



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 (Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 4077 del 2013, proposto da:
Caramori Piante S.R.L., Eco Green Srl, Alba Tech Sistemi Srl, rappresentati e difesi dall'avv. Francesco Volpe, con domicilio eletto presso Andrea Manzi in Roma, via Confalonieri n. 5;

contro

Sever Srl Società Unipersonale, rappresentata e difesa dagli avv. Vittorio Domenichelli, Federica Scafarelli, Paolo Neri, con domicilio eletto presso Federica Scafarelli in Roma, via G.Borsi n.4;

nei confronti di

Autovie Venete Spa, rappresentato e difeso dagli avv. Gianfranco Carbone, Alessio Petretti, con domicilio eletto presso Alessio Petretti in Roma, via degli Scipioni, 268/A;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. FRIULI-VENEZIA-GIULIA - TRIESTE: SEZIONE I n. 00076/2013, resa tra le parti, concernente affidamento servizio di manutenzione aree a verde lungo l'intera rete autostradale

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Sever Srl Società Unipersonale e di Autovie Venete Spa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 9 luglio 2013 il Cons. Oberdan Forlenza e uditi per le parti gli avvocati Gabriele Pafundi su delega dell'avvocato Francesco Volpe, Federica Scafarelli e Alessio Petretti;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con l'appello in esame, le società Caramori Piante s.r.l., Eco Green s.r.l. e Alba Tech Sistemi s.r.l., impugnano la sentenza 15 febbraio 2013 n. 76, con la quale il TAR per il Friuli Venezia Giulia, in accoglimento del ricorso proposto dalla società Sever s.r.l. ha annullato, tra gli altri atti, il provvedimento di aggiudicazione in loro favore (quale costituenda ATI), dell'appalto avente ad oggetto il servizio di manutenzione delle aree a verde lungo l'intera rete autostradale in concessione delle Autovie Venete s.p.a.

Il TAR ha accolto il ricorso, ritenendo fondato ed assorbente il primo motivo, con il quale si contestava l'inosservanza del principio di corrispondenza tra quota di qualificazione, quota di partecipazione e quota di esecuzione.

La sentenza, in particolare, afferma:

- “dal complesso delle disposizioni che governano la partecipazione alle gare d'appalto dei raggruppamenti temporanei d'impresa e, in particolare, dall'esame

degli artt. 37, 41, e 42 del D. Lgs. n. 163/2006, si ricava il principio ineludibile che già nella fase dell'offerta, vi debba essere sostanziale corrispondenza tra le quote di qualificazione e quote di partecipazione all'ATI e tra le quote di partecipazione e quelle di esecuzione, costituendo tale principio, anche quando esso non sia esplicitato dalla lex specialis, un requisito di ammissione la cui inosservanza determina l'esclusione dalla gara”;

- la nuova formulazione dell'art. 37 d.lgs. n. 163/2006 (a seguito dell'art. 1 d.l. n. 95/2012, conv. in l. n. 135/2012), che prevede che “nel caso di lavori i concorrenti riuniti in raggruppamento temporaneo devono eseguire le prestazioni nella percentuale corrispondente alla quota di partecipazione al raggruppamento” così escludendo gli appalti di servizi, “non ha, nella sua espressione letterale, il carattere di una norma di interpretazione autentica, non contenendo alcuna espressione che ne estenda l'operatività al passato, facendogli assumere carattere retroattivo”;

- in ogni caso, poiché l'obbligo di corrispondenza “va applicato nella fase dell'offerta, la norma sopravvenuta non è applicabile, quand'anche fosse di interpretazione autentica, alle fattispecie già esaurite, quelle cioè in cui . . . l'offerta è già stata presentata in data anteriore” (come nel caso dell'appalto esaminato).

