

News a cura dell'Ufficio per il Massimario

È stata deferita all'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato l'individuazione dei presupposti per l'applicazione del beneficio – c.d. aumento del quinto - previsto dall'art. 61, comma 2 del d.P.R. n. 207 del 2010 ai fini della qualificazione per la categoria di lavori richiesta dal bando, nella specifica ipotesi di partecipazione ad una gara di appalto di un raggruppamento di imprese c.d. misto.

[Consiglio di Stato, sezione V, ordinanza 19 agosto 2022, n. 7310 – Pres. Sabatino, Est. Grasso](#)

Contratti pubblici – Incremento del quinto – Presupposti – Qualificazione di consorzi e raggruppamenti temporanei – Classifica – Deferimento questione all'Adunanza plenaria

È deferita all'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato la seguente questione di diritto:

se l'art. 61, comma 2 del d.P.R. n. 207 del 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 impresa raggruppata o consorziata sia qualificata 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 (1).

(1) I. – Con la decisione in rassegna la quinta sezione del Consiglio di Stato ha deferito all'Adunanza plenaria una questione relativa all'interpretazione dell'art. 61, comma 2, d. P.R. n. 207 del 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 impresa raggruppata o consorziata sia qualificata per una classifica pari ad almeno un quinto dell'importo dei lavori a base di gara – al fine di chiarire se detta disposizione si interpreti, nella specifica ipotesi di partecipazione di un raggruppamento c.d. misto, nel senso che:

- a) tale importo a base di gara debba, in ogni caso, essere riferito al valore complessivo del contratto;

b) ovvero debba riferirsi ai singoli importi della categoria prevalente e delle altre categorie scorporabili della gara.

II. – Il complesso (anche nell'esposizione) *iter* argomentativo del collegio, si è così dipanato:

c) l'art. 61, comma 2, d.P.R. n. 207 del 2010, per quanto di specifico interesse, prevede – con previsione ultrattiva anche dopo l'entrata in vigore del nuovo codice dei contratti pubblici del 2016 – le attuali modalità di dimostrazione dei requisiti di idoneità professionale e di capacità tecnica degli operatori economici, nel settore dei lavori, articolate per “*categorie*” e “*classifiche*” (cfr. art. 61, comma 1):

c1) *“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”;*

c2) *“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”.*

d) la previsione relativa alle imprese raggruppate o consorziate non distingue, nella sua formulazione, tra le diverse (e non omogenee) forme di partecipazione aggregata (verticali, orizzontali e – come nella specie – miste), per le quali le modalità di qualificazione presentano differenze;

e) in altri termini si tratta di verificare:

e1) se, a fronte di un dato normativo unitario e privo di (sotto) distinzioni, l'interpretazione debba essere parimenti uniforme ed omogenea, non essendo dato distinguere laddove la previsione non distingue;

e2) ovvero, ed alternativamente, se – di là dal dato meramente testuale – la regola si appalesi, in parte qua, sistematicamente incoerente e sia, per tal via, necessario formularne una esegesi alternativa e adeguatrice;

d) la prima prospettiva è stata seguita da [Cons. Stato, sez. III, 13 aprile 2021, n. 3040](#), secondo cui:

f1) è “*inequivoco*” il “*tenore letterale*” della disposizione;

- f2) è del tutto perspicua la *“disposizione”* di cui alla prima fattispecie, che, per la qualificazione dell’*“impresa singola”*, abilita *“ad eseguire i lavori nei limiti della [...] classifica incrementata di un quinto”*, onde *“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”*;
- f3) nel caso di imprese (consorziate o) raggruppate, è chiamata (testualmente) ad operare la *“medesima disposizione”*, con il solo concorso della ulteriore *“condizione”* puntualmente codificata: di tal che il riconoscimento del beneficio *“dell’incremento del quinto”* postulerebbe, in capo all’impresa concorrente in forma aggregata (e, allora, indipendentemente dalla – non rilevante – forma del raggruppamento) il possesso della qualificazione per un importo pari ad almeno un quinto *“dell’importo dei lavori a base di gara”* (da intendersi, in guisa non ambigua né variabile, come importo *“complessivo”* o base d’asta);
- g) siffatta interpretazione non risulta generalmente condivisa:
- g1) vale anzitutto richiamare la decisione da ultimo assunta da [Cons. giust. amm. sic., sez. giur., 11 aprile 2022, n. 450](#), che coglie e valorizza (in prospettiva *denstruens*) la *“criticità”* dell’orientamento fin qui richiamato (dal quale motivatamente sceglie, perciò, di discostarsi), evidenziandone l’esito antinomico *“tutte le volte in cui il 20% dell’importo dei lavori a base d’asta [fosse] superiore [...] all’importo dei lavori della categoria per la quale si chiede di usufruire dell’aumento del quinto”*;
- g2) tale *“risultato paradossale”* è, in termini generali, correlato alle peculiarità della partecipazione in forma aggregata, ne senso che – in tali casi – si perverrebbe a *“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 impo[rrebbe] di possedere detto requisito, per ogni singola impresa del raggruppamento, in misura superiore all’importo totale previsto dalla stazione appaltante per quella categoria”*;
- g3) l’aporia induce la decisione – tenuto per *“fermo”*, in conformità al tratto testuale, il riferimento parametrico all’*“importo a base d’asta”* – ad interpretare la regola *“quanto meno”* in un senso che *“renda usufruibile,*

