



# DELIBERA N. 524

2 novembre 2022

## Oggetto

Istanza singola di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1, del d.lgs. 50/2016 presentata da CE.SUB. S.r.l. – Indagini e rilievi al molo San Vincenzo e alla diga Duca degli Abruzzi per i danni causati dalle mareggiate del 28 e 29 dicembre 2020 e del 2 gennaio 2021 – Criterio di aggiudicazione: minor prezzo - Base d'asta: 144.088,06 euro - S.A.: Autorità di Sistema Portuale del Mar Tirreno Centrale

**PREC 124/2022/L**

## Riferimenti normativi

D.lgs. n. 50 del 2016, art. 83, comma 8

D.P.R. n. 207 del 2010, art. 92, comma 2

## Parole chiave

Raggruppamento – Ripartizione quote di esecuzione

## Massima

**Appalto pubblico – In genere – Soggetti partecipanti – Raggruppamento temporaneo di imprese – Quote di qualificazione e di esecuzione – Impresa mandataria – Quota maggioritaria – Singola categoria - Inammissibile**

A seguito della sentenza della Corte di Giustizia C-642/20 del 28 aprile 2022, non è esigibile in base alla vigente normativa che l'impresa capogruppo debba possedere i requisiti di partecipazione in misura maggioritaria, né con riferimento all'intero appalto, né con riferimento alla singola categoria di cui esso si compone, né tanto meno che debba eseguire le prestazioni in misura maggioritaria, ferma restando la possibilità per le stazioni appaltanti di prevedere, nei bandi di gara, che taluni compiti essenziali siano svolti direttamente da un partecipante al raggruppamento. Rimane fermo il principio secondo cui la suddivisione delle quote di esecuzione tra le imprese raggruppande deve essere effettuata entro il limite dei requisiti di partecipazione posseduti da ciascuna.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 2 novembre 2022

Vista l'istanza di parere acquisita al prot. n. 67867 del 24 agosto 2022, nella quale l'operatore economico CE.SUB. S.r.l., secondo classificato nella procedura di affidamento in epigrafe, ha contestato l'aggiudicazione disposta in favore del costituendo RTI GIA Consulting S.r.l. (mandataria)/Enviroconsult S.r.l./Trivel Sondaggi



S.r.l., asserendo che l'impresa capogruppo non soddisfa i requisiti in misura maggioritaria, in violazione dell'art. 83, comma 8, d.lgs. n. 50/2016 e dell'art. 92, comma 2, d.P.R. n. 207/2010, e comunque non raggiunge la soglia minima del 40%, dei requisiti e della quota da eseguire, richiesta dal richiamato comma 2 dell'art. 92 d.P.R. n. 207/2010;

Visto l'oggetto della gara, consistente in lavori e servizi, segnatamente: "Rilevamenti topografici"-categoria OS20A euro 40.560,00, "Indagini geognostiche"-categoria (prevalente) OS20B euro 50.517,03 e "Rilievi batimetrici" euro 48.391,00, e la dichiarazione d'impegno delle componenti del costituendo RTI ad eseguire le prestazioni secondo le seguenti quote percentuali: GIA Consulting S.r.l. (mandataria) 35,76%, Enviroconsult S.r.l. Enviroconsult S.r.l. 28,82% e Trivel Sondaggi S.r.l. 35,42%;

Viste le argomentazioni dell'istante, ad avviso del quale, assumendo che il costituendo RTI sia di tipo orizzontale o misto (visto che le quote di esecuzione delle singole imprese non corrispondono alle singole prestazioni oggetto del contratto), il comma 8 dell'art. 83 risulterebbe violato perché la mandataria GIA Consulting S.r.l. non possiede in misura maggioritaria i requisiti per la categoria prevalente "Indagini geognostiche-categoria OS20B", dal momento che solo la mandante Trivel Sondaggi S.r.l. possiede l'attestazione nella categoria OS20B, ed è conseguentemente il soggetto più qualificato. Inoltre, trattandosi di appalto di lavori, non risulterebbe neppure soddisfatta la condizione posta dall'art. 92, comma 2, d.P.R. n. 207/2010, in caso di RTI orizzontali, di possesso da parte della mandataria di almeno il 40% dei requisiti;

