

Consiglio di stato, sezione quinta, sentenza n. 786 del 25 febbraio 2016

Raggruppamento orizzontale –Necessaria corrispondenza fra requisiti ed esecuzione delle prestazioni

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 6779 del 2015, proposto da:
Eurolab s.r.l. capogruppo mandataria di a.t.i., in persona del legale rappresentante,
a.t.i. Sca s.r.l., rappresentati e difesi dagli avvocati, con domicilio eletto
presso lo studio di quest'ultimo, in Roma,

contro

Ausino s.p.a. - Servizi Idrici Integrati, in persona del legale rappresentante,
rappresentato e difeso dagli avvocati, con domicilio eletto presso in
Roma, Via

Chimica Applicata Depurazione Acque di Giglio Filippo & C. s.n.c.;

per la riforma

della sentenza breve del T.A.R. CAMPANIA - SEZ. STACCATA DI SALERNO,
SEZIONE I, n. 1605/2015, resa tra le parti, concernente affidamento del servizio
di controllo interno della qualità delle acque reflue – risarcimento danni.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Ausino s.p.a. - Servizi Idrici Integrati;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 4 febbraio 2016 il Cons. Luigi Massimiliano Tarantino e uditi per le parti gli avvocati in dichiarata sostituzione dell'avvocato

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso proposto davanti al Tribunale amministrativo la Campania Eurolab s.r.l. ha domandato l'annullamento del verbale di gara n.6 del 3 giugno 2015, recante la riammissione della controinteressata e la esclusione della ricorrente dalla procedura aperta per il servizio di controllo interno della qualità delle acque destinate al consumo umano e delle acque reflue nel territorio d'ambito denominato "Costa d'Amalfi", nonché per la condanna al risarcimento del danno.

2. Il primo giudice respingeva il ricorso, ritenendo entrambi i provvedimenti oggetto di impugnazione immuni dalle censure denunciate dall'originaria ricorrente.

3. Avverso la pronuncia indicata in epigrafe propone appello Eurolab s.r.l., che si duole delle conclusioni raggiunte dal primo giudice, evidenziando che:

a) sarebbe erronea la conclusione, secondo la quale ciascun componente dell'ATI debba possedere in proprio i requisiti tecnico organizzativi previsti dal disciplinare di gara al punto 1.6., conformemente al principio enunciato dalla sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, 28 agosto 2014, n. 27, secondo cui l'art. 37, comma 13, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, nel testo antecedente la l. n. 135 del 2012 (e poi abrogato dall'art. 12 d.-l. n. 47 del 2014, convertito dalla l. n. 80 del 2014) andava interpretato nel senso che - nel caso di appalto di servizi da affidarsi a raggruppamenti temporanei di imprese - non sussisteva *ex lege* il principio di necessaria corrispondenza tra la qualificazione di ciascuna impresa e la quota di prestazione di rispettiva spettanza, essendo la relativa disciplina rimessa alle

previsioni del bando di gara. In modo non corretto la sentenza di primo grado avrebbe interpretato la legge di gara con un'esegesi di carattere manipolatorio ed additivo non consentita ed in violazione del principio dispositivo, distinguendo tra ATI orizzontali e verticali. Distinzione non desumibile da quanto disposto dall'art. 275 (*Requisiti dei partecipanti alle procedure di affidamento*), comma 2, d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207. Non sarebbe pertanto consentita la differenziazione secondo la quale in caso di ATI orizzontale occorrerebbe il possesso dei requisiti di capacità tecnica e professionale in capo a tutti i membri del raggruppamento. Una lettura di questo tipo determinerebbe un'ingiustificata disparità di trattamento tra ATI orizzontale e prestatori singoli che potrebbero subappaltare parte rilevante delle prestazioni oggetto di gara a subappaltatori privi dei suddetti requisiti;

b) erra il Tribunale amministrativo nel ritenere infondata la censura di difetto di motivazione in relazione all'esclusione dell'appellante, poiché la commissione avrebbe ritenuto la certificazione ACCREDIA, requisito soggettivo invece che requisito tecnico;

c) erronea sarebbe la sentenza del Tribunale amministrativo nella parte in cui sostiene che l'esercizio del potere di autotutela con il quale veniva riammessa, in deroga alle prescrizioni del bando di gara, Cada s.n.c. sarebbe immune dai vizi di illegittimità denunciati quanto al difetto di motivazione ed alla violazione del principio della *par condicio*.

