 giugno 2013, n. 3379

Presidente Severini; Estensore La Guardia

I soggetti mandatari di A.T.I. o di consorzi devono già essere in possesso dei requisiti di qualificazione per una gara, senza poter ricorrere all'incremento del quinto in aumento per la qualificazione nella propria categoria. La normativa di settore prevede, infatti, che la qualificazione ad una gara debba già posseduta dalla mandataria e che l'istituto del quinto possa essere utilizzato in un momento successivo e limitatamente alla soglia di qualificazione attinta attraverso la mera classifica d'iscrizione.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 4273 del 2009, proposto da: ?Consortio di bonifica Valle del Liri, in persona del legale rappresentante, rappresentato e difeso dagli avv. Claudio Martino, Arcangelo Guzzo, Massimo Di Sotto, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Arcangelo Guzzo in Roma, via Antonio Gramsci, 9;

contro

Gruppo Acque s.r.l., in persona del legale rappresentante, rappresentato e difeso dagli avv. Federico Liccardo, Francesco Vecchione, Giuseppe Abenavoli, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Marco Tronci in Roma, via Sabotino, 22;

nei confronti di

impresa Nirchi Pietro, nella qualità di mandataria del raggruppamento temporaneo di imprese costituito dalle imprese Nirchi Pietro, Molinaro Gianfranco e Gima Industria s.r.l.;

sul ricorso numero di registro generale 4485 del 2009, proposto da: ?impresa Nirchi Pietro, nella qualità di mandataria del R.T.I. costituito da Impresa Nirchi Pietro, Molinaro Gianfranco e Gima Industria s.r.l., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dagli avv. Lino Diana, Luciano Milani, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Giuseppe Vona in Roma, via G. Calderini, 68;

contro

Gruppo Acque s.r.l.;

nei confronti di

Consorzio di bonifica Valle del Liri;

per la riforma

quanto al ricorso n. 4273 del 2009:

della sentenza del T.a.r. Lazio - Sez. Staccata Di Latina: Sezione I n. 397/2009, resa tra le parti, concernente affidamento lavori completamento ristrutturazione e ammodernamento impianto irriguo

quanto al ricorso n. 4485 del 2009:

della sentenza del T.a.r. Lazio - Sez. Staccata Di Latina: Sezione I n. 397/2009, resa tra le parti, concernente affidamento lavori completamento ristrutturazione e ammodernamento impianto irriguo

Visti i ricorsi in appello e i relativi allegati;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 5 febbraio 2013 il Cons. Silvia La Guardia e uditi per le appellanti gli avvocati Martino e Milani.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.- Il Consorzio di bonifica Valle del Liri ha indetto nel 2008 una gara avente ad oggetto l'affidamento dei "lavori di completamento della ristrutturazione ed ammodernamento dell'impianto irriguo nei comuni di Aquino, Castrocielo e Piedimonte San Germano, con trasformazione del sistema a scorrimento a pressione turnato", conclusasi con l'aggiudicazione al raggruppamento temporaneo costituito tra le imprese Nirchi Pietro, Molinaro Gianfranco e Gima industria s.r.l..

2.- Con il ricorso di primo grado la società Gruppo Acque a r.l. ha impugnato l'aggiudicazione e gli atti presupposti e con sentenza 5 maggio 2009, n. 397 l'adito Tribunale amministrativo regionale del Lazio, sezione staccata di Latina, dopo aver dichiarato inammissibile perché tardivamente depositato il ricorso incidentale del signor Nirchi Pietro, ha accolto in parte il ricorso, annullando gli atti impugnati, respinto i motivi aggiunti e dichiarato inammissibile la domanda di reintegrazione in forma specifica, salvi gli obblighi ripristinatori e conformativi scaturanti dalla pronuncia di annullamento, respinto la domanda di risarcimento dei danni per equivalente.

