

APPALTI - LEX SPECIALIS - ATI MISTE - LIMITAZIONE PARTECIPAZIONE - NULLITA'

La previsione della lex specialis che precluda in via generale e incondizionata la partecipazione alla gara a raggruppamenti di tipo orizzontale o - ammessi i raggruppamenti verticali - a quelli di natura mista, è qualificabile come causa d'esclusione atipica ed è nulla per contrasto con l'art. 83, c. 8, d.lgs. n. 50 del 2016.

Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza n. 2785/2020

Pubblicato il 04/05/2020

N. 02785/2020REG.PROV.COLL.

N. 05267/2019 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello numero di registro generale 5267 del 2019, proposto da Ceisis s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Giuseppe Inglese e Marco Petrone, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Marco Petrone in Roma, via Oslavia, 28;

contro

Arpal - Agenzia regionale per la protezione dell'ambiente ligure, non costituita in giudizio;

nei confronti

Edilpiemme s.r.l., in proprio e nella qualità di mandataria del R.t.i. con la Crocco Emanuele s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Andrea Mozzati, Mario Sanino e Andrea Rossi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Mario Sanino in Roma, viale Parioli, 180; Crocco Emanuele s.r.l., non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Liguria n. 00421/2019, resa tra le parti

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Edilpiemme s.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, comma 10, Cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 16 gennaio 2020 il Cons. Alberto Urso e uditi per le parti gli avvocati Inglese e Sanino;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con comunicazione a mezzo pec del 5 dicembre 2018 l'Arpal - Agenzia regionale per la protezione dell'ambiente ligure invitava la Edilpiemme a partecipare a una procedura negoziata per l'affidamento dei lavori di realizzazione della propria nuova sede dipartimentale di Savona.

La Edilpiemme partecipava alla gara con R.t.i. misto con la Crocco Emanuele s.r.l. classificandosi prima in graduatoria.

2. Con provvedimento della stessa Arpal del 3 gennaio 2019 il detto R.t.i. veniva tuttavia escluso giacché presentava natura mista, contro le previsioni

della *lex specialis* che ammetteva soli R.t.i. di tipo verticale, e la mandataria risultava priva del requisito richiesto sulla categoria prevalente.

3. La Edilpiemme impugnava davanti al Tribunale amministrativo per la Liguria, con ricorso integrato da motivi aggiunti, il provvedimento d'esclusione, la successiva aggiudicazione disposta in favore della Ceisis s.p.a. (operatore miglior offerente, una volta esclusa la Edilpiemme), nonché gli atti connessi e presupposti.

4. Il Tribunale amministrativo adito, nella resistenza della Arpal e della Ceisis, accoglieva il ricorso annullando i provvedimenti gravati, previa declaratoria di parziale nullità dell'invito alla procedura.

5. Ha proposto appello avverso la sentenza la Ceisis formulando i seguenti motivi di gravame:

I) erroneità della sentenza appellata per violazione e/o falsa applicazione degli artt. 48, commi 1 e 3, 45, 83 comma 8, d.lgs. n. 50 del 2016, nonché dell'art. 19 della direttiva 2014/24/UE, anche con riferimento all'art. 31 comma 4, Cod. proc. amm.;

II) in subordine, erroneità della sentenza appellata per violazione e/o falsa applicazione dell'art. 83, comma 8, ultima parte, d.lgs. n. 50 del 2016, anche con riferimento all'art. 31, comma 4, Cod. proc. amm.;

III) in ulteriore subordine, erroneità della sentenza appellata per violazione e/o falsa applicazione degli artt. 31, comma 4 e 120, comma 5, Cod. proc. amm.

6. Resiste all'appello la Edilpiemme, che, a mezzo di memoria "*da valere - ove occorra - anche come appello incidentale*", ripropone i motivi di ricorso assorbiti in primo grado, e censura la sentenza nella parte in cui ha affermato la chiara portata escludente della clausola di gara controversa (su cui v. *infra*), perciò di per sé impugnabile (salvi i profili di nullità e le relative conseguenze) già al tempo dell'invito, senza che dovesse farsi riferimento al riguardo al successivo chiarimento reso dalla stazione appaltante.

