

N. 00022/2012REG.PROV.COLL.

N. 00014/2012 REG.RIC.A.P.



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 (Adunanza Plenaria)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 14 di Adunanza Plenaria del 2012, proposto da:

Bat s.r.l., quale capogruppo dell'associazione temporanea d'impresa (a.t.i.) con Apri s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Giovanni Battista Verbari, Roberto Tonazzi, Vincenzo Sinopoli, con domicilio eletto presso quest'ultimo in Roma, viale Angelico, 38;

contro

Provincia autonoma di Bolzano, in persona del Presidente in carica, rappresentata e difesa dagli avvocati Heinrich Heiss, Renate von Guggenberg, Michele Costa, con domicilio eletto presso quest'ultimo in Roma, via Bassano del Grappa, 24; Regio Plus s.a.s. di Pinggera Helmut, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Luigi Manzi, Karl Schwienbacher, con domicilio eletto presso il primo in Roma, via Federico Confalonieri, 5;

per la riforma

della sentenza del TRIBUNALE REGIONALE DI GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA (T.R.G.A.) - SEZIONE AUTONOMA DI BOLZANO n. 00402/2002, resa tra le parti, concernente GARA AFFIDAMENTO SERVIZI DI *MANAGEMENT* PROGRAMMI-CE

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 16 aprile 2012 il Cons. Bernhard Lageder e uditi per le parti gli avvocati Sinopoli, per sé e per delega dell'avvocato Costa, e Andrea Manzi, per delega dell'avvocato Luigi Manzi.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.— Con deliberazione della Giunta della Provincia autonoma di Bolzano n. 3576 del 15 ottobre 2001 veniva indetto un pubblico incanto ai sensi del d.lgs. n. 17 marzo 1995, n. 157 (Attuazione della direttiva 92/50/CEE in materia di appalti pubblici di servizi), da aggiudicarsi con il metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa al prezzo base d'asta di euro 186.816,55 annui, per l'appalto dei servizi di *management* regionale nell'ambito dei documenti unici di programmazione e dei programmi operativi nel periodo 2000-2006, promossi e finanziati dai fondi strutturali comunitari, con contestuale approvazione del relativo capitolato speciale d'oneri e dell'avviso del bando di gara.

Presentavano domanda di partecipazione solamente la costituenda associazione temporanea d'impresa (a.t.i.) tra le due società Bat s.r.l. e Apri s.p.a., capeggiata dalla prima, e la Regio Plus s.a.s. di Pinggera Helmut.

Nella seduta del 20 dicembre 2001 aveva luogo l'ammissione delle due concorrenti e nella seduta del 25 febbraio 2002 veniva formata la graduatoria, sulla cui base

risultava aggiudicataria, con punti 71,82, l'a.t.i. Bat s.r.l./Apri s.p.a., mentre la Regio Plus s.a.s. di Pinggera Helmut conseguiva 65,94 punti.

2.— La seconda classificata adiva il Tribunale regionale di giustizia amministrativa per la Regione Trentino-Alto Adige (T.r.g.a.), Sezione autonoma di Bolzano, impugnando (con ricorso n. 112 del 2002) il verbale di gara del 25 febbraio 2002 e gli atti presupposti.

3.— L'adito T.r.g.a., con la sentenza in epigrafe (n. 402 del 29 agosto 2002), provvedeva come segue:

(i) respingeva le eccezioni d'irricevibilità e d'inammissibilità del ricorso di primo grado, sollevate dalla controinteressata e dall'amministrazione resistente sotto vari profili;

(ii) accoglieva il primo motivo del ricorso di primo grado, con il quale la ricorrente Regio Plus s.a.s. aveva dedotto la violazione dell'art. 11 d.lgs. n. 157 del 1995 e del punto 10. del bando di gara per la mancata specificazione, a cura dell'a.t.i. aggiudicataria, delle parti del servizio assunte da ciascuna delle imprese associate, prescritta quale condizione di ammissione, con assorbimento dei motivi residui;

(iii) respingeva la domanda di risarcimento dei danni, ritenendo che in esito all'intervenuta sospensione cautelare del provvedimento di aggiudicazione non fossero configurabili danni risarcibili;

(iv) dichiarava le spese di causa interamente compensate tra le parti.