Visto l'avvio dell'istruttoria comunicato in data 9 settembre 2022 con nota prot. n. 71674;

Vista la nota acquisita al prot. n. 71275 dell'8 settembre 2022, con la quale la stazione appaltante ha inteso confutare le asserzioni dell'istante evidenziando che i componenti del RTI sono risultati in possesso dei requisiti di partecipazione e che le argomentazioni esposte da CESUB non risulterebbero corrette alla luce di quanto recentemente statuito dalla sentenza della Corte di Giustizia C-642/20 del 28 aprile 2022;

Visto quando replicato dall'istante con nota acquisita al prot. n. 71674 del 9 settembre 2022, secondo il quale dalla richiamata sentenza della Corte di Giustizia potrebbe desumersi esclusivamente che la mandataria non deve possedere i requisiti in misura maggioritaria per l'intero appalto e che l'art. 83, comma 8, deve essere interpretato in senso comunitariamente orientato, ovvero nel senso che alla mandataria è richiesto il possesso dei requisiti in misura maggioritaria con riferimento alla singola categoria e non all'intero appalto. In ogni caso, ad avviso dell'istante, tale decisione non sarebbe riferita all'art. 92, commi 2 e 3, d.P.R. n. 207/2010, che risulta tuttora vigente;

Visto quanto dedotto con nota acquisita al prot. n. 71826 del 12 settembre 2022 da GIA Consulting S.r.l., a sostegno della legittimità dell'aggiudicazione. Secondo il controinteressato, la circostanza che una delle mandanti, ma non la mandataria, possieda l'attestazione SOA nella categoria prevalente, non avrebbe alcuna rilevanza dal momento che, trattandosi di un appalto di lavori di importo inferiore a 150.000,00 euro, la SOA non è necessaria e i requisiti di partecipazione possono essere dimostrati ai sensi dell'art. 90 d.P.R. n. 207/2010. Nel caso *de quo*, la mandataria ha dimostrato di possedere per intero i requisiti richiesti per la partecipazione, avendo svolto prestazioni analoghe per un totale non inferiore all'intero contratto da stipulare. Peraltro, la più volte richiamata sentenza della Corte di Giustizia avrebbe sancito l'incompatibilità con il diritto eurounitario della previsione dell'art. 83, comma 8, d.lgs. n. 50/2016, che richiede che la mandataria in ogni caso deve possedere i requisiti ed eseguire le prestazioni in misura maggioritaria;

Vista la documentazione in atti e le memorie delle parti;

Considerato che tutta la disciplina nazionale in tema di partecipazione in RTI è stata profondamente incisa dalla sentenza della Corte di giustizia C-642/20 del 28 aprile 2022, che, si può dire, ha scardinato il principio fondamentale sancito dall'art. 83, comma 8, d.lgs. n. 50/2016, di necessaria partecipazione maggioritaria della



