Normativa e Infrastrutture

Riparto delle quote di esecuzione e ruolo della mandataria nei RTI

L'indicazione deve sussistere fin dal momento della presentazione delle offerte e non è passibile il soccorso istruttorio (Consiglio di Stato, sentenza 400/2021)

Claudio Guccione
Avvocato
Fondatore di P&I - Studio Legale Guccione & Associati

Camilla Triboldi
Avvocato
P&I Studio Legale Guccione & Associati

Con la recente sentenza n. 400 del 12 gennaio 2021, la Quinta Sezione del Consiglio di Stato ha ribadito che l'impegno ad eseguire l'appalto sulla base di una determinata ripartizione delle quote di esecuzione tra le imprese facenti parte di un raggruppamento temporaneo deve essere definito già al momento della presentazione delle offerte, ai sensi di quanto richiesto dall'art. 48, comma 4, del D.Lgs. n. 50/2016. La vertenza ruota sulla questione se l'indicazione delle quote di esecuzione rappresenti un mero vincolo di forma imposto al RTI, costituendo dunque un adempimento posticipabile anche alla fase esecutiva, ovvero se rappresenti un requisito di sostanza, la cui carenza giustificherebbe l'esclusione del concorrente. I Giudici di Palazzo Spada hanno optato per quest'ultimo orientamento, in linea di continuità rispetto ad altre recenti pronunce della medesima Sezione giudicante. La *ratio* che pervade il ragionamento è quella di identificare nella dichiarazione in parola un impegno ad eseguire l'appalto, secondo una determinata ripartizione interna, che formalizza, sia nei confronti dell'amministrazione che nei rapporti tra le imprese partecipanti al raggruppamento, la misura entro cui quest'ultime si assumeranno l'esecuzione del contratto, ma anche la corrispondente misura dei requisiti di qualificazione che devono possedere.

L'avvocato Claudio Guccione, fondatore di P&I - Studio Legale Guccione & Associati, è Professore a contratto di Diritto delle Opere Pubbliche all'Università La Sapienza di Roma (claudio.guccione@peilex.com).

Sulla base di tale premessa è stata, quindi, esclusa la possibilità di ricorre all'istituto del soccorso istruttorio per poter correggere una ripartizione delle quote errata in quanto violativa della previsione di cui all'art. 83, comma 8, del D.Lgs. n. 50/2016, ai sensi del quale "*la mandataria in ogni caso deve possedere i requisiti ed eseguire le prestazioni in misura maggioritaria*".

Difatti, diversamente ragionando, si autorizzerebbero delle modifiche di carattere sostanziale all'offerta ed eventuali aggiustamenti secondo convenienza in relazione ai requisiti di qualificazione o comunque si consentirebbe di mutare le condizioni economiche e di futura esecuzione del contratto. È stata così riformata la pronuncia di primo grado con cui il TAR Milano aveva, invece, offerto una visione diametralmente opposta, considerando l'indicazione delle quote quale elemento attinente esclusivamente alla forma e all'articolazione interna del RTI e giudicando, dunque, legittima una sua specificazione successiva, anche solo in sede di esecuzione.

Normativa di riferimento

I principali riferimenti normativi in tema di raggruppamenti temporanei di imprese (RTI) e di indicazione delle quote di partecipazione delle aggregate sono rinvenibili, al livello interno, agli artt. 48 e 83 del Codice dei contratti pubblici e all'art. 92 del d.P.R. n. 207/2010, ad oggi ancora applicabile, nonché a livello comunitario nella direttiva 2014/24/UE. Prendendo in considerazione in particolare l'ipotesi di un RTI dei lavori, come nel caso della sentenza in commento, l'art. 48 del D.Lgs. n. 50/2016 definisce le due tipologie di raggruppamento: il RTI cd. verticale in cui l'impresa mandataria realizza i lavori della categoria prevalente mentre le mandanti quelli delle categorie scorporabili e il RTI cd. orizzontale che è finalizzato a realizzare lavori della stessa categoria. Si rende, dunque, necessario conoscere in che modo saranno ripartiti i lavori tra le imprese del gruppo e, infatti, ai sensi del comma 4 dell'articolo "*devono essere specificate le categorie di lavori (...) che saranno eseguite dai singoli operatori economici riuniti o consorziati*".

Con riferimento poi al possesso dei requisiti dei concorrenti riuniti l'art. 83, comma 8, del D.Lgs. n. 50/2016 rimette alla discrezionalità della stazione appaltante l'eventuale indicazione delle misure in cui gli stessi devono essere posseduti dai singoli partecipanti, fermo restando che, in ogni caso, la mandataria deve possedere i requisiti ed eseguire le prestazioni in misura maggioritaria. Nelle more dell'adozione del nuovo regolamento di esecuzione e attuazione del Codice è poi ancora possibile far riferimento al disposto dell'art. 92 del d.P.R. n. 207/2010 che ribadisce la regola secondo cui nei RTI di tipo orizzontale "*Nell'ambito dei propri requisiti posseduti, la mandataria in ogni caso assume, in sede di offerta, i requisiti in misura percentuale superiore rispetto a ciascuna delle mandanti con riferimento alla specifica gara*". Non può infine ovviamente prescindersi dalle indicazioni dettate dal Legislatore europeo, con particolare riferimento ai considerando della Direttiva 2014/24/UE che precisano come i raggruppamenti di operatori economici, in un'ottica di *favor partecipationis*, possano partecipare alle procedure di gara senza dover assumere alcuna forma giuridica specifica se non, solo nella misura in cui ciò si rendesse necessario, qualora risultassero aggiudicatari dell'affidamento (cfr. considerando 15).