4.— Avverso tale sentenza interponeva appello (con ricorso n. 8412 del 2002) l'originaria controinteressata a.t.i. Bat s.r.l./Apri s.p.a., deducendo i seguenti motivi:

a) l'erronea reiezione delle eccezioni d'irricevibilità e d'inammissibilità del ricorso di primo grado, sotto i seguenti profili:

- il ricorso di primo grado aveva per oggetto il solo verbale di gara 25 febbraio 2002, contenente l'aggiudicazione, e non anche il verbale di gara 20 dicembre 2001, di ammissione alla gara;
 - il T.r.g.a., incorrendo nel vizio di ultrapetizione, aveva reinterpretato il ricorso come rivolto contro il verbale del 20 dicembre 2001;
 - il verbale del 20 dicembre 2001, contenente l'ammissione dell'a.t.i. appellante alla gara, doveva essere impugnato immediatamente e tempestivamente;
 - inoltre, siccome il verbale del 25 febbraio 2002 già aveva formato oggetto di un precedente ricorso al Tr.g.a., dovevano essere proposti motivi aggiunti, mentre non poteva essere proposto ricorso autonomo;
- b) l'erroneo accoglimento del motivo di ricorso, secondo cui l'odierna appellante doveva essere esclusa dalla gara per la mancata specificazione delle parti di servizio assunte da ciascuna partecipante all'a.t.i., in quanto:
- b1) l'art. 11 d. lgs. n. 157 del 1995, richiamato dal bando, stabiliva che l'offerta, e non la domanda di partecipazione alla gara, doveva specificare le parti del servizio che sarebbero state eseguite dalle singole imprese, e l'offerta presentata da essa appellante, in realtà, conteneva siffatta specificazione;
 - b2) la prescrizione in tal senso del bando comunque non era stata imposta a pena di esclusione;
 - b3) l'art. 11 d.lgs. n. 157 del 1995 doveva ritenersi applicabile alle sole a.t.i. di tipo verticale e non anche a quelle di tipo orizzontale.

L'appellante chiedeva dunque, in riforma dell'impugnata sentenza, la reiezione dell'avversario ricorso di primo grado.

5.— Costituendosi in giudizio, l'appellata Regio Plus s.a.s. (ricorrente vittoriosa in primo grado) contestava la fondatezza dell'appello e ne chiedeva il rigetto con rifusione di spese.

6.— Si costituiva altresì l'appellata Provincia autonoma di Bolzano, aderendo all'appello proposto dall'a.t.i. aggiudicataria e chiedendone l'accoglimento.

7.— All'esito dello svolgimento dell'udienza pubblica del 31 gennaio 2012, la Sesta Sezione, investita della causa d'appello, pronunciava ordinanza n. 1227/2012, con la quale provvedeva come segue:

(i) respingeva il motivo d'appello *sub* 4.a) nella parte in cui era volto ad impugnare la statuizione di rigetto dell'eccezione d'irricevibilità del ricorso di primo grado, rilevando che nel caso di specie, connotato dall'ammissione di soli due concorrenti alla gara, doveva bensì ritenersi che l'interesse a contestare l'altrui ammissione sorgesse sin dall'adozione dell'atto di ammissione e che dunque dalla conoscenza dell'atto di ammissione decorresse il termine di impugnazione, ma che non risultava dimostrata la data, in cui la ricorrente in primo grado avesse avuto piena conoscenza del provvedimento d'ammissione, poiché dal verbale di ammissione del 20 dicembre 2001 non era dato evincere che alle operazioni della commissione fossero presenti i rappresentanti delle imprese concorrenti, né risultava in altro modo dimostrato in che data detto verbale fosse stato comunicato alle concorrenti, sicché era plausibile ritenere che solo in esito al verbale di aggiudicazione del 25 febbraio 2002 Regio Plus s.a.s. avesse avuto contezza dell'atto di ammissione e dunque lo abbia potuto contestare, con conseguente corretta reiezione dell'eccezione d'irricevibilità del ricorso proposto avverso il verbale di ammissione;

(ii) respingeva il motivo d'appello *sub* 4.a) anche nella parte in cui era diretto ad impugnare la statuizione di rigetto dell'eccezione d'inammissibilità del ricorso di primo grado, rilevando che lo stesso, oltre ad essere diretto contro il verbale di aggiudicazione del 25 febbraio 2002 e contro gli atti presupposti, conteneva specifiche censure contro l'atto di ammissione alla gara, sicché il T.r.g.a. correttamente aveva interpretato il ricorso di primo grado come rivolto anche contro il verbale del 20 dicembre 2001, con conseguente infondatezza del vizio di

extrapetizione, nonché rimarcando che non v'era onere di proposizione di motivi aggiunti anziché di autonomo ricorso, atteso che all'epoca dei fatti di causa, nel vigore della l. 6 dicembre 1971, n. 1034, la proposizione dei motivi aggiunti era una facoltà, ma non un onere, ben potendosi articolare una pluralità di ricorsi autonomi, purché nel rispetto del termine massimo di impugnazione, nella specie osservato;

