



**News UM n. 16 del 31 gennaio 2023  
a cura dell'Ufficio del massimario**

L'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato traccia la via da privilegiarsi nell'interpretazione dell'art. 61 d. P.R. n. 207 del 2010 precisando che tale norma si applica, per il raggruppamento c.d. misto, anche alle imprese del singolo sub-raggruppamento orizzontale per l'importo dei lavori della categoria prevalente o della categoria scorporata a base di gara.

**Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, sentenza 13 gennaio 2023, n. 3 – Pres. Maruotti, Est. Nocelli**

**Contratti pubblici – Qualificazione di consorzi e raggruppamenti temporanei – Classifica – Incremento del quinto – Presupposti**

L'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato enuncia 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 sub-raggruppamento orizzontale per l'importo dei lavori della categoria prevalente o della categoria scorporata a base di gara (1).*

(1) I. – Con la sentenza in rassegna l'Adunanza plenaria, con un principio identico a quello espresso nella coeva sentenza n. 2 del 2023, ha chiarito la lettura da darsi, nelle procedure di gara alle quali partecipano raggruppamenti temporanei d'impresa, all'art. 61, comma 2, d. P.R. n. 207 del 2010 osservando che detta disposizione – 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 sub-raggruppamento orizzontale per l'importo dei lavori della categoria prevalente o della categoria scorporata a base di gara.

Le correlate questioni erano state rimesse con ordinanze Cons. Stato, sez. V, 19 agosto 2022, n. 7311 e con la coeva ordinanza n. 7310 del 2022 (quest'ultima oggetto della News UM in data 6 ottobre 2022) con le quali era stata sollecitata 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.

L'ordinanza di rimessione aveva dato atto dell'esistenza di due divergenti orientamenti (rappresentati da Cons. Stato, sez. III, 13 aprile 2021, n. 3040 e da Cons. giust. amm. sic., sez. giur., 11 aprile 2022, n. 450) ed ha prospettato – per ragioni di coerenza sistematica – 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 devono ritenersi abilitati a partecipare alle gare e ad eseguire i lavori “nei limiti della propria classifica incrementata di un quinto”, purché qualificati per una classifica pari ad almeno un quinto “dell'importo della categoria di lavori cui lo stesso componente partecipa”.

II.– L'iter argomentativo seguito, si è così articolato:

- a) l'art. 61, comma 2, d.P.R. n. 207 del 2010 prevede 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; nel caso di imprese raggruppate o consorziate la disposizione non si applica alla mandataria ai fini del conseguimento del requisito minimo di cui all'articolo 92, comma 2”*;
- b) si tratta dell'istituto del c.d. incremento del quinto, introdotto dall'art. 5 della l. n. 57 del 1962, istitutiva dell'Albo nazionale degli appaltatori, per quanto concerne l'impresa singola, e dall'art. 21 della l. n. 584 del 1977, per quanto concerne le imprese riunite, con la c.d. condizione del quinto rapportato all'importo dei lavori a base d'asta: v., sul punto, la decisione Cons. Stato, Ad. plen., 27 novembre 1990, n. 10 (in *Foro it.*, 1991, III, 161, con nota di BARONE A.; *Cons. Stato*, 1991, II, 1589 (m), con nota di MUSSARI) e la giurisprudenza successiva e, in particolare, dopo la modifica dell'art. 23 del d. lgs. n. 406 del 1991, la sentenza Cons. Stato, sez. V, 15 febbraio 2000, n. 801 (in *Foro amm.*, 2000, 481);
- c) l'art. 61, comma 2 citato, tuttora vigente, nel cristallizzare un lungo percorso normativo e giurisprudenziale, ha codificato nella stessa disposizione le due distinte regole, relative:
  - c1) la prima, all'impresa singola;
  - c2) la seconda, al raggruppamento di imprese;
- d) la funzione della prima regola – secondo cui 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 – è quella di evitare che l'apertura al mercato degli appalti comunitari alle piccole e medie imprese possa attuarsi con pregiudizio delle condizioni basilari di affidabilità tecnica e finanziaria di ciascuna struttura aziendale e comporta l'apposizione di un limite alle capacità e dimensioni della singola impresa;