4. Costituitasi in giudizio la stazione appaltante invoca la reiezione dell'odierno gravame, sottolineando che proprio la sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, n. 27/2014 confermerebbe la bontà della decisione assunta dal Tribunale amministrativo. In caso di offerta proposta da ATI orizzontale, infatti, ogni suo membro dovrebbe assicurare il possesso del requisito di qualità richiesto per la prestazione oggetto dell'appalto. Al contrario, l'aggiudicataria non avrebbe dovuto

essere esclusa dalla gara e sarebbe stata correttamente riammessa alla stessa, poiché avrebbe fatto ricorso ad un subappalto facoltativo e non necessario.

5. Dal canto suo l'originaria controinteressata si costituisce in giudizio e chiede la reiezione dell'appello in esame, sottolineando che la certificazione di qualità ACCREDIA, non posseduta da SCA s.r.l. mandante dell'ATI esclusa, rappresenterebbe un requisito soggettivo e non oggettivo. Quest'ultimo dovrebbe essere posseduto da ogni membro dell'ATI come confermato dal parere dell'ANAC n. 206/2012. L'appello sarebbe infondato anche nella parte in cui sostiene che sarebbe illegittima la riammissione alla gara dell'appellata.

6. Nelle successive difese le parti insistono nelle rispettive conclusioni.

7. L'appello è infondato e non può essere accolto.

7.1. Quanto alla prima doglianza, il Tribunale amministrativo ha offerto puntuale risposta al primo motivo del ricorso introduttivo, con il quale l'odierna appellante denunciava l'illegittimità dei provvedimenti di esclusione a suo carico e della *lex specialis* nell'interpretazione offerta dalla commissione di gara circa i requisiti tecnico organizzativi richiesti alle ATI orizzontali. Pertanto, non può essere positivamente apprezzata la prima doglianza dell'appello nella misura in cui paventa una violazione del principio dispositivo. Allo stesso tempo risulta corretta l'assunto del primo giudice, secondo cui l'art. 1.6. del disciplinare di gara nel disporre che in relazione ai raggruppamenti temporanei *“il soddisfacimento dei requisiti di cui ai paragrafi 1.4 e 1.5 sarà accertato con riferimento al raggruppamento nel suo complesso”*, non può che riferirsi in ipotesi di raggruppamenti temporanei orizzontali ai requisiti frazionabili, tra i quali non può rientrare l'accreditamento del laboratorio di analisi. Né può desumersi una contrarietà rispetto a quanto prescritto dall'art. 275, d.P.R. n. 207 del 2010, secondo il quale: *“Per i soggetti di cui all'articolo 34, comma 1, lettere d), e), f), e f-bis), del codice, il bando individua i requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi necessari per partecipare alla*

procedura di affidamento, nonché le eventuali misure in cui gli stessi devono essere posseduti dai singoli concorrenti partecipanti?

