

La terza sezione del Consiglio di Stato sottopone al vaglio dell'Adunanza plenaria le questioni concernenti, da un lato, la legittimazione passiva al ricorso contro gli atti della procedura di scelta del contraente effettuata in forma aggregata e, dall'altro lato, l'utilizzo dell'avvalimento all'interno di un raggruppamento temporaneo di imprese chiamate tutte ad effettuare una quota delle prestazioni contrattuali.

[Cons. St., sez. III, ordinanza 21 settembre 2017, n. 4403 – Pres. Lipari ed Est. Sestini](#)

Giustizia amministrativa – Appalti – Gara in forma aggregata – Ricorso – Notificazione alla sola amministrazione capofila – Sufficienza – Deferimento all'Adunanza plenaria.

Appalti – Gara – Raggruppamento temporaneo di imprese – Avvalimento nei confronti degli altri partecipanti – Quote di esecuzione – Deferimento all'Adunanza plenaria.

Va rimessa all'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, stante il contrasto giurisprudenziale, la questione se, nel caso di procedura di scelta del contraente effettuata in forma aggregata, ai fini dell'ammissibilità del ricorso avverso la procedura è sufficiente la notifica alla sola amministrazione capofila. (1)

Va rimessa all'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato la questione se, in caso di esecutori plurisoggettivi costituiti in un RTI, possa 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, mentre 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 (2).

(1-2) I.- Con una articolata motivazione, la terza sezione del Consiglio di Stato rimette all'Adunanza plenaria due questioni in tema di gare d'appalto: la prima di carattere processuale (relativa alla legittimazione passiva dell'amministrazione c.d. capofila che abbia svolto una gara in forma aggregata); la seconda di ordine sostanziale (concernendo i requisiti che devono possedere le imprese nell'ambito di un raggruppamento temporaneo di imprese ed il possibile utilizzo *infra* gruppo dell'istituto dell'avvalimento).

II.- *La controversia.*

La rimessione è stata disposta nell'ambito di un giudizio di appello, proposto dal raggruppamento escluso da una procedura aperta per l'affidamento del servizio di custodia e digitalizzazione delle cartelle cliniche di un'Azienda ospedaliera regionale.

La sentenza di primo grado, oggetto dell'impugnazione, aveva dichiarato l'inammissibilità del gravame in accoglimento dell'eccezione delle società controinteressate secondo cui il ricorso avrebbe dovuto essere notificato anche all'Azienda sanitaria locale, venendo in considerazione, nella fattispecie, una procedura di scelta del contraente effettuata in forma aggregata.

III.- *La questione processuale.*

In relazione alla prima questione, la terza sezione, dopo aver ricostruito gli orientamenti emersi sul punto controverso, ribadisce il proprio recente indirizzo - basato su di una lettura costituzionalmente orientata (ex artt. 97, 24 e 113 della Costituzione) della disciplina di settore - secondo cui è necessario e sufficiente notificare il ricorso giurisdizionale al solo soggetto che ha direttamente emanato i provvedimenti impugnati, in presenza di un modulo organizzativo liberamente prescelto da più amministrazioni; ciò in quanto, alla stregua dell'art. 97 Cost., 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 di un ulteriore onere processuale che possa frapporsi alla piena ed effettiva tutela giurisdizionale dei soggetti partecipanti alla procedura selettiva, come sancito dagli articoli 24 e 113 Cost..

Tuttavia, stante il contrasto giurisprudenziale in atto (in senso contrario cfr. ad es. Cons. Stato, sez. III, 13 marzo 2014, n. 635 e sez. V, 19 aprile 2007, n. 1800), si è ritenuto necessario deferire il ricorso all'Adunanza plenaria, ai sensi dell'art. 99, comma 1, c.p.a.

IV.- *La questione sostanziale*

L'ordinanza procede a riassumere gli orientamenti contrastanti circa i requisiti richiesti ai componenti di un RTI.

