

La Plenaria ribadisce che, negli appalti di lavori, la corrispondenza tra quota di partecipazione e quota di esecuzione non è imposta dalla (precedente) legge.

di Federico Frasca

Data di pubblicazione: 14-9-2014

Consiglio di Stato, Ad. Plen., 28 agosto 2014, n. 27.

Presidente Giovannini; Estensore Scola

In aderenza a quanto affermato dalla medesima Adunanza Plenaria con la sentenza n. 7 del 30 gennaio 2014, ai sensi dell'art. 37, commi 4 e 13 del D.Lgs. n. 163/2006, nel testo antecedente alle modifiche apportate dall'art. 1, comma 2-bis, lett. a), d.l. 6 luglio 2012 n. 95, convertito nella legge 7 agosto 2012 n. 135, negli appalti di servizi da affidarsi a raggruppamenti temporanei di imprese non vige ex lege il principio di necessaria corrispondenza tra la qualificazione di ciascuna impresa e la quota della prestazione di rispettiva pertinenza, essendo la relativa disciplina rimessa alle disposizioni della lex specialis della gara.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Adunanza Plenaria)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso r.g.a.n. 13/2014/A.p., proposto dalla: ?Sogei s.p.a., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avv.ti Giuseppe Giuffré e Benedetto Giovanni Carbone, con domicilio eletto presso lo studio del secondo, in Roma, via degli Scipioni, 288;

contro

Corvallis s.p.a., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avv.ti Andrea Manzi, Stefania Lago e Nicola Creuso, con domicilio eletto presso lo studio del primo, in Roma, via Federico Confalonieri, 5;

nei confronti di

Gap s.r.l. Gestione archiviazione prodotti, in persona del legale rappresentante in carica, in proprio e quale capogruppo a.t.i., a.t.i. Co.Pa.t. Soc. coop., rappresentata e difesa dall'avv. Marco Bielli, con domicilio eletto presso il suo studio, in Roma, via Corsica, 6;

per la riforma

della sentenza *breve* del T.a.r. Lazio, Roma, sezione II, n. 1564/2013, resa tra le parti e concernente *l'affidamento del servizio di acquisizione delle immagini dei registri cartacei delle Conservatorie dei rr. ii.*

Visti il ricorso in appello ed i relativi allegati, con tutti gli atti e i documenti di causa.

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Corvallis s.p.a. e di Gap s.r.l., in proprio e quale capogruppo.

Relatore, nell'udienza pubblica del giorno 18 giugno 2014, il Consigliere di Stato *Aldo SCOLA* ed uditi, per le parti, gli avvocati Benedetto Giovanni Carbone, Andrea Manzi e Marco Bielli.

Ritenuto e considerato, in fatto e diritto, quanto segue.

FATTO

A) La Sogei bandiva una gara per l'affidamento del servizio di acquisizione delle immagini dei registri cartacei delle Conservatorie dei rr. ii., da aggiudicarsi con il criterio del prezzo più basso.

All'esito della procedura concorsuale risultava aggiudicatario il raggruppamento temporaneo di tipo orizzontale Gap s.p.a. – Co.Pa.T. Soc. coop..

La seconda classificata, Corvallis, impugnava l'aggiudicazione dinanzi al T.a.r. per il Lazio,

Roma, sostenendo che il raggruppamento aggiudicatario avrebbe dovuto essere escluso per avere violato il principio, asseritamente applicabile anche agli appalti di servizi, di corrispondenza fra quote di qualificazione e quote di realizzazione: in particolare, il bando prevedeva tra i requisiti d'idoneità un fatturato complessivo pregresso di € 1.200.000,00, per cui la mandante Co.Pa.T. Soc. coop., cui era riservata l'esecuzione del 30%, avrebbe dovuto possedere almeno un fatturato di € 360.000,00 (pari per l'appunto al 30%), mentre ne avrebbe posseduto uno di € 357.432,57.

Il bando non avrebbe previsto alcunché in ordine alla corrispondenza tra quote e requisiti, limitandosi a contemplare il fatturato complessivo e prescrivendo che tale fatturato dovesse essere posseduto per almeno il 40% dalla mandataria e da ciascuna delle mandanti per almeno il 20%.

B) Il T.a.r. esaminava l'unica questione controversa sottopostagli, applicando *ratione temporis* il disposto normativo dell'art. 37, codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 163/2006), nella formulazione anteriore alle modificazioni apportate al comma 13 dalla legge n.135/2012, e la risolveva richiamando l'orientamento giurisprudenziale formatosi nel vigore della vecchia norma, e ritenuto prevalente, per il quale il principio di corrispondenza tra quote di qualificazione, quote di partecipazione e quote di esecuzione, troverebbe applicazione anche negli appalti di servizi e finanche ove il bando non lo preveda espressamente.

Chiariva che il novellato disposto del comma 13 dell'art. 3, secondo cui solo "nel caso di lavori" i concorrenti riuniti in raggruppamento temporaneo devono eseguire le prestazioni nella percentuale corrispondente alla quota di partecipazione al raggruppamento", avrebbe carattere innovativo e non interpretativo.

Accoglieva pertanto il ricorso della seconda classificata Corvallis ed annullava l'aggiudicazione disposta in favore del raggruppamento Gap s.p.a..