7. Nonostante regolari notifiche, non s'è costituita in giudizio l'amministrazione appellata.

8. Sulla discussione delle parti all'udienza pubblica del 16 gennaio 2020, come da verbale, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Può prescindersi dall'esame delle eccezioni preliminari sollevate dalla Edilpiemme stante il rigetto nel merito dell'appello.

2. Col primo motivo la Ceisis censura la sentenza nella parte in cui, accogliendo il ricorso, ha dichiarato la nullità della clausola dell'invito di gara che consentiva ai soli R.t.i. di tipo verticale la partecipazione alla procedura comparativa, così escludendo quelli di natura orizzontale e mista.

Secondo l'appellante la suddetta previsione sarebbe legittima e ben rientrante nella discrezionalità della stazione appaltante, in quanto relativa alla definizione della misura dei requisiti; inoltre, essa andava eventualmente censurata mediante tempestiva impugnazione dell'invito, sicché la doglianza proposta in primo grado avverso i provvedimenti d'esclusione e aggiudicazione risultava ormai tardiva.

Col secondo motivo, proposto in via subordinata, l'appellante si duole della dichiarata nullità della suddetta clausola di gara, avendo la sentenza trascurato che la nullità delle disposizioni della *lex specialis* ai sensi dell'art. 83, comma 8, d.lgs. n. 50 del 2016 può ritenersi integrata solo a fronte di cause di esclusione atipiche, non già - come nella specie - della conformazione dei requisiti di partecipazione alla procedura.

2.1. I motivi, che possono essere esaminati congiuntamente per via della loro stretta connessione, non sono condivisibili.

2.1.1. Va premesso che la procedura controversa rientra nella disciplina di cui all'art. 36, comma 2, lett. c), d.lgs. n. 50 del 2016 (nella formulazione all'epoca in

vigore), trattandosi di gara “sotto-soglia” per l’affidamento di lavori dell’importo di € 900.000,00, oltre Iva.

L’invito a partecipare prevedeva espressamente quanto segue: “*Ai sensi dell’art. 48 comma 11 del d.lgs. n. 50/2016 e ss.mm.ii., il concorrente invitato individualmente ha facoltà di presentare offerta, per sé o quale mandatario di operatori riuniti; N.B. E’ ammesso solamente il raggruppamento di tipo verticale*”.

La previsione veniva confermata da un chiarimento reso dalla stazione appaltante il 17 dicembre 2018, che pure escludeva raggruppamenti diversi da quello di tipo verticale.

A tale riguardo, l’avviso specificava chiaramente la categoria prevalente (*i.e.*, “OG11 (impianti tecnologici) cl II per l’importo di Euro 480.343,53”) e quella scorporabile (*i.e.*, “OG1 (edifici civili e industriali) cl II per Euro 413.002,35”) ai fini della costituzione e conformazione di raggruppamenti di tipo verticale.

2.1.2. Ciò posto, va anzitutto escluso che nel caso di specie la limitazione delle tipologie di raggruppamenti ammessi alla partecipazione, come prevista dalla *lex specialis*, afferisse propriamente ed esclusivamente alla conformazione dei requisiti di gara, discrezionalmente modulabili dalle stazioni appaltanti per i concorrenti a composizione plurisoggettiva (cfr. art. 83, comma 8, d.lgs. n. 50 del 2016).

Detti requisiti consistono infatti, ai sensi dell’art. 83, comma 1, d.lgs. n. 50 del 2016, negli attributi o connotazioni soggettive dell’operatore economico attinenti, rispettivamente, a profili di capacità (in particolare, «*economica e finanziaria*» o «*tecnic[a] e professional[e]*») ovvero di «*idoneità professionale*».

Su un diverso piano si pone il regime della conformazione strutturale dei concorrenti alla gara, che afferisce non direttamente ai requisiti di partecipazione (di cui all’art. 83 d.lgs. n. 50 del 2016) e alla loro modulazione, bensì - ancor prima - alla natura e organizzazione dei singoli concorrenti (ai sensi degli artt. 45 e 48

d.lgs. n. 50 del 2016), anche nella prospettiva della successiva esecuzione della prestazione.