- e) la funzione della seconda regola – secondo cui, in caso di imprese raggruppate o consorziate, il beneficio dell'aumento del quinto si applica a condizione che l'impresa sia qualificata per una classifica pari ad almeno un quinto dell'importo dei lavori a base di gara – è, invece, quella di garantire l'amministrazione che la suddivisione dei compiti, tipica del raggruppamento di imprese, non comprometta la complessiva *"efficienza ed adeguatezza della più vasta aggregazione imprenditoriale aggiudicataria dell'appalto, la quale deve offrire, nel sistema di qualifica affidato all'iscrizione all'albo costruttori, una classifica totale almeno pari a quella dell'importo dei lavori affidati"* (Cons. Stato, sez. V, 15 febbraio 2000, n. 801, cit.);
- f) orbene, quanto alla seconda regola, l'art. 61, comma 2, cit. - come è reso evidente anche dal riferimento finale della disposizione all'art. 92, comma 2, d.P.R. n. 207 del 2010 per il requisito minimo della mandataria - prende in considerazione la prima e preminente ipotesi del c.d. raggruppamento orizzontale, costituito 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, del d. lgs. n. 50 del 2016), essendo esse portatrici delle medesime competenze per l'esecuzione delle prestazioni oggetto dell'appalto;
- g) in questa ipotesi, che costituisce storicamente la prima forma aggregativa conosciuta dall'esperienza dei lavori pubblici, l'importo dei lavori a base d'asta evidentemente coincide con quella della singola lavorazione, anche se la prassi imprenditoriale e la legislazione dei contratti pubblici hanno visto poi emergere, e regolare, nuove forme aggregative e partecipative alle gare, con suddivisione di singole categorie di lavorazioni, prevalente e scorporabili, tra imprese specificamente qualificate;
- h) si è infatti ben presto delineata la figura del c.d. raggruppamento verticale, 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 del d. lgs. n. 50 del 2016);
- i) al riguardo l'art. 92, comma 3, d.P.R. n. 207 del 2010 stabilisce che i requisiti di qualificazione economico-finanziari e tecnico-organizzativi sono posseduti dalla mandataria nella categoria prevalente e nelle categorie scorporate ciascuna mandante possiede i requisiti previsti per l'importo dei lavori della categoria che intende assumere e nella misura indicata per l'impresa singola;
- j) nell'ipotesi di raggruppamento verticale c.d. puro, ciascuna mandante, come prevede l'art. 92, comma 3 citato, esegue i lavori della categoria scorporata e deve avere la classifica *"nella misura indicata per l'impresa singola"* e può giovare dell'incremento premiale del quinto, in base alla prima regola di cui si è detto, nella misura indicata dalla prima parte dell'art. 61, comma 2, e cioè *"nei limiti della propria classifica incrementata di un quinto"*;
- k) l'art. 61, comma 2, cit. non sembra riferirsi espressamente, invece, all'ibrida figura dei raggruppamenti cc.dd. *"misti"*, prevista in ordine di tempo solo dall'art. 7, comma 1, lett. f), della l. n. 166 del 2002, che consiste in una forma di 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. n. 50 del 2016);

