

N. 07808/2023REG.PROV.COLL.

N. 10875/2021 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

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 10875 del 2021, proposto da Pignataro Costruzioni Generali S.r.l., in proprio e nella qualità di capogruppo mandataria del costituendo raggruppamento temporaneo di imprese con C.M.E. S.r.l. e Costruzioni Ruberto S.r.l., in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG 8592237A45, rappresentate e difese dall'avvocato Antonio Bifulco, con domicilio digitale come da registri di Giustizia;

contro

Provincia di Brescia, in persona del Presidente *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Gisella Donati e Magda Poli, con domicilio digitale come da registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Magda Poli in Roma, alla via Sistina, n. 42;Ca.Me.Ca. s.r.l.u., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Ferdinando Pacelli, con domicilio

digitale come da registri di Giustizia; Centrale Unica di Committenza “*Area Vasta Brescia*”, Tucillo Francesco e Umberto S.r.l., non costituiti in giudizio;

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia - sezione staccata di Brescia, sez. II, n. 1001/2021, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Provincia di Brescia e di Ca.Me.Ca. s.r.l.u.;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Vista la sentenza dell'adunanza plenaria n. 2 del 13 gennaio 2023;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 30 marzo 2023 il Cons. Giovanni Grasso, udito per la parte appellante l'avvocato Bifulco e preso atto della richiesta di passaggio della causa in decisione senza discussione, formulata dagli avvocati Poli e Pacelli;

FATTO

1.- Con bando di gara pubblicato in data 25 gennaio 2021, la Provincia di Brescia indiceva una procedura evidenziale aperta, ai sensi dell'art. 60 del d. lgs. n. 50/2016, per l'affidamento, mediante applicazione del criterio del prezzo più basso, ai sensi dell'articolo 36, comma 9 *bis*, dei lavori di “*sistemazione impalcato del Ponte del Fiume Mella in Comune di Concesio (BS)*”, per un importo complessivo, a base di gara, pari ad € 2.672.652,42.

2.- All'esito della acquisizione e valutazione comparativa delle offerte, con determinazione dirigenziale n. 254 del 23 febbraio 2021 veniva approvata proposta

di aggiudicazione a favore del raggruppamento temporaneo di imprese capeggiato da Pignataro Costruzioni Generali s.r.l., cui, con successiva determinazione n. 395 del 16 marzo 2021, era definitivamente aggiudicata la gara.

3.- Su sollecitazione della seconda graduata CA.ME.CA. s.r.l.u., la stazione appaltante avviava, peraltro, una procedura di riesame in autotutela, preordinata ad una critica rivalutazione dei requisiti di partecipazione in possesso del raggruppamento affidatario. All'uopo, evidenziava:

a) che, in premessa, l'art. 6, comma 2 del d.p.r. 207/2010 disponeva che *“la qualificazione in una categoria abilita[sse] l'impresa a partecipare alle gare e ad eseguire i lavori nei limiti della propria classifica incrementata di un quinto”*, con la precisazione che, nel caso di imprese consorziate o, come nella specie, raggruppate, *“la medesima disposizione si applica[sse] con riferimento a ciascuna impresa raggruppata o consorziata, a condizione che essa [fosse] qualificata per una classifica pari ad almeno un quinto dell'importo dei lavori a base di gara”*;

b) che, con dichiarazione resa a corredo della domanda, il costituendo raggruppamento *“Pignataro Costruzioni Generali s.r.l.”* aveva proposto di partecipare alla gara in associazione temporanea *“di tipo misto”*, in cui, segnatamente, le prestazioni inerenti la categoria prevalente OS18-A* (per un importo complessivo di € 1.760.548,82) sarebbero state eseguite al 70% dalla mandataria Pignataro Costruzioni (per un conseguente importo pari ad € 1.232.384,174) e, per il residuo 30% , dalla mandante C.M.E. s.r.l. (per un importo pari ad € 528.164,646);

c) che l'impresa mandataria risultava in possesso di certificazione SOA per la categoria OS18-A* in classifica III (fino a € 1.033.000) e la mandante C.M.E. s.r.l. della certificazione per la medesima categoria, in classifica II (fino a € 516.000);

d) che, per tal via, C.M.E. s.r.l. risultava non qualificata per la parte dei lavori che aveva dichiarato di voler eseguire (per un ammontare di € 528.164,52, corrispondente al 30% di € 1.760.548,82);

e) che, a fronte di ciò, non avrebbe potuto trovare applicazione l'aumento premiale previsto dall'evocato art. 6, comma 2 D.P.R. 207/2010 cit., non ricorrendo la condizione, specificamente posta dalla norma, che la società fosse qualificata per un importo pari al quinto (*id est*, il 20%) dei lavori a base di gara (€ 534.530,484), importo, in effetti, non coperto dalla qualifica posseduta (fino ad € 516.000).