Avverso tale decisione, viene innanzi tutto proposto il seguente motivo di appello: erroneità della sentenza gravata in merito all'esistenza del principio di equivalenza nelle procedure d'appalto relative a servizi; ritenendosi che, anche alla luce delle intervenute modifiche normative, l'art. 37 Codice dei Contratti vada applicato solo agli appalti di lavori e non anche di servizi; in tal senso, “la riforma . . . lungi dal portare una novità normativa ha carattere esplorativo di quel che già precedentemente era affermato”; tale riforma, in sostanza, “svolge un ruolo interpretativo e chiarificatore di quello che era un sistema giuridico già vigente”, messo in discussione solo da una interpretazione giurisprudenziale (v. pagg. 9 – 20 app.).

L'appellante ripropone inoltre (ancorchè la sentenza abbia accolto il ricorso proposto dalla Sever s.r.l. solo in relazione al primo motivo proposto, con assorbimento degli ulteriori motivi), anche le considerazioni svolte in I grado in relazione agli ulteriori motivi di gravame (v. pagg. 20 – 30 app.).

Si è costituita in giudizio Autovie Venete s.p.a., che ha concluso richiedendo l'accoglimento dell'appello (riproponendo anch'essa le argomentazioni esposte in I grado in ordine agli ulteriori motivi di ricorso dichiarati assorbiti dal I giudice: v. pagg. 17 – 22 memoria 20 giugno 2013).

Si è altresì costituita in giudizio la Sever s.r.l., che ha concluso per il rigetto dell'appello, stante la sua infondatezza. La società ha altresì riproposto “i motivi di ricorso dichiarati assorbiti dalla sentenza impugnata, nonché la domanda risarcitoria che la sentenza medesima – avendo annullato l'aggiudicazione – ha dichiarato improcedibile” (v. pagg. 24 ss., memoria 10 giugno 2013)

Dopo il deposito di memorie e repliche, all'udienza di trattazione la causa è stata riservata in decisione.

DIRITTO

2. L'appello è infondato e deve essere, pertanto, respinto, con conseguente conferma della sentenza impugnata.

Questa Sezione ha già avuto modo di affrontare (Cons. Stato, sez. IV, 1 agosto 2012 n. 4406), la tematica della corrispondenza tra quota di qualificazione, quota di partecipazione e quota di esecuzione, espressamente dichiarando tale principio applicabile anche agli appalti di servizi.

Si è, infatti, affermato, con considerazione condivise nella presente sede, che la giurisprudenza ha già avuto modo di affermare che il comma 13 dell'art. 37, applicabile anche agli appalti di servizi, stabilisce che i concorrenti riuniti in raggruppamento temporaneo devono eseguire le prestazioni nella percentuale corrispondente alla quota di partecipazione al raggruppamento, il che comporta

che deve sussistere una perfetta corrispondenza 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, essendovi peraltro la necessità che sia l'una che l'altra siano specificate dai componenti del raggruppamento all'atto della partecipazione alla gara. (Cons. St., sez. III, 11 maggio 2011 n. 2805; in senso conforme, Cons. St., sez. IV, 27 gennaio 2011 n. 606).

Si è precisato che ai fini dell'ammissione alla gara di un raggruppamento consortile o di un' A.T.I. occorre che già nella fase di offerta sia evidenziata la corrispondenza sostanziale tra quote di qualificazione e quote di partecipazione, nonché tra quote di partecipazione e quote di esecuzione, trattandosi di obbligo costituente espressione di un principio generale che prescinde dall'assoggettamento o meno della gara alla disciplina comunitaria e non consente distinzioni legate alla natura morfologica del raggruppamento (verticale o orizzontale), o alla tipologia delle prestazioni, principali o secondarie, scorporabili o unitarie (Cons. St., Ad. Plen., 5 luglio 2012 n. 26; sez. VI, 24 gennaio 2011 n. 472; sez. IV, 27 novembre 2010 n. 8253).