Il giudice di primo grado ha ritenuto fondata la censura, concernente l'ammissione alla gara del raggruppamento risultato aggiudicatario, di violazione dell'art. 95, comma 2, d.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554 (*Regolamento di attuazione della legge quadro in materia di lavori pubblici 11 febbraio 1994, n. 109 e successive modificazioni*), in quanto nell'ambito del raggruppamento la mandataria impresa Nirchi Pietro non raggiungeva la percentuale minima del 40% dei requisiti richiesti dal bando, non potendo la stessa avvalersi a tal fine dell'incremento del 20% di cui all'art. 3, comma 2, del d.P.R. 25 gennaio 2000, n. 34 (*Regolamento recante istituzione del sistema di qualificazione per gli esecutori di lavori pubblici, ai sensi dell'art. 8 della legge 11 febbraio 1994, n. 109 e successive modificazioni*).

3.- La sentenza è stata separatamente impugnata dal Consorzio di bonifica Valle del Liri e dall'impresa Nirchi Pietro, nella qualità di mandataria del raggruppamento predetto, contestando l'interpretazione data dal Tar alle due norme sopra citate.

La società appellata si è costituita nel primo ricorso.

Con ordinanze 5 giugno 2009 nn. 2840 e 2876 sono state respinte le istanze cautelari avanzate, rispettivamente, col ricorso n. 4273 e col ricorso n. 4485 del 2009.

In vista dell'udienza di discussione del 5 febbraio 2013, alla quale i ricorsi sono stati posti in decisione, le appellanti hanno dimesso memorie, il Consorzio segnalando che, in seguito all'ordinanza cautelare n. 2840/09, con deliberazione del Comitato esecutivo del 12 giugno 2009, n. 148 sono stati disposti la risoluzione del contratto con l'Ati Nirchi – Molinaro – Gima e l'aggiudicazione dei lavori a Grupp Acque s.r.l., la quale, dopo stipula del contratto di appalto, ha ultimato i lavori e l'impresa Nirchi ulteriormente illustrando la propria tesi e chiedendo il deferimento della questione all'Adunanza plenaria.

4.- Gli appelli, proposti avverso la medesima sentenza, vanno preliminarmente riuniti.

Entrambi involgono la questione dell'interpretazione da darsi agli artt. 95, comma 2, d.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554 e 3 d.P.R. 25 gennaio 2000, n. 34, al fine di stabilire se il beneficio dell'aumento del 20% contemplato dalla seconda disposizione sia "spendibile" dall'impresa per dimostrare il possesso del requisito di partecipazione percentuale prescritto dalla prima, ovvero, in altre parole, se in relazione al precetto di cui all'art. 95 citato rilevi la classifica di iscrizione ovvero la capacità tecnica "aumentata" ai fini della qualificazione in concreto per la singola gara.

L'art. 95, comma 2, d.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554 dispone che "per le associazioni temporanee di imprese e per i consorzi di cui all'articolo 10, comma 1, lettere d) e) ed e bis) della Legge di tipo orizzontale, i requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi richiesti nel bando di gara per le imprese singole devono essere posseduti dalla mandataria o da una impresa consorziata nella misura minima del 40%; la restante percentuale è posseduta cumulativamente dalle mandanti o dalle altre imprese consorziate ciascuna nella misura minima del 10% di quanto richiesto all'intero raggruppamento. L'impresa mandataria in ogni caso possiede i requisiti in misura maggioritaria".

L'art. 3, comma 2, del d.P.R. 25 gennaio 2000, n. 34 stabilisce 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 raggrupata o consorziata, a condizione che essa sia qualificata per una classifica pari ad almeno un quinto dell'importo dei lavori a base di gara".

Nella specie, il bando di gara indicava in € 3.022.230,94 l'importo complessivo dell'appalto, in € 2.929.141,66 l'importo da assoggettare a ribasso e in € 93.089,28 gli oneri per l'attuazione dei piani di sicurezza non soggetti a ribasso.