(iii) sulla questione di diritto oggetto dell'appello, afferente all'ambito applicativo dell'art. 11, comma 2, d.lgs. n. 157 del 1995 – laddove la citata disposizione legislativa prescrive(va) che l'offerta proveniente da un raggruppamento d'impresе «deve specificare le parti del servizio che saranno eseguite dalle singole impresе e contenere l'impegno che, in caso di aggiudicazione della gara, le stesse impresе si conformeranno alla disciplina prevista nel presente articolo» –, rilevava un contrasto di giurisprudenza, in quanto, secondo un primo orientamento giurisprudenziale, la previsione in commento non distinguerebbe tra a.t.i. orizzontali e verticali, al fine dell'obbligo di specificare le «parti» di servizio che saranno eseguite da ciascuna impresa (richiamando, con specifico riferimento all'art. 11 d. lgs. n. 157 del 1995, Cons. St., sez. V, 28 agosto 2009, n. 5098; Cons. St., sez. V 14 gennaio 2009 n. 98, nonché, quanto alla *ratio* della disposizione normativa oggi replicata dall'art. 37, comma 2, d. lgs. 12 aprile 2006, n. 163, Cons. St., sez. III, 7 marzo 2011, n. 1422; Cons. St., sez. V, 14 febbraio 2011, n. 939; Cons. St., sez. V, 12 febbraio 2010 n. 744), mentre, secondo un orientamento opposto, l'art. 11, comma 2, d.lgs. n. 157 del 1995 andrebbe riferito solo alle a.t.i. verticali e non anche a quelle orizzontali (richiamando Cons. St. sez. V, 26 novembre 2008, n. 5849; Cons. St., sez. V, 4 maggio 2009, n. 2783; Cons. St., sez. V, 28 febbraio 2011 n. 1249), e di conseguenza disponeva il deferimento del ricorso all'adunanza plenaria.

8.— Dopo lo scambio di ulteriori memorie, all'odierna udienza pubblica la causa è stata trattenuta in decisione.

9.— Prima di affrontare la questione di diritto rimessa all'adunanza plenaria, s'impongono alcuni rilievi pregiudiziali di natura processuale.

9.1.— L'ordinanza collegiale di rimessione, nella parte in cui con le statuizioni *sub* 7.(i) e 7.(ii) ha respinto il primo motivo d'appello – col quale l'odierna appellante aveva censurato l'erronea reiezione delle eccezioni d'irricevibilità e d'inammissibilità del ricorso in primo grado, sollevate dinanzi al T.r.g.a. –, assurge a valenza di sentenza non definitiva (ai sensi dell'art. 36, comma 2, cod. proc. amm.), avendo essa deciso le questioni pregiudiziali di rito devolute al giudizio appello col primo motivo, senza esaurire l'oggetto del giudizio che, con la rimessione all'adunanza plenaria, prosegue per la decisione delle questioni di merito.

Invero, in applicazione del generale principio processuale della prevalenza della sostanza sulla forma, al fine di stabilire se un provvedimento abbia la natura di sentenza o di ordinanza, è decisiva non la forma adottata, ma il suo contenuto sostanziale – purché il provvedimento abbia il minimo di requisiti formali per rientrare nel tipo che sarebbe congruo in relazione al suo contenuto (come nel caso di specie, trattandosi di ordinanza collegiale firmata dal presidente e dall'estensore) –, di modo che, allorquando il giudice, ancorché con provvedimento avente veste formale di ordinanza, abbia, senza definire il giudizio, deciso una o più questioni pregiudiziali attinenti al processo (ipotesi, ricorrente nel caso di specie), oppure una o più questioni preliminari di merito, che siano astrattamente idonee a definire il processo ma in concreto non lo siano per la soluzione (di segno reiettivo) adottata, a tale provvedimento, di natura decisoria, va riconosciuto natura di sentenza non definitiva ai sensi della citata disposizione

processuale (cui, nel processo civile, corrisponde l'art. 279, comma 2, n. 4) cod. proc. civ.).

Essendosi la *potestas iudicandi* sulle questioni d'irricevibilità e d'inammissibilità del ricorso di primo grado, devolute in appello, esaurita con la decisione al riguardo assunta nell'ordinanza di rimessione (v. il § 6 dell'ordinanza), per quanto sopra esposto assurgente a valore sostanziale di sentenza, ne deriva la preclusione al riesame, nel prosieguo del giudizio e dunque nella presente fase, delle questioni pregiudiziali di rito decise nell'ordinanza di rimessione.

9.2.— Sebbene il profilo di censura *sub* 4.b3), che si risolve nella questione di diritto oggetto del contrasto giurisprudenziale segnalato dalla Sezione, fosse stato sviluppato dall'odierna appellante in modo espresso solo nella memoria del 12 gennaio 2012, la relativa deduzione deve ritenersi contenuta – implicitamente, ma necessariamente – già nell'atto d'appello, laddove risulta investito dall'impugnazione, con effetto *in parte qua* interamente devolutivo, l'intero capo della sentenza di primo grado, col quale era stato accolto il primo motivo del ricorso di primo grado (mancata indicazione delle «parti» del servizio da eseguire dalle singole imprese componenti dell'a.t.i.), presupponendo invero l'accoglimento di tale motivo di ricorso l'adesione alla tesi dell'applicabilità del citato art. 11 anche alle a.t.i. di tipo orizzontale (quale, nel caso di specie – pacificamente – l'a.t.i. aggiudicataria).