C) Proponeva *appello* (con annessa istanza cautelare, poi abbandonata) la Sogei, affermando che il T.a.r. avrebbe innanzitutto errato nell'ermeneusi dell'art. 37 *ante* riforma: dal quadro normativo previgente avrebbe potuto infatti ricavarsi, per i servizi, il solo principio di unica corrispondenza tra quota di partecipazione e quota di esecuzione (comma 13).

Solo per il lavori la corrispondenza avrebbe dovuto estendersi alla quota di qualificazione, giusto lo specifico disposto del comma 6: principio confermato, sul piano regolamentare, rispettivamente dagli artt. 275, comma 2 (relativamente ai servizi) e 92, comma 2 (per i lavori), attuativo del d.P.R. 5 ottobre 2010 n. 207, e coerente con il rigido sistema di qualificazione necessaria previsto esclusivamente per i lavori.

L'orientamento giurisprudenziale che, vigente il vecchio art. 37, estendeva la disciplina dei lavori sul punto, anche ai servizi, sarebbe dunque in contrasto con il tenore letterale delle norme richiamate, oltre che privo di un aggancio sistematico. Non a caso lo stesso sarebbe in via di rielaborazione, in favore del diverso principio secondo il quale, per i servizi, in assenza di espresse previsioni normative, sarebbe solo il bando a stabilire i criteri di qualificazione (cfr. C.S., Sez. III, sent. 12 settembre 2012 n. 4830).

Il diverso e più restrittivo principio di necessaria triplice corrispondenza si porrebbe - del resto - in contrasto con i principi comunitari di cui agli artt. 47 e 48 della direttiva n. 18 del 2004 che, in via generale prevedono la potestà di avvalimento in ordine ai requisiti di partecipazione.

I suoi effetti sarebbero altresì palesemente irrazionali, derivandone un sistema in cui, nel caso di lavori, l'art. 61 consentirebbe all'impresa qualificata di partecipare a gare ed eseguire lavori nei limiti della propria classifica incrementata di un quinto, mentre, nel caso di servizi, il principio, introdotto in via analogica, sarebbe così rigido da non prevedere nemmeno il margine sopra detto (che, avuto riguardo al caso di specie, sarebbe ampiamente sufficiente a garantire la validità dell'offerta).

Nel giudizio si costituiva l'appellata Corvallis, ricordando le numerose pronunce del Consiglio di Stato affermanti l'estensione, vigente il vecchio art. 37, del principio di corrispondenza anche agli appalti di servizi (cfr. Sez. III, sent. 16 febbraio 2012 n. 793, e Sez. IV, sent. 1° agosto 2012 n. 4406).

Le contrarie decisioni del Consiglio di Stato e dei T.a.r. sarebbero il frutto di un orientamento ormai superato, o caratterizzato da fattispecie diverse e del tutto peculiari, mentre il legislatore avrebbe introdotto la norma proprio per innovare la disciplina, rispetto al diritto vivente.

Si costituiva anche la mandataria del raggruppamento aggiudicatario, aderendo alle argomentazioni dell'amministrazione appellante ed ulteriormente sviluppandole.

La causa passava in decisione alla pubblica udienza del 17 dicembre 2013 ed il collegio riteneva sussistenti i presupposti per la rimessione della questione a questa Adunanza plenaria, nei termini appresso indicati.

D) La *quaestio iuris* - rileva la Sezione rimettente - riguarda l'esatta interpretazione dell'art. 37 del codice dei contratti pubblici, nella formulazione antecedente alle modificazioni introdotte nel comma 13 dalla legge n. 135/2012, alla luce dei contrasti giurisprudenziali generatisi e della valenza esegetica assunta, anche per il passato, dalla novella normativa.

Secondo il vecchio art. 37, comma 13, "i concorrenti riuniti in raggruppamento temporaneo devono eseguire le prestazioni nella percentuale corrispondente alla quota di partecipazione al raggruppamento".

Il testo successivamente vigente del ricordato comma 13 (attualmente abrogato ex art. 12, comma 8, d.l. 28 marzo 2014 n. 47, convertito, con modificazioni, dalla l. 23 maggio 2014 n. 80) ha poi avuto cura di precisare l'ambito operativo della norma, specificando nel suo *incipit* la sua applicabilità soltanto "in caso di lavori".

Il dubbio si pone quindi solo per il passato, che ha fatto registrare il seguente contrasto giurisprudenziale.

Secondo un primo orientamento della Sez. III, sent. n. 793/2012, che si inserisce nel solco dei precedenti di detta Sezione (sentt. 11 maggio 2011 n. 2804 e 15 luglio 2011 n. 4323), anche in

caso di servizi si applicherebbe il principio di corrispondenza discendente dall'art. 37, commi 4 e 13, codice dei contratti, con la conseguenza che l'offerta contrattuale, proveniente da un'associazione orizzontale d'impresе, in termini che non assicurino la predetta concreta corrispondenza, sarebbe inammissibile, comportando l'esecuzione della prestazione da parte di un'impresa priva (almeno in parte) di qualificazione in una misura simmetrica rispetto alla quota di prestazione ad essa devoluta dall'accordo associativo ovvero dall'impegno delle parti a concludere l'accordo stesso.

Nello stesso senso è anche una recente decisione ancora della III Sezione che, riprendendo le fila del tradizionale orientamento, lo esamina anche alla luce della novella, in proposito affermando che la modificazione, introdotta con la citata legge n. 135/2012, non avrebbe carattere ricognitivo ma innovativo (cfr. Sez. III, sent. 07 giugno 2013 n. 3138).