Secondo un primo indirizzo, fatto proprio dalla stessa terza sezione, si ritiene che in caso di RTI orizzontale, se non espressamente richiesto dal bando, è sufficiente 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.

Dall'altro lato secondo un diverso approccio (cfr. ad es. Consiglio di Stato, sez. V, 11 novembre 2016, n. 4684) 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.

A sostegno della prima opzione, l'ordinanza richiama il principio di concorrenza sancito dal Trattato istitutivo dell'Unione Europea e, nella medesima ottica, la tipica funzione "pro-concorrenziale" dello strumento del raggruppamento temporaneo d'impresa "orizzontale". In tale contesto deve essere valorizzato l'istituto dell'avvalimento che potrebbe consentire una rivalutazione della funzione dei requisiti tecnico economici di partecipazione alle pubbliche gare, quale elemento capace di consentire 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.

Tuttavia anche su questo secondo profilo, a fronte del permanere di orientamenti contrastanti, la questione viene rimessa alla plenaria.

V.- Per completezza si segnala quanto segue:

a) sulla legittimazione a ricorrere della impresa mandataria di una a.t.i., cfr. Cons. Stato, Ad. plen., 15 aprile 2010, n. 1, in *Foro it.*, 2010, III, 374, con nota di TRAVI e Corte giust. UE, 4 ottobre 2007, C-429/06, *id.*, 2008, IV, 1 (cui si rinvia per ogni approfondimento);

b) sulla necessità che quando sia impugnato un provvedimento che per legge è riferibile ad una pluralità di autorità è necessario notificare il ricorso a ciascuna di esse (in quanto autorità emanante ex art. 41, co. 1, c.p.a.), onde metterle in condizione di esercitare il proprio diritto di difesa e di conservazione dell'atto amministrativo, v. in dottrina R. DE NICTOLIS, *Codice del processo amministrativo*, Milano, 2017, 802 ss.; VILLATA – BERTONAZZI, in *Il processo amministrativo*, a cura di QUARANTA – LOPILATO, Milano, 201, 399; R. GIOVAGNOLI, in *Manuale di giustizia amministrativa*, a cura di CARINGELLA – DE NICTOLIS – GIOVAGNOLI – POLI, Roma, 2008, vol. I, 272 ss., cui si rinvia per la illustrazione dell'ampia casistica in ordine all'impugnativa degli atti di controllo, di concerto, di intesa, di conferenza di servizi; in giurisprudenza cfr. Cons. Stato, Ad. plen., 24 giugno 1999, n. 16 (in *Foro it.*, 1999, III, 433, con note di CARINGELLA e ROMEO); successivamente, sez. IV, 20 aprile 2016, n. 1558 (*id.*, 2017, III, 155 con nota di TRAVI, cui si rinvia per l'analisi della vasta giurisprudenza ivi riportata e per l'illustrazione delle conseguenze processuali della adesione, rispettivamente, alla teoria c.d. monista ovvero a quella c.d. multipolare del procedimento amministrativo), secondo cui «ciascuna autorità emanante ha l'interesse tutelato

dall'art. 24 Cost., alla conservazione dei propri provvedimenti, sicché, ove impugnati, è indispensabile la notificazione del ricorso nei suoi confronti, risultando irrilevante, a tali fini, la natura infra procedimentale o non vincolante dell'atto>>;

c) *sulla possibilità di impugnare direttamente il verbale finale della conferenza di servizi, v., in senso parzialmente difforme, Cons. Stato, sez. VI, 31 gennaio 2011, n. 712 e sez. V, 18 maggio 2011, n. 2995; sez. II, 20 ottobre 2010, n. 1993/10, secondo cui <<La conferenza dei servizi, anche quando ha natura decisoria, costituisce un sub procedimento, cioè un mero passaggio procedimentale rispetto al provvedimento finale il quale esprime la volontà definitiva dell'amministrazione e soltanto quest'ultimo, come tale, è idoneo a pregiudicare la posizione giuridica dei destinatari ai quali è diretto; conseguentemente, è inammissibile il ricorso straordinario al presidente della repubblica proposto avverso la conferenza di servizi, anche quando ha natura decisoria>>;*

