

In caso di esecutori plurisoggettivi costituiti in un RTI “orizzontale”, può ritenersi liberamente modulabile la ripartizione interna delle quote di esecuzione fra le imprese partecipanti? La questione all’Adunanza Plenaria

A cura di Irene Picardi

E’ controversa nella giurisprudenza amministrativa la questione relativa alla vigenza, nel sistema degli appalti pubblici, del principio di necessaria qualificazione, in base al quale, nell’ambito di un RTI, ciascuna impresa esecutrice deve essere qualificata per la parte di prestazione che si impegna ad eseguire

Consiglio di Stato, ordinanza di rimessione all’Adunanza Plenaria, 21 settembre 2017, n. 4403

Con l’ordinanza in commento, la terza sezione del Consiglio di Stato ha rimesso all’Adunanza Plenaria la questione se sia sufficiente, ai fini della legittima partecipazione alla gara, che il raggruppamento temporaneo abbia nel complesso i requisiti tecnico – economici richiesti dalla *lex specialis* di gara, rimanendo libera e modulabile la ripartizione dell’esecuzione degli obblighi fra le imprese partecipanti a prescindere dai rispettivi requisiti di qualificazione. Come ricordato dai giudici rimettenti, sul punto si sono formati due diversi orientamenti interpretativi.

Secondo una prima impostazione giurisprudenziale, condivisa dalla stessa Plenaria (28 aprile 2014, n. 27), occorrerebbe evitare che, all’interno di un raggruppamento di imprese, queste ultime possano distribuirsi liberamente le attività in modo del tutto avulso dalle proprie capacità tecniche, vanificando così l’attività di verifica dei requisiti. Infatti, nonostante la c.d. liberalizzazione delle quote a seguito dell’abrogazione della disposizione contenuta nell’art. 37, comma 13, D.Lgs. 163/2006, che imponeva la corrispondenza fra quote di partecipazione e quote di esecuzione, resterebbe, comunque, fermo il principio di necessaria corrispondenza fra quote di qualificazione e quote di esecuzione (sul punto, cfr. Cons Stato, sez. V, 11 novembre 2016, n. 4684).

Ad avviso dei giudici *a quo*, sarebbe, invece, da ritenersi sufficiente ai fini della partecipazione alla gara che il raggruppamento raggiunga nel suo insieme i requisiti di capacità tecnico – economica richiesti, se non diversamente previsto nel bando, garantendo così l’affidabilità e la responsabilità degli operatori economici attraverso la qualificazione senza ledere la funzione “pro – concorrenziale” tipica dei raggruppamenti temporanei. Qualora ai fini dell’esecuzione sia, poi, previsto l’istituto dell’avalimento, la singola impresa partecipante non è tenuta obbligatoriamente a possedere i requisiti richiesti e, quindi, le relative competenze per poter erogare il servizio, potendo avvalersi delle altre partecipanti al RTI tenute a garantire, nei limiti della propria

qualificazione, l'avvalimento nei confronti delle altre imprese al fine di rispettare gli adempimenti assunti mediante la ripartizione interna delle quote di esecuzione del servizio.

Del resto, la circostanza che il diritto dell'Unione Europea preveda l'istituto dell'avvalimento, che riconosce **la facoltà di ciascuna impresa esecutrice di avvalersi di altre imprese per le quali possa attestare l'idoneità tecnica e la sussistenza di un vincolo giuridico che garantisca l'impegno a tenere fede all'obbligo assunto ai fini dell'esecuzione della propria prestazione**, potrebbe consentire una rivalutazione della funzione stessa dei requisiti tecnico - economici, i quali consentirebbero una ragionevole presunzione circa l'affidabilità tecnico-economica dell'impresa concorrente, senza, tuttavia, condizionare quest'ultima ad eseguire direttamente la prestazione convenuta con le proprie risorse tecniche ed economiche.

Con l'ordinanza in esame, la terza sezione ha deferito all'esame dell'Adunanza Plenaria un'ulteriore questione di carattere processuale oggetto di contrasto giurisprudenziale: se, in caso di gare effettuate in forma aggregata, il ricorso giurisdizionale avverso la procedura debba essere notificato a tutte le amministrazioni committenti o se sia, viceversa, sufficiente **la notifica alla sola amministrazione "capofila"**.

Secondo parte della giurisprudenza, nelle gare gestite in unione d'acquisto, **la notifica del ricorso sia all'amministrazione "capofila", sia alle altre amministrazioni che beneficiano degli esiti della procedura risulterebbe indispensabile in tutti i casi in cui l'acquisto non venga gestito da un'autonoma centrale di committenza, ma mediante un mero modulo organizzativo**. In tali ipotesi, l'azienda "capofila" agisce su mandato delle aziende collegate, esclusivamente ai fini dell'espletamento della procedura concorsuale, tramite uno strumento di raccordo fra amministrazioni privo di una propria individualità, senza costituire un centro formale di imputazione autonomo, con la conseguenza che gli atti della procedura sono da imputare a tutti i soggetti coinvolti. Ne deriva che l'unione d'acquisto non è idonea a spostare su di sé la legittimazione passiva, con la conseguenza che, per la corretta instaurazione del contraddittorio, risulterebbe necessario procedere alla notifica del ricorso a tutte le amministrazioni che ne fanno parte.