In verità, esiste un orientamento difforme della medesima Sez. III, sent. n. 4830/2012, il quale recisamente afferma che l'art. 37, comma 6, d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163, che nel caso di appalto di lavori richiede in capo alla mandataria il possesso dei requisiti di qualificazione per i lavori di categoria prevalente e per il relativo importo, non sarebbe applicabile per analogia agli appalti di servizi avendo essi diverse caratteristiche, in virtù delle quali va riconosciuta alla stazione appaltante la normativa una maggiore discrezionalità nell'individuazione degli specifici requisiti ritenuti ragionevole indice di capacità economica e professionale.

Viceversa, l'orientamento della Sez. IV, da ultimo espresso, è nel senso che debba sussistere una perfetta corrispondenza unicamente tra quota di lavori o, nel caso di forniture o servizi, parti del servizio o della fornitura eseguita dal singolo operatore economico e quota di effettiva partecipazione al raggruppamento, con la necessità che sia l'una che l'altra siano specificate dai componenti il raggruppamento all'atto della partecipazione alla gara.

Tale obbligo di specificazione troverebbe la sua *ratio* nella necessità di assicurare alle pp.aa. aggiudicanti la conoscenza preventiva del soggetto, che in concreto eseguirà il servizio, non solo per una maggiore speditezza nella fase di esecuzione del contratto, ma anche per una previa verifica circa la competenza tecnica dell'esecutore, oltre che per evitare che le imprese si avvalgano del raggruppamento non per unire le rispettive disponibilità tecniche e finanziarie, ma per aggirare le norme di ammissione alle gare" (Sez. IV, sent. 1° agosto 2012 n. 4406).

Di diverso avviso è la Sez. VI, che di recente ha ritenuto preferibile l'orientamento, dichiaratamente avvalorato da questa stessa Adunanza plenaria (e su cui ci si soffermerà più avanti) secondo il quale, nel settore dei servizi e delle forniture, l'art. 37 prevede solo che, in caso di a.t.i. orizzontale, debbano essere specificate nell'offerta le parti del servizio o della fornitura eseguibili dalle singole imprese associate o associande, ma non impone una rigida corrispondenza tra quota di qualificazione e quota di esecuzione, essendo rimessa alla stazione appaltante la determinazione dei requisiti di qualificazione con riguardo ad ogni singola gara (cfr. Sez. VI, sent. 10 maggio 2013 n.2563).

In linea con detto orientamento si pone anche il Consiglio di giustizia amministrativa della Regione Sicilia, che nel 2010 ha affermato che "in tema di contratti pubblici, il principio di corrispondenza sostanziale, già in fase di offerta, tra quote di qualificazione e quote di

partecipazione all'a.t.i. e tra quote di partecipazione e quote di esecuzione, da tempo affermatosi in materia di lavori e sancito nell'art. 37, comma 6, d.lgs. n. 163/2006, non è estensibile agli appalti di servizi (per i quali, come è noto, l'ordinamento non contempla un rigido sistema normativo di qualificazione dei soggetti esecutori), in cui è riconosciuta alle amministrazioni aggiudicatrici una più ampia discrezionalità nell'individuazione dei requisiti di capacità tecnica e nella correlazione di questi con l'istituto del raggruppamento d'impresе” (cfr. C.g.a.R.S., Sez. giurisd., sent. 21 aprile 2010 n. 546).

La Sezione rimettente ricorda, poi, che anche questa Adunanza plenaria ha espresso una propria indicazione, peraltro in via di mero *obiter dictum* (la specifica questione esulava, per stessa precisazione dell'Adunanza, dai limiti oggettivi della vertenza), testualmente affermando: “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 – la relativa disciplina non prescrive, quale quota percentuale dei requisiti di qualificazione e/o di capacità debba essere posseduta da ciascuna impresa componente il raggruppamento, affidando le relative determinazioni alla discrezionalità della singola stazione appaltante (cfr., oggi, l'art. 39, d.lgs. n. 163/2006, per i lavori, e gli artt. 40 e 41, stesso d.lgs., per le forniture ed i servizi) – per cui spetta alla stazione appaltante il compito di definire nella *lex specialis*, in relazione al contenuto della prestazione, i requisiti d'idoneità che devono essere posseduti dalle imprese componenti il raggruppamento” (cfr. Ad. pl., sent. n. 22/2012).

Riepilogando, quindi, gli orientamenti sarebbero essenzialmente due: uno sosterebbe una prima equiparazione degli appalti di servizi agli appalti di lavori, così affermando l'applicabilità di una diversa disciplina a seconda se la gara sia precedente o successiva all'entrata in vigore della legge n. 135/2012; l'altro affermerebbe che gli appalti di servizi abbiano sempre avuto una diversa disciplina, ed in particolare che essi non soggiacciano al principio di corrispondenza fra percentuale dei requisiti di capacità e quote della prestazione da eseguire, salva diversa e specifica previsione della relativa disciplina di gara.

La Sezione rimettente ritiene la prima tesi frutto di un'interpretazione analogica, operata tuttavia in assenza di una vera e propria lacuna, perché le uniche norme dell'art. 37 del codice dei contratti, pacificamente applicabili ai servizi, sono contenute nel comma 13 e nel comma 4 ed il primo, riferibile a tutti i contratti, prescrive che “i concorrenti riuniti in raggruppamento temporaneo devono eseguire le prestazioni nella percentuale corrispondente alla quota di partecipazione al raggruppamento”.