9.3.— Va, poi, precisato, che nell'impugnata sentenza il motivo di ricorso, con cui è stata censurata la mancata esclusione dell'a.t.i. aggiudicataria per la mancata specificazione delle «parti» del servizio da eseguire dalle singole imprese associande, è stato accolto non già sotto il profilo formale della correlativa omessa indicazione nella domanda di partecipazione, bensì sotto il profilo sostanziale della mancata indicazione del riparto delle prestazioni tra i singoli operatori nella stessa offerta, in violazione dell'art. 11 d.lgs. n. 157 del 1995 e del punto 10. del bando di

gara (v. pp. 8 e 9 della sentenza, in cui non v'è menzione di una violazione meramente formale nella compilazione della domanda di partecipazione, bensì di una violazione sostanziale del contenuto precettivo della citata disposizione normativa e della corrispondente prescrizione della *lex specialis*).

Non coglie, pertanto, nel segno la deduzione, contenuta nel ricorso in appello, secondo cui « (...) l'art. 11 del D.Leg.vo 157/95, al quale il bando rinvia, stabilisce che l'offerta, e non la domanda di partecipazione alla gara, deve specificare le parti del servizio che saranno eseguite dalle singole imprese, prescrizione puntualmente osservata, persino in eccesso, dall'ATI con la analitica indicazione dei compiti nei vari curriculum delle società facenti parte dell'associazione (...)». Infatti, tale deduzione difensiva, nella parte in cui suggerisce che il motivo fosse stato accolto sotto il profilo meramente formale della mancata specificazione del riparto tra le singole imprese nella domanda anziché nell'offerta, poggia su una travisata lettura dell'appellata sentenza, la cui *ratio decidendi* va, invece, ravvisata nell'affermata violazione, sotto un profilo sostanziale, dell'onere di specificazione del riparto nell'offerta.

Il *devolutum*, che deve orientarsi al *decisum* investito dall'impugnazione, *in parte qua* deve dunque essere correttamente riferito alla sopra individuata *ratio decidendi* che sorregge la statuizione d'accoglimento del primo motivo del ricorso di primo grado.

Quanto all'affermazione – pure contenuta nel ricorso in appello – dell'osservanza dell'onere di specificazione in esame nell'offerta, la stessa introduce una questione di fatto da affrontare in sede di decisione nel merito del ricorso (su cui v. *infra*, § 10.4.2.).

9.4.— Giova, infine, rilevare che ai sensi dell'art. 99, comma 4, cod. proc. amm. l'adunanza plenaria, investita di una questione oggetto di contrasto giurisprudenziale, in omaggio al principio di economia processuale e per esigenze

di celerità, di regola decide la controversia anche nel merito, salva la necessità di ulteriori esigenze istruttorie, nel caso di specie insussistenti (v. *infra*, § 10.4.).

10.— Con ciò delimitato l'ambito oggettivo del *thema decidendum* nel presente giudizio d'appello e nella presente fase processuale, si rileva che, con riguardo alla questione di diritto rimessa all'adunanza plenaria, l'ordinanza di rimessione non ha preso una netta posizione a favore di una tesi o dell'altra, sebbene dal relativo impianto motivazionale traspaia una preferenza per la tesi dell'applicabilità dell'art. 11, comma 2, d.lgs. n. 157 del 1995 a tutte le forme di a.t.i., sia a struttura orizzontale che a struttura verticale (con la precisazione, che il diverso profilo morfologico dei raggruppamenti a seconda della loro articolazione verticale od orizzontale non consente di parlare di una vera e propria distinzione per tipo negoziale e/o contrattuale in senso civilistico, in quanto non vi è alcuna alterazione causale del negozio, né di mandato, né di appalto).

La distinzione tra a.t.i. orizzontali e a.t.i. verticali – oggi enunciata sul piano legislativo dall'art. 37, commi 1 e 2, d. lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE) – poggia sul contenuto delle competenze portate da ciascuna impresa raggruppata ai fini della qualificazione a una determinata gara: in linea generale, l'a.t.i. orizzontale è caratterizzata dal fatto che le imprese associate (o associande) sono portatrici delle medesime competenze per l'esecuzione delle prestazioni costituenti l'oggetto dell'appalto, mentre l'a.t.i. verticale è connotata dalla circostanza che l'impresa mandataria apporta competenze incentrate sulla prestazione prevalente, diverse da quelle delle mandanti, le quali possono avere competenze differenziate anche tra di loro, sicché nell'a.t.i. di tipo verticale un'impresa, ordinariamente capace per la prestazione prevalente, si associa ad altre imprese provviste della capacità per le prestazioni secondarie scorporabili.