In tale contesto, ben rientra nelle facoltà della stazione appaltante il conformare i requisiti di gara, e modularne le misure ai sensi dell'art. 83, comma 8, d.lgs. n. 50 del 2016 per i concorrenti a composizione plurisoggettiva (anche a fronte di requisiti di natura c.d. "super-specialistica", su cui v. *infra*, sub § 2.1.4); trattasi tuttavia di ipotesi ben diversa da quella qui in esame, e alla quale non è riconducibile l'esclusione aprioristica e generalizzata di un modello organizzativo previsto dalla legge a beneficio dei concorrenti, come avvenuto in specie mediante la clausola di gara controversa.

Per questo, non è condivisibile l'assunto secondo il quale la limitazione *sic et simpliciter* della partecipazione dei R.t.i. orizzontali e misti rientrerebbe per intero nella sfera della discrezionalità dell'amministrazione direttamente riconducibile alla (sola) selezione e conformazione dei requisiti di ammissione, atteso che il profilo organizzativo e strutturale dei concorrenti ha rilievo in sé, e una generalizzata (non altrimenti conformata o qualificata) esclusione dei modelli organizzativi suindicati va oltre e al di là della mera modulazione dei requisiti partecipativi.

2.1.3. In tale contesto, va osservato che, in termini generali, la partecipazione alle gare pubbliche mediante raggruppamento temporaneo di tipo verticale non può ritenersi libera e rimessa all'esclusiva volontà dei concorrenti: secondo la condivisibile giurisprudenza di questo Consiglio di Stato, infatti, in tanto il R.t.i. 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, d.lgs. n. 50 del 2016 (in tal senso, cfr. Cons. Stato, V, 5 aprile 2019, n. 2243, citata anche dall'appellante; 22 ottobre 2018, n. 6032; 14 maggio 2018, n. 2855; VI, 15 ottobre 2018, n. 5919; III, 24 aprile 2019, n. 2641; riguardo alle categorie di opere c.d. "super-specialistiche",

su cui v. *infra*, sub § 2.1.4, la generale scorporabilità è prevista dall'art. 1, comma 3, d.m. 10 novembre, n. 248, contenente «Regolamento recante individuazione delle opere per le quali sono necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica e dei requisiti di specializzazione richiesti per la loro esecuzione, ai sensi dell'articolo 89, comma 11, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50»).

Al contrario, in difetto di specifiche limitazioni corrispondenti a quelle rinvenibili in relazione ai R.t.i. di tipo verticale, per i quali è necessaria l'espressa previsione nella *lex specialis* della scorporabilità delle opere, il raggruppamento di natura orizzontale va di per sé ricompreso fra le categorie di operatori economici ammessi alla partecipazione alle gare ai sensi degli artt. 45, comma 2, lett. d), e 48, comma 3 e 11, d.lgs. n. 50 del 2016; dal che discende che, parimenti ammissibile - in presenza di una distinzione fra categoria principale e scorporabile prevista nella *lex specialis* - è il raggruppamento di tipo misto, che aggiunge una componente orizzontale (di per sé ammissibile) al raggruppamento di natura verticale, così come espressamente previsto dall'ultimo periodo dell'art. 48, comma 6, d.lgs. n. 50 del 2016 (su cui cfr. Cons. Stato, V, 31 luglio 2019, n. 5427).

2.1.4. Nel caso di specie, pur a fronte dell'ammissione dei raggruppamenti di tipo verticale, era esclusa in termini generali e incondizionati la partecipazione di raggruppamenti orizzontali *tout court*, o che aggiungevano una componente d'orizzontalità al R.t.i. verticale, dando luogo a raggruppamenti misti.

Il che costituisce effettivamente, così come ritenuto dalla sentenza, un'illegittima e irragionevole restrizione generalizzata dei soggetti ammessi alla partecipazione alla gara, e dunque un rilevante impedimento in ordine alle modalità partecipative.