Il Consorzio appellante, premesso che l'impresa Nirchi Pietro, in possesso della classifica III (che abilita l'impresa ad eseguire lavori sino all'importo di € 1.032.913,00) aveva, in virtù della previsione di cui all'art. 3 d.P.R. n. 34 del 2000, la capacità tecnica ed economica per eseguire lavori pubblici sino all'importo di € 1.239.495,00 e considerato che la quota del 40% dei lavori ammontanti a € 2.929.141,66 è pari a € 1.171.656,66, afferma che era soddisfatto il

requisito di cui all'art. 95, comma 2, d.P.R. n. 554 del 1999 ed erroneamente il Tar ha accolto la tesi che il raggruppamento di cui la predetta impresa era mandataria non aveva i requisiti di ammissione alla gara.

La tesi è argomentata rilevando, in sintesi, che: - non esiste alcuna norma che sancisca che il beneficio dell'aumento del quinto di cui all'art. 3 d.P.R. n. 34 del 2000 non debba trovare applicazione generalizzata; - il solo limite al riconoscimento del beneficio indicato da tale norma è costituito dal possesso di una qualifica pari ad almeno un quinto dell'importo dei lavori; - tra le due norme qui considerate, in quanto disciplinanti aspetti diversi della procedura di affidamento, non vi è alcuna contraddizione; - negando la spendibilità del beneficio anzidetto al fine di dimostrare il possesso dei requisiti prescritti dall'art. 95, comma 2, d.P.R. n. 554 del 1999 il beneficio stesso e la sua stessa *ratio* verrebbero privati di senso.

La medesima conclusione è sostenuta dall'impresa Nirchi invocando altresì il disposto degli artt. 12 e 15 delle disposizioni sulla legge in generale e degli art. 41 e 97 della Costituzione. L'impresa afferma che entrambe le norme considerate disciplinano i requisiti di partecipazione alla gara e che la norma cronologicamente anteriore (l'art. 95 d.P.R. n. 554 del 1999, disciplinante tali requisiti prima dell'adozione del regolamento istitutivo del sistema di qualificazione e che quindi non poteva contenere alcun riferimento alla qualificazione) deve essere necessariamente interpretata alla luce di quella successiva ovvero ritenersi abrogata per la parte incompatibile (I motivo) e che eventuali dubbi che il tenore delle disposizioni potesse ingenerare debbono essere risolti in senso conforme all'intenzione del legislatore e, occorrendo, secondo i principi generali dell'ordinamento giuridico, ossia comunque in maniera tale da garantire la massima partecipazione alla gara (II motivo).

Le tesi degli appellanti non persuadono.

Il Collegio condivide l'orientamento giurisprudenziale (cfr. Cons. giust. amm. sic., 15 aprile 2005, n. 251, nel cui solco si colloca la sentenza oggetto di impugnazione) secondo cui la misura minima del 40% contemplata dall'art. 95, comma 2, citato non può essere raggiunta anche attraverso l'incremento di un quinto dell'iscrizione posseduta, ai sensi dell'art. 3, comma 2, del D.P.R. n. 34 del 2000.

Sul piano letterale, la disposizione di cui all'art. 95, comma 2, facendo riferimento al possesso dei requisiti ivi previsti in una "*misura minima*" rapportata ai requisiti richiesti in capo alle imprese singole, sembra univocamente riferirsi alla soglia di qualificazione attinta attraverso la mera classifica d'iscrizione, e non già all'entità quantitativa dei lavori realizzabili attraverso il beneficio dell'aumento del quinto, di cui parimenti fruiscono anche le imprese partecipanti individualmente alla gara.

Manca inoltre un dato testuale che, attraverso un richiamo dall'una all'altra disposizione, legittimi l'interprete ad integrare la portata dispositiva dell'una attraverso quella dell'altra.

Sul piano logico-sistematico, la tesi degli appellanti è contraddetta dalla pratica impossibilità di dare applicazione al beneficio dell'aumento del quinto al fine del raggiungimento da parte delle imprese mandanti di A.T.I. orizzontale della soglia minima per esse prevista, pari soltanto

al 10% dell'iscrizione richiesta all'impresa singola.