Secondo un diverso orientamento, sarebbe, invece, sufficiente la notificazione del ricorso al solo soggetto che abbia direttamente adottato il provvedimento impugnato. Con l'utilizzo del modulo organizzativo in esame, le amministrazioni si possono, infatti, avvalere degli esiti di un'unica procedura di aggiudicazione, ma devono allo stesso tempo assumerne i relativi oneri organizzativi anche con

riferimento alla circolazione di informazioni rilevanti. Ritenendo diversamente, la semplificazione dell'attività amministrativa si risolverebbe in un effetto di complicazione della vita dei cittadini, introducendo un ulteriore onere procedurale di ostacolo alla piena ed effettiva tutela giurisdizionale dei soggetti partecipanti alla procedura di gara.

REPUBBLICA ITALIANA

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

ORDINANZA DI RIMESSIONE ALL'ADUNANZA PLENARIA

sul ricorso numero di registro generale 4254 del 2016, proposto da:

OMISSIS, in persona del legale rappresentante p.t., in proprio e quale mandataria del costituendo raggruppamento temporaneo di imprese RTI , con OMISSIS rappresentata e difesa dagli Avvocati Gennaro Terracciano C.F. OMISSIS, Antonio Maria Berardi C.F. OMISSIS, Luigi Cameriero C.F. OMISSIS, con domicilio eletto presso l'Avvocato Gennaro Terracciano, in Roma, OMISSIS;

contro

OMISSIS, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'Avvocato Domenico Carlomagno C.F. OMISSIS, con domicilio eletto presso l'Avvocato Federico Freni in Roma, OMISSIS;

nei confronti di

OMISSIS, in persona dei legali rappresentanti p.t., rappresentati e difesi dagli Avvocati Stefano Vinti C.F. OMISSIS, Dario Capotorto C.F. OMISSIS, con domicilio eletto presso l'Avvocato Stefano Vinti in Roma, OMISSIS;

per la riforma

della sentenza breve del TAR per la Basilicata, Sezione I, n. 00190/2016, resa tra le parti, concernente l'aggiudicazione definitiva della gara per l'affidamento del servizio di custodia e digitalizzazione delle cartelle cliniche

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'OMISSIS, di OMISSIS e di OMISSIS;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 15 dicembre 2016 il Cons. Raffaello Sestini e uditi per le parti gli Avvocati Gennaro Terracciano, Letizia Mazzarelli su delega dell'Avvocato Domenico Carlomagno ed Elia Barbieri su delega dichiarata dell'Avvocato Stefano Vinti;

1 - Con il gravame in epigrafe la Società OMISSIS, in proprio e nella qualità di

mandataria del costituendo raggruppamento temporaneo di imprese con la mandante OMISSIS, e la Società OMISSIS, in proprio e nella qualità di mandante del costituendo raggruppamento temporaneo di imprese con la mandataria OMISSIS, propongono appello per l'annullamento o la riforma, previa sospensione dell'efficacia esecutiva, della sentenza emessa dal Tribunale Amministrativo Regionale per la Basilicata, Sezione I, n. 190/2016, depositata in data 4 marzo 2016, che ha dichiarato l'inammissibilità del ricorso proposto contro l'OMISSIS – OMISSIS – OMISSIS, e nei confronti di OMISSIS, in qualità di mandataria del costituendo raggruppamento temporaneo di imprese con la mandante OMISSIS, e di OMISSIS, in qualità di mandante del costituendo raggruppamento temporaneo di imprese con la mandataria OMISSIS,

2 - In particolare, con deliberazione del Direttore Generale dell'Azienda Ospedaliera Regionale OMISSIS n. 2013/00496 del 18/11/2013, è stata indetta una procedura aperta per l'affidamento del servizio di custodia e digitalizzazione delle cartelle cliniche dell'OMISSIS e dell'Azienda Sanitaria di OMISSIS. Entro il termine fissato per la ricezione delle offerte sono pervenuti i plichi degli operatori economici: OMISSIS, OMISSIS, OMISSIS, Raggruppamento Temporaneo di Imprese OMISSIS – OMISSIS, OMISSIS, Raggruppamento Temporaneo di Imprese OMISSIS – OMISSIS. Con D.D.G. n. 2014/00134 del 08/04/2014 e successiva D.D.G. n° 2014/00151 del 15/04/2014 sono stati nominati il Seggio di gara e la Commissione Giudicatrice e con verbale n. 38 dell'8 ottobre 2015 la gara è stata aggiudicata in via provvisoria al Raggruppamento Temporaneo di Imprese OMISSIS – OMISSIS; infine, con Deliberazione del Direttore Generale n. 2015/00568 del 19/11/2015, la Stazione appaltante ha proceduto all'aggiudicazione definitiva della gara in favore del medesimo Raggruppamento Temporaneo di Imprese, per un importo complessivo di aggiudicazione, per nove anni, pari ad € 1.831.880,00 oltre IVA, di cui € 1.066.179,34 oltre IVA, per l'Azienda Ospedaliera Regionale OMISSIS ed € 765.700,66 oltre IVA, per l'Azienda Sanitaria di OMISSIS.

3 - All'esito dell'accesso alla documentazione di gara, le Società appellanti hanno proposto ricorso giurisdizionale innanzi al TAR Basilicata avverso l'aggiudicazione definitiva, chiedendone l'annullamento. Le società contro interessate si sono costituite in giudizio eccependo, in rito, l'inammissibilità del ricorso, nonché, nel merito, la sua infondatezza. Con atto notificato alle appellanti in data 19.1.2016 e depositato in pari data hanno, inoltre, proposto ricorso incidentale. L'Azienda ospedaliera intimata, ritualmente costituitasi con

memoria del 21.1.2016, ha concluso per il rigetto di entrambi i ricorsi per infondatezza.