Ne sortiva, giusta determinazione dirigenziale n. 725 del 12 maggio 2021, l'annullamento in via di autotutela, degli esiti della gara, con estromissione del raggruppamento temporaneo capeggiato dalla Pignataro Costruzioni Generali s.r.l. e il pedissequo scorrimento della graduatoria, a favore della seconda graduata CA.ME.CA. s.r.l.u.

4.- Con ricorso proposto dinanzi al TAR per la Lombardia – sede di Brescia, notificato in data 25 maggio 2021, Pignataro Costruzioni impugnava le ridette determinazioni, di cui assumeva la complessiva illegittimità ed erroneità, auspicandone l'annullamento.

All'esito della incidentale fase processuale preordinata all'esame – in prime e, quindi, in seconde cure – della articolata istanza cautelare, con sentenza n. 1001/2021, resa nel rituale contraddittorio delle parti, l'adito Tribunale respingeva il ricorso sul complessivo, decisivo ed argomentato assunto per cui – alla luce di una interpretazione plausibilmente letterale dell'art. 61, comma 2 del citato D.P.R. 207/2010, la quantificazione dell'aumento del quinto, ai fini della partecipazione dei raggruppamenti temporanei in forma mista, andasse, in ogni caso, parametrata

all'intero importo" a base d'asta e non, nella ventilata prospettiva "adeguatrice", alle singole categorie possedute.

5.- Con atto di appello, notificato nei tempi e nelle forme di rito, Pignataro Costruzioni Generali s.r.l. ha impugnato la ridetta statuizione, imputandole – con unico, articolato mezzo – *error in iudicando*, relativamente alla violazione e falsa applicazione degli art. 61 e ss. del d.p.r. 207/2010, degli artt. 48 ss. d. lgs. n. 50/2016 e della l. n. 241/90, una a eccesso di potere, sotto plurimo e concorrente rispetto.

Si costituivano in giudizio, in resistenza, la Provincia di Brescia e Ca.Me.Ca. s.r.l.u.. Nel rituale contraddittorio delle parti, alla pubblica udienza del 23 giugno 2022, sulle reiterate conclusioni dei difensori, la causa veniva riservata per la decisione.

6.- Con ordinanza n. 7310 del 19 agosto 2022, il Collegio, dando atto dell'esistenza di un contrasto giurisprudenziale su questione decisiva, ha rimesso all'Adunanza Plenaria il quesito *"se l'art. 61, comma 2 del D.P.R. n. 207/2010 - nella parte in cui prevede, quale condizione per l'attribuzione, ai fini della qualificazione per la categoria di lavori richiesta dalla documentazione di gara, del beneficio dell'incremento del quinto, che ciascuna delle imprese concorrenti in forma di raggruppamento temporaneo, il presupposto della sussistenza, per ciascuna delle imprese aggregate, di una qualificazione "per una classifica pari ad almeno un quinto dell'importo dei lavori a base di gara" – si interpreti, nella specifica ipotesi di partecipazione come raggruppamento c.d. misto, nel senso che tale importo a base di gara debba, in ogni caso, essere riferito al valore complessivo del contratto ovvero debba riferirsi ai singoli importi della categoria prevalente e delle altre categorie scorporabili della gara"*.

Con sentenza n. 2 del 13 gennaio 2023, l'Adunanza Plenaria, risolvendo il contrasto, ha formulato il seguente principio di diritto: *"la disposizione dell'art. 61, comma 2, del d.P.R. n. 207 del 2010, laddove prevede, per il raggruppamento c.d. orizzontale, che l'incremento premiale del quinto 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, si applica anche, per il raggruppamento c.d. misto, alle imprese del singolo subraggruppamento orizzontale per l'importo dei lavori della categoria prevalente o della categoria scorporata a base di gara'.