L'argomento del riparto delle quote nei raggruppamenti è stato spesso oggetto di discussione nelle aule dei tribunali per le diverse interpretazioni alle quali si presta la normativa di riferimento e soprattutto per le ricadute pratiche e le importanti conseguenze che discendono, anche in termini di esclusione del concorrente dalla gara, dall'adesione ad un orientamento piuttosto che ad un altro. La due questioni nodali da chiarire -strettamente connesse tra loro – sono, anzitutto, se l'indicazione delle quote di esecuzione, con la necessaria preponderanza della mandataria, abbia una diretta ricaduta anche sui requisiti di partecipazione e in sede di valutazione degli stessi ovvero attenga esclusivamente alla fase esecutiva e, in secondo luogo, se eventuali carenze o errori possano essere colmati mediante il ricorso al soccorso istruttorio.

I due precedenti della Quinta Sezione richiamati e, in definitiva, confermati dal Consiglio di Stato anche con la pronuncia in commento e dai quali, invece, il Giudice di prime cure, come si vedrà, ha tentato di discostarsi, sono la sentenza n. 5427 del 31 luglio 2019 e la sentenza n. 1074 del 12 febbraio 2020. I principi emersi in quelle Sedi e fondamentali anche per la risoluzione del caso concreto sono la necessità che la mandataria assuma i requisiti in misura superiore – e non solamente paritaria – rispetto alle mandanti e l'impossibilità di alcuna modifica sostanziale postuma di quanto indicato sul punto nell'offerta. Non è, infatti, consentito adeguare le percentuali nel corso della procedura o all'esito della stessa, configurandosi altrimenti un uso illegittimo del soccorso istruttorio.

Alla luce di queste conclusioni, devono quindi, ritenersi superate anche quelle pronunce dei giudici di legittimità che ritenevano sufficiente una quota di partecipazione della capogruppo in misura anche soltanto non inferiore, ossia uguale, alle mandatarie (solo per citarne alcune tra le più recenti, ex multis, cfr. TAR Palermo, sent. 14.12.2020, n. 2881; TAR Bari, sent. 22.4.2020, n. 523; in senso contrario, invece, TAR Milano, sent. 30.12.2020, n. 2641).

Origine della controversia e giudizio di primo grado

Il caso concreto da cui è scaturita la vicenda in commento riguarda una procedura di gara per l'affidamento dei lavori di impermeabilizzazione di un canale, aggiudicata ad un raggruppamento temporaneo composto da tre imprese. L'operatore secondo classificato impugnava con un unico motivo il provvedimento di aggiudicazione dinnanzi al TAR Lombardia, sede di Milano, lamentando la violazione della normativa in materia di RTI orizzontale. In particolare, l'aggiudicataria aveva indicato in sede d'offerta un riparto di quote tra le imprese partecipanti che il ricorrente riteneva non rispettoso della regola secondo cui la capogruppo deve possedere i requisiti ed eseguire le prestazioni in misura maggioritaria rispetto alle mandanti.

Nell'atto di impegno richiesto dal disciplinare di gara e presentato dal raggruppamento, infatti, si indicava la percentuale della partecipazione di ciascun soggetto in misura pari rispettivamente al 40%, 40% e 20%. Inizialmente, in sede cautelare, il Giudice adito aveva consentito di rettificare le quote indicate (nei termini del 41%, 40% e 19%), ritenendole frutto di un mero errore emendabile. Tuttavia, la pronuncia cautelare veniva riformata dalla V Sezione del Consiglio di Stato, adita in appello, che aderiva invece al diverso orientamento secondo cui le quote non possono essere oggetto di correzione per rimediare ad eventuali irregolarità commesse nella fase di formulazione dell'offerta.