4 - Nella camera di consiglio del 27 gennaio 2016 il Collegio ha dato avviso alle parti dell'intendimento di definire il giudizio con sentenza in forma semplificata ex art. 60 c.p.a. ed in data 4 marzo 2016 è stata depositata la sentenza, che ha dichiarato l'inammissibilità del ricorso principale, accogliendo l'eccezione delle società contro interessate secondo cui il ricorso avrebbe dovuto essere notificato anche alla Azienda sanitaria locale di OMISSIS, venendo in considerazione, nella fattispecie, una procedura di scelta del contraente effettuata in forma aggregata. Secondo il TAR, *“ non viene in rilievo, quindi, un ente dotato di autonoma soggettività giuridica e costituito per l'acquisizione di servizi destinati ad altre Amministrazioni, né agli atti di causa risulta che all'Azienda ospedaliera intimata sia stata conferita la rappresentanza processuale dell'Azienda sanitaria locale di OMISSIS. Ne consegue, nel caso di specie, che l'Azienda capofila agisce su mandato dell'Azienda a sé collegata, esclusivamente ai fini dell'espletamento della procedura concorsuale, tramite un mero modulo organizzatorio, ovvero sia uno strumento di raccordo tra Amministrazioni privo di una propria individualità, e non un centro formale di imputazione autonomo, con la conseguenza che gli atti della procedura vanno imputati non solo alla “capofila”, ma anche all'altra Amministrazione che lo compone, che deve autonomamente formalizzare il rapporto con l'impresa aggiudicataria, mediante la stipulazione di apposito contratto”*.

5 - Le appellanti ritengono peraltro che la decisione del Tribunale di primo grado sia erronea ed ingiusta, deducendo quali motivi di diritto l'*error sul fatto* - *error in iudicando* - *irragionevolezza e carenza della motivazione* - *illogicità*, avendo il Tribunale di primo grado accertato l'inammissibilità del ricorso per la mancata notifica anche alla Azienda sanitaria locale di OMISSIS, trattandosi di una procedura di scelta del contraente effettuata in forma aggregata, secondo l'orientamento giurisprudenziale che, in tali casi, ritiene necessario, al fine della corretta instaurazione del contraddittorio, procedere alla notificazione del ricorso giurisdizionale a tutti i soggetti che aderiscono alla procedura centralizzata di acquisto (C.d.S., sez. V, 18 aprile 2007, n. 1800; T.A.R. Lombardia, 13 marzo 2014, n. 635 e 19 maggio 2015, n. 1190), quando invece, argomentano le appellanti, l'articolo 41 C.P.A. stabilisce che il ricorso giurisdizionale debba essere notificato (solo) all'Amministrazione “che ha emesso l'atto impugnato”, confermando le precedenti previsioni dell'articolo 21 della legge n. 1034/1971 e dell'articolo 36, comma 2, del T.U. Cons. Stato.

Il giudizio impugnatorio vedrebbe, quindi, quale parte pubblica resistente l'Amministrazione che ha emanato l'atto della cui impugnativa si tratta, conseguendone la regola secondo cui il ricorso giurisdizionale deve essere notificato all'Amministrazione che ha emanato l'atto conclusivo del procedimento, e non anche agli organi o enti che hanno partecipato al procedimento (C.d.S., Sez. V, 6 luglio 2012, n. 3966), e che solo allorché l'atto finale sia imputabile alla volontà di più Amministrazioni, come accade per gli atti di concerto (C.d.S., Sez. VI, 23 gennaio 2006, n. 183) o per gli accordi di programma (C.d.S., Sez. IV, 17 giugno 2003, n. 3403), la legittimazione processuale passiva diventa plurima. Di contro, prosegue l'argomentazione degli appellanti, anche le partecipazioni al procedimento giuridicamente qualificate, mediante la proposta (C.d.S. Sez. IV, 28 marzo 1990, n. 213), l'intesa (C.d.S. Sez. VI, 7 marzo 1990, n. 347), o altro atto preparatorio (C.d.S. Sez. V, 19 febbraio 1996, n. 216), non valgono ad estendere la veste di parte necessaria a soggetti ulteriori rispetto all'Autorità emanante.

Secondo le appellanti, dunque, gli elementi valorizzati dal TAR (imputazione degli effetti degli atti finali anche all'Azienda sanitaria locale di OMISSIS; necessità che la medesima Azienda sanitaria locale di OMISSIS stipuli autonomamente il contratto) non possono valere a far ritenere che la medesima Azienda sanitaria locale di OMISSIS sia parte necessaria dell'impugnativa, che concerne, invece, solo provvedimenti emessi dall'Azienda Ospedaliera Regionale OMISSIS, ed a sostegno della propria tesi richiamano molteplici circostanze: ad esempio, l'amministrazione qualificata nel bando come stazione appaltante e come aggiudicatrice della gara era l'Azienda Ospedaliera Regionale OMISSIS; l'appalto era stato indetto con deliberazione del Direttore Generale dell'Azienda e la Responsabile del procedimento era una dirigente di Struttura Complessa della medesima Azienda; il plico doveva pervenire a mano o a mezzo servizio postale pubblico o servizi equiparati autorizzati al protocollo dell'Azienda (art. 21 del disciplinare di gara) e le offerte sono state aperte presso l'U.O. Provveditorato Economato della stessa azienda; i documenti della gara erano liberamente accessibili alla voce "bandi di gara" del sito web della medesima Azienda, la documentazione complementare utilizzabile dai concorrenti era disponibile all'indirizzo internet OMISSIS, l'avviso di relativo all'aggiudicazione dell'appalto era stato pubblicato dalla stessa Azienda, che a seguito dell'aggiudicazione provvisoria ha richiesto, alla ditta aggiudicataria e alla seconda classificata, la conferma delle dichiarazioni sostitutive concernenti i requisiti di capacità economica.