capogruppo, sia in termini di requisiti posseduti che di quota di prestazioni da eseguire. La Corte di Giustizia ha infatti statuito che l'art. 63 della direttiva n. 2014/24/UE deve essere interpretato nel senso che esso osta ad una normativa nazionale secondo la quale l'impresa mandataria di un raggruppamento di operatori economici partecipante a una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico deve possedere i requisiti previsti nel bando di gara ed eseguire le prestazioni di tale appalto in misura maggioritaria. La conclusione raggiunta dalla Corte origina dal raffronto dell'art. 83, comma 8, con l'art. 63 della direttiva, che, al paragrafo 2, consente per taluni tipi di appalto, che *«le amministrazioni aggiudicatrici possono esigere che taluni compiti essenziali siano direttamente svolti dall'offerente stesso o, nel caso di un'offerta presentata da un raggruppamento di operatori economici (...), da un partecipante al raggruppamento»*. Mentre la direttiva si limita ad autorizzare l'amministrazione aggiudicatrice a prevedere, nel bando di gara, che taluni compiti essenziali siano svolti direttamente da un partecipante al RTI, il legislatore nazionale ha fissato una condizione più rigorosa perché ha imposto, in modo orizzontale, per tutti gli appalti pubblici, che la mandataria esegua la maggior parte delle prestazioni e dimostri il possesso dei requisiti in misura maggioritaria. La Corte ha osservato che la volontà del legislatore dell'Unione, conformemente agli obiettivi di cui ai Considerando 1 e 2 della medesima direttiva, consiste nel limitare ciò che può essere imposto a un singolo operatore di un RTI, seguendo un approccio qualitativo e non meramente quantitativo, al fine di incoraggiare la partecipazione di associazioni temporanee di piccole e medie imprese alle gare di appalto pubbliche. Di contro, un requisito come quello prescritto dall'art. 83, comma 8, terzo periodo, eccede i termini mirati impiegati all'art. 63, paragrafo 2, della direttiva e pregiudica così la finalità perseguita dalla normativa dell'Unione di aprire gli appalti pubblici alla concorrenza più ampia possibile e di facilitare l'accesso delle piccole e medie imprese;

Ritenuto che la nettezza del principio, sancito dalla Corte, di non conformità alla direttiva di una norma nazionale che, in modo automatico, impone ai singoli operatori di un raggruppamento vincoli quantitativi alla partecipazione, porta a ritenere che l'impatto della pronuncia non possa essere circoscritto, come sostenuto dall'istante, alla interpretazione del comma 8 dell'art. 83 nel senso che la quota maggioritaria della mandataria è richiesta solo con riferimento alla singola categoria e non all'intero appalto. Quest'ultimo costituisce un approdo ermeneutico cui la giurisprudenza nazionale era già giunta, laddove aveva ritenuto che, in caso di RTI misto, occorre avere riguardo a ciascun sub-raggruppamento di cui si compone e affinché la condizione di cui all'art. 83, comma 8, possa ritenersi soddisfatta non è necessario che la mandataria dell'intero raggruppamento, che si identifica nell'impresa qualificata per la categoria prevalente, abbia la maggioranza anche dei requisiti in ciascuno dei sub-raggruppamenti orizzontali costituiti per l'esecuzione delle lavorazioni delle categorie scorporabili, potendosi ipotizzare che la capogruppo dell'intero RTI sia nel contempo mandante nell'ambito dei sub-raggruppamenti (Cons. Stato, V, n. 7751/2020). Una simile ricostruzione, infatti, rimane pur sempre caratterizzata dalla presenza del vincolo quantitativo predeterminato della quota maggioritaria in capo alla mandataria, seppure nei limiti della singola categoria, e resta anch'essa affetta da un giudizio di non conformità alla direttiva;

Ritenuto che, a seguito della richiamata pronuncia della Corte di Giustizia, non si può esigere in base alla vigente normativa che l'impresa capogruppo possieda i requisiti di partecipazione in misura maggioritaria, né con riferimento all'intero appalto, né con riferimento alla singola categoria di cui esso si compone, né tanto meno che esegua le prestazioni in misura maggioritaria, ferma restando la possibilità per le stazioni appaltanti di prevedere, nei bandi di gara, che taluni compiti essenziali siano svolti direttamente da un partecipante al raggruppamento. Rimane ovviamente fermo il principio secondo cui la suddivisione delle quote tra le imprese raggruppande deve essere effettuata entro il limite dei requisiti di partecipazione posseduti da ciascuna;

Considerato che, nel caso in esame, tutte e tre le imprese raggruppande hanno dichiarato in sede di partecipazione il possesso dei requisiti richiesti dal bando per l'intero importo dell'appalto, tanto con riferimento ai lavori che ai servizi e che, pertanto, sotto questo punto di vista, la dichiarata ripartizione tra le stesse delle quote di esecuzione non è censurabile;