d) *sulla necessità della notificazione del ricorso a tutte le autorità che hanno preso parte alla conferenza, v. T. sup. acque, 5 agosto, 2015, n. 175, in Riv. amm., 2015, 408, secondo cui <<E' ius receptum che il modulo procedimentale della conferenza di servizi di per sé non configura mai un ufficio speciale della p.a. ed autonomo rispetto ai soggetti che vi partecipano; in tal caso, il relativo utilizzo non altera le regole che presiedono, in via ordinaria e generale, all'individuazione delle autorità emananti; sicché il ricorso giurisdizionale va notificato a tutte le amministrazioni che, nell'ambito della conferenza, hanno espresso pareri o determinazioni che la parte ricorrente avrebbe avuto l'onere di impugnare autonomamente se fossero stati emanati al di fuori del modulo conferenziale stesso; non v'è certo dubbio che tal regola, ben salda nella giurisprudenza amministrativa (e, come tale, sempre valida innanzi a qualunque giudice amministrativo, ordinario o specializzato), non riguardi tutte le amministrazioni partecipanti, ma solo quelle che hanno reso pareri negativi contro l'interesse sostanziale del soggetto istante, coinvolto nel modulo conferenziale, per l'evidente ragione che tal «parere» non è che un pezzo, integrante e necessario, della statuizione conclusiva; da ciò discende che l'evocazione in giudizio delle amministrazioni de quibus (nella specie, del consorzio di bonifica) è effettuata nei riguardi di un ente che è autorità emanante l'atto direttamente lesivo, tale, quindi e come nel caso in esame, da definire l'assetto degli interessi in senso sfavorevole all'odierna ricorrente; esse perciò non sono assimilabili ad un qualunque soggetto controinteressato, donde l'impossibilità d'applicare loro la regola della procedibilità del ricorso anche solo con l'intimazione di un solo soggetto controinteressato>>; sulla opportunità di uno specifico intervento ad hoc della legge, Cons. Stato, Commiss. spec., 7 aprile 2016, n. 431/16, secondo cui <<In tema di schema di decreto legislativo recante norme per il riordino della disciplina in materia di conferenza dei servizi, in attuazione dell'art. 2 l. 7 agosto 2015 n. 124, recante «deleghe al governo in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche», nonostante la delega non consenta interventi normativi sul processo amministrativo, nondimeno si osserva che meriterebbe di essere risolto, con un'apposita norma processuale (da inserire in un idoneo veicolo normativo di rango primario) che regoli in modo uniforme le modalità di proposizione dei ricorsi giurisdizionali avverso*

gli atti conclusivi della conferenza dei servizi: ad esempio, prevedendo modalità univoche e semplificate in tema di proposizione del ricorso giurisdizionale avverso la determinazione motivata di conclusione della conferenza di servizi, anche introducendo disposizioni idonee a garantire il contraddittorio nei confronti di tutte le amministrazioni partecipanti, ma limitando al minimo (ossia alla sola amministrazione procedente) le notifiche di cui si intenda onerare il ricorrente>>; Cons. Stato, sez. IV, 14 luglio 2014, n. 3646, secondo cui <<L'utilizzo del modulo procedimentale della conferenza di servizi, che come tale non configura un ufficio speciale della p.a., autonomo rispetto ai soggetti che vi partecipano, non altera le regole che presiedono, in via ordinaria e generale, all'individuazione delle autorità emananti, con la conseguenza che il ricorso va notificato a tutte le amministrazioni che, nell'ambito della conferenza, hanno espresso pareri o determinazioni che la parte ricorrente avrebbe avuto l'onere di impugnare autonomamente, se fossero stati emanati al di fuori del suddetto modulo procedimentale>>;