L'unica norma ricavabile dal disposto è quella, concernente il versante esecutivo del rapporto contrattuale, che impone una corrispondenza tra quota di partecipazione e quota di esecuzione, né alcuna indicazione potrebbe ricavarsi sul diverso versante della corrispondenza tra quota di capacità e quota di esecuzione.

Il comma 4 aggiunge, con specifico riguardo al settore dei servizi e delle forniture, che “nell'offerta devono essere specificate le parti del servizio o della fornitura che saranno eseguite dai singoli operatori economici riuniti o consorziati”: anche questa disposizione si riferisce al versante esecutivo e pretende che sia chiaro fin dall'inizio “chi faccia che cosa”.

Sul versante della capacità economico-finanziaria e di quella tecnico-professionale rilevano altresì gli artt. 41 e 42, che si limitano ad individuare una serie di modalità documentali attraverso le quali gli offerenti possono comprovare la loro capacità, demandando alle singole stazioni appaltanti la “precisazione dei requisiti che devono essere posseduti e dei documenti che devono essere presentati” (art. 41, comma 2; art. 42, comma 2).

Nessuna disposizione è tale da imporre nei servizi un requisito minimo di capacità correlato rigidamente all'esecuzione; il principio di corrispondenza è dunque tratto dal settore dei lavori ed applicato analogicamente a quello dei servizi.

Si tratta tuttavia per la Sezione rimettente di fattispecie non sovrapponibili.

Nel settore dei lavori, infatti, l'art. 40 del codice dei contratti impone, al di sopra di euro 150.000,00, la qualificazione obbligatoria, articolata in rapporto alle tipologie ed all'importo dei lavori stessi: in sintesi, l'offerente è ammesso ad eseguire lavori pubblici solo, e nei limiti in cui, l'organismo di attestazione abbia previamente accertato la sua qualificazione tramite *standard* analiticamente articolati in classi e categorie, secondo un sistema d'inderogabile applicazione; ove non sia qualificato per i lavori posti a gara, l'offerente non può eseguirli e la sua offerta è conseguentemente inaccettabile, il che vale anche per le frazioni o le parti che i singoli offerenti raggruppati s'impegnino ad eseguire.

Per i servizi e le forniture, invece, in assenza di standard e sistemi obbligatori, la capacità è comprovata dall'offerente in occasione della singola gara, secondo le indicazioni che la stazione appaltante fornisca e tramite la documentazione che essa richieda.

Afferma ancora la Sezione che se queste sono le coordinate normative, non sembra possa ragionevolmente sostenersi, nel settore dei servizi e delle forniture, l'esistenza di una lacuna suscettibile di essere colmata con l'ausilio dell'analogia legis.

Semplicemente, per i servizi e le forniture la “qualificazione” consiste nel rispetto delle previsioni e della richieste della *lex certaminis*.

Neanche può individuarsi una *ratio* che giustifichi un'interpretazione rigorosa secondo la quale, una volta individuato dall'amministrazione il livello di capacità necessaria, con le correlative modalità di prova, i singoli partecipanti potrebbero eseguire la prestazione nei limiti della percentuale di capacità posseduta.

Non che questa conclusione sia di per sé irragionevole, ma se è rimessa all'amministrazione la concreta individuazione della capacità complessiva necessaria per eseguire la prestazione o la fornitura, non si vede perché non debba ritenersi rimessa alla p.a. anche la puntuale previsione della corrispondenza tra capacità del singolo offerente raggruppato e parte del servizio assunto.

In pratica si tratta di questione di dettaglio (attinente alla ripartizione interna della capacità ai fini dell'esecuzione), ricompresa nella più ampia disciplina della capacità, riservata all'amministrazione, con la conseguenza che, ove nulla sia detto nella *lex certaminis*, il ricorso

all'etero-integrazione non è praticabile (si violerebbe la riserva).

Nondimeno, una siffatta interpretazione irrigidirebbe il sistema persino più di quanto la disciplina contempra per lo specifico caso dei lavori: l'art. 61 del regolamento generale di esecuzione prevede, in tema di categorie e classi che "la qualificazione in una categoria abilita l'impresa a partecipare alle gare e ad eseguire i lavori nei limiti della propria classifica incrementata di un quinto".

La norma estende le possibilità realizzative, rispetto alla capacità tecnica accertata a mezzo del procedimento di qualificazione.

Una norma di simile tenore non è rinvenibile nel campo dei servizi e delle forniture; il risultato paradossale che l'applicazione del principio di corrispondenza tra quote di capacità e quote di prestazione produrrebbe sarebbe allora quello, non solo di sottrarre all'amministrazione le prerogative in ordine alla disciplina di tali aspetti di dettaglio, in violazione degli artt. 41 e 42, ma quello di introdurre elementi normativi estranei alla fattispecie, privandoli del temperamento che essi presentano nel contesto da cui sono prelevati (nel caso concreto, oggetto di giudizio, ad esempio, anche un minimo margine di tolleranza avrebbe consentito di considerare rispettata la corrispondenza).