- l) tale ipotesi, ad una prima lettura, sembra essere estranea alla diretta applicazione dell'art. 61, comma 2, cit., non solo perché la disposizione fa riferimento ad imprese che eseguono lo stesso tipo di lavorazione e, dunque, ad un raggruppamento tipicamente e interamente orizzontale (c.d. totalitario), ma perché lo stesso meccanismo del beneficio del c.d. incremento del quinto, evidentemente, presuppone, nel fare riferimento ad una impresa raggruppata e consorziata, che *“sia qualificata per una classifica pari ad almeno un quinto dell'importo dei lavori a base di gara”* (c.d. condizione del quinto), che i lavori a base di gara siano gli stessi per tutte le imprese che possono, o vorrebbero, giovare del beneficio, non essendo possibile giovare di questo incremento premiale, evidentemente, per le imprese che non appartengano alla medesima categoria di lavori, proprio per il modo con il quale è congegnato, dallo stesso art. 61, commi 3 e 4, e dall'allegato A al d.P.R. n. 207 del 2010, il meccanismo delle qualifiche e delle classifiche per le opere generali e specializzate;
- m) ne discende che entrambi gli orientamenti interpretativi richiamati dall'ordinanza di rimessione – e, cioè, quello *“restrittivo”* esemplificativamente rappresentato da Cons. Stato, sez. III, 13 aprile 2021, n. 3040, cit., e, dall'altro lato, quello *“ampliativo”* o correttivo rappresentato da Cons. giust. amm. sic., sez. giur., 11 aprile 2022, n. 450, cit. – non possono essere condivisi: seppure con esiti interpretativi del tutto divergenti, muovono entrambi dal presupposto, non previsto però dalla legge, secondo cui, al cospetto di un raggruppamento misto, bisognerebbe aver riguardo alla base d'asta comprensiva di tutti i lavori, anche appartenenti a categorie eterogenee, al fine di determinare se l'impresa appartenente al sub-raggruppamento orizzontale possa ritenersi qualificata per una classifica pari ad almeno un quinto dell'importo dei *“lavori a base d'asta”* e porre al denominatore il complesso di tutti i lavori posti a base d'asta;
- n) la circostanza che detti lavori non possano essere intesi, nella loro totalità, come comprensivi di lavorazioni del tutto eterogenee, per i raggruppamenti misti, è infatti reso evidente non solo dal fatto che l'art. 61, comma 2, ha inteso disciplinare la sola o, comunque, prevalente ipotesi del c.d. raggruppamento orizzontale (con esclusione di ogni forma di raggruppamento verticale c.d. puro, con suddivisione di singoli lavori per singole imprese in base alle diverse categorie, ipotesi, questa, regolata – come detto – dall'art. 92, comma 3), ma anche dal fatto che il beneficio del c.d. aumento del quinto, evidentemente, si riferisce sempre e comunque ad imprese che siano in grado di svolgere un quinto dei lavori a base d'asta per cui siano già abilitate e, dunque, per quella sola tipologia di lavori rientranti nella categoria di lavori per la quale abbiano già l'attestazione SOA;
- o) tale punto è stato chiarito dall'Autorità nazionale anticorruzione (ANAC) nella delibera n. 45 del 22 gennaio 2020, nella quale è stato precisato che la condizione posta dall'art. 61, comma 2, d.P.R. n. 207 del 2010 – per accedere al beneficio dell'incremento del quinto dei lavori a base di gara – è da intendersi *“nel senso che la categoria nella quale è necessario avere una classifica pari almeno a un quinto dei lavori è la stessa categoria per la quale si invoca l'estensione della portata abilitante dell'attestazione SOA”*;
- p) va chiarito, dunque, se e in che termini l'art. 61, comma 2, d.P.R. n. 207 del 2010 si applichi anche al raggruppamento misto per via del rilievo che, nei singoli sub-

raggruppamenti, a livello "orizzontale" si viene a creare, con riferimento alla specifica categoria di lavorazione, prevalente o scorporata, la medesima situazione di fatto, e di diritto, che in via generale contraddistingue il raggruppamento orizzontale. Va rilevato che:

- p1) l'art. 48, comma 6, d. lgs. n. 50 del 2016 prevede che i lavori riconducibili alla categoria prevalente o alle categorie scorporate "possono essere assunti anche da imprenditori riuniti in raggruppamento temporaneo di tipo orizzontale";
- p2) sul piano testuale, all'applicazione del più volte menzionato art. 61, comma 2, anche al sub-raggruppamento orizzontale, in ipotesi di c.d. raggruppamento misto, non osta invero il tenore letterale dello stesso art. 61, comma 2, quando fa riferimento all'"importo dei lavori a base di gara", perché la disposizione – dettata per l'ordinaria ipotesi di raggruppamento orizzontale c.d. totalitario, ove base d'asta e complesso di lavori omogenei alla stessa categoria coincidono – nella sua generica formulazione lascia ritenere, secondo un criterio di logicità e ragionevolezza, che questo importo vada commisurato alla tipologia di lavori che lo specifico sub-raggruppamento orizzontale deve realizzare;
- p3) se è vero che la disposizione si riferisce all'ipotesi di raggruppamento orizzontale e non a quello di raggruppamento verticale (e, dunque, anche al raggruppamento c.d. misto, quale *species* del raggruppamento verticale), va tuttavia considerato che, nell'ambito del raggruppamento misto, per la categoria prevalente o scorporata, i cui lavori sono stati assunti da plurime imprese, si viene a creare, con riferimento al singolo sub-raggruppamento orizzontale, una ripartizione di compiti e competenze, non dissimile da quella del raggruppamento orizzontale c.d. totalitario, e questa situazione è del tutto assimilabile a quella del raggruppamento orizzontale, laddove la *lex specialis* consenta il ricorso al raggruppamento verticale con sub-raggruppamenti per singole lavorazioni scorporabili specificamente indicate;
- p4) sul piano teleologico e sistematico, poi, il negare l'interpretazione – quantomeno estensiva, se non, addirittura, il ricorso all'applicazione analogica – dell'art. 61, comma 2, anche al sub-raggruppamento, con ovvio riferimento e con specifica limitazione – per le ragioni dette – alla singola categoria di lavorazione prevalente o scorporata, significherebbe frapporre un ostacolo ingiustificato all'esistenza stessa del c.d. raggruppamento misto, pur ammesso dal legislatore (art. 48, comma 6, del codice dei contratti pubblici), e quindi disincentivare o addirittura impedire le aggregazioni imprenditoriali che possono concorrere alle gare anche nella forma del c.d. raggruppamento misto, benché espressamente riconosciute dalla legge e dalla stessa stazione appaltante nella *lex specialis*;
- p5) ciò verrebbe a creare una ingiustificata disparità di trattamento del sub-raggruppamento orizzontale rispetto alla disciplina stessa del raggruppamento orizzontale totalitario, nel quale – in via generale – il beneficio dell'incremento del quinto è ammesso proprio per consentire, entro certi limiti (la c.d. condizione del quinto), una più vasta partecipazione alle gare;

- p6) non giova invero opporre che, a differenza del raggruppamento orizzontale c.c. totalitario, nel sub-raggruppamento orizzontale viene a crearsi una sub-associazione di imprese che svolgono una specifica categoria di lavori, spesso di gran lunga inferiori alla base d'asta, con conseguente frammentazione delle competenze e minor garanzia di affidabilità, rispetto a quanto richiesto dalla stazione appaltante;
- p7) né è fondato il timore che, così ragionando, si incentiverebbe un eccessivo frazionamento dei requisiti partecipativi in un pulviscolo, per così dire, di imprese, ciascuna classificata addirittura fino al quinto aggiuntivo rispetto alla classifica della specifica categoria: infatti, la possibilità e, anzi, la concreta fattibilità di questo frazionamento – anche a prescindere dalla invocata possibilità di giovare dell'incremento del quinto – è insita non solo nella stessa astratta ammissibilità del raggruppamento misto, riconosciuto dall'art. 48, comma 6, del d. lgs. n. 50 del 2016, ma nella sua concreta previsione da parte della *lex specialis*, con la conseguente ripartizione, evidentemente già "soppesata" a monte e prevista dalla stazione appaltante, delle lavorazioni in senso verticale e, nell'ambito di queste, di una loro esecuzione in forma orizzontale;
- p8) l'ancoraggio del beneficio ad una classifica pari ad almeno un quinto degli specifici lavori – e non già, irragionevolmente, alla totalità indistinta ed eterogenea dei lavori posti a base d'asta – consente del resto una più specifica e mirata garanzia di professionalità dei singoli partecipanti al raggruppamento misto rispetto ad una classifica in ipotesi commisurata al complesso di tutti i lavori posti a base d'asta;
- p9) tale ipotetica classifica, al di là, come detto, della sua stessa impossibilità logico-giuridica per essere la classifica sempre inerente e interna ad una specifica qualifica, comunque vanificherebbe ogni possibilità, per le imprese chiamate ad eseguire lavorazioni secondarie o tutto sommato marginali nell'economia dell'appalto, di giovare dell'incremento del quinto per la propria classifica in rapporto alla specifica e sola lavorazione, che sarebbero chiamate a svolgere;
- p10) prima ancora che palesemente anticoncorrenziale, una simile interpretazione risulta irragionevole e, per altro verso, contrastante con il dettato normativo e l'intero sistema delle qualifiche e classifiche costruito dall'attuale legislazione, lo si ribadisce, su singole categorie di lavorazioni, e con ciò, per paradosso, ancor meno tutelante per le stazioni appaltanti, interessate non tanto a contrarre con imprese che abbiano, sul piano quantitativo, un certo fatturato, rapportato all'intera base d'asta, bensì ad avere quali contraenti associate imprese qualificate, sul piano qualitativo (e, dunque, in base alla classifica per categoria), all'esecuzione della specifica lavorazione nel raggruppamento misto;
- p11) una interpretazione restrittiva di questo beneficio viene dunque ad introdurre, per il raggruppamento misto, una limitazione ed uno sbarramento comunque sproporzionati rispetto alla finalità – quella, cioè, di tutelare la pubblica amministrazione da una eccessiva frammentazione