6 - In sintesi, secondo la tesi giuridica affermata dall'appello l'impugnazione di

primo grado doveva essere notificata alla sola Azienda Ospedaliera Regionale OMISSIS, tanto più che l'art. 21 della legge regionale n.16 dell'8 agosto 2012 aveva istituito a decorrere dal 1 ottobre del 2012, ai sensi dell'art. 445 della l. 27 dicembre 2006, numero 296, il "Dipartimento Interaziendale Centrale Di Committenza" finalizzato alla gestione della rete regionale degli acquisti del servizio sanitario regionale, pur istituito soltanto con l'art. 10 della legge regionale n. 26 del 18 agosto 2014 (successiva all'avvio della gara), evidenziando "un preciso disegno legislativo" volto alla gestione accentrata delle procedure di aggiudicazione, peraltro concretizzatasi nella fattispecie in esame in una mera forma di aggregazione di acquisto, con una mandataria capofila (l'Ospedale San Carlo) ed un unico soggetto mandante (ASP), il quale non ha preso parte a nessun atto della procedura, limitandosi semplicemente a recepirne i risultati, dovendo successivamente stipulare un distinto contratto con l'aggiudicatario e restando, quindi, estraneo alla procedura e pertanto privo di legittimazione processuale passiva (Consiglio di Stato, Sez. III, del 13.09.2013, n. 4541, come già Sez. V del 15.03.2010, n. 1500).

7 - Le appellanti puntualizzano, inoltre, che a loro avviso restava ferma, in ogni caso, la necessaria applicazione ex officio dell'art. 37 C.P.A. in tema di errore scusabile, e ciò avrebbe dovuto indurre il TAR a disporre la loro rimessione in termini per notificare il ricorso di primo grado all'Azienda Sanitaria di OMISSIS. Viceversa, concludono, per effetto della errata ed ingiusta declaratoria di inammissibilità del ricorso di primo grado il Giudice di prime cure non ha valutato in alcun modo la fondatezza delle censure dalle stesse svolte avverso gli atti impugnati in primo grado. Chiedono pertanto che questo Giudice accolga il predetto motivo di appello e disponga il rinvio al Giudice di primo grado, ovvero si pronunci sulle censure che hanno formato oggetto del ricorso di primo grado e che vengono riproposte con i successivi motivi d'appello.

8 - Le società contro interessate, che avevano proposto l'eccezione accolta al TAR con la sentenza impugnata, si sono costituite anche nel giudizio in appello per argomentare che i documenti di gara attesterebbero in maniera evidente la partecipazione sul piano sostanziale dell'ASP agli atti della procedura determinando, sul piano processuale, la legittimazione passiva dell'Azienda rispetto al ricorso proposto dall'ATI OMISSIS. Infatti, la giurisprudenza amministrativa avrebbe da tempo chiarito che nelle gare gestite in unione d'acquisto risulta indispensabile la notifica del ricorso sia all'amministrazione capofila, sia alle altre amministrazioni committenti, essendo la notifica in favore di tutte le amministrazioni che beneficerebbero degli esiti della procedura ritenuta pacificamente indispensabile a pena di inammissibilità in tutti i casi in cui

l'acquisto non venga gestito da un'autonoma centrale di committenza ma mediante un modulo organizzatorio, con la conseguenza che gli atti della procedura andrebbero imputati non solo alla "capofila", ma anche alle altre amministrazioni che lo compongono. Pertanto, l'unione d'acquisto non sposterebbe su di sé la legittimazione passiva, con la conseguenza che per la corretta instaurazione del contraddittorio risulterebbe necessario procedere alla notifica del ricorso a tutti i soggetti che ne fanno parte.

9 – Con il secondo, terzo e quarto motivo dell'appello sono, poi, riproposte le doglianze già dedotte dalle appellanti in primo grado e non valutate dal TAR a seguito della declaratoria di inammissibilità, ma prima di poter procedere al loro esame, considera il Collegio che un eventuale accoglimento del sopra descritto primo motivo dell'appello in epigrafe dovrebbe comportare, per preservare il doppio grado di giurisdizione previsto a legislazione vigente dall'ordinamento, l'annullamento dell'appellata sentenza di declaratoria di inammissibilità del ricorso di primo grado e la conseguente la rimessione al TAR della questione di merito, concernente la legittimità o meno dell'aggiudicazione impugnata in primo grado, e che a tal fine risulta dirimente la sopra illustrata questione di diritto, concernente la necessità o meno di estendere il contraddittorio processuale, mediante la notificazione del ricorso giurisdizionale, a tutti i soggetti che aderiscono ad una procedura di aggiudicazione in forma aggregata oltreché al soggetto che ha adottato il provvedimento di aggiudicazione impugnato.

Infatti, secondo un primo filone giurisprudenziale (di cui sono espressione le sentenze Cons. Stato, Sez. III, 13 settembre 2013, n. 4541, e TAR Piemonte, Sez. II, 12 gennaio 2006, n. 57), ai fini dell'ammissibilità del ricorso avverso la procedura, è sufficiente la notifica alla sola amministrazione capofila. Un secondo filone giurisprudenziale (di cui sono espressione, oltre alla sentenza del Cons. Stato, Sez. III, 13 marzo 2014, n. 635, anche Cons. Stato, Sez. V, 19 aprile 2007, n. 1800, TAR Sicilia – Catania, Sez. II, sentenze 10 febbraio 2009; n. 291, 7 aprile 2009, n. 682, e 3 giugno 2009, n. 1018), ritiene viceversa necessario effettuare la notifica a tutte le amministrazioni che si gioveranno degli esiti della procedura e non solo alla "capofila".