Secondo la Sezione la valenza esegetica della novella non va del resto enfatizzata, essendo probabile che il legislatore abbia avuto presente l'orientamento dominante in giurisprudenza sino al 2010, quando la stessa ha deciso di cambiare orientamento, ma ciò non può costituire avallo per l'interpretazione pregressa, quasi ad ingessarla in una veste normativa, poiché gli orientamenti giurisprudenziali rimangono quelli che sono, e dunque mutevoli, in assenza di norme di dichiarata interpretazione autentica.

E) Nell'imminenza dell'udienza di discussione, l'appellata Corvallis depositava memoria riassuntiva, in cui insisteva per il rigetto dell'appello della Sogei che, con propria memoria conclusiva, illustrava ulteriormente le sue argomentazioni difensive, richiamando precedenti decisioni di questa stessa Adunanza plenaria valorizzanti le tesi dell'appellante ed i criteri ermeneutici di riferimento (*favor participationis* e libertà imprenditoriale: cfr. Ad. pl., sent. n. 7/2014, peraltro relativa ad un caso di concessione di pubblico servizio e dunque sottratto a molte norme del codice dei contratti, ex art. 30).

Con propria ulteriore memoria la Corvallis appellata replicava, ribadendo come la Co.Pa.T. – mandante nell'A.t.i. orizzontale, avente quale mandataria la Gap – mancasse del requisito di ammissione costituito dal fatturato almeno pari alla quota di esecuzione dell'appalto riservatole, mentre la specifica disciplina di gara non prevedeva nulla quanto alla corrispondenza tra quote e requisiti, fermo restando il potere della stazione appaltante di fissare i requisiti speciali di partecipazione (per cui comunque la qualificazione deve coprire quello che si esegue: v. l'elevato grado di certezza ed attendibilità di regola riconosciuto alla certificazione di qualificazione s.o.a.).

Da ultimo, con propria memoria conclusionale la Gap s.r.l. ripercorreva i passaggi di cui all'ordinanza di rimessione, insistendo per l'accoglimento del gravame proposto avverso la

sentenza *breve* del T.a.r. del Lazio, Roma.

DIRITTO

F) Nella presente sede *nomo-filattica*, l'Adunanza plenaria è chiamata a risolvere, ai sensi dell'art. 99, comma 1, c.p.a., il seguente quesito di diritto: "se gli artt. 37, 41 e 42 del codice dei contratti, nella formulazione antecedente alla novella di cui alla legge n. 135/2012, consentano, anche per gli appalti di servizi, l'applicazione del principio di corrispondenza fra quota di capacità e quota di esecuzione della prestazione, a prescindere dalle espresse previsioni della *lex certaminis*".

Al riguardo l'Adunanza ritiene di confermare *in toto* il proprio indirizzo interpretativo espresso con la sentenza 30 gennaio 2014 n. 7.

In detta occasione si è osservato come la risoluzione della questione imponga di stabilire *in primis* la natura giuridica e la portata applicativa della norma sancita dall'art. 37, comma 13, codice dei contratti pubblici che, nel testo vigente alla data del bando, così disponeva: <<13. I concorrenti riuniti in raggruppamento temporaneo devono eseguire le prestazioni nella percentuale corrispondente alla quota di partecipazione al raggruppamento. >>.

Successivamente tale disposizione è stata novellata dalla lettera a) del comma 2-*bis* dell'art. 1 del decreto-legge 6 luglio 2012 n. 95, introdotto dalla legge di conversione 7 agosto 2012 n. 135 (con decorrenza dal 15 agosto 2012, data di entrata in vigore della legge di conversione): <<13. Nel caso di lavori, i concorrenti riuniti in raggruppamento temporaneo devono eseguire le prestazioni nella percentuale corrispondente alla quota di partecipazione al raggruppamento >>.

Da ultimo tale comma è stato abrogato dall' art. 12, comma 8, d.l. 28 marzo 2014, n. 47, convertito, con modificazioni, dalla l. 23 maggio 2014, n. 80.

G) Prima della novella del 2012, la giurisprudenza amministrativa (cfr. da ultimo Cons. St., Sez. V, sent. 29 settembre 2013 n. 4753; sez. VI, sent. 20 settembre 2013 n. 4676), per alcuni aspetti corroborata da recenti pronunce dell'Adunanza plenaria (cfr. sentt. 13 giugno 2012 n. 22 e 5 luglio 2012 n. 26, in tema di appalti di servizi), si era consolidata - sulla scorta di una lettura unitaria della norma sancita dal comma 13 cit. con quella di cui al comma 4 del medesimo articolo 37, secondo cui: <<4. Nel caso di forniture o servizi nell'offerta devono essere specificate le parti del servizio o della fornitura che saranno eseguite dai singoli operatori economici riuniti o consorziati >> - nell'affermazione dei seguenti principi:

a) corrispondenza sostanziale, già nella fase dell'offerta, tra le quote di partecipazione all'a.t.i. e le quote di esecuzione delle prestazioni, costituendo la relativa dichiarazione requisito di ammissione alla gara e non contenuto di obbligazione da far valere solo in sede di esecuzione del contratto;

b) funzione dell'obbligo di corrispondenza fra quote di partecipazione ed esecuzione ravvisata nelle seguenti esigenze: l) conoscere preventivamente, da parte della stazione appaltante, il

