

Consiglio di Stato, adunanza plenaria, sentenza n. 26 del 5 luglio 2012

Raggruppamento – Obbligo di specificare le parti del servizio da eseguire, ex art. 37 del D.lgs. 163/06 - Norma applicabile alle ati orizzontali e verticali

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 22 di A.P. del 2012, proposto da:
Consorzio Veneto di Genetica Medica e di Diagnosi Prenatale - Genimed, in
persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avv.
....., con domicilio eletto presso ... in Roma, via

contro

Azienda Ulss 12 Veneziana;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. VENETO - VENEZIA: SEZIONE I n. 01840/2011,
resa tra le parti, concernente l'affidamento del servizio di esami di citogenetica
prenatale

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 18 giugno 2012 il Cons. Francesco
Caringella e udito per la parte ricorrente l'avv.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Il Consorzio Veneto di Genetica Medica e di Diagnosi (Genimed) ha proposto appello avverso la sentenza, indicata in epigrafe, con cui il Tar Veneto ha respinto il ricorso presentato per l'annullamento della sua esclusione dalla procedura di cottimo fiduciario per l'assegnazione del servizio di esecuzione di esami di citogenetica prenatale per il periodo di trenta mesi.

Afferma l'appellante di avere presentato la propria offerta e di avere inserito nella busta 1, come richiesto nella lettera d'invito, l'atto costitutivo del Consorzio stesso, unitamente alla cessione di ramo d'azienda della consorziata Arcella Analisi Mediche Biolab s.r.l. a favore della Research Innovation, con conseguente subentro di quest'ultimo nella compagine consortile.

L'appellante specifica di essere stato escluso in ragione della contestata violazione dell'obbligo, contemplato a pena di esclusione dalla lettera d'invito (punto 1.2.), di presentare una dichiarazione recante la specificazione delle parti del servizio che sarebbero state eseguite dalle singole imprese (art. 37, comma 4, del codice dei contratti pubblici).

Il Consorzio Genimed evidenzia di avere prontamente replicato all'esclusione con un'istanza di autotutela con preavviso di ricorso, riscontrata negativamente dall'amministrazione aggiudicatrice.

Impugnato il provvedimento di esclusione davanti al TAR Veneto, il ricorso veniva respinto con la sentenza sopra citata che, secondo l'appellante, sarebbe meritevole di riforma.

Deduce l'appellante la violazione dell'art. 37 d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, eccesso di potere per difetto, irragionevolezza e contraddittorietà della motivazione, sostenendo che, a parte l'equivocità della lettera d'invito sul punto, l'onere di

presentazione della dichiarazione non sarebbe riferibile ai consorzi di tipo orizzontale, quale risulta essere l'odierno appellante.

Il servizio oggetto di affidamento, infatti, sarebbe un servizio semplice, privo di parti scorporabili, idonee ad essere assunte, nell'ambito di un raggruppamento di tipo verticale, da parte di un determinato soggetto qualificato per quella sola parte di commessa.

L'atto costitutivo del Consorzio Genimed, prodotto in sede di gara, dimostrerebbe che esso è composto da laboratori di analisi qualificati allo svolgimento delle prestazioni oggetto di affidamento. Ne deriva che la ripartizione delle prestazioni tra le imprese partecipanti al Consorzio dovrebbe avvenire su base quantitativa e non qualitativa.

Quindi, ad avviso dell'appellante, nella fattispecie in esame non sarebbe necessaria la specificazione delle parti del servizio di pertinenza delle singole imprese.

Il Consorzio appellante richiama, poi, l'orientamento ermeneutico a tenore del quale l'obbligo generale di specificazione delle parti del servizio verrebbe in rilievo soltanto nel caso di raggruppamento verticale, ovvero quando il servizio oggetto di gara preveda la possibilità di scorporo di singole parti.

La sentenza di primo grado sarebbe inoltre contraddittoria poiché, da un lato, ha ritenuto non dovuta la dichiarazione di cui all'art. 37, comma 4, del d.lgs. n. 163 del 2006, e, dall'altro, ha reputato comunque legittima l'esclusione in forza della mancata presentazione, da parte del Consorzio appellante, della dichiarazione di cui all'art. 37, comma 13, del citato codice dei contratti pubblici.

Inoltre, la procedura adottata nel caso di specie è un cottimo fiduciario, regolato dall'art. 125 del d.lgs. n. 163 del 2006, per cui l'obbligo di specificazione delle parti del servizio di pertinenza di ciascuna impresa raggruppata non costituirebbe un adempimento previsto direttamente dalla legge ma la mera risultante di una scelta discrezionale della stazione appaltante.