Il punto di diritto controverso in esame vede, quindi, orientamenti giurisprudenziali diversi della Giustizia amministrativa, e ad avviso della Sezione non può essere risolto né in punto di fatto secondo il grado di partecipazione degli altri soggetti alle procedure di gara, in quanto mera circostanza fattuale priva di dirette conseguenze giuridiche per gli interessati e da essi neppure apprezzabile con certezza, né ricorrendo allo strumento della

rimessione in termini in caso di errore scusabile del notificante, in quanto –a differenza di quanto accade nella diversa ed ancor più giuridicamente opinabile ipotesi di successiva estensione degli effetti di una procedura di aggiudicazione– l'identità dei soggetti partecipanti ad una procedura di aggiudicazione in forma aggregata, ove si riconosca necessaria la notifica nei loro confronti, risulta agevolmente rinvenibile dagli atti di gara posti a disposizione di tutti i concorrenti.

10 – Pertanto, la Sezione conferma il proprio più recente orientamento nei sensi della necessità di notificare il ricorso giurisdizionale al solo soggetto che ha direttamente adottato i provvedimenti impugnati, in presenza di un modulo organizzativo liberamente adottato da più amministrazioni (ovvero da più soggetti ad esse equiparabili sotto il profilo in esame), che utilizzano la possibilità di avvalersi degli esiti di un'unica procedura di aggiudicazione e che, quindi, devono assumere i relativi oneri organizzativi, anche di circolazione al loro interno di informazioni rilevanti quali la notifica di un ricorso, in quanto, alla stregua dell'art. 97 della Costituzione, la semplificazione dell'attività amministrativa non può risolversi in un effetto, per così dire, di complicazione della vita dei cittadini, e quindi, nella fattispecie considerata, nella introduzione in un ulteriore onere procedurale che possa frapporsi alla piena ed effettiva tutela giurisdizionale dei soggetti partecipanti alla procedura di aggiudicazione mediante l'impugnazione degli atti adottati in tale contesto, così come sancito dagli articoli 24 e 113 della Costituzione. Tuttavia, stante il contrasto giurisprudenziale in atto, la Sezione ritiene necessario deferire il presente ricorso all'esame dell'adunanza plenaria del Consiglio di Stato, ai sensi dell'art. 99, comma 1, c.p.a.

11 – La Sezione è, peraltro, ben consapevole che ai fini della rimessione è necessario che il punto di diritto controverso sia dirimente ai fini della decisione del giudizio. Pertanto, ritiene di dover precisare che in data 17 giugno 2016 le Società contro interessate hanno notificato alle appellanti una memoria di riproposizione dei motivi di ricorso incidentale non esaminati in primo grado, e che i primi 5 motivi, in particolare, risulterebbero idonei, ove accolti, a determinare l'esclusione delle ricorrenti principali dalla gara, con la conseguente inammissibilità del gravame fin qui descritto. La Sezione deve, quindi, procedere preliminarmente all'esame dei predetti motivi.

12 – Agevolmente definibile risulta il primo motivo del ricorso incidentale proposto in primo grado, con il quale le società contro interessate hanno dedotto la violazione della lex specialis di gara sostenendo che le ricorrenti, pur avendo dichiarato di aver svolto servizi analoghi per conto della ULSS

OMISSIS, a seguito della richiesta di comprova dei requisiti ex Art 48 del D.Lgs. n. 163/2006, avrebbero prodotto documentazione che non conferma il possesso del requisito di aver svolto analogo servizio per almeno una struttura sanitaria in ciascuno degli ultimi tre anni, con buon esito e senza contestazioni, avendo, invece, trasmesso esclusivamente certificazioni di buona esecuzione emesse da OMISSIS e dalla stessa OMISSIS in favore di OMISSIS

La censura incidentale in esame non può essere infatti accolta, in quanto, come evidenziato dalle ricorrenti principali, la certificazione dei servizi erogati è stata inviata alla stazione appaltante già in fase di presentazione delle offerte e il certificato rilasciato dalla ULSS OMISSIS è stato effettivamente allegato in originale alla dichiarazione relativa ai requisiti di ordine speciale di cui alla parte terza, art. 18 punto A.2.2) del Disciplinare di Gara ed inserito nella busta "A" – documentazione amministrativa per la partecipazione alla gara; di conseguenza non appare censurabile la scelta del RTI di inoltrare alla stazione appaltante solo i documenti non presentati in fase di presentazione dell'offerta, essendo gli altri già in possesso della Stazione appaltante.

13 - Facilmente definibile è anche il quinto motivo del ricorso incidentale, con il quale le contro interessate affermano che il contenuto dell'offerta tecnica delle appellanti sarebbe stato indebitamente integrato in quanto la commissione giudicatrice, nel valutare l'offerta tecnica del R.T.I. OMISSIS, avrebbe ravvisato una serie di lacune, ma anziché escludere l'offerta, avrebbe illegittimamente deciso di chiedere al concorrente di integrare il proprio progetto.