da parte del raggruppamento, la possibilità di suddividere i requisiti di partecipazione secondo le regole di gara". In pratica – fermo, nei corrispondenti termini matematici, il denominatore della frazione – "il dato da porre al numeratore [dovrebbe] 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";

h) è possibile, peraltro, una ulteriore interpretazione (peraltro sovente implicita, piuttosto che diffusamente argomentata, in più comprensivi contesti: cfr., sia pure nella vigenza del d. lgs. n. 163 del 2006 ma nella identità della disciplina, [Cons. Stato, sez. V, 31 agosto 2018, n. 3993](#); o, in una prospettiva più di sistema, [Cons. Stato, sez. V, 9 dicembre 2020, n. 7751](#)):

h1) la questione, come emerge con evidenza dalle considerazioni che precedono, riguarda il trattamento da riservare, ai fini della qualificazione, alle imprese che concorrano nella forma aggregata diversa dal raggruppamento orizzontale (in cui oggettivamente unitaria e qualitativamente omogenea è la prestazione destinata ad essere eseguita, sia pure con modalità soggettivamente frazionate) e, segnatamente, di tipo c.d. misto;

h2) è noto, infatti, che, relativamente al settore dei lavori: I) i raggruppamenti "orizzontali" sono costituiti da imprese riunite per realizzare un appalto unitario, caratterizzato da un'unica lavorazione (e, quindi, da un'unica categoria richiesta: cfr. art. 48, comma 1, seconda parte d.lgs. n. 50 del 2016), essendo esse portatrici delle medesime competenze per l'esecuzione delle prestazioni oggetto dell'appalto; II) per contro, i raggruppamenti "verticali" sono riunioni di imprese in cui uno degli operatori economici interessati è chiamato ad eseguire i lavori della "categoria prevalente", mentre gli altri sono preposti all'esecuzione delle (distinte) "categorie scorporabili" (art. 48, comma 1, prima parte d.lgs. cit.); III) infine, i raggruppamenti cc.dd. "misti" consistono in una associazione verticale al cui interno sono presenti – in ragione della eterogeneità dei lavori oggetto dell'affidamento, in cui vengono in rilievo una pluralità di diverse categorie di lavorazioni oltre alla prevalente – sub-raggruppamenti orizzontali (art. 48, comma 6, d.lgs. cit.);

h3) la peculiarità dei raggruppamenti misti è data dalla circostanza che (così come i raggruppamenti verticali) ogni singola impresa non è

tenuta ad intervenire nell'ambito di tutte le diverse lavorazioni previste dal bando di gara, ma può essere indicata anche per una sola di esse, ed anche in via parziale, ed è responsabile esclusivamente di quelle assunte in proporzione e nei limiti della sua quota di partecipazione al raggruppamento (cfr. art. 48, comma 5);