soggetto incaricato di eseguire le prestazioni e la misura percentuale, al fine di rendere più spedita l'esecuzione del rapporto, individuando ciascun responsabile; II) agevolare la verifica della competenza dell'esecutore in rapporto alla documentazione di gara; III) prevenire la partecipazione alla gara d'impresa non qualificate;

c) trattandosi di un precetto imperativo che introduce un requisito di ammissione, quand'anche non esplicitato dalla *lex specialis*, quest'ultima è da intendersi corrispondentemente etero-integrata ai sensi dell'art. 1339, c.c., sicché la sua inosservanza determina l'esclusione dalla gara (sulla non necessità, ai sensi dell'art. 46, comma 1-*bis*, codice dei contratti pubblici, che la sanzione dell'esclusione sia espressamente prevista dalla norma di legge, allorquando sia certo il carattere imperativo del precetto che imponga un determinato adempimento ai partecipanti ad una gara, cfr. Adunanza plenaria, 16 ottobre 2013 n. 23 e 7 giugno 2012 n. 21);

d) tale obbligo di dichiarazione in sede di offerta s'impone per tutte le tipologie di a.t.i. (costituite, costituende, verticali, orizzontali), per tutte le tipologie di prestazioni (scorporabili o unitarie, principali o secondarie) e per tutti i tipi di appalti (lavori, servizi e forniture), indipendentemente dall'assoggettamento della gara alla disciplina comunitaria;

e) poiché l'obbligo di simmetria tra quota di esecuzione e quota di effettiva partecipazione all'a.t.i. scaturisce e s'impone *ex lege*, è necessaria e sufficiente, in sede di formulazione dell'offerta, la dichiarazione delle quote di partecipazione, cui la legge attribuisce un valore predeterminato, che è quello dell'assunzione dell'impegno da parte delle imprese di eseguire le prestazioni in misura corrispondente.

H) All'interno del su riferito indirizzo giurisprudenziale si è sviluppato un filone esegetico che ha diviso un ulteriore necessario parallelismo, in modo congiunto, anche fra quote di partecipazione, requisiti di qualificazione e quote di esecuzione.

Tale impostazione va respinta perché:

a) in contrasto con il tenore testuale delle disposizioni del codice dei contratti pubblici (e segnatamente, i commi 4 e 13 dell'art. 37), che non consentono di avallare una siffatta opzione interpretativa;

b) in contrasto con la sistematica del codice (e del regolamento attuativo), che disciplina in maniera completa e nella sede propria il regime della qualificazione delle imprese anche riunite in a.t.i., per i lavori, mentre affida alla disciplina di gara ogni determinazione in materia per gli appalti di servizi e forniture, salvi i limiti sanciti dagli artt. 41 – 45.

Il quadro unitario così configurato dalla giurisprudenza, ha subito, successivamente alla novella introdotta dal d.l. n. 95/2012, una frattura che conduce ad una lettura atomistica delle norme sancite dai più volte richiamati commi 4 e 13 dell'art. 37, codice dei contratti pubblici.

Deve ritenersi, invero, che:

a) giusta il tenore letterale della nuova disposizione e la sua finalità di semplificare gli oneri di

dichiarazione incombenti sulle imprese raggruppate operanti nel mercato dei contratti pubblici, l'obbligo di corrispondenza fra quote di partecipazione e quote di esecuzione, sancito dal più volte menzionato comma 13, sia rimasto circoscritto ai soli appalti di lavori, fino all'entrata in vigore del d.l. n. 47/2014 (abrogante il cit. comma 13);

b) per gli appalti di servizi e forniture continua a trovare applicazione unicamente la norma sancita dal comma 4 dell'art. 37, che impone alle imprese raggruppate il più modesto obbligo 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;

c) rimane inteso, in entrambi i casi, che le norme in questione continuano ad esprimere un precetto imperativo da rispettarsi a pena di esclusione e sono dunque capaci di etero-integrare i bandi silenti.

l) In base alle esposte considerazioni va, quindi, enunciato il seguente principio di diritto: "Ai sensi dell'art. 37, commi 4 e 13, nel testo antecedente alle modifiche apportate dall'art. 1, comma 2-bis, lett. a), d.-l. 6 luglio 2012 n. 95, convertito nella legge 7 agosto 2012 n. 135, negli appalti di servizi da affidarsi a raggruppamenti temporanei di imprese non vige *ex lege* il principio di necessaria corrispondenza tra la qualificazione di ciascuna impresa e la quota della prestazione di rispettiva pertinenza, essendo la relativa disciplina rimessa alle disposizioni della *lex specialis* della gara".

L) L'appello va dunque *accolto*, con *riforma* dell'impugnata sentenza *breve*, che ha seguito l'opposto principio, nonché *rigetto* del ricorso introduttivo e definitiva *salvezza* degli atti gravati in prima istanza, mentre gli *esborsi* del doppio grado di giudizio possono interamente *compensarsi* per giusti motivi tra le parti costituitevi, tenuto anche conto delle relative alterne vicende processuali.

P.Q.M.

il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Adunanza plenaria) *accoglie l'appello* r.g.n. 13/2014/A.p. e *riforma* l'impugnata *sentenza breve*, con *rigetto* del ricorso introduttivo, definitiva *salvezza* degli atti gravati ed integrale *compensazione* degli oneri processuali del *doppio grado* di giudizio.