Infine, deduce l'appellante che la sua esclusione sarebbe quantomeno illegittima per violazione dell'art. 46, comma 1 *bis*, del d.lgs. n. 163 del 2006, che sancisce il principio di tassatività delle cause di esclusione.

Con l'ordinanza di rimessione la Sezione ha sottoposto al vaglio dell'Adunanza Plenaria la questione controversa relativa all'applicabilità del disposto di cui all'art. 37, comma 4, d.lgs. n. 163 del 2006 ai raggruppamenti orizzontali.

L'appellante ha affidato al deposito di apposita memoria l'ulteriore illustrazione delle sue tesi difensive.

All'udienza del 18 giugno 2012 la causa è stata trattenuta per la decisione

DIRITTO

1 La questione di diritto rimessa all'adunanza plenaria riguarda l'applicabilità ai raggruppamenti orizzontali del precetto che impone la doverosa specificazione delle parti del servizio o della fornitura di pertinenza delle singole imprese raggruppate o consorziate.

2. Il Collegio deve ribadire la risposta positiva che è stata fornita a tale quesito dalla decisione 13 giugno 2012, n. 22 con riferimento alla disciplina, *ratione temporis* vigente, dettata dall'art 11, comma 2, d.lgs. n. 157 del 1995, come sostituito dall'art. 9 del d.lgs. 25 febbraio 2000, n. 65. La soluzione è, infatti, estensibile, vista l'identità del dato letterale e di quello telelogico, al precetto dettato dall'art. 37, comma 4, del d.lgs 12 aprile 1006, n. 163, che, in linea di continuità con la normativa anteriore, ha stabilito che “*nel caso di forniture o servizi nell'offerta devono essere specificate le parti del servizio che saranno eseguite dai singoli operatori riuniti o consorziati*”.

Si deve confermare, quindi, anche con riguardo alla disciplina dettata dal codice dei contratti pubblici, la soluzione ermeneutica secondo cui la citata disposizione è applicabile indistintamente a tutte le forme di a.t.i., orizzontali e verticali.

A favore di tale tesi milita, anzitutto, l'argomento letterale in virtù del rilievo che la norma in parola, al pari del richiamato antecedente normativo, non contiene

alcuna distinzione tra a.t.i. orizzontali e verticali così come tra associazioni costituite e raggruppamenti costituenti.

Si deve poi ribadire il ragionamento svolto dalla rammentata sentenza n. 22/2012 di questa Adunanza al fine di corroborare gli argomenti di natura sistematica e teleologica, estensibili anche all'art. 37, comma 4 cit., che suffragano l'opzione estensiva.

Si deve, al riguardo, rimarcare che:

-l'indicazione delle «parti» del servizio o della fornitura imputate alle singole imprese associate o associande si rende necessaria onde evitare l'esecuzione di quote rilevanti dell'appalto da parte di soggetti sprovvisti delle qualità all'uopo occorrenti in relazione ai requisiti di capacità tecnico-organizzativa ed economico-finanziaria fissati dalla *lex specialis*;

- siffatte esigenze, di controllo e di trasparenza, si pongono in modo persino rincarato nei raggruppamenti a struttura orizzontale, in seno ai quali tutti gli operatori riuniti eseguono il medesimo tipo di prestazioni, per cui, in difetto di specificazione anche quantitativa delle «parti» di servizi che saranno eseguite dalle singole imprese, sarebbe inibita alla stazione appaltante una verifica in ordine alla coerenza dei requisiti di qualificazione con l'entità delle prestazioni di servizio da ognuna di esse assunte;

- la conoscenza preventiva del soggetto che in concreto eseguirà il servizio o la fornitura, consente, in modo indifferenziato per entrambe le associazioni, l'individuazione del responsabile della prestazione dei singoli segmenti dell'appalto;

- l'obbligo in esame soddisfa l'esigenza, consustanziale alla funzione dei raggruppamenti, che sia assegnato un ruolo operativo a ciascuna delle imprese associate in a.t.i. o consorziate, allo scopo di 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;

- l'obbligo della specificazione delle «parti» di servizio imputate alle singole imprese del raggruppamento persegue anche la finalità di assecondare il corretto esplicarsi delle dinamiche concorrenziali, assicurando l'effettività del raggruppamento e impedendo la partecipazione fittizia di imprese, non chiamate (o chiamate in modo inappropriato) ad effettuare le prestazioni oggetto della gara.