e) sulle procedura di gara in forma aggregata T.a.r. per la Lombardia, Milano, sez. IV, 12 febbraio 2016, n. 303 secondo cui *"È legittimo il meccanismo di affidamento dei servizi pubblici in forma aggregata, essendo ormai tale modalità di affidamento prevista a livello normativo sia di diritto interno che europeo; infatti la gara con clausola di adesione è una forma di contrattazione ad aggregazione successiva, che presenta elementi di similitudine con la centrale di committenza (v. art. 3 comma 34 del d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163); in particolare, attraverso la clausola di adesione viene realizzato un accordo quadro tra più soggetti (azienda capofila, altre aziende ospedaliere o sanitarie interessate, aggiudicatario), avente ad oggetto un'opzione di incremento delle prestazioni in un determinato intervallo temporale, a prezzi unitari invariati; la mancanza di una precisa codificazione non impedisce di elaborare liberamente uno schema negoziale con queste caratteristiche, quando sia dimostrabile un collegamento con l'interesse pubblico, per cui le Regioni possono indirizzare le strutture sanitarie verso lo svolgimento di gare aziendali aperte ad adesioni successive, perseguendo la finalità di contenere e rendere omogenei sul territorio i costi delle forniture e dei servizi";*

f) in dottrina, sui soggetti aggregatori e gli sportelli unici per gli appalti (SUA) nel vecchio e nuovo ordinamento degli appalti pubblici, v. R. DE NICTOLIS, *I nuovi appalti pubblici*, Bologna, 2017, 677 ss.;

g) in tema di corrispondenza, ai fini della qualificazione per la stipula di contratti di appalto di servizi, fra quote di partecipazione e quote di esecuzione nell'ambito di un RTI, cfr. Cons. Stato ad. plen., 28 agosto 2014, n. 27, in *Contratti Stato e enti pubbl.*, 2014, fasc. 4, 139, con nota di BOSCOLO, secondo cui <<ai sensi dell'art. 37, commi 4 e 13, c. contr. pubbl., nel testo antecedente alle modifiche apportate dall'art. 1, comma 2 bis, lett. a), d.l. 6 luglio 2012, n. 95, conv. nella l. 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>>;

h) in tema di scioglimento del RTI, cfr. [Corte di giustizia dell'Unione europea, 24 maggio 2016 causa C-396/14](#) (oggetto della [News US del 31 maggio 2016](#), ai cui approfondimenti si rinvia), secondo cui *“Il principio di parità di trattamento degli operatori economici, di cui all’art. 10 direttiva 2004/17/Ce del parlamento europeo e del consiglio, 31 marzo 2004, che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali, in combinato disposto con l’art. 51 della medesima, deve essere interpretato nel senso che un ente aggiudicatore non viola tale principio se autorizza uno dei due operatori economici che facevano parte di un raggruppamento di imprese invitato, in quanto tale, da siffatto ente a presentare un’offerta, a subentrare a tale raggruppamento in seguito allo scioglimento del medesimo e a partecipare, in nome proprio, a una procedura negoziata di aggiudicazione di un appalto pubblico, purché sia dimostrato, da un lato, che tale operatore economico soddisfa da solo i requisiti definiti dall’ente di cui trattasi e, dall’altro, che la continuazione della sua partecipazione a tale procedura non comporta un deterioramento della situazione degli altri offerenti sotto il profilo della concorrenza”*;

i) sui rapporti fra RTI e avvalimento in funzione dell’accertamento della qualificazione (anche *infra* raggruppamento), v. R. DE NICTOLIS, *I nuovi appalti pubblici cit.*, 745 e 994;

j) sulla natura giuridica, la *ratio* e i limiti dell’istituto dell’avvalimento, cfr., da ultimo, Cons. Stato, [Ad. plen., 4 novembre 2016, n. 23](#) (oggetto della [News US in data 10 novembre 2016](#), cui si rinvia per ogni approfondimento); [Corte giustizia UE, sez. I, 7 aprile 2016, C-324/14](#) (oggetto della [News US in data 12 aprile 2016](#)); Corte giustizia, sez. III, 14 luglio 2016, C-406/14, in *Foro it.*, 2016, IV, 389 cui si rinvia per ogni approfondimento).