Infatti, così come argomentato dalle appellanti principali, la richiesta di chiarimenti era contemplata nel disciplinare, e secondo il verbale n. 6 del 25 settembre 2014 la Commissione si è limitata a chiedere chiarimenti in ordine ad aspetti tecnici presenti nel progetto delle appellanti, senza che in tal modo venisse mutata o integrata la natura del contenuto dell'offerta.

14 - Di più complessa soluzione si rivelano il secondo, il terzo ed il quarto motivo del ricorso incidentale di primo grado, ora riproposti in appello e tutti riferiti al preteso carattere verticale del RTI appellante pur in assenza dei previsti requisiti di legge.

15 - In particolare, con il secondo motivo del ricorso incidentale proposto in primo grado è stata dedotta la violazione e falsa applicazione della clausola contenuta nella sez. III del bando di gara e nell'art. 18 del disciplinare di gara, in quanto il R.T.I. OMISSIS avrebbe partecipato alla procedura di gara con una peculiare distribuzione dei servizi, dando luogo ad un ATI verticale pur in assenza dei presupposti di legge, avendo OMISSIS (mandataria) dichiarato di fornire solo i software applicativi, mentre OMISSIS (mandante) avrebbe

dichiarato di eseguire tutte le attività di presa in carico, gestione e custodia delle cartelle cliniche, nonché il servizio di scansione e di consegna dei documenti, e cioè tutti i servizi oggetto dell'appalto aggiudicato dalle aziende ospedaliere committenti, con un'incidenza di molto superiore al 60% dell'importo a base di gara, mentre le attività di fornitura indicate avrebbero avuto un costo marginale complessivamente non superiore al 40% dell'importo a base di gara, pur non essendo OMISSIS in possesso dei requisiti indispensabili per eseguire le prestazioni assunte all'interno dell'ATI in quanto il bando di gara ed il disciplinare imponevano tra i requisiti di capacità tecnica richiesti a pena di esclusione quello di "aver svolto analogo servizio per almeno una struttura sanitaria in ciascuno degli ultimi tre anni, con buon esito e senza contestazioni".

Ribattono le appellanti principali che la clausola del bando di gara che si assume violata non specifica che, nel caso di RTI, il requisito debba essere posseduto da tutte le aziende del raggruppamento e si riferisce invece ad "almeno una" (unica) "struttura sanitaria" lasciando intendere che non sia richiesto il requisito per tutte le aziende del RTI, ciascuna in relazione ad una struttura sanitaria. Quindi, concludono, OMISSIS non era tenuta a possedere il requisito in esame, ma era sufficiente che lo possedesse e lo dichiarasse almeno una società del raggruppamento ovvero la mandataria OMISSIS così come effettivamente avvenuto, fermo restando che da un punto di vista funzionale la parte di servizi informatici assunta da OMISSIS sarebbe prevalente nell'offerta presentata dal RTI, essendo pari, in valore, ad euro 771.606,56 rispetto a 618.954,40 Euro quotati per le prestazioni in carico a OMISSIS.

Alla stregua delle predette contro argomentazioni, che a giudizio del Collegio risultano fondate, ed alla luce del principio nazionale e comunitario del *favor participationis*, neppure la censura incidentale sopra descritta può peraltro essere accolta.

16 - Si palesa analogo il quarto motivo del ricorso incidentale proposto in primo grado, con il quale le contro interessate hanno dedotto la violazione del D.Lgs. n. 163/2006 e la violazione e falsa applicazione dell'art. 7 del disciplinare di gara in quanto il R.T.I. OMISSIS avrebbe violato sia le prescrizioni inderogabili che si impongono alle ATI verticali, sia quelle che regolamentano la distribuzione delle attività di esecuzione delle prestazioni tra l'impresa mandataria e l'impresa mandante di un qualsiasi tipo di R.T.I., avendo affidato la prestazione principale (archiviazione e digitalizzazione) alla mandante OMISSIS (che neppure possedeva il requisito di aver erogato lo stesso tipo di

servizio per almeno una struttura Sanitaria) e non già alla mandataria OMISSIS, così come imposto per la costituzione di ATI verticali.

Secondo le appellanti principali, viceversa, la Stazione Appaltante non ha indicato nel bando quali fossero le prestazioni principali e quali quelle accessorie, ed il R.T.I. OMISSIS ha previsto l'affidamento di parti dell'unitario servizio alle due società raggruppate dando vita ad un RTI di tipo orizzontale con una ripartizione delle attività analoga, del resto, a quella operata dal RTI OMISSIS.

Al riguardo considera il Collegio, in disparte l'irrelevanza della ripartizione delle forniture tra le due aziende costituenti il RTI OMISSIS, non essendo oggetto del presente giudizio, che dalla griglia di valutazione delle offerte risulta che il punteggio attribuito ai servizi di catalogazione e custodia (punti 25) è inferiore alla somma dei punteggi attribuiti alla soluzione informatica e ai servizi ulteriori (punti 31) per cui non sono univocamente definibili i servizi considerati principali, fermo restando che dal punto di vista economico le forniture e servizi in capo a OMISSIS (valore in euro 771.606,56) quotano di più di quelle in carico a OMISSIS (valore in euro 618.954,40), per cui le attività e forniture preponderanti vengono svolte dalla mandataria, nell'ambito di una suddivisione delle diverse attività riferite all'unico servizio dedotto nell'appalto tipica dei raggruppamenti temporanei d'impresa "orizzontali".