L'art. 3, comma 2, d.P.R. n. 34 del 2000 non incide sulla portata precettiva dell'art. 95, comma 2, del d.P.R. n. 554 del 1999, disciplinante in forma esaustiva l'entità dei requisiti minimi richiesti sia in capo alla mandataria che alle mandanti di A.T.I. orizzontale, ossia lo specifico aspetto delle proporzioni che devono esistere tra mandataria e mandanti in rapporto percentuale rispetto all'ammontare dei lavori previsti dal bando (almeno il 40% "coperto" dalla mandataria mentre il restante 60% può essere ripartito tra le mandanti, a condizione che ciascuna di esse sia qualificata almeno in misura pari al 10% del medesimo ammontare).

La norma più recente non contrasta con la precedente, non modificando il predetto rapporto percentuale, ma è diretta, piuttosto, ad individuare le condizioni alle quali, in relazione alla classifica posseduta, l'incremento del quinto è ammissibile, a tal scopo stabilendo che ciascuna impresa raggruppata o consorziata può beneficiarne ove qualificata in misura pari al 20% dell'ammontare dei lavori.

Trattandosi di dare continuità ad un indirizzo giurisprudenziale preesistente non si ravvisano i presupposti per rimettere la questione all'Adunanza plenaria.

Gli appelli devono, pertanto, essere respinti.

Le spese del presente grado seguono la soccombenza e sono liquidate in favore dell'appellata, costituita nel ricorso n. 4273 del 2009, come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sugli appelli n. 4273 e 4485 del 2009, li riunisce e li respinge entrambi.

Condanna il Consorzio di bonifica Valle del Liri a rifondere alla società Gruppo Acque s.r.l. le spese del presente grado di giudizio, che liquida in € 4.000,00 (quattromila,00) oltre i.v.a. e c.p.a. come per legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 5 febbraio 2013 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Severini, Presidente

Claudio Contessa, Consigliere

Giulio Castriota Scanderbeg, Consigliere

Andrea Pannone, Consigliere

Silvia La Guardia, Consigliere, Estensore

BREVI ANNOTAZIONI

L'OGGETTO DELLA PRONUNCIA

Con la sentenza in esame, la Sesta Sezione del Consiglio di Stato offre una interpretazione sistematica di due disposizioni di settore in materia di partecipazione di soggetti associati a procedure ad evidenza pubblica. Si tratta di verificare se l'obbligo del requisito minimo del 40% che la legge impone alle mandatarie (nel caso di A.T.I.) o alle imprese consorziate (nel caso di consorzi stabili) per la dimostrazione dei requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi nelle compagini di tipo orizzontale, possa essere provato ricorrendo al diverso istituto dell'incremento di un quinto in aumento per la qualificazione nella propria categoria; ciò anche nel caso di soggetti associati.

In altre parole, può la mandataria di un A.T.I. ricorrere all'incremento del 20% dei propri requisiti per raggiungere la soglia minima del 40% per partecipare ad una gara?

IL PERCORSO ARGOMENTATIVO

Le norme invocate sono state abrogate del d.P.R. n. 207/2010 ma sono applicabili nel caso di specie *ratione temporis*; si tratta del d.P.R. n. 559/1999 e del d.P.R. n. 34/2000. Il primo prevedeva (articolo 95, comma 2) che, nel caso di associazioni temporanee di imprese di tipo orizzontale, la società mandataria fosse in possesso dei requisiti tecnici ed economici della misura minima del 40%, una previsione trasposta in maniera identica all'articolo 92, comma 2, del d.P.R. n. 207/2010. Il d.P.R. 34, d'altro canto, disponeva che *“nel caso di imprese raggruppate o consorziate la medesima disposizione [ovvero 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” di cui al comma 1] 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”*.

Nel caso di specie, l'impresa ricorrente – aggiudicataria della procedura – aveva interpretato in maniera estensiva la facoltà di incremento del quinto di cui sopra, ritenendola applicabile anche per il raggiungimento della soglia minima di requisiti per l'ammissione alla gara (diversamente, il soggetto non avrebbe potuto partecipare). Il giudice amministrativo, in ciò confermando la lettura già data della vicenda in primo grado, ha ritenuto che **tale facoltà non**

sia estendibile *ad nutum* anche alla fase di qualificazione, i cui requisiti minimi devono essere già posseduti dall'impresa titolare.