di imprese e requisiti – che tale rigorosa impostazione professa di volere raggiungere, con l’asserito “*blocco*” della premialità;

q) d’altro canto sul piano sistematico, rileva anche la prassi applicativa dell’art. 92, comma 2, d.P.R. n. 207 del 2010 in tema di requisiti minimi per la composizione dei raggruppamenti orizzontali:

q1) benché la disposizione – che, come si è detto, viene espressamente richiamata dall’art. 61, comma 2 – 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 d.P.R. n. 207 del 2010), essa è coerentemente interpretata 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; sez. VI, 15 ottobre 2018, n. 5919, in *Contratti Stato e enti pubbl.*, 2019, 1, 97, con nota di BOSCOLO e, nel vigore del d. lgs. n. 163 del 2006 ora abrogato, Cons. giust. amm. sic., sez. giur., 11 aprile 2008, n. 306);

q2) l’interpretazione qui preferita è quella maggiormente rispondente ai principi europei, che prevedono ampia partecipazione alle procedure di gara dei raggruppamenti temporanei ed al principio europeo di massima libertà di autoorganizzazione delle imprese (cfr. l’art. 19, par. 2, direttiva n. 2014/24/UE e il considerando n. 15, su cui, di recente, Cons. Stato, sez. V, 4 maggio 2020, n. 2785, in *Foro amm.*, 2020, 967);

q3) nella medesima prospettiva sistematica, l’art. 48, comma 5, d. lgs. n. 50 del 2016 è chiaro 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*”;

q4) sulle esposte premesse, si giustifica allora 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*”;

q5) in tal senso si è espressa anche l’Autorità nazionale anticorruzione, la quale ha ritenuto (nel previgente, ma identico contesto normativo) che “*la disposizione di cui all’art. 3, comma 2, del d.P.R. 34/2000 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. la deliberazione n. 377 del 5 novembre 2001, nonché, più di recente, la già richiamata deliberazione n. 45 del 22 gennaio 2020);