- h4) tali forme di raggruppamento hanno trovato spazio nel sistema dei contratti pubblici solo in una fase abbastanza avanzata della legislazione, allorché la possibilità di costituire raggruppamenti orizzontali per l'esecuzione di lavori rientranti nella categoria prevalente o in una delle scorporabili è stata prevista dall'art. 7, comma 1, lettera f), l. n. 166 del 2002;
- h5) a fronte di ciò, l'art. 61, comma 2, del d.P.R. n. 207 del 2010 si è, per parte sua, limitato a riprodurre, invariata, la identica previsione del previgente art. 3, comma 2, del d.P.R. n. 34 del 2000 (approvata, per l'appunto, quando tale eventualità non era contemplata): in definitiva, la previsione ha continuato tralattivamente ad operare, immutata nel tempo, senza essere integrata o novellata per adeguare la tipologia dei raggruppamenti temporanei di imprese al modello di tipo misto;
- h6) in tale prospettiva (ed in ciò si incentra e riassume il problema esegetico), mentre il riferimento parametrico all'*"importo dei lavori a base di gara"* non presentava, nella sua rigidità, alcuna difficoltà in un sistema in cui era contemplata la sola figura dei raggruppamenti orizzontali – e ciò in ragione del rilievo che, in tal caso, il contratto da affidare prevede l'esecuzione di una singola ed unitaria prestazione, il cui importo non potrebbe, in definitiva, che corrispondere a quello posto a base di gara – nella situazione attuale, in cui sono ammessi, accanto ai raggruppamenti verticali, anche raggruppamenti misti, che implicano sub-raggruppamenti orizzontali in un contesto di frazionamento verticale delle prestazioni, la regola diventa incoerente, e genera gli esiti indesiderabili e contraddittori ben evidenziati, in premessa, da Cons. giust. amm. sic., n. 450 del 2022, cit.;
- h7) d'altra parte, l'evidenziata incoerenza pratica od effettuale – adeguatamente illuminata, nella sua genesi, dal dato storico – si risolve, sul crinale degli ordinari strumenti di interpretazione, nella valorizzazione del limite di una lettura rigorosamente testuale della

disposizione in esame, che si rivela malcerta e sollecita direttive esegetiche secondarie di matrice sistematica (cfr. art. 12 prel.);

- h8) a tal fine, appare significativo considerare, in particolare, l'art. 92, comma 2, d.P.R. n. 207 del 2010 in tema di requisiti minimi per la composizione dei raggruppamenti: benché la norma (tra l'altro, espressamente richiamata dall'art. 61, comma 2, in esame) faccia riferimento, nello scolpire la misura minima dei requisiti di qualificazione economico-finanziari e tecnico-organizzativi che l'impresa mandataria deve assumere nell'ambito di un raggruppamento di tipo orizzontale, ai *"requisiti richiesti nel bando di gara"* (esattamente come per l'art. 61 del d.P.R. n. 207 del 2010), essa è coerentemente interpretata, per consolidato intendimento, nel senso che *"la verifica della situazione 'maggioritaria', in caso di raggruppamento misto, [debba] avvenire avendo riferimento alle singole categorie scorporabili (della specifica gara), e non all'intero raggruppamento"* (Cons. Stato, sez. V, 9 dicembre 2020, n. 7751, cit.; [sez. VI, 15 ottobre 2018, n. 5919](#), in *Contratti Stato e enti pubbl.*, 2019, 1, 97, con nota di BOSCOLO; nella vigenza del codice abrogato, Cons. giust. amm. sic., sez. giur., 11 aprile 2008, n. 306);
- h9) nella medesima prospettiva sistematica, l'art. 48, comma 5 d.lgs. 50 del 2016 è chiara nel limitare la responsabilità per le imprese mandanti alle sole prestazioni effettivamente assunte: sicché, in sostanza, il parametro per la perimetrazione degli obblighi delle mandanti, sia nei confronti della stazione appaltante che nei confronti dei terzi, è costituito dalla singola tipologia di prestazione assunta, ricada nella *"categoria prevalente"* o in una diversa *"categoria scorporata"*;
- i) sulle esposte premesse, si giustifica allora, nella prospettiva di una lettura orientata alla necessaria coerenza sistematica del regime di qualificazione dei concorrenti plurisoggettivi, una interpretazione *"orientata"* (od *"adeguatrice"*) dell'art. 61, comma 2, d.P.R. n. 207 del 2010, nel senso che, nei raggruppamenti di tipo misto, i componenti di ciascuno dei sub raggruppamenti di tipo orizzontale siano 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"*;
- i1) in tal senso si è, del resto, da tempo espressa l'Autorità nazionale anticorruzione, la quale ha ritenuto (nel previgente ma identico

contesto regolamentare) che, “la disposizione di cui all’art. 3, comma 2, del d.P.R. 34 del 2000 che permette alle imprese raggruppate o consorziate di considerare la propria classifica incrementata di un quinto, qualora qualificate per almeno un quinto dell’importo a base di gara” dovesse, in quanto applicata “anche alle ATI verticali o miste”, essere interpretata nel senso (ritenuto addirittura “evidente”) che “la suddetta condizione va[da] riferita ai singoli importi della categoria prevalente e delle altre categorie scorporabili” (cfr. deliberazione n. 377 del 5 novembre 2001, nonché, più di recente, deliberazione n. 45 del 22 gennaio 2020);