17 - Resta infine da valutare, al fine di accertare la eventuale illegittimità della mancata esclusione delle appellanti principali dalla gara, il terzo motivo del ricorso incidentale proposto in primo grado, con il quale le contro interessate hanno dedotto la violazione del D.Lgs. n. 163/2006 e la violazione e falsa applicazione dell'art. 7 del disciplinare di gara, in quanto il R.T.I. OMISSIS avrebbe dato vita ad una ATI verticale mediante una suddivisione verticale dei servizi, mentre la lex specialis di gara non avrebbe mai previsto una suddivisione delle attività commissionate, prevedendo l'affidamento di un'unica tipologia di servizio consistente nella custodia e digitalizzazione delle cartelle cliniche e consentendo, quindi, la partecipazione solo di ATI orizzontali composte da imprese ciascuna in grado di svolgere almeno in quota parte il servizio commissionato.

Secondo le appellanti principali, viceversa, nei raggruppamenti temporanei d'impresa di tipo orizzontale o misto, le imprese riunite sono libere di definire l'entità delle rispettive quote di partecipazione al raggruppamento, purché siano rispettati i requisiti minimi di qualificazione previsti dalla legge, così come del resto viene espressamente previsto, per gli appalti di lavori, dall'art. 92, comma 2, del D.p.r. 207/2010 (c.d. Regolamento Appalti), in base al quale le

quote di partecipazione indicate in sede di offerta hanno come unico limite il rispetto dei requisiti di qualificazione prescritti per il raggruppamento di tipo orizzontale.

Pertanto, secondo le appellanti principali analogo ragionamento può applicarsi anche agli appalti di servizi e forniture, per partecipare ai quali le singole imprese si costituiscono in ATI orizzontali, e l'unica differenza tra appalti di lavori e appalti di servizi e forniture è che, nel caso dei lavori, i requisiti minimi di qualificazione sono predeterminati per legge e ammontano, per la mandataria, al 40% e, per le mandanti, al 10% dei requisiti economici e tecnici posti a base di gara, mentre negli appalti di servizi e forniture essi devono essere predeterminati di volta in volta dal bando o dal disciplinare.

Al riguardo, considera la Sezione che è stato chiarito che *“in un'ATI orizzontale, o mista con sub-raggruppamenti orizzontali, ciò che rileva è il possesso dei requisiti di qualificazione in percentuale non inferiore ad una soglia minima, senza che a tale soglia debba necessariamente corrispondere l'entità delle quote di partecipazione al raggruppamento, per converso rientrando nella piena disponibilità degli associati”* (Consiglio di Stato, n. 374 del 27 gennaio 2015).

Pertanto si è ritenuto che *“un'impresa mandataria, pur in possesso di una qualificazione superiore al 40 per cento dell'importo dei lavori, ben potrebbe decidere di partecipare al raggruppamento per una quota inferiore, ovvero la mandante, pur in possesso di requisiti per il 10 per cento, potrebbe legittimamente prendere parte al raggruppamento per una quota inferiore”* (Consiglio di Stato, parere del 26 giugno 2013, n. 3014), in quanto in tal modo non viene lesa la funzione “pro-concorrenziale” tipica dei raggruppamenti temporanei d'impresa, essendo sufficiente, che siano garantite affidabilità e responsabilità degli operatori attraverso la qualificazione mentre resterebbe l'assetto interno libero e modulabile.

In tal senso, *“Nelle gare pubbliche l'obbligo, nel caso di raggruppamenti temporanei di impresa, di corrispondenza fra quote di partecipazione e quote di esecuzione non impone anche l'ulteriore parallelismo fra quote di partecipazione, requisiti di qualificazione e quote di esecuzione; peraltro la disposizione contenuta nell'art. 37 comma 13, d.lg. 12 aprile 2006, n. 163, secondo cui i concorrenti riuniti in raggruppamento temporaneo devono eseguire le prestazioni nella percentuale corrispondente alla quota di partecipazione al raggruppamento, è stata prima limitata ai soli appalti di lavori ex art. 1 comma 2 bis lett. a), d.l. 6 luglio 2012, n. 95, convertito con modificazioni dalla l. 7 agosto 2012, poi successivamente abrogato dall'art. 12*

comma 8, d.l. 28 marzo 2014, n. 47, convertito con modificazioni dalla l. 23 maggio 2014, n. 80 (Consiglio di Stato, Sez. V, 20.10.2015, n. 4942).

18 - Conclusivamente, considera la Sezione che in un RTI orizzontale quale quello in esame, se non espressamente richiesto dal bando, basta che il RTI nel suo complesso abbia il requisito richiesto, mentre a fini dell'esecuzione nella gara de qua è previsto l'istituto dell'avvalimento, per cui la singola azienda partecipante non deve obbligatoriamente possedere quel requisito (e quindi quelle competenze) per poter erogare il servizio ma può avvalersi delle altre partecipanti al RTI, dovendo essere rigettato anche il motivo incidentale in esame, mentre gli ulteriori motivi del ricorso incidentale di primo grado concernono l'assegnazione del punteggio qualitativo ovvero la verifica di anomalia nei confronti dell'aggiudicataria, ed il loro esame deve quindi essere rimesso al TAR in caso di accoglimento del primo motivo dell'appello principale, come indicato al precedente paragrafo 10 della presente ordinanza.

19 - Peraltro, la Sezione evidenzia che anche il predetto punto di diritto è controverso nella giurisprudenza Amministrativa, secondo un orientamento (recentemente confermato da Cons. Stato, sez. V, 11 novembre 2016, n. 4684). in base al quale occorre evitare di ammettere che all'interno di un'ATI le imprese possano distribuirsi le attività in modo del tutto avulso dalle proprie capacità tecniche vanificando l'attività di verifica dei requisiti, essendo invece immanente all'intero sistema degli appalti pubblici il principio di necessaria qualificazione, per il quale ciascuna impresa esecutrice a qualsiasi titolo deve essere qualificata per le prestazioni che la stessa deve eseguire.