Sul piano del regime della responsabilità, nelle a.t.i. orizzontali ciascuna delle imprese riunite è responsabile solidalmente nei confronti della stazione appaltante, mentre nelle a.t.i. verticali le mandanti rispondono ciascuna per le prestazioni assunte e la mandataria risponde in via solidale con ciascuna delle imprese mandanti in relazione alle rispettive prestazioni secondarie.

10.1.— Premesso che nel caso di specie si verte in fattispecie di gara d'appalto di servizi e che l'aggiudicataria è, pacificamente, organizzata in forma di un'a.t.i. (costituenda) orizzontale (v. la documentazione in atti, in particolare la domanda di partecipazione alla gara), si osserva che ai sensi dell'art. 11, comma 2, d.lgs. n. 157 del 1995, come sostituito dall'art. 9 del d.lgs. 25 febbraio 2000, n. 65 (Attuazione delle direttive 97/52/CE e 98/4/CE, che modificano ed integrano, rispettivamente, le direttive 92/50/CEE, in materia di appalti pubblici di servizi, e 93/98/CEE, limitatamente ai concorsi di progettazione), applicabile *ratione temporis* alla fattispecie *sub iudice*, negli appalti di servizi, in caso di a.t.i., «l'offerta congiunta deve essere sottoscritta da tutte le imprese raggruppate e deve specificare le parti del servizio che saranno eseguite dalle singole imprese e contenere l'impegno che, in caso di aggiudicazione della gara, le stesse imprese si conformeranno alla disciplina prevista nel presente articolo».

In termini analoghi dispone la disciplina oggi vigente che, dopo aver operato, nell'art. 37, comma 2, d.lgs. n. 163 del 2006, la distinzione tra a.t.i. orizzontale e verticale per le forniture e i servizi, al comma 4 dello stesso articolo di legge dispone: «Nel caso di forniture o servizi nell'offerta devono essere specificate le parti del servizio che saranno eseguite dai singoli operatori riuniti o consorziati».

Orbene, premesso che la disciplina dei raggruppamenti d'impresa in materia di contratti pubblici è finalizzata a consentire, attraverso il principio del cumulo dei requisiti, la partecipazione congiunta di una pluralità di operatori economici anche di ridotte dimensioni a gare di appalti di notevole entità e, al contempo, a

consentire la realizzazione dell'appalto nell'interesse della stazione appaltante attraverso la valorizzazione dell'unione delle risorse e delle capacità tecnico-organizzative ed economico-finanziarie di più imprese, con ampliamento delle garanzie per la stessa stazione appaltante (essendo tutte le imprese associate responsabili, a vario titolo, verso quest'ultima), ritiene l'adunanza plenaria che, per le ragioni di seguito sviluppate, sia più aderente al dato normativo e all'impianto sistematico della disciplina degli appalti pubblici nel settore dei servizi la soluzione interpretativa, secondo cui la citata disposizione, contenuta nell'art. 11, comma 2, d.lgs. n. 157 del 1995, sia applicabile indistintamente a tutte le forme di a.t.i., orizzontali e verticali.

10.2.— A favore di tale tesi milita, anzitutto, l'argomento letterale che la disposizione in esame non contiene alcuna distinzione tra a.t.i. orizzontali e verticali, al fine dell'obbligo di specificare le «parti» di servizio che saranno eseguite da ciascuna impresa, talché tale obbligo deve ritenersi operante per entrambe le forme di raggruppamenti di imprese (peraltro, la disposizione normativa, non distinguendo tra imprese già raggruppate o imprese che dichiarano di volersi riunire, è applicabile sia alle a.t.i. già costituite, sia alle a.t.i. costituende; del resto, la questione non è controversa tra le parti).

10.3.— L'orientamento qui condiviso è, poi, suffragato da una serie di argomenti di natura sistematica e teleologica, tenuto conto del contesto normativo, della *ratio legis* e delle finalità perseguite dalla norma.

10.3.1.— Sotto gli enunciati profili, la previsione contenuta nell'art. 11, comma 2, d.lgs. n. 157 del 1995 (attuale art. 37, comma 4, d.lgs. n. 163 del 2006), sull'obbligo di indicare in sede di presentazione dell'offerta le «parti» di servizio imputate a ciascun operatore raggruppato, in primo luogo persegue la finalità di consentire alla stazione appaltante l'accertamento dell'impegno e dell'idoneità delle imprese, indicate quali esecutrici delle prestazioni di servizio in caso di aggiudicazione, a

svolgere effettivamente le «parti» di servizio indicate, in particolare consentendo la verifica della coerenza dell'offerta con i requisiti di qualificazione, e dunque della serietà e dell'affidabilità dell'offerta.