7.- All'esito della riassunzione della causa, alla pubblica udienza del 30 marzo 2023, sulle reiterate conclusioni dei difensori delle parti costituite, la causa è stata riservata per la decisione.

DIRITTO

1.- L'appello è fondato e va accolto.

La questione controversa si concentra, nella alternativa prospettazione delle parti, sulla corretta interpretazione dell'art. 61, comma 2, del d.P.R. 207/2010, relativamente al regime di qualificazione negli appalti di lavori, con particolare riguardo ai concorrenti in forma plurisoggettiva.

In particolare, si tratta di stabilire se l'incremento del quinto previsto dalla norma in questione sia 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; ovvero se, come auspicato dall'appellante in critica alla sentenza impugnata, il parametro di riferimento per usufruire dell'incremento del quinto sia il possesso di una qualificazione pari almeno al 20% dell'importo dei lavori nella categoria oggetto della qualificazione.

A fronte di diverse interpretazioni maturate in giurisprudenza, l'adunanza plenaria, con la sentenza n. 2/2023 ha chiarito, fissando il principio di diritto dirimente e, nella controversia in esame, vincolante, per cui la disposizione *de qua*, laddove prevede, per il raggruppamento c.d. orizzontale, che l'incremento premiale del

quinto 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, si applica anche, per il raggruppamento c.d. misto, alle imprese del singolo subraggruppamento orizzontale per l'importo dei lavori della categoria prevalente o della categoria scorporata a base di gara.

In sostanza, in caso di raggruppamento c.d. misto, come quello oggetto del presente giudizio, l'importo a base di gara debba riferirsi ai singoli importi della categoria prevalente e delle altre categorie scorporabili della gara e quindi che, nei raggruppamenti di tipo misto, i componenti di ciascuno dei subraggruppamenti di tipo orizzontale sono abilitati a partecipare alle gare e ad eseguire i lavori nei limiti della propria classifica incrementata di un quinto, purché siano qualificati per una classifica pari ad almeno un quinto dell'importo della categoria di lavori cui lo stesso componente partecipa.

Il principio – cui, optando per difforme percorso esegetico, il primo giudice non si è attenuto – conferma la fondatezza dell'appello che, per tal via, va senz'altro accolto. Sicché, in consequenziale riforma della decisione appellata, il ricorso di primo grado deve essere accolto, con annullamento dei provvedimenti impugnati.

Sotto il conseguente profilo remediale, osserva il Collegio che l'appellante ha valorizzato, in via prioritaria, l'interesse alla tutela specifica, in termini di rimodulazione dell'aggiudicazione e, per l'effetto, di subentro nella posizione contrattuale eventualmente conseguita dalla controinteressata. Solo in via gradata, per l'impossibilità di subentro, ha articolato domanda risarcitoria.

Allo stato degli atti, il Collegio non è in grado di apprezzare, per difetto di dati, lo stato del procedimento, di tal che si impone l'accoglimento della domanda di subentro (*recte*: di rinnovazione, in favore dell'appellante, dell'aggiudicazione del

contratto e/o, in alternativa, di subentro nella posizione contrattuale in essere). Resta salva – ove la fase conformativa si rivelasse, in punto di fatto, impossibile alla luce della concreta esecuzione del contratto – la facoltà di riproporre, con apposita domanda, l'istanza risarcitoria.

2.- L'obiettiva incertezza sulla corretta interpretazione del paradigma normativo, confermata dalla necessità di sollecitare l'intervento nomofilattico della adunanza plenaria del Consiglio di Stato, dà ampia giustificazione della integrale compensazione, tra le parti costituite, delle spese del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, accoglie il ricorso di primo grado.

Spese del doppio grado compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 30 marzo 2023 con l'intervento dei magistrati:

Diego Sabatino, Presidente

Giovanni Grasso, Consigliere, Estensore

Alberto Urso, Consigliere

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere

Gianluca Rovelli, Consigliere

L'ESTENSORE
Giovanni Grasso

IL PRESIDENTE
Diego Sabatino

IL SEGRETARIO

LAVORI PUBBLICI