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

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del giorno 18 giugno 2014, con l'intervento dei giudici:

Giorgio Giovannini, Presidente

Riccardo Virgilio, Presidente

Pier Giorgio Lignani, Presidente

Stefano Baccharini, Presidente

Alessandro Pajno, Presidente

Marzio Branca, Consigliere

Aldo Scola, Consigliere, Estensore

Vito Poli, Consigliere

Francesco Caringella, Consigliere

Maurizio Meschino, Consigliere

Carlo Deodato, Consigliere

Nicola Russo, Consigliere

Salvatore Cacace, Consigliere

BREVI ANNOTAZIONI

L'OGGETTO DELLA PRONUNCIA

Con la decisione n. 27 del 28 agosto 2014 l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, aderendo alla tesi maggioritaria, stabilisce che l'art. 37, commi 4 e 13, del D.Lgs. n. 163/2006, nella versione antecedente alla modifica effettuata dal d.l. n. 95/2012, convertito con l. n. 135/2012, deve interpretarsi nel senso che, negli appalti di servizi e forniture da affidarsi alle a.t.i. costituite o costituende, non vige *ex lege* alcun obbligo di necessaria corrispondenza tra

quote di partecipazione e quote d'esecuzione, dal momento che la relativa disciplina è demandata alla *lex specialis*.

IL PERCORSO ARGOMENTATIVO

La questione deferita e decisa dall'Adunanza Plenaria riguarda una norma, l'art. 37, comma 13, del D.Lgs. n. 163/2006, che, nella **versione *ratione temporis*** applicabile alla fattispecie in esame, così recitava: "*i concorrenti riuniti in raggruppamento temporaneo devono eseguire le prestazioni nella percentuale corrispondente alla quota di partecipazione al raggruppamento*".

Il medesimo comma 13 era stato modificato dal d.l. n. 95/2012, che nell'*incipit* della norma aveva introdotto, al fine di delimitarne la portata operativa, la seguente specificazione: "*In caso di lavori*".

La giurisprudenza si era divisa sulla portata di tale modifica legislativa.

Prima di analizzare più da vicino le due tesi giurisprudenziali in contrasto ed oggetto della remissione alla Plenaria ai sensi dell'art. 99, comma 1 c.p.a., il Consiglio di Stato ricostruisce i principi affermati dalla giurisprudenza amministrativa, *in subiecta materia* ed *ante* riforma del citato art. 37:

1. il **principio di corrispondenza sostanziale**, già nella fase procedimentale della presentazione dell'offerta, **tra le quote di partecipazione all'A.T.I. e le quote di esecuzione delle prestazioni** (la relativa dichiarazione è, difatti, requisito di ammissione alla gara e non contenuto di obbligazione da far valere solo in sede di esecuzione del contratto), è **principio di natura cogente** e come tale oggetto di **etero-integrazione** ex art. 1339 c.c. in caso di bando silente, la cui *ratio* è ravvisabile nella tutela delle seguenti esigenze e finalità:

a. preventiva conoscenza del nominativo dell'esecutore e della percentuale, al fine di velocizzare nella fase esecutiva l'individuazione del relativo responsabile all'interno dell'A.T.I.,

b. agevole verifica della "*competenza dell'esecutore in relazione alla documentazione di gara*";

c. "filtro" alla partecipazione di imprese non qualificate.

2. L'**ambito "onnicomprensivo" del prefato principio di corrispondenza sostanziale** (oggetto del connesso obbligo dichiarativo in sede d'offerta), che si estende a tutte le tipologie di A.T.I. (verticali, orizzontali, miste), a tutte le tipologie d'appalti pubblici

(lavori, servizi e forniture) ed a tutte le prestazioni eseguibili (scorporabili o unitarie, primarie o secondarie).

3. Logico corollario di tale impostazione ermeneutica è la **necessità della sola dichiarazione della quota di esecuzione** in sede di formulazione dell'offerta ai fini dell'ammissibilità di quest'ultima.

All'interno di questo primo rigoroso approccio interpretativo, una **sotto-tesi**, del tutto minoritaria, era giunta ad affermare il **principio del necessario parallelismo** tra quote di qualificazione, quote di partecipazione e quote d'esecuzione da parte dell'A.T.I.

Al riguardo la Plenaria disconosce la fondatezza di tale ultima sotto-tesi alla luce di **due rilievi**:

a. il **primo, letterale**, derivante dalla piana lettura dell'art. 37, commi 4 e 13, (sempre nella versione *ante riforma*);

b. il **secondo, sistematico** (stante la chiara disciplina codicistica (e del Regolamento attuativo, il d.P.R. n. 207/2010) in materia di qualificazione negli appalti di lavori ed il rinvio alla *lex specialis* per gli appalti di servizi e forniture (salvi i limiti di cui agli artt. 41 e 42 del D.Lgs. n. 163/2006).

Tornando al delineato quadro giurisprudenziale generale, la Plenaria riconosce che all'interno dello stesso Consiglio di Stato si è verificata (*rectius* approfondita) una "*frattura*" che ha condotto ad una "*lettura atomistica*" dell'art. 37, commi 4 e 13.

Due le tesi giurisprudenziali formati in merito all'esatta interpretazione della disciplina *ante riforma*, alla luce della successiva modifica.