L'offerta contrattuale, che non contiene la specificazione delle «parti» di servizio che saranno eseguite dalle singole imprese associande o associate, deve infatti ritenersi parziale e incompleta, non permettendo di ben individuare l'esecutore di una determinata prestazione nell'ambito dell'a.t.i., e rimanendo dunque indeterminato il profilo soggettivo della prestazione offerta.

Poiché l'aggregazione economica di potenzialità organizzative e produttive per la prestazione oggetto dell'appalto, connotante l'istituto delle associazioni di imprese, non dà luogo alla creazione di un soggetto autonomo e distinto dalle imprese che lo compongono, né ad un loro rigido collegamento strutturale, grava su ciascuna impresa, ancorché mandante, l'onere di documentare il possesso dei requisiti di capacità tecnico-professionale ed economico-finanziaria richiesti per l'affidamento dell'appalto. L'indicazione delle «parti» di servizio imputate alle singole imprese associate o associande si rende dunque necessaria per evitare l'esecuzione di quote rilevanti dell'appalto da parte di soggetti sprovvisti delle qualità all'uopo occorrenti. Giova al riguardo rilevare che nel settore dei servizi, in mancanza di una predeterminazione normativa o regolamentare dei requisiti di capacità tecnico-organizzativa ed economico-finanziaria – infatti, la relativa disciplina (per quanto qui interessa, dettata dagli artt. 13 e 14 d.lgs. n. 157 del 1995; cfr. gli attuali artt. 40 e 41 d. lgs. n. 163 del 2006), a differenza di quanto prevedono gli artt. 13 l. 11 febbraio 1994, n. 109 (Legge quadro in materia di lavori pubblici), e 95 d.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554 (Regolamento di attuazione della legge quadro in materia di lavori pubblici 11 febbraio 1994, n. 109 e successive modificazioni) per il settore dei lavori (cfr. l'attuale art. 39 d. lgs. n. 163 del 2006), non prescrive, quale quota percentuale dei requisiti di qualificazione e/o di capacità dovesse essere posseduta

da ciascuna impresa componente del raggruppamento, affidando le relative determinazioni alla discrezionalità della singola stazione appaltante (cfr., oggi, l'art 39 d. lgs. n. 163 del 2006 per i lavori, e gli artt. 40 e 41 per le forniture e i servizi) –, spetta alla stazione appaltante il compito di definire nella *lex specialis*, in relazione al contenuto della prestazione, i requisiti di idoneità che devono essere posseduti dalle imprese componenti il raggruppamento.

È proprio in funzione del controllo (alla stregua dei criteri determinati nel bando) dell'idoneità delle imprese raggruppate a svolgere il servizio oggetto dell'affidamento, che si rende necessaria la determinazione delle «parti» di servizio che ciascuna impresa raggruppata o raggruppanda intende svolgere.

Le evidenziate esigenze, di controllo e di trasparenza, si pongono, peraltro, maggiormente nei raggruppamenti a struttura orizzontale, dove – a differenza da quelle a struttura verticale, connotate dalla circostanza che l'impresa mandataria esegue le prestazioni di servizio indicate (nel bando o nella lettera d'invito) come principali e le imprese mandanti eseguono le prestazioni indicate come secondarie – tutti gli operatori riuniti eseguono il medesimo tipo di prestazioni, per cui, in difetto di specificazione delle «parti» di servizi che saranno eseguite dalle singole imprese, è preclusa una verifica in ordine alla coerenza dei requisiti di qualificazione con l'entità delle prestazioni di servizio dalle stesse assunte, mentre per le a.t.i. di tipo verticale tale controllo è reso agevole già sulla base della sola indicazione del ruolo dalle stesse svolte nell'ambito del raggruppamento (mandataria e rispettivamente mandante), definito con riguardo alle prestazioni rispettivamente principali e secondarie prestabilite nel bando (sempre che, ovviamente, a loro volta le parti secondarie scorporate non siano destinate ad essere svolte da più d'una delle imprese appartenenti alla complessiva a.t.i.).

Ne deriva che è proprio per le a.t.i. orizzontali che l'indicazione delle «parti» di servizio imputabili alle singole imprese costituisce presupposto indefettibile per

poter operare le menzionate verifiche, onde evitare l'esecuzione di quote rilevanti dell'appalto da parte di soggetti sprovvisti delle qualità all'uopo occorrenti, la cui previsione (nel settore dei lavori con disposizioni legislative e regolamentari, nel settore dei servizi con la *lex specialis*; v. *supra*) risponde all'imprescindibile esigenza, a sua volta imposta dal principio costituzionale di buon andamento dell'azione amministrativa, di ottenere, nel complesso, una garanzia qualitativa di un determinato ed atteso livello, riferita all'esecuzione dell'intero rapporto contrattuale, considerato in ciascuna delle singole fasi di svolgimento.

