

L'INCREMENTO DEL QUINTO NEI RAGGRUPPAMENTI MISTI

Nota a Consiglio di Stato, Ad. Plen., sentenza 13 gennaio 2023 n.2

L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, con sentenza 13 gennaio 2023 n. 2, si è espressa in merito alla portata applicativa dell'art. 61, comma 2, d.P.R. 5 ottobre 2010 n. 207, avente ad oggetto il c.d. incremento del quinto.

Come noto, l'istituto del c.d. incremento del quinto della classifica posseduta dall'operatore economico è portatore di due diverse regole: (i) la possibilità dell'impresa singola a partecipare a gare e a eseguire lavori nei limiti della propria classifica incrementata di un quinto, aprendo così il mercato alle piccole e medie imprese, senza che ciò attui un pregiudizio alle condizioni basilari di affidabilità tecnica e finanziaria di ciascuna struttura aziendale e (ii) l'applicazione dell'istituto a ciascuna impresa raggruppata o consorziata, a condizione che l'impresa sia qualificata per una classifica pari ad almeno un quinto dell'importo posto a base di gara, così che non venga compromessa la complessiva efficienza e adeguatezza dell'aggregazione aggiudicataria dell'appalto.

I giudici di Palazzo Spada – rimessi della questione in seguito al deferimento ex art. 99, comma 1, c.p.a. – hanno affermato che l'incremento premiale del quinto si applica non solo al raggruppamento orizzontale, ma pure a quello c.d. misto (consistente in una forma di associazione verticale al cui interno sono presenti sub-raggruppamenti orizzontali) con riguardo alla categoria prevalente o scorporata, i cui lavori siano stati assunti da plurime imprese, venendosi 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.

Con la presente statuizione, si risolve un contrasto interpretativo venutosi a creare in seno al Consiglio di Stato che vedeva contrapporsi due distinti filoni interpretativi.

Secondo una parte della giurisprudenza (in questo senso cfr. Consiglio di Stato, Sez. III, 13 aprile 2021 n. 3040), nel caso di raggruppamento, il riconoscimento del beneficio dell'incremento del quinto postulerebbe, in capo all'impresa concorrente in forma aggregata, il possesso della qualificazione per un importo pari ad almeno un quinto dell'importo dei lavori a base di gara, da intendersi, quest'ultimo, come importo complessivo o base d'asta.

In base a un diverso e successivo orientamento, invece, una siffatta interpretazione condurrebbe a un "*risultato paradossale*" 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. Al fine di evitare ciò, C.G.A.R.S., Sez. I, 11 aprile 2022 n. 450 suggerisce una soluzione c.d. "razionalizzante": tenuto fermo, in conformità al tratto testuale, il riferimento all'importo a base d'asta, "*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*".

La sentenza in commento, non condividendo integralmente nessuno degli orientamenti suesposti, ha invero prospettato un'interpretazione "adeguatrice" dell'art. 61, comma 2, d.P.R. 207/2010, ritenendo che, in caso di raggruppamento c.d. misto, per "importo a base di gara" bisogna riferirsi ai singoli importi della categoria prevalente e delle altre categorie scorporabili della gara, e non al complesso di tutti i lavori posti a base d'asta.

In altre parole, *"la disposizione – dettata per l'ordinaria ipotesi di raggruppamento orizzontale c.d. totalitario, ove base d'asta e complesso di lavori omogenei coincidono – nella sua generica formulazione lascia invero un sufficiente margine interpretativo per ritenere, come suggerisce l'ordinanza di rimessione secondo un criterio di logicità e ragionevolezza, che questo importo vada commisurato alla tipologia di lavori che lo specifico sub-raggruppamento orizzontale deve realizzare"* (Ad. Plen. 2/2023, punto 12.1).

A tale conclusione, l'Adunanza Plenaria è pervenuta sulla base di un'articolata motivazione che muove, innanzitutto, dall'assunto che, sebbene l'art. 61, comma 2, d.P.R. 207/2010 si riferisca all'ipotesi di raggruppamento orizzontale e non a quello verticale o misto, dal punto di vista sistematico, non vi sono ragioni per escludere l'applicabilità anche al sub-raggruppamento orizzontale di un raggruppamento misto, in relazione al quale viene a crearsi *"una ripartizione di compiti e competenze, non dissimile da quella del raggruppamento orizzontale c.d. totalitario"* (Ad. Plen. 2/2023, punto 12.2).

Ad avviso del Supremo Consesso, infine, una diversa e più restrittiva interpretazione rispetto a quella enunciata sarebbe, da un lato, palesemente anticoncorrenziale e non rispondente ai principi europei che promuovono un'ampia partecipazione alle procedure di gara dei raggruppamenti temporanei e, al pari, una massima libertà di autoorganizzazione delle imprese; dall'altro lato, contrastante con il dettato normativo – caratterizzato da un sistema di qualifiche e classifiche costruito su singole categorie di lavorazioni – e ancor meno tutelante per le stazioni appaltanti, interessate a contrarre con imprese qualificate, in base alla classifica per categoria, all'esecuzione della specifica lavorazione nel raggruppamento misto.

Da ultimo, si segnala che la regola dell'incremento del quinto viene riproposta con formulazione pressoché identica all'art. 2, comma 2, dell'Allegato II.12 dello Schema di decreto legislativo recante il nuovo codice dei contratti pubblici, attualmente all'esame delle competenti commissioni parlamentari, la cui emanazione è attesa entro la fine di marzo.

Pertanto, è dato ritenere che l'approdo ermeneutico dell'Adunanza Plenaria rimarrà fermo anche a seguito dell'entrata in vigore del nuovo codice dei contratti pubblici.

DISCLAIMER

Il presente *Client Alert* ha il solo scopo di fornire informazioni di carattere generale. Di conseguenza, non costituisce un parere legale né può in alcun modo considerarsi come sostitutivo di una consulenza legale specifica.

Laura Sommaruga, Partner
Via Dante, 9
20123 Milano
Email: laura.sommaruga@grplex.com

Enrico Cassaro, Junior Associate
Via Dante, 9
20123 Milano
Email: enrico.cassaro@grplex.com