



## Novità in materia di appalti pubblici 4/2024

SOMMARIO: Disapplicazione del divieto per la mandataria di beneficiare del c.d. "incremento del quinto" – Cause di esclusione nell'ambito dei raggruppamenti di imprese – Criteri di individuazione dell'interesse transfrontaliero – La *check-list* DNSH come elemento essenziale dell'offerta tecnica.

### 1. **Disapplicazione del divieto per la mandataria di beneficiare del c.d. "incremento del quinto"**

Il Consiglio di Stato chiarisce che anche la mandataria di un raggruppamento temporaneo di imprese può beneficiare senza alcuna limitazione del c.d. "incremento del quinto" della qualificazione SOA.

[Cons. Stato, Sez. V, 7 marzo 2024 n. 2227](#) (link attivo)

*«L'allegato II.12 art. 2 comma 2 al predetto regolamento così recita: "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 minimo di cui all'articolo 30, comma 2".*

*Rileva il Collegio come effettivamente il beneficio del c.d. "incremento del quinto" – ancorché formalmente escluso dalla norma regolamentare vigente – debba ormai poter essere utilizzato anche dalla mandataria senza alcuna limitazione, alla luce della decisione della Corte di giustizia dell'Unione europea del 28 aprile 2022 (C-642/2020) [...].*

*Ne consegue che vanno necessariamente disapplicati i limiti puramente quantitativi (quale quello in esame) alla partecipazione alle procedure di gara imposti ai raggruppamenti di tipo orizzontale dall'art. 92, comma secondo, del d.P.R. n. 207 del 2010 [...]. Analogamente va disapplicata la disposizione di cui all'art. 2, comma 2 dell'allegato II.12 al predetto d.P.R. n. 207 del 2010, nella parte in cui stabilisce che "[...] la disposizione non si applica alla mandataria ai fini del conseguimento del requisito minimo di cui all'articolo 30, comma 2"».*

### 2. **Cause di esclusione nell'ambito dei raggruppamenti di imprese**

Il TAR Lazio, sede di Latina chiarisce i presupposti e gli adempimenti che il raggruppamento deve porre in essere per evitare di essere escluso dalla procedura di gara, qualora una delle imprese raggruppate sia incorsa in una situazione costituente una causa di esclusione.

[TAR Lazio, Latina, Sez. I, 5 marzo 2024 n. 175](#) (link attivo)

«Deve rilevarsi che l'innovativa disciplina dettata dall'art. 97 del più volte citato d.lgs. 36/2023 a proposito delle cause di esclusione di partecipanti a raggruppamenti, prevede che - ferme restando le ipotesi escludenti di cui all'art. 96, commi 2, 3, 4, 5 e 6, «il raggruppamento non è escluso qualora un suo partecipante sia interessato da una causa automatica o non automatica di esclusione o dal venir meno di un requisito di qualificazione, se si sono verificate le condizioni di cui al comma 2 e ha adempiuto ai seguenti oneri: a) in sede di presentazione dell'offerta: 1) ha comunicato alla stazione appaltante la causa escludente verificatasi prima della presentazione dell'offerta e il venir meno, prima della presentazione dell'offerta, del requisito di qualificazione, nonché il soggetto che ne è interessato; 2) ha comprovato le misure adottate ai sensi del comma 2 o l'impossibilità di adottarle prima di quella data; b) ha adottato e comunicato le misure di cui al comma 2 prima dell'aggiudicazione, se la causa escludente si è verificata successivamente alla presentazione dell'offerta o il requisito di qualificazione è venuto meno successivamente alla presentazione dell'offerta» (comma 1).

Il comma 2 dispone, poi, che «Fermo restando l'articolo 96, se un partecipante al raggruppamento si trova in una delle situazioni di cui agli articoli 94 e 95 o non è in possesso di uno dei requisiti di cui all'articolo 100, il raggruppamento può comprovare di averlo estromesso o sostituito con altro soggetto munito dei necessari requisiti, fatta salva l'immodificabilità sostanziale dell'offerta presentata. Se tali misure sono ritenute sufficienti e tempestivamente adottate, il raggruppamento non è escluso dalla procedura d'appalto. Se la stazione appaltante ritiene che le misure siano intempestive o insufficienti, l'operatore economico è escluso con decisione motivata. (...)».

La norma, invero, consente alla stazione appaltante di non procedere all'esclusione del raggruppamento a condizione che si siano verificate non solo le condizioni di cui al comma 2 (ciò che, in sintesi, parte ricorrente reclama) ma, altresì, che il concorrente abbia adempiuto agli oneri di cui al comma 1 lett. a) quanto alle cause di esclusione preesistenti alla presentazione dell'offerta – ipotesi in cui rientra il caso in esame - ovvero di cui alla lett. b) con riferimento alle cause escludenti verificatesi successivamente alla presentazione dell'offerta, ciò che è reso evidente dall'uso della congiunzione «e» nell'ambito del periodo «si sono verificate le condizioni di cui al comma 2 e ha adempiuto ai seguenti oneri».