In senso inverso non vale il richiamare gli artt. 89, comma 11 e 105, comma 5, d.lgs. n. 50 del 2016, che prevedono limiti, rispettivamente, all'avvalimento e al sub-appalto in caso di categorie c.d. "super-specialistiche" (fra cui rientra anche, ai

sensi del suddetto d.m. n. 248 del 2016, la categoria OG11 qui richiesta, benché l'avviso di gara richiami il detto d.m. per la diversa categoria OG1).

Detti limiti riguardano infatti gli specifici istituti disciplinati dalle suindicate disposizioni, e cioè l'avvalimento e il sub-appalto, peraltro ben ammesso - con frazionabilità dunque dell'esecuzione - benché nel limite del 30%, rimasto fermo anche a seguito della più elevata soglia massima al subappalto introdotta dall'art. 1, comma 18, d.l. n. 32 del 2019, che fa salvo proprio l'art. 105, comma 5, d.lgs. n. 50 del 2016; ma siffatti limiti non incidono per ciò solo sull'individuazione delle categorie dei soggetti ammissibili alla gara, giustificando *sic et simpliciter* la radicale esclusione dei raggruppamenti di tipo orizzontale e misto, con effetto escludente che peraltro, in casi quali quello in esame, si produce anche - stante la portata generale della clausola censurata - sulle diverse categorie non aventi natura super-specialistica.

In tale prospettiva, la stessa configurazione delle opere super-specialistiche alla stregua di opere scorporabili (cfr. art. 1, comma 3, d.m. n. 248 del 2016, cit.) vale ad attribuire loro una qualificazione aggiuntiva utile ai fini dell'esecuzione da parte di R.t.i. verticali, ma non consente perciò di escludere *sic et simpliciter* i R.t.i. orizzontali o misti nelle gare che includano tali opere (in termini diversi, l'appellante cita CGA, 22 dicembre 2015, n. 739, relativa tuttavia a fattispecie maturata nella vigenza della l. n. 109 del 1994, che prevedeva all'art. 13, comma 7 un diverso regime in relazione alle categorie super-specialistiche).

Alla luce di ciò, la previsione della *lex specialis* che precluda *tout court* la partecipazione alla gara a raggruppamenti di tipo orizzontale, o - ammessi i raggruppamenti verticali - a quelli di natura mista va qualificata a tutti gli effetti alla stregua di causa d'esclusione atipica affetta da nullità ai sensi dell'art. 83, comma 8, d.lgs. n. 50 del 2016 (cfr., anche Cons. Stato, V, 23 agosto 2019, n. 5834, in relazione alla pur diversa ipotesi di clausole che vietino il ricorso all'avvalimento;

sulla nullità di clausole escludenti anche al di fuori di prescrizioni di natura esclusivamente formale, cfr. Cons. Stato, III, 21 settembre 2018, n. 5492).

Trattasi, in specie, di un'ipotesi non già di mera modulazione dei requisiti nell'ambito del raggruppamento, bensì di esclusione non contemplata dal codice dei contratti pubblici e, anzi, espressamente contraria al regime complessivamente ricavabile dagli artt. 45, comma 2, lett. *d*), 48, comma 3, 6 e 11, d.lgs. n. 50 del 2016, oltrech  ai principi europei che prevedono ampia partecipazione alle procedure di gara dei raggruppamenti temporanei (cfr., in particolare, l'art. 19, par. 2, direttiva 2014/24/UE e il considerando n. 15).

Al riguardo, come anticipato,   ben possibile per l'amministrazione modulare e conformare i requisiti, tanto pi  in relazione ai R.t.i. e a fronte di requisiti super-specialistici, ma ci  non pu  (validamente) avvenire escludendo *sic et simpliciter* e in termini generalizzati un modello organizzativo previsto dalla legge per la partecipazione alle gare, come avvenuto nel caso di specie.