Considerato che, con riferimento alle refluenze della sentenza della Corte sull'art. 92, comma 2, d.P.R. n. 207/2010 (che, per i lavori, in caso di RTI orizzontali, prevede che la capogruppo, oltre a possedere i requisiti in misura percentuale superiore rispetto a ciascuna delle mandanti, debba possederli nella misura minima del 40%), come già osservato nell'Atto di segnalazione n. 1 del 20 luglio 2022, oltre all'art. 83, comma 8, ci sono altre disposizioni del codice dei contratti pubblici che appaiono in contrasto con i principi enunciati dalla Corte di Giustizia. Il legislatore italiano, infatti, ha scelto, per la disciplina dei raggruppamenti, di introdurre previsioni che limitano la libertà organizzativa del raggruppamento al fine di assicurare la corretta esecuzione delle prestazioni attraverso l'attribuzione alla capogruppo di un ruolo "di garanzia" nei confronti della stazione appaltante e ciò, come visto, si pone in contrasto con la direttiva, che consente l'introduzione di limitazioni più circoscritte ad opera delle amministrazioni aggiudicatrici (e non del legislatore) a condizione che le stesse siano proporzionate e giustificate. Si fa riferimento al comma 2 dell'articolo 48, d.lgs. n. 50/2016 (secondo cui, nei raggruppamenti di tipo verticale, la prestazione principale è eseguita dalla mandataria e le prestazioni secondarie sono eseguite dalle mandanti e una prestazione può essere considerata principale anche in termini economici, quindi solo quantitativi), e, specificamente per i lavori, al comma 6 dello stesso articolo 48 (che prevede che, nei raggruppamenti di tipo verticale, i requisiti di cui all'art. 84, devono essere posseduti dal mandatario per i lavori della categoria prevalente e per il relativo importo), e anche all'art. 92 d.P.R. n. 207/2010. Quest'ultima disposizione, al comma 2, introduce per gli RTI orizzontali un ulteriore vincolo di natura quantitativa in capo alla mandataria, ancora più restrittivo, stabilendo che, oltre a possedere i requisiti in misura maggioritaria, li deve possedere nella misura minima del 40%. Rispetto a tutte le sopra elencate disposizioni, oltre che all'art. 83, comma 8, d. lgs. n. 50/2016, l'Autorità ha segnalato a Governo e Parlamento l'opportunità di intervenire perché siano modificate "al fine di superare le difformità rispetto alla normativa comunitaria evidenziate nella sentenza della Corte di Giustizia resa in data 28/4/2022 nella Causa C-642/2020" (Cfr. Atto di segnalazione cit.);

Ritenuto che, nelle more dell'invocata modifica normativa, l'art. 92, comma 2, d.P.R. n. 207/2010, sebbene non direttamente colpito dalla pronuncia della Corte di Giustizia, debba essere interpretato e applicato alla luce dei principi enunciati dalla Corte, perché si pone ugualmente in contrasto con la direttiva, mentre una sua acritica applicazione letterale sarebbe contraria a logica e ragionevolezza, oltre che violativa del principio del primato del diritto dell'Unione perché avrebbe effetti del tutto elusivi della statuizione interpretativa della Corte di Giustizia, (che, al pari delle norme comunitarie direttamente applicabili, ha operatività immediata negli ordinamenti interni);

Considerato che, nel caso in esame, la *lex specialis* di gara non ha richiesto che taluni compiti essenziali siano svolti direttamente da uno dei partecipanti al raggruppamento e che, come evidenziato, tutti i componenti del costituendo RTI hanno dichiarato il possesso dei requisiti di partecipazione in misura non inferiore all'importo totale dell'appalto,

Il Consiglio

ritiene, sulla base di quanto considerato e nei limiti delle motivazioni che precedono, che

- l'aggiudicazione al costituendo RTI GIA Consulting S.r.l. (mandataria)/Enviroconsult S.r.l./Trivel Sondaggi S.r.l. sia conforme alla normativa di settore, così come da interpretare e applicare a seguito della sentenza della Corte di Giustizia C-642/20 del 28 aprile 2022.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia



Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 8 novembre 2022

Il Segretario Valentina Angelucci

Atto firmato digitalmente