### **3. Criteri di individuazione dell'interesse transfrontaliero certo**

Il TAR Lombardia, sede di Brescia precisa i criteri da utilizzare per verificare la presenza dell'interesse transfrontaliero certo in un contratto pubblico.

[TAR Lombardia, Brescia, Sez. II, 4 marzo 2024 n. 165](#) (link attivo)

«Va preliminarmente rilevato che il legislatore non ha fornito una definizione dell'interesse transfrontaliero certo.

La Corte di Giustizia dell'Unione Europea, tuttavia, attraverso vari interventi negli anni, ha fornito una serie di criteri sintomatici idonei ad evidenziarne la sussistenza in concreto, quali: la consistenza dell'appalto, l'ubicazione dei lavori in luogo idoneo ad attrarre l'interesse di operatori esteri, le caratteristiche tecniche dell'appalto, presenza di frontiere che attraversano centri urbani situati sul territorio di stati membri. (v. in tal senso sentenze del 15 maggio 2008 SECAP e Santorso, C-147/06 e C-148/06, EU:C2008:277 punti 20 e 21; 11/12/2014 C-113/13, EU:C:2014:2440, punti 45 e 46; 18/12/2014, C-470/13, EU:C:2014:269 punto 32; 16/04/2015, C-278/14, EU:C:2015:228 punto 16).

*Rispetto ai criteri sopra enunciati, quello relativo alla consistenza economica dell'appalto rappresenta senza dubbio non solo il criterio principale ma anche il parametro sulla base del quale valutare l'incidenza probatoria degli altri elementi sintomatici presenti nella fattispecie. Invero, l'elemento economico, ponendo il contratto al di sotto o al di sopra della soglia di rilevanza europea, rappresenta l'unico indice espresso a cui il legislatore affida la presunta esistenza dell'interesse transfrontaliero e la conseguente applicazione integrale delle direttive comunitarie allo scopo di tutelare la concorrenza e il mercato. Ciò al fine di rispondere all'esigenza di garantire che tutti gli operatori economici, stabiliti nel territorio dell'Unione europea, abbiano le medesime possibilità di accesso alle procedure di evidenza pubblica bandite all'interno degli stati membri. Tanto più l'importo della gara è elevato, tanto maggiore è l'interesse del legislatore a consentire che a tale gara possano partecipare, in condizioni di parità, tutti gli operatori economici».*

#### **4. La check-list DNSH come elemento essenziale dell'offerta tecnica**

Il TAR Puglia, sede di Bari sottolinea che la presentazione del documento che attesta il rispetto del principio DNSH (*Do Not Significant Harm*) non introduce un'ulteriore causa di esclusione, ma costituisce un elemento essenziale dell'offerta tecnica chiesto dalla stazione appaltante.

[TAR Puglia, Bari, Sez. III, 4 marzo 2024 n. 263](#) (link attivo)

*«Più in dettaglio, si osserva che, contrariamente alla tesi della ricorrente, secondo la quale "nessuna norma di legge impone la presentazione del documento in questione a pena di esclusione" omette di considerare che la prescrizione del disciplinare di gara sopra esaminata non fa che dare attuazione concreta alla previsione di un Regolamento dell'Unione europea in materia di rispetto del principio di non arrecare danno all'ambiente, da applicare obbligatoriamente in tutti i suoi elementi nel territorio nazionale, ai sensi dell'art. 288 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea.*

*Non si tratta, pertanto, di introdurre ulteriori cause di esclusione in violazione del principio di tassatività disciplinato dall'art. 10 del decreto legislativo n. 36/2023, ma di prendere atto che il documento richiesto si attegga quale elemento essenziale dell'offerta tecnica che, una volta non allegato alla medesima, impedisce alla stazione appaltante di compiere la doverosa verifica circa il rispetto del principio *Do not significant harm*».*

## **Contatti**

---

**Torino** Corso Vittorio Emanuele II, 68 10121 | T. +39 011 51121

**Milano** Via Bigli 2, 20121 | T. +39 02 303049

**Roma** Via Ludovisi, 35 00187 | T. +39 011 51121

[info@pavesioassociati.it](mailto:info@pavesioassociati.it) – [www.pavesioassociati.it](http://www.pavesioassociati.it)

Per maggiori informazioni:

[AreaAmministrativo@pavesioassociati.it](mailto:AreaAmministrativo@pavesioassociati.it)

## **Disclaimer**

---

Il presente documento è redatto in termini generali, unicamente a fini divulgativi e di aggiornamento normativo.