Del resto, si tratta di interpretazione che, sebbene finora non corroborata da arresti dello stesso Consiglio, nondimeno trova appigli pretori. Giova ricordare, innanzitutto, la decisione del Tar Lazio, Roma, Sez. II, 24 novembre 2009, n. 11621, che aderisce alla medesima lettura. Più risalente, ma più approfondita in merito, è la decisione del Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana che, con sentenza 15 aprile 2005, n. 251, esclude anch'essa la linea interpretativa riproposta nel provvedimento in commento. Il supremo consesso della Regione siciliana, infatti, ritiene che **la norma ex articolo 95, comma 2, abbia portata precettiva e non sia idonea ad essere integrata dall'articolo 3, comma 2, del d.P.R. n. 34/2000**, che si riferirebbe solo *“alla soglia di qualificazione attinta attraverso la mera classifica d’iscrizione, e non già all’entità quantitativa dei lavori realizzabili attraverso il beneficio dell’aumento del quinto”*. Dello stesso tenore una sentenza di poco successiva (Tar Sicilia, Catania, 19 maggio 2005, n. 854) che riprende una sentenza analoga (n. 43 del 20 gennaio 2004) con cui il medesimo Tribunale aveva opinato che *“nessuna rilevanza può essere riconosciuta alla circostanza che (con o senza l’incremento del quinto) la somma delle iscrizioni possedute dalle imprese raggruppate raggiunga l’importo dei lavori; una diversa soluzione interpretativa comporterebbe, infatti, una ingiustificata disparità di trattamento tra le imprese che partecipano all’incanto in forma associata (che potrebbero sommare gli importi delle proprie qualificazioni sino a ricoprire il solo importo a base di gara pur non raggiungendo l’importo di iscrizione corrispondendo alla classifica prescritta dal bando) e quelle che vi partecipano singolarmente (che, in ogni caso, debbono possedere l’iscrizione alla categoria per la classifica prescritta dal bando senza peraltro beneficiare di alcun incremento)”*. In questo caso, quindi, correttamente il giudice ritiene che, **ipotizzando un combinato disposto dell'articolo 95, comma 2, e dell'articolo 2, comma 3, si invererebbe un'intollerabile discrasia tra imprese singole ed imprese in forma associata** (medesimo orientamento anche in Tar Sicilia, Catania, 19 settembre 2005, n. 1400).

Quali i principi sottesi sia alle due diverse disposizioni invocate, sia a siffatta, loro interpretazione? Soccorre, qui, il Tar Veneto, con sentenza 20 novembre 2009, n. 1449, secondo il quale l'articolo 95, comma 2, d.P.R. n. 554/1999 (ora articolo 92, comma 2, d.P.R. n. 207/2010) presidia **la solidità del soggetto partecipante e la garanzia della correttezza delle lavorazioni a favore delle stazioni appaltanti. Una volta compiute tale verifiche, ben sarà possibile – per un soggetto associato – ricorrere al diverso istituto dell'incremento del quinto.**

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

La decisione annotata sposa autorevolmente un orientamento che, già presente in alcune pronunce di *prime cure* (quali quelle sopra indicate), non aveva però finora trovato conferme nell'attività pretoria del Consiglio di Stato. Tanto più interessante, quindi, è questa sentenza, con la quale si viene a sciogliere un nodo che, sebbene non sia annoverabile tra le questioni aperte di primaria importanza oggi all'attenzione degli osservatori, nondimeno contribuisce a

generare chiarezza in ordine all'applicazione della normativa di settore alle compagini organizzative, le quali non possono godere di immotivati regimi di *favor* per la semplice appartenenza a soggetti plurimi. Si ricorda che, in ragione dell'orientamento privo di tentennamenti delle giurisdizioni di primo grado, il supremo consesso non ha ritenuto opportuno deferire la questione all'Adunanza plenaria. Tanto più interessante appare, di conseguenza, il punto fermo qui raggiunto.