Nel merito, il Giudice lombardo, con la sentenza n. 1514 del 3 agosto 2020, ha poi respinto il ricorso per infondatezza della censura proposta, sul presupposto che gli art. 83, comma 8, d.lgs. n. 50/2016 e 92, comma 2, d.P.R. n. 207/2010, sulla base di "*un'interpretazione comunitariamente orientata*", consentirebbero di indicare le quote di esecuzione dopo l'aggiudicazione, trattandosi di un vincolo di mera "forma", ossia relativo alla struttura del RTI, come tale rilevante solamente nella fase esecutiva dell'appalto. In particolare, secondo quanto previsto della direttiva 2014/24/UE, come detto, i raggruppamenti di operatori economici possono partecipare a procedure di aggiudicazione senza dover assumere una forma giuridica specifica, la quale può, tuttavia, essere imposta solo qualora l'appalto sia stato aggiudicato a tali raggruppamenti. Sulla base della formulazione di tale previsione e della logica di elasticità ad essa sottesa, quindi, il Tribunale ha concluso che il RTI non possa essere vincolato ad assumere una determinata forma giuridica già sin dal momento di presentazione dell'offerta, rilevando la ripartizione delle quote solo in sede di esecuzione. Il Giudice di prime cure ha ritenuto di discostarsi anche da un recente autorevole precedente (v. C.d.S. n. 2074/2020) poiché, pur condividendone i principi generali, ha ravvisato una fondamentale differenza di fondo: nel caso in esame, infatti, non risultava controverso il possesso in misura adeguata dei requisiti né l'indicazione del riparto delle quote esecutive veniva richiesta *ab origine* a pena di esclusione. Il disciplinare della gara *de qua*, secondo il Collegio, rifletteva piuttosto la logica comunitaria perché ha richiesto sin dall'inizio il possesso dei requisiti, ma ha differito ad un eventuale momento successivo all'aggiudicazione l'attuazione, da parte del RTI aggiudicatario, dei vincoli di forma previsti dalla normativa di riferimento. Pertanto, anche non volendo ragionare in termini di errore scusabile come era avvenuto in sede cautelare, il Tribunale ha ritenuto legittima la diversa precisazione del riparto delle quote che il RTI primo classificato ha presentato in seguito all'aggiudicazione. Secondo questa ricostruzione, l'esclusione del concorrente potrà infatti discendere esclusivamente da una mancata indicazione di quote di esecuzione coerenti con la normativa di riferimento, da verificare soltanto all'esito della gara. In primo grado è prevalso, dunque, un approccio sostanzialistico per cui - almeno quando, come nel caso di specie, il disciplinare non impone espressamente l'indicazione delle quote già in sede di presentazione delle offerte - fermo restando il necessario possesso dei requisiti e la regola dell'esecuzione in misura maggioritaria della mandataria, la concreta indicazione delle quote può ben essere differita ad un momento successivo, trattandosi di un mero vincolo di forma.

La posizione del Consiglio di Stato

L'impresa soccombente in primo grado ha proposto appello, ottenendo la riforma della sentenza del TAR Milano n. 1514/2020. La Quinta Sezione del Consiglio di Stato, infatti, ha ritenuto di giungere a conclusioni diametralmente opposte e di superare il *dictum* della pronuncia di prime cure.

Secondo i Giudici di Palazzo Spada, infatti, l'offerta dell'aggiudicataria e l'operato della stazione appaltante presentavano dei profili di illegittimità, in violazione dell'art. 83 del D.Lgs. n. 50/2016 rispettivamente nella parte in cui impone l'assunzione di una quota maggioritaria e non paritaria della mandataria (comma 8) e nella parte in cui consente il soccorso istruttorio (comma 9).

Si è aderito, dunque, all'indirizzo che qualifica la percentuale di partecipazione in termini sostanzialistici, quale requisito indefettibile dell'offerta, previsto a pena di esclusione, anche nel silenzio della legge di gara. In questo senso, è stato confermato l'orientamento già espresso dalla Quinta Sezione, da ultimo, con la recente sentenza n. 1074/2020 nonché con la sentenza n. 5427/2019, poc'anzi analizzate. A sostegno della posizione raggiunta, secondo il Collegio, milita il tenore letterale dell'art. 48, comma 4 del Codice nonché, soprattutto, quanto statuito dall'Adunanza Plenaria n. 26 del 5 luglio 2012. In tale Sede, l'obbligo di specificazione delle quote di esecuzione è stato descritto quale espressione di un principio generale che va assolto in sede di formulazione dell'offerta poiché consente di evidenziare quale sia il ruolo operativo assegnato a ciascuna delle imprese raggruppate e consorziate, allo scopo di evitare che le stesse si avvalgano del raggruppamento non per unire le rispettive disponibilità tecniche e finanziarie, ma per aggirare le norme di ammissione nel bando e consentire la partecipazione di imprese non qualificate.

In definitiva, la sentenza in commento, pur non apportando elementi innovativi rispetto all'orientamento maggioritario già delineato dalla medesima Sezione giudicante, ha sicuramente il pregio della chiarezza espositiva e della completezza del ragionamento seguito.

OSSERVATORIO NORMATIVO

Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti

- Decreto del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti del 9 dicembre 2020, recante "*Approvazione degli interventi di demolizione di opere abusive (20A07404)*", pubblicato in G.U. Serie Generale, n. 8 del 12 gennaio 2021,
- Decreto del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti del 29 dicembre 2020, recante "*Direttive e calendario per le limitazioni alla circolazione stradale fuori dai centri abitati per i veicoli con massa superiore a 7,5 tonnellate - Anno 2021*", boubblicato in G.U. Serie Generale, n. 323 del 31 dicembre 2020.