La stessa sentenza dell'11 novembre 2016 sopra richiamata, è quindi giunta alla conclusione che *“Fondato è anche il quarto motivo d'appello con il quale la deducente contesta la mancata esclusione dalla gara del raggruppamento temporaneo”*. Infatti, *“La partecipazione di quest'ultima società, mandante del detto raggruppamento temporaneo, è invero viziata da palese deficit di qualificazione possedendo un requisito di capacità economica del fatturato pregresso solo nella misura del 9%, avendo dichiarato tuttavia di eseguire l'appalto nella percentuale del 30% (...) poiché, come già chiarito da questa Sezione (sent. N. 3666 del 22 agosto 2016), la c.d. liberalizzazione delle quote non ha fatto venire meno la necessaria corrispondenza tra quota di qualificazione e quota di esecuzione”*.

In tal senso l'Adunanza Plenaria, 28 aprile 2014, n. 27 ha altresì chiarito che, in caso di appalto di servizi, pur non vigendo il principio di corrispondenza fra quote di partecipazione e quote di esecuzione, resta tuttavia fermo *“che*

ciascuna impresa va qualificata per la parte di prestazioni che s'impegna a eseguire, nel rispetto delle speciali prescrizioni e modalità contenute nella normativa di gara".

20 – Ritiene peraltro la Sezione che tale principio di diritto possa non trovare applicazione alla fattispecie in esame, , in quanto, all'indomani dell'abrogazione delle norme che imponevano la corrispondenza fra quote di esecuzione e quote di partecipazione (e quindi quote di requisiti), secondo il bando della gara in esame ciascuna impresa del raggruppamento poteva possedere in proprio un requisito di capacità economica, per fatturato pregresso, inferiore a quello totale richiesto, fermo restando che quest'ultimo doveva essere raggiunto dal raggruppamento nel suo insieme.

Pertanto secondo la Sezione, alla stregua del generale principio del favor participationis alle pubbliche gare -corollario dei principi di buon andamento ed imparzialità dell'amministrazione ex art. 97 Cost. e di libertà d'iniziativa economica ex art. 43 Cost, oltreché del principio di concorrenza sancito dal Trattato istitutivo dell'Unione Europea, ed alla luce della tipica funzione "pro-concorrenziale" dello strumento del raggruppamento temporaneo d'impresa "orizzontale", la circostanza che il diritto dell'Unione Europea preveda l'istituto dell'avvalimento, in base al quale può essere riconosciuta, di regola, la facoltà di ciascuna impresa esecutrice di avvalersi di altre imprese per le quali possa attestare l'idoneità tecnica e la sussistenza di un vincolo giuridico che garantisca l'impegno a tenere fede all'obbligo assunto ai fini dell'esecuzione della propria prestazione, potrebbe consentire una rivalutazione della funzione dei requisiti tecnico economici di partecipazione alle pubbliche gare, che mediante la serie storica dei fatturati per attività comparabili consentono una ragionevole presunzione circa l'affidabilità tecnico-economica dell'impresa concorrente, senza tuttavia condizionare quest'ultima, di regola, ad eseguire direttamente la prestazione convenuta con le proprie risorse tecniche ed economiche.

Ove tale premessa risulti condivisibile, ne discende che, in caso di esecutori plurisoggettivi costituiti in un RTI, può ritenersi necessario e sufficiente che siano garantite la loro affidabilità e responsabilità attraverso la qualificazione del RTI sulla base del complessivo fatturato conseguito dalle singole imprese.

Resterebbe viceversa liberamente modulabile la ripartizione dell'esecuzione degli obblighi fra le imprese partecipanti, essendo le stesse legate da un accordo che impone ad ogni soggetto partecipante di assolvere agli adempimenti assunti dal RTI, e dovendosi quindi ritenere ogni membro del raggruppamento in grado di garantire, nei limiti della propria qualificazione,

l'avvalimento nei confronti degli altri partecipanti al RTI al fine di rispettare gli adempimenti assunti mediante la ripartizione interna delle quote di esecuzione del medesimo servizio.

Alla luce delle seguenti considerazioni, anche il sopraindicato punto controverso di diritto viene quindi deferito dalla Sezione all'adunanza plenaria del consiglio di stato, essendo la sua definizione preliminarmente necessaria ai fini della rilevanza, e quindi ai fini della decisione, del punto di diritto controverso evidenziato al precedente paragrafo 10:

Conclusivamente, il presente ricorso viene deferito all'esame dell'adunanza plenaria del Consiglio di Stato, ai sensi dell'art. 99, comma 3, c.p.a. ai fini della soluzione delle questioni controverse evidenziate ai paragrafi 10 e 20 della presente ordinanza.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza) non definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, ne dispone il deferimento all'adunanza plenaria del Consiglio di Stato.

Manda alla segreteria della sezione per gli adempimenti di competenza, e, in particolare, per la trasmissione del fascicolo di causa e della presente ordinanza al segretario incaricato di assistere all'adunanza plenaria.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 15 dicembre 2016 con l'intervento dei magistrati:

Marco Lipari, Presidente

Carlo Deodato, Consigliere

Manfredo Atzeni, Consigliere

Pierfrancesco Ungari, Consigliere

Raffaello Sestini, Consigliere, Estensore