Più in particolare, si è affermato (Cons. St., sez. III, n. 2805/2011 cit) che "l'obbligo di specificazione in esame trova la sua ratio . . . nella necessità di assicurare alle Amministrazioni aggiudicatrici la conoscenza preventiva del soggetto, che in concreto eseguirà il servizio. E ciò non solo per consentire una maggiore speditezza nella fase di esecuzione del contratto, ma anche per l'effettuazione di ogni previa verifica sulla 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 d'ammissione alle gare.

La regola, si soggiunge, non può non valere poi anche per le A.T.I. costituende, che correttamente sono dunque tenute anch'esse ad indicare, già nella fase di ammissione alla gara, e dunque prima dell'aggiudicazione, le quote di partecipazione di ciascuna impresa al futuro raggruppamento e le quote di ripartizione delle prestazioni oggetto dell'appalto, ai fini della verifica della rispondenza della prestazione da eseguirsi ai requisiti di qualificazione tecnico-organizzativa fatti valere secondo le relative corrispondenti percentuali, essendo del resto evidente che una diversa soluzione porterebbe ad un diversificato ed ingiustificato trattamento tra le A.T.I. già formalmente costituite e le A.T.I. costituende, che ne sarebbero esonerate e chiamate a dimostrare l'affidabilità della loro proposta contrattuale solo se e quando risultino aggiudicatarie della gara.”.

Alla luce di quanto sin qui esposto, si è anche precisato che l'indicazione delle quote di partecipazione ad un'ATI costituenda deve indispensabilmente essere indicato in sede di gara e non può essere desunto dalla diversa indicazione delle quote di ripartizione delle prestazioni oggetto dell'appalto.

Ed infatti, per un verso, l'indicazione delle quote di partecipazione costituisce il presupposto per una compiuta verifica della rispondenza della prestazione da eseguirsi ai requisiti di qualificazione tecnico-organizzativa fatti valere secondo le relative corrispondenti percentuali, verifica che è negata dalla indicazione del solo dato relativo alla ripartizione delle quote di esecuzione dell'appalto, con conseguente sostanziale disapplicazione dell'art. 37, co. 13, d. lgs. n. 163/2006.

Per altro verso, l'omissione della precisa indicazione delle quote di partecipazione alla costituenda ATI non consentendo – in difetto di specifica indicazione, impegno e conseguente assunzione di responsabilità da parte delle imprese – le corrette ed esaustive verifiche da parte dell'amministrazione, determina una violazione della par condicio dei concorrenti (ed in particolare tra ATI già costituite ed ATI costituende).

D'altra parte, a fronte di una specifica indicazione prevista dal citato art. 37, co. 13, non vi è ragione per consentire indicazioni differenti, obbligando l'amministrazione – in luogo di una valutazione immediata derivante dalla chiara percezione offerta dalla indicata (con conseguente assunzione di responsabilità) quota di partecipazione all'ATI – a dover desumere tale quota da indicazioni diverse.

3. Il Collegio ritiene, inoltre, che la modifica apportata al citato art. 37 d. lgs. n. 163/2006, ad opera dell' art. 1, co. 2-bis, lett. a) , d.l. 6 luglio 2012 n. 95, conv. in l. 7 agosto 2012 n. 135, non abbia valore di norma di interpretazione autentica, né possa ad essa essere comunque riconosciuta efficacia retroattiva.

Giova ricordare che, per effetto delle modifiche introdotte, il comma 13 del citato art. 37 dispone ora:

“Nel caso di lavori, i concorrenti riuniti in raggruppamento temporaneo devono eseguire le prestazioni nella percentuale corrispondente alla quota di partecipazione al raggruppamento”, laddove il medesimo comma disponeva, invece:

“I concorrenti riuniti in raggruppamento temporaneo devono eseguire le prestazioni nella percentuale corrispondente alla quota di partecipazione al raggruppamento.”.