Si deve quindi concludere, sulla scorta di tali argomenti, che l'obbligo in questione, da assolvere a pena di esclusione in sede di formulazione dell'offerta, è espressione di un principio generale che non consente distinzioni legate alla natura morfologica del raggruppamento (verticale o orizzontale), alla tipologia delle prestazioni (principali o secondarie, scorporabili o unitarie) o al dato cronologico del momento della costituzione dell'associazione (costituita o costituenda).

Si deve ribadire altresì 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 seguirsi un approccio ermeneutico di natura sostanzialistica che valorizzi il dato teleologico del raggiungimento dello scopo della norma senza che assuma rilievo dirimente il profilo estrinseco del modo in cui siffatta esigenza sia soddisfatta. L'obbligo dovrà allora ritenersi assolto sia in caso di indicazione, in termini schiettamente descrittivi, delle singole parti del servizio da cui sia evincibile il riparto di esecuzione tra le imprese associate, sia in caso di indicazione quantitativa, 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 e

della sostanziale idoneità delle indicazioni ad assolvere alle rammentate 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.

3. L'applicazione delle coordinate fin qui esposte conduce alla reiezione dell'appello.

Non giova, infatti, all'appellante la circostanza che nella specie venga in rilievo un consorzio ordinario, assimilabile a un'associazione orizzontale, chiamato all'effettuazione di un servizio semplice, privo di parti scorporabili, visto che, alla stregua delle coordinate ermeneutiche fin qui scrutinate, la previsione dell'obbligo dichiarativo in parola è espressione di un principio generale che impone la specificazione, anche solo quantitativa, delle parti del servizio o della fornitura per ogni tipo di raggruppamento e di prestazione. Ne deriva che la totale omissione di qualsiasi specificazione idonea a rendere percepibile, alla stregua del criterio elastico prima esposto, il riparto di ruoli operativi tra i due soggetti consorziati ha imposto la doverosa adozione del provvedimento espulsivo.

Va soggiunto che, nel caso di specie, la *lex specialis* richiedeva, tra gli altri, il possesso del requisito di qualificazione dell'effettuazione di un numero totale di 9000 analisi del cariotipo su villi coriali e su liquido amniotico nel triennio 2008-2009-2010; tale requisito non era posseduto singolarmente dall'impresa consorziata Research Innovation, che aveva effettuato solo 4539 analisi nel torno di tempo rilevante. Ne deriva che l'assegnazione dell'appalto ad una struttura consortile di questa natura, senza una previa dichiarazione che avesse impegnato ognuno dei soggetti raggruppati all'espletamento della parte comunicata del servizio, avrebbe in ipotesi consentito ad un operatore economico singolarmente sprovvisto dei requisiti di qualificazione fissati dalla *lex specialis* di ottenere aggiudicazione e all'altra impresa, dotata del requisito di qualificazione, di ottenere

un arricchimento curricolare nonostante la mancata assunzione di alcun ruolo operativo. Di qui la frustrazione dell'esposta esigenza di assicurare l'effettività dell'associazione scongiurando l'utilizzo del ricorso alla compagine associativa alla stregua di strumento di elusione delle regole di qualificazione fissate dalla normativa di gara.

Non coglie nel segno neanche la censura con la quale la parte appellante rileva che nel caso di specie verrebbe in rilievo una procedura di cottimo fiduciario alla quale non si applicherebbe l'art. 37, comma 4, cit.. A confutazione della parabola argomentativa svolta dalla parte ricorrente si deve osservare, per un verso, che l'art. 125, comma 14, del codice dei contratti estende al cottimo fiduciario i principi in tema di procedure di affidamento ed esecuzione desumibili dal codice e dal regolamento dei contratti pubblici, nel novero dei quali è da includere, alla luce delle considerazioni prima esposte, anche il precetto di cui al comma 4 dell'art. 37; per altro verso, che la stessa *lex specialis*, in sede di auto-vincolo, aveva sancito nel caso di specie la soggezione della procedura in parola, sotto comminatoria di esclusione, alla norma di che trattasi.

4. Le considerazioni che precedono impongono la reiezione dell'appello e la conferma, pur se con motivazione parzialmente diversa, della sentenza gravata.

La mancata costituzione delle parti intimato esime il Collegio dalla statuizione sulle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Adunanza Plenaria)

definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Nulla per le spese.

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

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 05/07/2012

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

Il Dirigente della Sezione