- r) il Consiglio di Stato ha condiviso tale interpretazione di ordine sistematico, allorché ha statuito, ad esempio, che – in difetto di una disposizione speciale derogatoria e in assenza di qualsivoglia distinzione operata dall’art. 48, comma 1, d. lgs. n. 50 del 2016 – nei raggruppamenti misti ogni sub-raggruppamento debba essere esaminato autonomamente, con la conseguenza che la verifica del possesso della qualificazione della mandataria nella misura minima del 40% (stabilita dall’art. 92, comma 2, d.P.R. n. 207 del 2010 per i raggruppamenti orizzontali negli appalti di lavori), con riferimento alla singola categoria scorporabile della cui realizzazione la stessa è partecipe unitamente a una o più mandanti, deve essere effettuata in capo all’impresa capogruppo del sub-raggruppamento (Cons. Stato, sez. VI, 15 ottobre 2018, n. 5919, cit.);
- s) del resto, a tutela dell’interesse pubblico sotteso all’apertura della gara a r.t.i. di tipo verticale o misto, la partecipazione alle gare pubbliche mediante raggruppamento temporaneo di tipo verticale – peraltro nella ulteriore e più articolata forma del c.d. raggruppamento c.d. misto – non può ritenersi libera e rimessa all’esclusiva volontà dei concorrenti, poiché, per la costante giurisprudenza, in tanto il raggruppamento di tipo verticale è ammesso alla gara in quanto ciò sia previsto dalla *lex specialis*, attraverso la distinzione fra prestazioni prevalenti o principali e prestazioni scorporabili o secondarie, ai sensi dell’art. 48, comma 1 e 2, del d. lgs. n. 50 del 2016 (v., *ex plurimis*, Cons. Stato, sez. V, 9 dicembre 2020, n. 7751, 4 maggio 2020, n. 2785, citt., nonché sez. V, 5 aprile 2019, n. 2243, in *Foro amm.*, 2019, 637).

IV. – Per completezza, si consideri quanto segue:

- t) lo “*Schema definitivo di Codice dei contratti pubblici in attuazione dell’articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante «Delega al Governo in materia di contratti pubblici»*” redatto dall’apposita Commissione presso il Consiglio di Stato:
- t1) ha confermato il sistema di qualificazione delle imprese “*Per le procedure di aggiudicazione di appalti di lavori di importo pari o superiore a 150.000 euro*” (art. 100, comma 4), rinviando ai “*requisiti minimi stabiliti nella Parte V dell’allegato II.12*” (art. 66, comma 2);
- t2) ha sostanzialmente confermato la pregressa disciplina, stabilendo, all’art. 2, comma 2, dell’allegato II.12 (recante “*Sistema di qualificazione e requisiti per gli esecutori di lavori. Requisiti per la partecipazione alle procedure di affidamento dei servizi di ingegneria e architettura*”), che “*La qualificazione in una categoria abilita l’operatore economico 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; nel caso di imprese raggruppate o consorziate la disposizione non si applica alla mandataria ai fini del conseguimento del requisito minimo di cui all’articolo 30, comma 2*”;



- u) 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;
- v) sulla modificazione soggettiva del r.t.i. e perdita dei requisiti di uno dei componenti: Cons. Stato, Ad. plen., 25 gennaio 2022, n. 2 (in *Foro it.*, 2022, III, 603 e 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;
- x) sull'avvalimento e incremento del quinto dell'attestazione SOA: Cons. Stato, sez. V, 6 aprile 2021, n. 2762, secondo cui "La perdita in corso di gara da parte dell'impresa ausiliaria dei requisiti di qualificazione SOA prescritti dalla lex specialis di gara e dichiarati in sede di presentazione dell'offerta comporta l'esclusione dalla procedura. I requisiti di qualificazione SOA dichiarati in gara devono, infatti, permanere in ogni successiva fase della procedura evidenziale, a tutela dell'affidamento della stazione appaltante sulla capacità tecnico-organizzativa dei partecipanti alle procedure di affidamento di contratti e di parità di trattamento tra questi ultimi";
- y) sull'interpretazione della legge:
- y1) sul criterio letterale quale canone fondamentale di ermeneutica: tra le diverse, Cass. civ., sez. lav., 26 gennaio 2012, n. 1111, secondo cui "la norma giuridica deve essere interpretata, innanzi tutto e principalmente, dal punto di vista letterale, non potendosi al testo «attribuire altro senso se non quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse», pertanto,