- i2) il Consiglio di Stato ha condiviso tale interpretazione, allorché ha statuito – sia pure con riferimento al codice previgente – che “[...] la previsione di cui all’art. 61 del d.P.R. n. 207 del 2010 è da sempre interpretata dalla giurisprudenza 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” (cfr. [Cons. Stato, sez. V, 31 agosto 2018, n. 3993](#), cit.);
- i3) nella giurisprudenza di prime cure, tale interpretazione è accolta, tra le altre, da [T.a.r. per la Sicilia, sez. I, 23 novembre 2021, n. 3228](#) (in *Appalti & Contratti*, 2021, 83) e [T.a.r. per il Lazio, sez. III, 6 dicembre 2021, n. 12555](#).

III. – Per completezza, si consideri quanto segue:

- j) sulla capacità e i requisiti delle a.t.i. e delle imprese raggruppate v. [Corte di giustizia UE, sez. IV, 28 aprile 2022, C-642/20, Caruter Srl](#) (oggetto della [News in data 10 maggio 2022](#) alla quale si rinvia per ogni ulteriore approfondimento), la quale: I) 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 r.t.i. 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; II) ha evidenziato come la disciplina italiana contravvenga alla finalità perseguita dalla normativa UE di aprire gli appalti pubblici alla concorrenza più ampia possibile e di facilitare l’accesso delle piccole e medie imprese;
- k) sulla modificazione soggettiva del r.t.i. e perdita dei requisiti di uno dei componenti: [Cons. Stato, Ad. plen., 25 gennaio 2022, n. 2](#) (oggetto della [News](#)

[US in data 25 febbraio 2022](#) alla quale si rinvia per ogni ulteriore approfondimento, anche in tema di sostituzione dell'impresa ausiliaria); [27 maggio 2021, n. 10](#) (in *Guida al dir.*, 2021, 29, 86, con nota di PONTE, oggetto della [News US in data 24 giugno 2021](#) alla quale si rinvia per ogni ulteriore approfondimento sui rischi di effetti distorsivi della concorrenza discendenti dalle modificazioni soggettive, sulle sorti del raggruppamento temporaneo di imprese nel caso di fallimento di una di esse, sul principio di continuità del possesso dei requisiti, la sua inderogabilità e gli effetti nel tempo, sul rapporto tra fase esecutiva del contratto e interesse pubblico); [18 marzo 2021, n. 5](#) (oggetto della [News US in data 12 aprile 2021](#)); [27 marzo 2019, n. 6](#), in *Urbanistica e appalti*, 2019, 517, con nota di DE PAULI, MAZZEO (oggetto della [News US in data 9 aprile 2019](#) alla quale si rinvia per ogni ulteriore approfondimento), sugli effetti della mancata corrispondenza tra la qualificazione posseduta e la quota di lavori da eseguire da parte di un singolo operatore, secondo la ripartizione interna all'a.t.i. come risultante dall'offerta;

- 1) in dottrina, sulla questione specifica dei presupposti applicativi del beneficio del c.d. aumento del quinto, alle imprese raggruppate in a.t.i. miste, previsto dall'art. 61 d.P.R. n. 207 del 2010, v. R. DE NICTOLIS, *Appalti pubblici e concessioni*, Bologna, 2020, pag. 818 ss. sulla disciplina transitoria vigente in materia di qualificazione per lavori di importo pari o superiore a 150.000 euro; pag. 859 ss. per la qualificazione delle imprese in a.t.i. L'Autrice indentifica la vicenda dell'applicazione alle imprese componenti di a.t.i. del beneficio dell'aumento del quinto in relazione alla classifica di appartenenza come questione "dibattuta", essendosi posta la questione di come coordinare l'art. 61 comma 2 d.P.R. n. 207 del 2010 con l'art. 92, comma 2 del medesimo d. P.R., evidenziando come tra i diversi orientamenti della giurisprudenza "il d. P.R. n. 207/2010 ha adottato una soluzione intermedia, estendendo il beneficio alle mandanti, per le quali, dunque, il requisito del 10% può essere raggiunto con il beneficio dell'aumento del quinto, ed escludendolo espressamente per la mandataria".