CDS SEZ. V, 7 MARZO 2024, N. 2227 - BENEFICIO DELL'INCREMENTO DEL QUINTO SENZA LIMITAZIONI PER LA MANDATARIA

Posted on 16 Aprile 2024

Category: Opere pubbliche

Secondo il Consiglio di Stato, nel caso di imprese raggruppate o consorziate anche la mandataria può beneficiare dell'incremento del quinto di cui all'art. 2, comma 2 dell'All. II.12 del Nuovo Codice dei contratti

Consiglio di Stato, Sez. V, 7 marzo 2024, n. 2227

Il **Consiglio di Stato**, con la sentenza in rassegna, fornisce rilevanti chiarimenti in ordine all'operatività del beneficio del c.d. incremento del quinto relativamente ai raggruppamenti temporanei di imprese e consorzi.

La posizione assunta dal Supremo Organo di appello è quello di ritenere che il **divieto di incremento del quinto in favore della mandataria** di un raggruppamento temporaneo di imprese, previsto dal regolamento applicativo del codice dei contratti pubblici d.P.R. n. 207 del 2010, ancora applicabile alle procedure di gara bandite nella vigenza del d.lgs. n. 50/2016, contrasta con il diritto dell'Unione europea **e va disapplicato da parte del giudice nazionale** *ciò alla luce della decisione della Corte di giustizia dell'Unione europea del 28 aprile 2022 (C-642/2020)*

*Si ricorda che con tale decisione i **Giudici Europei** hanno affermato che* la normativa nazionale di cui al previgente art. 83, comma 8 del D.lgs n. 50/2016 (*ratione temporis* applicabile al caso esaminato), nell'imporre alla mandataria non solo di dover eseguire la maggior parte delle prestazioni, ma anche di possedesse i requisiti di partecipazione in misura maggioritaria, non fosse compatibile con la normativa eurounitaria.

Venendo ora all'istituto dell'incremento del quinto, la disciplina di riferimento prevede quanto segue.

Con riguardo a quella contenuta nel d.p.r. n. 207/2010

- in via generale, l'art. 92, comma secondo, d.P.R. n. 207/2010 prevedeva che "*per i raggruppamenti temporanei di tipo orizzontale i requisiti di qualificazione economico-finanziari e tecnico-organizzativi richiesti nel bando di gara per l'impresa singola devono essere posseduti dalla mandataria nella misura minima del 40 per cento*";
- in base all'art. 61, comma 2, d.P.R. n. 207 del 2010 "*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*".

Con riguardo, invece, a quanto previsto nel d.lgs. n. 36/2023 e nei relativi allegati:

- ai sensi dell'art. 68, comma 11, d.lgs. n. 36/2023 "*I raggruppamenti e i consorzi ordinari di operatori economici sono ammessi alla gara se gli imprenditori o altro raggruppamento che vi*

partecipano, oppure gli imprenditori consorziati, abbiano complessivamente i requisiti relativi alla capacità economica e finanziaria e alle capacità tecniche e professionali, ferma restando la necessità che l'esecutore sia in possesso dei requisiti prescritti per la prestazione che lo stesso si è impegnato a realizzare ai sensi del comma 2. Si applicano in quanto compatibili le disposizioni contenute nell'allegato II.12" al Codice;

- a sua volta, il citato allegato II.12 stabilisce all'art. 2, comma 2, che "*La qualificazione in una categoria abilita l'operatore economico a partecipare alle gare e a 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 mimino di cui all'articolo 30, comma 2*" del medesimo allegato;
- l'art. 30, comma 2, da ultimo richiamato, stabilisce che "*Per i raggruppamenti temporanei le quote di partecipazione al raggruppamento possono essere liberamente stabilite entro i limiti consentiti dai requisiti di qualificazione posseduti dall'associato o dal consorziato. I lavori sono eseguiti dai concorrenti riuniti secondo le quote indicate in sede di offerta, fatta salva la facoltà di modifica delle stesse, previa autorizzazione della stazione appaltante che ne verifica la compatibilità con i requisiti di qualificazione posseduti dalle imprese interessate*".

Tanto premesso, concludono i giudici del **Consiglio di Stato**, in conseguenza delle statuizioni dei giudici europei, **sono da disapplicare sia i limiti (puramente quantitativi) imposti dagli art. 92, comma 2 e 61, comma 2 del d.p.r. n. 207/2010, sia quelli di cui all'art. 2, comma 2, ultimo capoverso dell'allegato II.12 al nuovo Codice "** *Né potrebbe fondatamente parlarsi di preventivo obbligo dell'operatore economico di impugnare la disposizione del disciplinare di gara che di per sé escludeva l'utilizzo di tale istituto dell'incremento del quinto da parte della mandataria, l'illegittimità della stessa discendendo direttamente dall'applicazione di una norma nazionale contrastante con la direttiva 2014/24/UE".*

Quest'ultima, infatti, necessariamente **prevale sulla normativa nazionale** con essa contrastante, ai sensi degli artt. 11 e 117 Cost., con conseguente potere-dovere dell'amministrazione e dei giudici nazionali di disapplicare d'ufficio la seconda, senza dover attendere un impulso di parte (*ex multis*, Cons. Stato, VI, 11 novembre 2019, n. 7874; 3 maggio 2019, n. 2890).