2.1.5. Quanto all'applicabilit  del suddetto art. 83, comma 8 alla fattispecie in esame, vale rilevare in via assorbente come la lettera d'invito richiami specificamente, per quanto non espressamente previsto, il d.lgs. n. 50 del 2016 (oltre al d.P.R. n. 207 del 2010), sicch  non v'  dubbio che la previsione di cui all'art. 83, comma 8 sia ben applicabile alla procedura (cfr. in proposito Cons. Stato, Ad. Plen. n. 9 del 2014, che ha affermato il principio dell'applicabilit  del previgente art. 46, comma 1-*bis*, d.lgs. 163 del 2006 alle procedure soggette al codice dei contratti, incluse quelle per le quali vi sia un auto-vincolo dell'amministrazione).

Alla nullit  della clausola di gara consegue poi di per s  la non necessit  d'impugnativa della stessa entro il termine di 30 giorni dall'invito, ai sensi dell'art. 120, comma 5, Cod. proc. amm. (cfr. in proposito anche *infra, sub*   3 ss.).

Di qui l'infondatezza dei primi due motivi di gravame.

3. Col terzo motivo l'appellante deduce l'erroneità della sentenza in relazione alla ritenuta applicabilità del termine processuale di 180 giorni, di cui all'art. 31, comma 4, Cod. proc. amm. per l'azione di nullità - in specie relativa alla clausola limitativa della partecipazione dei R.t.i. orizzontali e misti - anche nell'ambito del rito speciale per le procedure di affidamento di contratti pubblici di cui all'art. 120 Cod. proc. amm.

3.1. Neanche tale motivo è condivisibile.

3.1.1. Come questa Sezione ha recentemente chiarito, anche nel suddetto rito speciale *“nel caso di previsione nulla - in quanto tale insuscettibile di produrre validamente effetti - trova applicazione la speciale disciplina processuale dell'[...]art. 31, comma 4 Cod. proc. amm. (...) Trattasi [infatti] di azione non costitutiva, bensì di mero accertamento”* (Cons. Stato, n. 5834 del 2019, cit.; nello stesso senso, già Ad. Plen., n. 9 del 2014, cit., spec. *sub* § 6.2).

Per questo la clausola, in quanto nulla, poteva ben essere impugnata - anche in via non immediata - nel rispetto del termine di 180 giorni di cui all'art. 31, comma 4, Cod. proc. amm., come in specie pacificamente è avvenuto.

Di qui l'infondatezza anche di tale motivo di gravame.

4. In conclusione, l'appello va respinto in quanto infondato, con conseguente improcedibilità per difetto d'interesse dei motivi reiterati e delle censure *“da valere - ove occorra - anche come appello incidentale”* proposte dalla Edilpiemme, e assorbimento di ogni correlata questione.

5. Va dichiarata infine inammissibile l'istanza della Edilpiemme per la dispensa dal pagamento del contributo unificato, in quanto istanza inerente a questione di natura tributaria di competenza dell'ufficio amministrativo presso cui opera l'organo giurisdizionale, ai sensi del d.P.R. n. 115 del 2002, e soggetta alla giurisdizione tributaria in ordine alla cognizione del corrispondente rapporto tributario, con conseguente difetto di giurisdizione di questo giudice (Cons. Stato,

IV, 21 ottobre 2019, n. 7142; V, 13 marzo 2019, n. 1670), ciò su cui non incide la decisione della Corte di Giustizia nella causa C-61/14 invocata dall'appellata, che non involge di per sé profili inerenti alle attribuzioni e alla giurisdizione in materia di contributo unificato (cfr., al riguardo, Cons. Stato, V, 28 agosto 2017, n. 4080, che afferma il difetto di giurisdizione in ordine a questione di contributo unificato per controversia su appalti pubblici).

6. Le spese di lite sono poste a carico dell'appellante, secondo criterio di soccombenza, e liquidate nella misura di cui in dispositivo in favore dell'appellata costituita.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna l'appellante alla rifusione delle spese di lite, che liquida nella misura di € 6.000,00, oltre accessori di legge, in favore dell'appellata costituita.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 16 gennaio 2020 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Severini, Presidente

Raffaele Prosperi, Consigliere

Federico Di Matteo, Consigliere

Stefano Fantini, Consigliere

Alberto Urso, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Alberto Urso

IL PRESIDENTE
Giuseppe Severini

IL SEGRETARIO