*nell'ipotesi in cui l'interpretazione letterale di una norma di legge sia sufficiente ad individuarne, in modo chiaro ed univoco, il relativo significato e la connessa portata precettiva, l'interprete non deve ricorrere al criterio ermeneutico sussidiario costituito dalla ricerca, merce l'esame complessivo del testo, della mens legis, specie se, attraverso siffatto procedimento, possa pervenirsi al risultato di modificare la volontà della norma, così come inequivocabilmente espressa dal legislatore; soltanto qualora la lettera della norma medesima risulti ambigua (e si appalesi altresì infruttuoso il ricorso al predetto criterio ermeneutico sussidiario), l'elemento letterale e l'intento del legislatore, insufficienti in quanto utilizzati singolarmente, acquistano un ruolo paritetico in seno al procedimento ermeneutico, cosicché il secondo funge da criterio comprimario e funzionale ad ovviare all'equivocità del testo da interpretare";*

- y2) sulla generale regola ermeneutica c.d. "di conservazione degli atti": Cass. civ., sez. un., 5 giugno 2014, n. 12644, secondo cui tale regola "espressamente codificata dall'articolo 1367 c.c., in materia contrattuale, ma da ritenersi operante, in quanto espressione di un sovraordinato principio generale insito nel sistema, anche e soprattutto in tema di interpretazione della legge, sulla scorta della quale, tra le diverse accezioni possibili di una disposizione (normativa, amministrativa o negoziale), deve propendersi per quella secondo cui la stessa potrebbe aver qualche effetto, anziché nessuno";
- y3) sull'interpretazione storico evolutiva: Cass. civ., 25 febbraio 2020, n. 5022, secondo cui essa determina che "una determinata fattispecie negoziale non può che essere valutata sulla base dell'ordinamento vigente, posto che l'attività ermeneutica non può dispiegarsi «ora per allora», ma all'attualità";
- y4) sulla finalità dell'interpretazione autentica: tra le tante, da ultimo, Corte cost., 10 marzo 2022, n. 61 (oggetto della News US in data 29 aprile 2022, alla quale si rinvia, in particolare, con specifico approfondimento sul legittimo affidamento rispetto alla retroattività legislativa); 22 novembre 2000, n. 252 (in *Foro it.*, 2000, I, 3397) secondo cui "il legislatore può adottare norme di interpretazione autentica non soltanto in presenza di incertezze sull'applicazione di una disposizione o di contrasti giurisprudenziali irrisolti, ma anche «quando la scelta imposta dalla legge rientri tra le possibili varianti di senso del testo originario, con ciò vincolando un significato ascrivibile alla norma anteriore»;
- y5) sulla nozione e presupposti della applicazione analogica: Cass. civ., sez. lav., 10 maggio 2003, n. 7170;
- y6) sulla nozione di interpretazione restrittiva: Cass. civ., sez. III, 20 luglio 1977, n. 3250, secondo cui "L'interpretazione restrittiva ricorre quando il giudice ritenga che le espressioni usate dal legislatore ne abbiano tradito il pensiero ovvero non lo abbiano esattamente rivelato - di modo che nella norma appaiano compresi casi che non vi dovrebbero rientrare secondo l'intenzione della legge - e, di

*conseguenza, escluda, per tali casi, l'applicazione della norma stessa al fine di attuare la reale volontà legislativa. Pertanto, non si è in presenza di una siffatta interpretazione quando il giudice non escluda dall'applicazione della norma un caso, che la formula letterale di questa contempra, bensì accerti che la fattispecie prospettata dalla parte non rientri nella disciplina legale risultante dal testo letterale della norma”;*

y7) sulla interpretazione sistematica: Cass. civ., sez. V, 12 novembre 2019, n. 29164, secondo cui *“il criterio di «interpretazione sistematica» [...] non può che essere recessivo rispetto al prioritario canone dell'interpretazione letterale, eventualmente integrato (secondo quanto sopra specificato) da quello dell'intenzione del legislatore”;*

z) 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 identifica 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”*.