Nella fattispecie in esame, infatti, la prestazione oggetto dell'appalto consiste nell'effettuazione dei controlli sulla qualità delle acque erogate sia dagli acquedotti esterni che dalle acque idriche interne, nonché delle acque reflue e delle acque di balneazione. Si tratta, quindi, di una prestazione unica non frazionabile se non quantitativamente, rispetto alla quale il bando richiede tra i requisiti di carattere tecnico professionale anche la disponibilità di un laboratorio di analisi accreditato. Pertanto, nell'ipotesi di mera indicazione della percentuale che le imprese componenti il suddetto raggruppamento intendono eseguire, non può che presumersi che ognuna dei membri del raggruppamento sia in possesso dei requisiti tecnici, per eseguire sia pure *pro quota* la prestazione oggetto dell'appalto. In questo senso non va a favore dell'odierna appellante il richiamo alla pronuncia dell'Adunanza Plenaria, 28 aprile 2014, n. 27 che, diversamente da quanto argomentato dall'appellante, stabilisce in modo chiaro che, in caso di appalto di servizi sussiste l'obbligo per le imprese raggruppate d'indicare le parti del servizio o della fornitura facenti capo a ciascuna di esse, senza pretendere anche l'obbligo della corrispondenza fra quote di partecipazione e quote di esecuzione, fermo restando, però, che ciascuna impresa va qualificata per la parte di prestazioni che s'impegna ad eseguire, nel rispetto delle speciali prescrizioni e modalità contenute nella normativa di gara. Non vi è dubbio che la disciplina di gara richieda che le analisi vengano svolte presso laboratori accreditati e che la mandante dell'associazione temporanea, odierna appellante, non sia dotata della necessaria qualificazione.

In questa situazione non è fondata la doglianza inerente una presunta disparità di trattamento a danno del concorrente costituito in raggruppamento di tipo orizzontale, rispetto al concorrente singolo ovvero al concorrente costituito in raggruppamento di tipo verticale.

Infatti, posto che la composizione soggettiva della tipologia di concorrenti è ontologicamente distinta, se si ammettesse la possibilità che non tutti i soggetti costituenti un raggruppamento orizzontale potessero eseguire - sia pure *pro quota* - la prestazione oggetto dell'appalto senza assicurare il rispettivo possesso dei requisiti tecnici richiesti dalla *lex specialis*, si avrebbe la conseguenza che una parte delle prestazioni non sarebbe eseguita nel rispetto di uno dei requisiti richiesti dalla *lex specialis*.

Da ciò deriva che non vi è disparità di trattamento, ma una diversa disciplina del possesso dei requisiti che direttamente discende dalla scelta dei concorrenti di partecipare in forma singolo o associata in modo orizzontale o verticale alla procedura di gara.

7.2. Allo stesso modo non può convenirsi con l'appellante nel ritenere viziata la sentenza di primo grado nella parte in cui evidenzia l'assenza di un vizio della motivazione in capo al provvedimento di esclusione. Risulta invero adeguato il rilievo secondo il quale il requisito *de quo* avrebbe dovuto essere posseduto da ciascuno dei componenti del raggruppamento escluso, dal momento che attraverso di esso la *lex specialis* assicura che ogni impresa svolga il servizio secondo determinati *standard* qualitativi accertati da organismi qualificati.

7.3. Da ultimo, non si ravvisa alcuna delle illegittimità denunciate dall'appellante, che infici l'esercizio del potere di autotutela da parte della stazione appaltante nel riammettere alla procedura di gara l'originaria controinteressata: infatti l'esercizio del *ius poenitendi* da parte della stessa stazione appaltante, posto in essere nel corso della procedura di gara, è giustificato dalla necessità di assicurare il rispetto del *favor participationis* e di prevenire futuri contenziosi. Né uno stringente onere motivazionale può essere invocato dagli altri concorrenti che rispetto alla pregressa decisione della stessa amministrazione non possono vantare un affidamento tutelabile.

Nel merito, inoltre, la scelta dell'amministrazione non appare irragionevole e - in senso contrario rispetto a quanto sostenuto dall'appellante - valuta senza illogicità o incoerenze, nell'ambito dell'ambito di apprezzamento rimesso alla sua competenza, la possibilità dell'originaria controinteressata di poter eseguire correttamente le prestazioni oggetto dell'appalto *de quo*.

8. L'appello deve, quindi, essere respinto. Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

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

Condanna Eurolab S.r.l. al pagamento delle spese del presente grado di giudizio, che liquida in euro 2.000,00 (duemila/00), oltre accessori di legge, in favore di ciascuna delle parti appellate costituite in giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 4 febbraio 2016

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 25/02/2016

IL SEGRETARIO

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