10.3.2.— In secondo luogo, la conoscenza preventiva del soggetto, che in concreto eseguirà il servizio, consente una maggiore speditezza nella fase di esecuzione del contratto, essendo individuato il responsabile della prestazione delle singole parti dell'appalto. Anche tale esigenza è individuabile, indifferentemente, in relazione entrambe le forme di a.t.i.

10.3.3.— In terzo luogo, l'obbligo sancito dall'art. 11, comma 2, d. lgs. n. 157 del 1995 esige che sia assegnato un ruolo operativo a ciascuna delle imprese associate in a.t.i., onde evitare che esse si avvalgano del raggruppamento non per unire le rispettive disponibilità tecniche e finanziarie, ma per aggirare le norme di ammissione stabilite dal bando e consentire così la partecipazione di imprese non qualificate, con effetti negativi sull'interesse pubblico che il servizio è destinato a soddisfare.

Quanto al principale argomento addotto a suffragio del contrario orientamento, secondo cui in caso di raggruppamento di tipo orizzontale non sarebbe necessario indicare le «parti» di servizio da eseguire da ciascuna impresa, né le percentuali, perché la distribuzione del lavoro per ciascuna impresa non rilevarebbe all'esterno e tutte le imprese sarebbero responsabili in solido dell'intero (v. i precedenti citati sopra *sub* 7. *(iii)*), è sufficiente rilevare che le questioni inerenti al regime di responsabilità delle imprese associate o associande nei confronti della stazione

appaltante si muovono su un piano diverso dal sopra delineato contesto finalistico in cui si iscrive la disposizione in esame, persistendo invero le evidenziate esigenze sottese all'obbligo di specificare le «parti» di servizio imputate alle singole imprese a prescindere dal regime di responsabilità connotante le diverse forme di a.t.i. (su cui v. sopra *sub* 10.).

10.3.4.— Né la soluzione qui propugnata comporta un'indebita compressione del *favor participationis* – pure, sebbene in modo apodittico, messa in rilievo in alcuni precedenti aderenti all'orientamento di segno contrario –, in quanto la violazione dell'obbligo della specificazione delle «parti» di servizio imputate alle singole imprese del raggruppamento, sancito dall'art. 11, comma 2, l. n. 157 del 1995 (attuale art. 37, comma 4, d. lgs. n. 163 del 2006), non si risolve in una violazione meramente formale, ma incide, in modo sostanziale:

- sulla serietà, affidabilità, determinatezza e completezza, e dunque sugli elementi essenziali dell'offerta, la cui mancanza, pena la violazione dei principi della *par condicio* e della trasparenza, non è suscettibile di regolarizzazione postuma;
- sui poteri di verifica della stazione appaltante attorno alla coerenza dei requisiti di capacità degli operatori raggruppati con riguardo alla natura della prestazione, in funzione della garanzia della qualità delle prestazioni oggetto dell'appalto;
- su un corretto assetto concorrenziale, evitando l'elusione delle norme di ammissione stabilite dai bandi e impedendo la partecipazione fittizia di imprese, non chiamate (o chiamate in modo inappropriato) ad effettuare le prestazioni oggetto della gara.

Conclusivamente, l'obbligo in questione, da assolvere a pena di esclusione al più tardi in sede di formulazione dell'offerta – mentre una dichiarazione successiva, in sede di esecuzione del contratto, non potrebbe assolvere allo stesso modo alle esigenze di trasparenza ed affidabilità che caratterizzano la gara, sicché la sanzione dell'esclusione rispetta i criteri della proporzionalità e dell'adeguatezza –, è

espressione di un principio generale che non consente distinzioni legate alla natura morfologica del raggruppamento (verticale o orizzontale), o alla tipologia delle prestazioni (principali o secondarie, scorporabili o unitarie).

10.3.5.— Giova, da ultimo, rimarcare che, ai fini del vaglio dell'ottemperanza all'obbligo di specificare le «parti» del servizio che saranno eseguite dalle singole imprese, in ossequio al principio della tassatività delle cause di esclusione – oggi sancito dall'art. 46, comma 1-*bis*, d. lgs. n. 163 del 2006, aggiunto dall'art. 4, comma 2 lett. *d*) n. 2), d.l. 13 maggio 2011, n. 70 (Semestre Europeo - Prime disposizioni urgenti per l'economia), convertito dalla l. 12 luglio 2011, n. 106 – dovrà adottarsi un approccio ermeneutico di natura sostanzialistica, nel senso che l'obbligo deve ritenersi assolto sia in caso di indicazione, in termini descrittivi, delle singole parti del servizio da cui sia evincibile il riparto di esecuzione tra le imprese associate, sia in caso di indicazione, in termini percentuali, della quota di riparto delle prestazioni che saranno eseguite tra le singole imprese, tenendo conto della natura complessa o semplice dei servizi oggetto della prestazione e della sostanziale idoneità delle indicazioni ad assolvere alle finalità di riscontro della serietà e affidabilità dell'offerta ed a consentire l'individuazione dell'oggetto e dell'entità delle prestazioni che saranno eseguite dalle singole imprese raggruppate.