La tesi minoritaria (sostenuta dal Cons. St., Sez. III, n. 3138/2013; n. 793/2012; nn. 2804/2011 e 4323/2011) sosteneva che l'art. 37, commi 4 e 13, imponesse **anche per gli appalti di servizi** e forniture la necessaria corrispondenza tra quote di qualificazione e quote d'esecuzione, con la conseguenza che doveva dichiararsi inammissibile la difforme offerta tecnica presentata da un R.T.I. costituito o costituendo, come discendenti dall'accordo associativo o dall'impegno dell'impresе a concludere lo stesso.

In quest'ottica, la modifica all'art. 37 dalla l. n. 135/2012 avrebbe costituito uno "**spartiacque**" tra un "prima", in cui la rigorosa disciplina della corrispondenza era da ritenersi indifferentemente applicabile agli appalti di lavori come a quelli di servizi e forniture, ed un "dopo", in cui la medesima disciplina risultava applicabile ai soli appalti di lavori.

La tesi maggioritaria, fatta propria sia dalla Sezione remittente che dall'Adunanza Plenaria, considera l'interpretazione fornita dalla tesi minoritaria come "*analogica*", perché sostenuta in assenza di una lacuna normativa. Il legislatore, in altre parole, avrebbe semplicemente specificato un principio già accolto dal Codice, con conseguente **continuità normativa della disciplina più restrittiva limitata ai soli appalti di lavori e non anche agli appalti di servizi** e di forniture, salvo diversa disciplina della *lex specialis* (nel caso di specie, il bando di gara,

inoltre non prevedeva alcuna corrispondenza, a pena d'esclusione, tra quote di partecipazione e quote di esecuzione, ma imponeva soltanto che la mandataria e le mandanti fossero titolari del fatturato indicato nella misura rispettivamente del 40% e del 20% ciascuna).

Le differenti opzioni ermeneutiche non potevano non avere delle **rilevanti ricadute pratiche sul contenzioso** basato su tale disciplina *ratione temporis* applicabile e sul periodo anteriore all'entrata in vigore del d.l. 95/2012, il 6 luglio 2012.

Qualora tali controversie siano ancora **sub iudice**, la Plenaria n. 27/2014 ha delineato la **via interpretativa da seguire**.

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

Con la sentenza in commento l'Adunanza Plenaria, nella sua adamantina chiarezza e nel suo rigore ricostruttivo della *quaestio* decisa, compone un contrasto giurisprudenziale di scarsa rilevanza nell'attuale assetto normativo, atteso che il comma 13 attualmente è stato abrogato dall' art. 12, comma 8, d.l. 28 marzo 2014 n. 47, convertito, con modificazioni, dalla l. 23 maggio 2014 n. 80.

Su piano più generale, la pronuncia attesta, a ben vedere, non soltanto le deleterie conseguenze, **sull'uniformità dell'applicazione giurisprudenziale** come **sulla tenuta del principio della certezza giuridica**, che il **carattere ipertrofico e disorganico** (specie negli ultimi anni) della legislazione nazionale produce sul sistema d'affidamento delle commesse pubbliche e del connesso sistema giudiziale.

Certezza giuridica che rappresenta, a ben vedere, la **condicio sine qua non** tanto di un'efficace tutela della concorrenza da parte degli Stati membri dell'Unione europea (intesi sia come Stato-legislazione sia come Stato-amministrazione), quanto del principio di effettività della tutela giurisdizionale, che oggi appare leso proprio in un settore, degli appalti pubblici, cruciale per gli assetti economici e giuridici del mercato unico europeo.

Lo stesso recepimento (entro aprile 2016) delle **due nuove direttive appalti (2014/24/UE e 2014/25/UE)**, in questo senso, rischiano di venir depotenziate nella loro dirimente innovatività, proprio dall'ipertrofia e dalla **scarsa capacità tecnica del legislatore** (a cui non può che conseguire una discrezionalità amministrativa e/o giurisdizionale foriera di perfetto "circolo vizioso"), sempre più incidenti sul sistema Paese e non solo sul sistema della giustizia amministrativa (v., di recente, i problemi di coordinamento che il d.l. 24 giugno 2014 n. 90, convertito con modifiche dalla l. 11 agosto 2014 n. 114, ha arrecato proprio al rito appalti).

PERCORSO BIBLIOGRAFICO

A.M. Bruni, *Corrispondenza tra prestazioni e quote di partecipazione ai raggruppamenti e ai consorzi*, 522 ss., in G. F. Ferrari e G. Morbidelli,, *Commentario al Codice dei Contratti Pubblici*, 2013, vol. I; F. Cardarelli, *I raggruppamenti temporanei ed i consorzi ordinari di concorrenti*, in M.A. Sandulli – R. De Nictolis – R. Garofoli, *Trattato*, 2008, Giuffré, vol. II, 1151 ss.; A. Boso, *Codice unico Appalti e Sicurezza: normativa, giurisprudenza e prassi*, Hoepli, 2011, 458 ss.; M. Ragazzo, *I requisiti di partecipazione alle gare e l'avvalimento*, Giuffré, 2008, 273 ss.; M. Mazzone, - C. Loria, *Le associazioni temporanee di imprese*, Jandi Sapi, 1990, 90 ss.; G. Caputi, *Capitolo 20*, in F. Caringella, M. Giustiniani, *Manuale di diritto amministrativo, IV. I contratti pubblici*, Ed. Dike, 2014, pp. 459 ss.; F. Caringella, M. Giustiniani, *Codice dei contratti pubblici, annotato con la giurisprudenza*, Ed. Dike, 2004, pp. 196 ss.