Il nuovo testo della norma rende, dunque, evidente la applicazione del principio di corrispondenza ivi enunciato esclusivamente agli appalti di lavori, dovendosi tuttavia ritenere condivisibile la considerazione svolta sul punto dalla sentenza di I grado, secondo la quale “è stata necessaria una precisa disposizione di legge per differenziare, sul punto, la disciplina degli appalti di lavori da quella dei servizi, con ciò significando che la disciplina normativa precedente non era sufficiente . . . alla bisogna e che l'indirizzo giurisprudenziale consolidato . . . era conforme alla normativa vigente”.

Ed infatti, come ha già avuto modo di affermare la giurisprudenza di questo Consiglio di Stato (sez. III, 7 giugno 2013 n. 3138), la intervenuta modifica dell'art. 37, co. 13, d. lgs. n. 163/2006 non può avere efficacia retroattiva, per principio generale (art. 11 disp. prel. cod. civ.). Tale novellazione, non avendo carattere ricognitivo, appare influente sulle procedure concluse o in corso, posto che – come si è già avuto modo di affermare - già nella fase di offerta deve essere evidenziata la corrispondenza sostanziale tra quote di qualificazione, quote di partecipazione e quote di esecuzione.

Orbene, alla luce di quanto esposto, risulta infondato il motivo di appello proposto, dato che:

- per un verso, la fase dell'offerta è antecedente alla modifica normativa (ed anzi, da ciò la sentenza impugnata trae condivisibile argomento da cui desumere l'inapplicabilità della modifica normativa anche a volere ritenere quest'ultima retroattiva: v. pag. 6);

- per altro verso, non risulta contestata la non corrispondenza ex art. 37, co. 13, Cod. contratti (nel testo precedente) rilevata dalla sentenza impugnata (v. pagg. 6 – 7), con riguardo all'offerta delle società appellanti.

E poiché, come affermato dalle stesse appellanti “il tema del giudizio, in definitiva, si riduce a questo. Se la riforma, operata con la legge n. 135 . . . si applichi anche alle fattispecie insorte prima della sua emanazione” (v. pag. 11 app.), occorre concludere – alla luce di tutte le argomentazioni sin qui svolte - per il rigetto dell'appello, con conseguente conferma della sentenza impugnata.

4. Il rigetto dell'appello principale comporta l'improcedibilità per difetto di interesse dell'appello incidentale proposto dalla Sever s.r.l., in relazione alla intervenuta riproposizione dei motivi di ricorso dichiarati assorbiti in I grado. Il medesimo appello incidentale è, invece, infondato, in relazione alla impugnazione

del capo di sentenza relativo al rigetto della domanda di risarcimento del danno, non essendosi apportati sul punto specifici motivi di doglianza (ed essendo stata peraltro la domanda risarcitoria riproposta, come espressamente dichiarato, per mero tuziorismo).

Infine, stante il rigetto dell'appello principale, è superfluo esaminare l'eccezione di inammissibilità avanzata dalla Sever s.r.l. (v. memoria 25 giugno 2013), in merito a censure avanzate dalle Autovie Venete s.p.a., nei confronti della sentenza di I grado, asseritamente in violazione della disciplina delle impugnazioni dettata dal Cpa.

Stante la natura delle questioni trattate, sussistono giusti motivi per compensare tra le parti spese, diritti ed onorari di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta) definitivamente pronunciando sull'appello proposto da Caramori piante s.r.l. ed altri, come in epigrafe precisati (n. 4077/2013 r.g.):

- rigetta l'appello e, per l'effetto, conferma la sentenza impugnata;
- in parte dichiara improcedibile, in parte rigetta l'appello incidentale proposto da Sever s.r.l.;
- compensa tra le parti spese, diritti ed onorari di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 9 luglio 2013 con l'intervento dei magistrati:

Giorgio Giaccardi, Presidente

Nicola Russo, Consigliere

Raffaele Greco, Consigliere

Francesca Quadri, Consigliere

Oberdan Forlenza, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 11/04/2014

IL SEGRETARIO

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