10.3.6.— Esula invece dai limiti oggettivi della presente controversia ogni questione sull'ambito oggettivo di applicabilità (quanto a tipologia di appalti) del criterio della corrispondenza tra quota di qualificazione delle imprese associate o associande, quota di partecipazione all'a.t.i. e quota di esecuzione, sancito dall'art. 37, comma 13, d. lgs. n. 163 del 2006, non risultando, sotto il profilo processuale, sollevate correlative questioni (che dunque esulano dal *devolutum*), e sottraendosi la fattispecie *sub iudice* comunque *ratione temporis* all'ambito di applicazione della citata disposizione di legge.

10.3.7.— Per le esposte ragioni, in esito alla risoluzione del quesito in esame, affermativa dell'applicabilità dell'art. 11, comma 2, d. lgs. n. 157 del 1995 anche alle a.t.i. di tipo orizzontale, il profilo di censura dedotto *sub* 4.b3) deve essere disatteso.

10.4.— Procedendo, in presenza delle condizioni per la decisione dell'intera controversia nel merito ai sensi dell'art. 99, comma 4, cod. proc. amm., all'esame dei residui profili di censura *sub* 4.b1) e 4.b2) in cui si articola il secondo motivo d'appello, si osserva che gli stessi sono infondati.

10.4.1.— In reiezione del profilo di censura, con cui si deduce che la prescrizione dell'obbligo in contestazione non sarebbe stata imposta a pena di esclusione, si osserva che:

- il punto 10. del bando di gara, sotto il titolo «*Condizioni di ammissione*» contiene la testuale prescrizione « (...) *In caso di provvisoria associazione d'impresa, in conformità all'art. 11 del Decreto legislativo n. 157/1995, l'offerta comune deve essere firmata da ciascuna impresa coinvolta elencando i servizi precisi prestati da ognuna di esse. In caso di attribuzione di incarico le imprese devono inoltre impegnarsi a rispettare le disposizioni dell'articolo sopra citato.* »;

- con ciò, il bando di gara qualifica la prescrizione espressamente come condizione di ammissione che, peraltro, ricalca un obbligo di legge, imposto dall'art. 11, comma 2, d.lgs. n. 157 del 1995 a pena di esclusione.

10.4.2.— Quanto al secondo profilo di censura, con cui si sostiene che l'offerta comunque conterrebbe la specificazione delle parti dei servizi che sarebbero state eseguite dalle singole imprese, si rileva che l'esame dell'offerta tecnica dell'odierna appellante evidenzia che vi è in essa una descrizione dei servizi da svolgere e un'indicazione dei *curricula* degli esecutori indicati nominativamente, ma che non vi risulta indicato e specificato l'apporto di ciascuna impresa associanda (Bat s.r.l. e Apri s.p.a.) allo svolgimento del servizio, tanto più che vi è contenuta la

dichiarazione che « (...) L'A.T.I. assicurerà il servizio di assistenza in collaborazione con lo Studio Associato Oasi di Bolzano (...)», con conseguente impossibilità di imputare, in modo chiaro e univoco, gli apporti dei vari soggetti nominativamente indicati alle singole imprese associande, in manifesta violazione della prescrizione in esame (sorgendo persino il dubbio che parte dei servizi non debbano essere imputati allo Studio Associato Oasi, indicato come collaboratore esterno).

10.5.— In conclusione, l'appello deve essere respinto.

11.— Le oscillazioni della giurisprudenza sulla centrale questione di diritto giustificano la compensazione delle spese del presente grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Adunanza Plenaria), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto (ricorso n. 8412 del 2002), lo respinge e, per l'effetto, conferma l'impugnata sentenza; dichiara le spese del presente grado di giudizio interamente compensate tra le parti.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 16 aprile 2012 con l'intervento dei magistrati:

Giorgio Giovannini, Presidente

Gaetano Trotta, Presidente

Pier Giorgio Lignani, Presidente

Stefano Baccharini, Presidente

Carmine Volpe, Presidente

Alessandro Botto, Consigliere

Rosanna De Nictolis, Consigliere

Anna Leoni, Consigliere

Carlo Saltelli, Consigliere

Angelica Dell'Utri, Consigliere

Fabio Taormina, Consigliere

Bernhard Lageder, Consigliere, Estensore

Raffaele Prospero, Consigliere

IL PRESIDENTE

L'ESTENSORE

IL SEGRETARIO

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 13/06/2012

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)

Il Dirigente della Sezione